СИНОПТИЧКИ ПРИКАЗ ПРЕУЗИМАЊА ДЕЛОВА ТЕКСТА ИЗ ДРУГИХ ИЗВОРА У МОНОГРАФИЈИ КАНДИДАТА ДР УРОША НОВАКОВИЋА

НАПОМЕНА

С леве стране налази се текст др Уроша Новаковића, док се с десне стране налази текст других аутора који је др Урош Новаковић дословно преузимао.

Пошто се текст др Уроша Новаковића састоји од великог броја преузетих текстова, понекад није било могуће да се сав оригинални текст других аутора прикаже на једној страници Синоптичког приказа. Зато су бојом означена она дословна преузимања текста који се приказује на једној страници Синоптичког приказа, док су остала дословна преузимања подвучена црвеном бојом и приказују се на другим страницама Синоптичког приказа, те се могу наћи прелиставањем документа на горе или на доле.

Синоптички приказ је организован у шест главних делова:

1) Дословно преузимање текста из објављених радова других аутора без цитирања;
2) Дословно преузимање текста из објављених радова других аутора уз непотпуно или непрецизно цитирање;
3) Дословно преузимање текста из законских одредаба;
4) Дословно навођење текста судских одлука;
5) Дословно преузимање текста из раније одбрањених мастер радова кандидата којима је др Урош Новаковић био ментор;
6) Дословно преузимање текста из већ објављених сопствених радова.

СИНОПТИЧКИ ПРИКАЗ ДОСЛОВНОГ ПРЕУЗИМАЊА ТЕКСТА ИЗ ОБЈАВЉЕНИХ РАДОВА ДРУГИХ АУТОРА БЕЗ ЦИТИРАЊА

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

УДК 347.15/.17

др *Ненад* ТЕШИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О ПРАВНОПОСЛОВНОМ ОСАМОСТАЉИВАЊУ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

Резиме

У Републици Србији је у току рад на изради јединственог грађанског законика.[1] На овај начин, код нас је поново устоличена идеја Српског грађанског законика (1844) о регулисању грађанских субјективних права у једном законодавном акту. У плану је да кодификација обухвати класична подручја грађанског права: установе Општег дела грађанског права; стварно право са својином као централном установом и правима изниклим из својине као што су: службености, заложно (хипотекарно) право; потом облигационо право са установама уговора и проузроковања штете као главних извора облигационих односа; наследно право са тестаментом и законским наследним редом као основама за наслеђивање; породичноправни односи као и друге изведене дисциплине које су у вези са општим грађанским правом, а које су се у нашем правном систему развиле у том обиму да заслужују кодификацију.[2]

Такав законодавни приступ, имаће за последицу и преиспитивање правила о правном субјективитету физичких лица. Аутор овде све елементе правног субјективитета физичких лица означава генеричним термином – правна зрелост тако да она обухвата: способност лица да буде носилац права и обавеза (правна способност), способ-

1 Уважавајући вишегодишње иницијативе и предлоге удружења правника, Влада РС донела је одлуку о образовању посебне комисије ради кодификације грађанског права и израде Грађанског законика РС (*Службени гласник РС*, бр. 104/06, бр. 104/06, 110/06 и 85/09). Вид.: Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, *Преднацрт Грађанског Законика РС (друга књига), Облигациони односи*, Београд 2009.

2 Образложење Преднацрта грађанског законика Републике Србије, *http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/*, 3.11.2013, стр. 1.

I ОПШТЕ О ПОСЛОВНОЈ СПОСОБНОСТИ

Правна и пословна способност су термини који се у теорији грађанског права умногоме могу поистоветити са питањима људских права свих бића. Наиме, без правне и пословне способности није могуће уживати нити једно право, било да је оно приватноправног или јавноправног карактера. Правна способност јесте својство сваке особе да буде субјект права, док пословна способност подразумеева способност сваке особе да заснива права и обавезе.

Идеја о признавању правног субјективитета свим људима, без обзира на њихове разлике, је нарочито била заступљена у школи природног права која је заступала тезу да су сви људи једнаки и да имају, од стране природе, дата права. Ни ми нисмо далеко од ове теорије, али само као урођеног права појединца, не и као постојања „природних" разлика између људи. Управо, постојање свих тих природних разлика између људи манифестује се кроз пословну способност, јер неке особе поседују, док друге особе не поседују пословну способност. За разлику од правне способности коју поседује свака људска јединка. Декларација о правима човека и грађанина из 1789. године прокламује начело да се „људи рађају слободни и једнаки пред законом. *Code Civil* обавезује да су „сви људи у границама закона једнако способни да имају права и обавезе". Свако живо биће, сва физичка лица након рођења постају субјекти права и нису потребни никакви додатни акти (државних органа и институција) којима би се озваничила или признала њихова правна способност.

Пословна способност се дефинише као способност да се изјавама сопствене воље проузрокују одређене правне последице у смислу настанка, стицања, промене, гашења или преношења грађанских субјективних права. Пословна способност као *conditio sine qua non* претпоставља способност за расуђивање и условљена је истом, а способност за расуђивање подразумева могућност појединца да сопствену вољу усмери тако да њоме оствари жељена дејства. Генерална, општа способност за расуђивање се стиче рођењем, али са готово непостојећим капацитетом. Стога, појединци способност за расуђивање развијају постепено, током свестраног развоја своје личности, првенствено кроз искуство,[1] васпитање у оквиру породице и друштва, путем процеса образовања – једном речју кроз сопствено животно искуство. У оквиру правног субјективитета треба правити разлику између људског бића (биолош-

1 Да дете капацитет за доношење рационалних одлука стиче кроз искуство и зрелост, Alison Diduck, *Law's Families*, London, 2003, стр. 75.

ност да изјавама воље ступи у грађанскоправни однос (пословна способност) и способност да својом имовином одговара за проузроковану штету (деликтна способност) – материјалноправна зрелост. Додатно, субјекти у праву имају могућност да буду странка у парници (страначка способност) и да сами или преко пуномоћника пуноважно предузимају парничне радње (парнична способност) – процесноправна зрелост. Стављајући у прва план истраживање активног аспекта материјалноправне зрелости – пословну способност, аутор пре свега испитује правнопословно осамостаљивање малолетника у односу на њихове законске заступнике.

Кључне речи: *правна способност, пословна способност, млађи малолетници, старији малолетници, способност за расуђивање.*

1. УВОД

На почетку излагања о правном субјективитету треба направити разлику између људског бића (биолошки појам), човека (социолошки појам), личности (психолошки појам) и физичког лица што је правни појам. Све су то различити називи за исти предмет (субјекат) проучавања коме свака од ових наука приступа из угла свог метода. Ове науке истражују, свака на свој начин, феномен развоја, сазревања поменутог субјекта, па је, сходно томе, природно да се и правна наука бави правним сазревањем. Чини се да правна зрелост физичког лица обухвата његову материјалноправну зрелост: правну способност (*имовински потенцијал*), пословну способност (*активна страна*) и деликтну способност (*пасивна страна – изложеност грађанскоправној санкцији*). Поред материјалноправног аспекта, правна зрелост подразумева и процесноправни аспект – страначку и парничну способност. Правила о материјалноправној зрелости данас у Републици Србији нису садржана у једном извору права, већ су разбацана пре свега у Уставу, Закону о облигационим односима и Породичном закону. У времену када се питања у погледу правне способности физичких лица, пре свега услед развоја медицине усложњавају (на пример, она која се тичу зачећа и тренутка од којег људска јединка ужива правну заштиту) регулисање материјалног грађанског права у једној кодификацији је нарочито пожељно и омогућава кохерентнији приступ субјективитету физичких лица.

У овом раду претежно се разматра активни сегмент материјалноправне зрелости – пословна способност.[3] С обзиром да пословна

3 Неки аутори способност склапати правне послове и деликтну способност – предузети недопуштено дело уз одговорност за то дело подводе под једну

ки појам), човека (социолошки појам), личности (психолошки појам) и физичког лица што је правни појам. Правила о материјалноправној зрелости данас у Републици Србији нису садржана у једном извору права, већ су разбацана пре свега у Уставу,[2] Закону о облигационим односима[3] и Породичном закону.[4]

Разликовање пословне способности малолетника у односу на пословну способност особа које су пунолетне и имају потпуну пословну способност проистиче, најпре, из животних (биолошких) чињеница. Иако пословна способност у савременом праву и доктрини либералних људских права, неретко, бива окарактерисана као „стега" прошлости и конзервативни механизам спречавања потпуног развоја личности, основни циљ пословне способности јесте заштита личности, интереса, имовине и добробити особа које немају довољан степен искуства и зрелости да би се сами о истој старали. У ову категорију особа спадају и малолетници. Јесте имовински интерес онај који се примарно штити институтом пословне способности, јер малолетник може закључењем одређеног правног посла нашкодити себи и својим имовинским интересима, али, поред имовинског, постоји и други шири интереси малолетника који се овим путем штите, пре свега они личне природе.

Када је реч о конкретним правним пословима који се огледају кроз институт пословне способности, пословно способна особа може закључивати уговоре, дати пристанак на лечење, доносити одлуке о томе где ће живети, располагати својом имовином, подносити тужбе и жалбе, склапати брак, доносити одлуке о признању очинства и материнства, подизати кредите, бирати на парламентарним, председничким, локалним изборима, гласати на референдуму, односно предузимати све правне послове које одрасла особа може чинити у свакодневном животу. Може се рећи да је пословна способност способност предузимати све радње које имају карактер правних радњи.

Способност уговарања јесте способност да се изјавом воље уговарају, мењају и престају уговорни односи. Свесност и намера су два основна елемента способности уговарања, да би воља произвела правно дејство. Способност уговарања није ништа друго до пословна способност особе. Тј. један од основних облика пословне способности јесте и уговорна способност.[5] Разлика је у томе што пословна способност представља шири термин и обухвата и једностране изјаве воље – тестамент, признање очинства, признање материнства, сагласност са признањем материнства или очинства.

2 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

3 Закон о облигационим односима, *Сл. листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. листи СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. листи СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020.

4 Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

5 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2011, стр. 235.

ност да изјавама воље ступи у грађанскоправни однос (пословна способност) и способност да својом имовином одговара за проузроковану штету (деликтна способност) – материјалноправна зрелост. Додатно, субјекти у праву имају могућност да буду странка у парници (страначка способност) и да сами или преко пуномоћника пуноважно предузимају парничне радње (парнична способност) – процесноправна зрелост. Стављајући у прва план истраживање активног аспекта материјалноправне зрелости – пословну способност, аутор пре свега испитује правнопословно осамостаљивање малолетника у односу на њихове законске заступнике.

Кључне речи: *правна способност, пословна способност, млађи малолетници, старији малолетници, способност за расуђивање.*

1. УВОД

На почетку излагања о правном субјективитету треба направити разлику између људског бића (биолошки појам), човека (социолошки појам), личности (психолошки појам) и физичког лица што је правни појам. Све су то различити називи за исти предмет (субјекат) проучавања коме свака од ових наука приступа из угла свог метода. Ове науке истражују, свака на свој начин, феномен развоја, сазревања поменутог субјекта, па је, сходно томе, природно да се и правна наука бави правним сазревањем. Чини се да правна зрелост физичког лица обухвата његову материјалноправну зрелост: правну способност (*имовински потенцијал*), пословну способност (*активна страна*) и деликтну способност (*пасивна страна – изложеност грађанскоправној санкцији*). Поред материјалноправног аспекта, правна зрелост подразумева и процесноправни аспект – страначку и парничну способност. Правила о материјалноправној зрелости данас у Републици Србији нису садржана у једном извору права, већ су разбацана пре свега у Уставу, Закону о облигационим односима и Породичном закону. У времену када се питања у погледу правне способности физичких лица, пре свега услед развоја медицине усложњавају (на пример, она која се тичу зачећа и тренутка од којег људска јединка ужива правну заштиту) регулисање материјалног грађанског права у једној кодификацији је нарочито пожељно и омогућава кохерентнији приступ субјективитету физичких лица.

У овом раду претежно се разматра активни сегмент материјалноправне зрелости – пословна способност.[3] С обзиром да пословна

3 Неки аутори способност склапати правне послове и деликтну способност – предузети недопуштено дело уз одговорност за то дело подводе под једну

посебну, делимичну, ограничену пословну способност, а ограничења могу бити двојака. Један њихов вид састоји се у томе што малолетник може закључивати све правне послове, али само уз сагласност законског заступника (родитеља, органа старатељства, старатеља),[7] тако да се ова способност може дефинисати као општа, али и делимична; општа – јер се односи на све правне послове, а делимична у том смислу што за њихову ваљаност воља малолетника није довољна (мада је правно релевантна). Други сегмент ограничења састоји це у томе што малолетник може самостално закључивати правне послове, али само неке, тако да се ова способност може дефинисати као потпуна, али специјална: потпуна у том смислу што је воља малолетника довољна (није потребна сагласност законског заступника, односно старатеља или органа старатељства, као што није потребна ни пунолетном лицу), а специјална, јер се односи на тачно одређене послове.[8]

Правна способност је основно својство физичког лица које се разматра у оквиру права. Као таква она је од рођења стално присутна, непреносива и није могуће одрећи је се. Ипак, не може се рећи да је правна способност људима урођена, него само да је призната општом нормом. Она, дакле, није природни, већ правни атрибут човека.[9] Правна способност престаје искључиво природном смрћу, али у ситуацији која јој је правно уподобљена – проглашење несталог лица за умрло, иако наступају иста правна дејства као код фактичке смрти правна способност не престаје. Неко лице може бити оглашено преминулим у одговарајућем ванпарничном поступку.[10] Предлог за проглашење несталог лица за умрло може поднети свако лице које за то има непосредни правни интерес, као и јавни тужилац.

7 Истиче се да релативна неспособност уговарања постоји када закон предвиђа да одређена лица могу самостално закључивати само неке уговоре, док је за пуноважност осталих уговора потребна сагласност трећих лица – родитеља или старатеља, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 247.

8 Обрен Станковић, „Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 6, 1982, стр. 1220.

9 Ненад Тешић, О правнопословном осамостаљивању физичких лица, у Вук Радовић, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, Београд, 2013, стр. 405.

10 За умрло може се огласити лице: а) о чијем животу за последњих пет година није било никаквих вести, а од чијег је рођења протекло седамдесет година; б) о чијем животу за последњих пет година није било никаквих вести, а околности под којима је нестало чине вероватним да више није у животу; в) које је нестало у бродолому, саобраћајној несрећи, пожару, поплави, земљотресу или у каквој другој непосредној смртној опасности, а о чијем животу није било никаквих вести за шест месеци од дана престанка опасности; г) које је нестало у току рата у вези са ратним догађајима, а о чијем животу није било никаквих вести за годину дана од дана престанка непријатељства. Наведени рокови се рачунају од дана када је по последњим вестима нестали несумњиво био жив, а ако се тај дан не може тачно утврдити, ти рокови почињу тећи завршетком месеца, односно године у којој је нестали по последњим вестима био жив.

ког лица узима тренутак његове мождане смрти. Ово се посредно може закључити из правила о узимању органа са умрлог лица. Наиме, узимање органа од умрлог лица због пресађивања другом лицу ради лечења може се извршити искључиво после дијагностиковања и утврђивања мождане смрти на основу медицинских критеријума у складу са законом.[17]

Ако се зна да је неко лице мртво, али није познат тренутак када је смрт наступила, заинтересовано лице може покренути поступак доказивања смрти неког лица.

Правна способност престаје природном смрћу, али и у ситуацији која јој је правно уподобљена – проглашењем несталог лица за умрло, када наступају иста правна дејства као код фактичке смрти.[18] Неко лице може бити оглашено умрлим у одговарајућем ванпарничном поступку (претпостављена смрт).[19] Предлог за проглашење несталог лица за умрло може поднети свако лице које за то има непосредни правни интерес, као и јавни тужилац.[20]

3. ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ

„Од способности да се буде подмет права и обавеза, ваља разликовати способност за правну радњу, тј. способност каквог лица да може својим делима, заснивати правне одношаје".[21]

Опште је правило да су пред Уставом и законом сви једнаки.[22] Другим речима, забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна по било ком основу, а нарочито по основу старости и психичког или физичког инвалидитета.[23] Ипак, законодавац не може остати „нем" у погледу одређених природних неједнакости, односно различитих могућности лица да схвате значај и последице предузетих правних радњи. Управо ова способност је одлучујућа за послов-

17 Чл. 48 Закон о трансплантацији, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009. Притом, мождану смрт дијагностикује надлежни здравствени радник, док мождану смрт утврђује надлежна комисија здравствене установе.

18 А. Станковић, „Проглашење несталих лица за умрло у нашем праву", *Правни живот* 7–8/90, стр. 1153.

19 Тако на пример „доношење решења о рехабилитацији неког лица зависи од претходног питања – проглашења несталог лица за умрло". Решење Вишег суда у Ваљеву, Рех. 17/2012 од 23.1.2013. године. *Paragraf Lex*.

20 Чл. 58 Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон и 18/2005 – др. закон. Опширније А. Станковић, 1151–1154.

21 Андра Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, Београд 1996, 297.

22 Чл. 21 ст. 1 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

23 Чл. 23 ст. 3 Устав Републике Србије.

2. ТЕРМИНОЛОГИЈА

Монографија има три дела који се међусобно прожимају: породично право, радно право и општи део грађанског права. Имајући у виду да су ово три дела, цела књига у погледу терминолошког одређења заштитног субјекта не може бити јединствена. Наиме, породично право говори о детету, јер је свака особа до навршене 18. године живота дете, док општи део грађанског права и радно право особе до пунолетства одређује као малолетнике. Из овог терминолошког одређења произлазе и извесне карактеристике. Тако се код општег дела грађанског права малолетници деле у две групе – млађе и старије. То ће уједно бити и два дела, тј. велике целине које ћемо посебно обрадити у оквиру дела монографије о пословној способности. Са друге стране, породично право све особе испод 18 година посматра као децу, не као малолетнике, показујући да има као претежну, не и једину, заштитну улогу.

За правну и пословну способност битна су два тренутка – тренутак стицања и тренутак престанка истих. У наредним редовима размотрићемо детаљније стицање и престанак правне и пословне способности.

3. НАСТАНАК ПРАВНОГ СУБЈЕКТИВИТЕТА – *NASCITURUS* У ГРАЂАНСКОМ И ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ

Правна способност се стиче рођењем, али се и зачетом а нерођеном детету – зачетку, када је то у његовом интересу признају одређена права (пре свега наследна), под условом да се дете живо роди. Правна способност може, по потреби, бити заснована на фикцији. То је фикција о зачетом а нерођеном детету. Осим *nasciturusa*, у употреби је и термин *infans conceptus*. Зачетак је у таквој ситуацији субјект права под одложним условом и то без обзира да ли је плод у утроби мајке или је зачет у поступку вештачке оплодње. Додатно, правни поредак уводи претпоставку да је дете живо рођено, без обзира да ли је способно за самосталан живот, тј. цени се само чињеница рођења, не и способности за самосталан живот (нпр. уз помоћ апарата за дисање). Зачето дете сматра се као рођено ако је то у његовом интересу. *Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur.* Ова максима, која датира још из Римског права, има примену (само) у наследном праву. У породичном праву зачето, а нерођено дете се не појављује као субјект породичних права. Некада је у Римском праву насцитурус имао и породична права, тј. специфичан институт старатељства био је применљиван на трудну жену, тзв. *curator ventris.*[11] Како је у самом појму пословне способности воља особе која је изјављује, нерођено дете не може имати вољу и самим

11 Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд, 2007, стр. 135.

способност подразумева правну способност, делимично излагање о правној способности физичких лица није се могло избећи.

2. ПРАВНА СПОСОБНОСТ

Устав Републике Србије, као акт највише правне снаге, гарантује право на правну личност, тако да свако лице има правну способност.[4] Правна способност се стиче рођењем, али се и зачетку када је то у његовом интересу признају одређена права (нпр. наследна), ако се живо роди.[5] Другим речима, правна способност може, по потреби, бити заснована на фикцији. Зачетак је у таквој ситуацији субјект права под одложним условом и то без обзира да ли је плод у утроби мајке или је зачет у поступку вештачке оплодње.[6] Додатно, правни поредак уводи претпоставку да је дете живо рођено, без обзира да ли је способно за самосталан живот.

Правна способност је основно својство физичког лица.[7] Као таква она је од рођења стално присутна, непреносива и није погодна за одрицање.[8] Ипак, не може се рећи да је правна способност људима урођена, него само да је призната општом нормом.[9] Она дакле није природни, већ правни атрибут човека. Тако у римском праву правна способност није била општа, већ се правила разлика с обзиром на категорију становништва којој је неко лице припадало. У савременом праву, човек као такав има правну способност без обзира на здравствено стање, пол и старост.[10] Ова одлика правне способности наводи на закључак да је управо ова способност раздваја субјекте од објеката права. За стицање правне способности поред рођења није

категорију „делотворну способност". Вид.: Ivan Ćepulić, *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb 1925, 45.

4 Чл. 37, ст. 1 Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006).

5 Отуда неки аутори и код правне способности указују на постепеност у настајању. Тако се у вези настанка човекове правне способности разликују три категорије: рођени човек, зачет а још нерођени човек и још незачети човек. Вид.: Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 335.

6 Опширније о могућности ширења фикције насцитуруса и на ембрионе конципиране у поступку вештачке оплодње вид.: Ненад Тешић, „Људски живот *in statu nascendi* – питање својине или ограниченог правног субјективитета", Зборник радова са Саветовања „Ново породично законодавство" у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобар 2006. године, 329–347.

7 Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo, Opći deo, Stvarno pravo, Obvezno i Nasljedno pravo*, Zagreb 2009, 33.

8 I. Ćepulić, 46.

9 P. Klarić, M. Vedriš, 33.

10 Илија Бабић, *Увод у грађанско и Стварно право*, Београд 2010, стр. 23.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

др Обрен Станокивић, проф.
Правног факултета у Београду

UDK — 347.1

ОГРАНИЧЕНА ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ЗАСТУПАЊЕ МАЛОЛЕТНИКА ОД СТРАНЕ ЊИХОВИХ РОДИТЕЉА У НАШЕМ ПРАВУ

1. Са навршених осамнаест година живота у нашем праву престаје заступање деце од стране њихових родитеља односно старалаца; дете се правно осамостаљује, стиче пословну способност[1]). Ту пословну способност текстови називају потпуном, мада је она, прецизније говорећи, и општа и потпуна: општа у том смислу што се односи на закључивање свих правних послова које правни поредак познаје; потпуна у том смислу што се сви ти послови могу закључивати самостално, без сагласности законског заступника односно органа старатељства. Пре пунолетства, тј. пре навршетка осамнаест година живота, општа и потпуна пословна способност стиче се закључењем брака[2]), а према законодавству СР Словеније може је стећи и малолет-

[1]) Чл. 15. ст. 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије, „Службени гласник СР Србије", бр. 22/80. од 7. јуна 1980; чл. 105. Породичног закона СР БиХ, „Службени лист СР БиХ" бр. 21/79 од 9. јула 1979; чл. 27. и 47. Закона за односите на родителите и децата СР Македоније, „Службен весник на СРМ" бр. 5/73 од 12. фебруара 1973; чл. 107 ст. и чл. 117. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih SR Slovenije, „Uradni list LRS", бр. 15/76 од 4. јуна 1976; чл. 96. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске, „Народне новине", бр. 11/78, од 21. марта 1978. године; чл. 9. ст. 1. и чл. 25. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе, „Службени лист СРЦГ", бр. 54/75 од 31. децембра 1975; чл. 11. и 23. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине, „Службени лист САПВ", бр. 2/75 од 20. фебруара 1975; чл. 18 Закона о односима родитеља и деце САП Косово, „Службени лист САПК", бр. 43/74 од 31. децембра 1974.

[2]) Чл. 15, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Србије; чл. 105. Породичног закона СР Босне и Херцеговине; чл. 47. Закона о односима родитеља и деце СР Македоније; чл. 117, ст. 1. и 2. Закона о браку и породичним односима СР Словеније; чл. 96. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске; чл. 25. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе; чл. 23. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине; чл. 18. Закона о односима родитеља и деце САП Косово.

1. ПРАВНА И ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ

Ако бисмо посматрали пословну способност у ширем смислу и поистоветили је са правном способношћу, правна и пословна способност стичу се у исто време – рођењем. У овом логичком следу, једина разлика је што се потпуна правна способност стиче рођењем, а потпуна пословна способност тек са пунолетством. У нешто ужем смислу, правна способност се стиче рођењем, док се делимична пословна способност стиче постепено, са сазревањем особе и одређеним узрастом, а тек пунолетством се стиче потпуна пословна способност без икаквих ограничења. Може се рећи да поред биолошке, пословна способност поседује и психолошку и социјалну компоненту.

Постоји разлика између физичког и правног лица као носиоца права и дужности. Стога, кад се као правни субјект појављује жива особа, говори се о физичкој особи, физичком лицу, док у ситуацији кад се ради о друштвеној творевини говори се о правној особи, односно правном лицу. Правна способност сматра се основним својством правног субјекта, уколико би се у неком тренутку правном субјекту, односно особи одузела правна способност, он би престао бити правни субјект. Кад би се физичкој особи одузела правна способност, таква особа с правног гледишта би постала ствар, што је данас у савременом добу незамисливо (барем из угла правног поретка, не и психолошко-социјалног!). Кроз историју је познато како су робови били сматрани стварима, а не особама. То је с гледишта модерног права недопустиво и, осим у неким примитивним племенским заједницама, данас није могуће. У случају да се правном лицу одузме правна способност, правно лице би престало да постоји, што није случај са пословном способношћу. Друго својство које, осим правне способности, поседује физичко лице јесте пословна способност – својство да се својим властитим актима и сопственом вољом, дакле сопственим изразима воље, стичу права и обавезе.

Пунолетством, тј. у већини правних система са навршених 18 година живота, престаје заступање деце од стране њихових родитеља односно старалаца, дете це правно осамостаљује, стиче потпуну пословну способност која се назива пуном, потпуном или општом, јер се односи на закључење свих правних послова који се закључују у датом правном поретку. Нема ограничења у погледу правних послова које одређени правни поредак познаје. Ипак, постоје ограничења, јер се пословна способност стиче са узрастом и зрелошћу, односно постепено се увећава како дете одраста.[6] Тако, са одређеним узрастом малолетници стичу

6 Постепеност пословне способности узрокују две околности: 1. способност за расуђивање је предуслов за поседовање пословне способности и, уједно, њен суштински елемент; 2. правни послови могу да имају различита правно-економска дејства по учеснике. О томе, Тодор Ачански, „Ступњевитост пословне способности појединаца", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Vol. XXII, 1–3, 1988, стр. 163.

др Обрен Станокивић, проф.
Правног факултета у Београду

UDK — 347.1

ОГРАНИЧЕНА ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ЗАСТУПАЊЕ МАЛОЛЕТНИКА ОД СТРАНЕ ЊИХОВИХ РОДИТЕЉА У НАШЕМ ПРАВУ

1. Са навршених осамнаест година живота у нашем праву престаје заступање деце од стране њихових родитеља односно старалаца; дете се правно осамостаљује, стиче пословну способност[1]). Ту пословну способност текстови називају потпуном, мада је она, прецизније говорећи, и општа и потпуна: општа у том смислу што се односи на закључивање свих правних послова које правни поредак познаје; потпуна у том смислу што се сви ти послови могу закључивати самостално, без сагласности законског заступника односно органа старатељства. Пре пунолетства, тј. пре навршетка осамнаест година живота, општа и потпуна пословна способност стиче се закључењем брака[2]), а према законодавству СР Словеније може је стећи и малолет-

[1]) Чл. 15. ст. 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије, „Службени гласник СР Србије", бр. 22/80. од 7. јуна 1980; чл. 105. Породичног закона СР БиХ, „Службени лист СР БиХ" бр. 21/79 од 9. јула 1979; чл. 27. и 47. Закона за односите на родителите и децата СР Македоније, „Службен весник на СРМ" бр. 5/73 од 12. фебруара 1973; чл. 107 ст. и чл. 117. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih SR Slovenije, „Uradni list LRS", бр. 15/76 од 4. јуна 1976; чл. 96. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске, „Народне новине", бр. 11/78, од 21. марта 1978. године; чл. 9. ст. 1. и чл. 25. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе, „Службени лист СРЦГ", бр. 54/75 од 31. децембра 1975; чл. 11. и 23. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине, „Службени лист САПВ", бр. 2/75 од 20. фебруара 1975; чл. 18 Закона о односима родитеља и деце САП Косово, „Службени лист САПК", бр. 43/74 од 31. децембра 1974.

[2]) Чл. 15, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Србије; чл. 105. Породичног закона СР Босне и Херцеговине; чл. 47. Закона о односима родитеља и деце СР Македоније; чл. 117, ст. 1. и 2. Закона о браку и породичним односима СР Словеније; чл. 96. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске; чл. 25. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе; чл. 23. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине; чл. 18. Закона о односима родитеља и деце САП Косово.

ла два закона која су донекле различито регулисала материју пословне способности малолетника под старатељством и малолетника под родитељском заштитом.[33]

Не налазимо за сходно да је могуће разликовати малолетнике, тј. децу која су под родитељским старањем и оне који су под старатељством у погледу закључивања правних послова, тј. заступања малолетника. Наиме, старатељска заштита правно посматрано има исту „правну снагу" и обим као и родитељска, те стога, у погледу заступања, имовинских права детета и пословне способности, не може бити разлике између ове две категорије малолетника. Такав је став и позитивног српског законодавства.[34] Заступање детета од стране родитеља при закључивању правних послова у некадашњем југословенском праву било је схваћено као субјективно право детета којим му се обезбеђује правна заштита и помоћ у вршењу правних послова све док не стекне потпуну пословну способност.[35]

Даље посматрајући историјат пословне способности, према Закону о браку и породичним односима СР Србије (ЗБПО),[36] малолетници су се делили на млађе од четрнаест година и оне који су навршили четрнаест година. Млађи малолетници (који још нису навршили четрнаест година) су потпуно пословно неспособни: њихови правни послови су апсолутно ништави, и као такви не производе никаква правна дејства, без обзира на вредност посла и независно од тога да ли су теретни или доброчини, те да ли их је малолетник предузео сам или уз сагласност свог законског заступника.[37] Не постоји могућност да ови послови конвалидирају накнадно, да буду правно оснажени накнадно датом сагласношћу законског заступника или органа старатељства. Када наврши четрнаест година живота, малолетник стиче ограничену пословну способност[38]

33 О старатељству се каже: „Малолетник који је навршио 14 година може вршити сам своје правне послове, али за пуноважност послова потребно је одобрење његовог стараоца .... „ Члан 23 Основног закона о старатељству и чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце се преплићу у погледу могућности малолетника да сами склапају правне послове. Оно што је изричито речено у чл. 23 Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања. Најзад, ни сам чл. 23 Основног закона о старатељству не говори изричито о малолетнику под старатељством, већ о малолетнику који није навршио 14 година.

34 Чл. 137. ст. 3 Породичног закона предвиђа да старатељ заступа штићеника једнако као што родитељ заступа дете.

35 Марко Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд, 1989, стр. 359.

36 Закон о браку и породичним односима, *Сл. гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 – др. закон и 11/88, *Сл. гласник РС*, бр. 22/93, 25/93 – испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001.

37 Странке које нису пословно и парнично способне, односно које због других разлога нису у могућности да саме поступају пред судом или да у ту сврху именују пуномоћника, заступају пред судом законски заступници који своја овлашћења црпе непосредно из закона. Законски заступник је физичка пословно способна особа која је овлашћена заступати особу пред судом и другим државним органима, стога што та особа нема пословну, али и парничну способност.

38 Тако, у руском праву, малолетници између 14 и 18 година могу да располажу сопственом имовином уз писмену сагласност родитеља, Јурия Федоривич Беспалова,

ове тачке гледишта не праве никакву разлику, са изузетком законодавства САП Војводине; наиме, према Закону о односима родитеља и деце САП Војводине од 1975. године деца под родитељским старањем стичу радну способност (способност да самостално заснују радни однос и располажу зарадом) са петнаест година (чл. 14) како је у читавој земљи, а према Закону о старатељству САП Војводине од 1971. године малолетници под старатељством стичу ову способност са четрнаест година (чл. 41. ст. 2). Наравно, после доношења Закона о удруженом раду од 1976. године и у САП Војводини малолетник под старатељством не би могао са четранаест година засновати радни однос, али би, по нашем мишљењу, могао самостално располагати зарадом оствареном по основу уговора о делу (који би у његово име закључивао његов старалац). Четрнаестогодишњаци под родитељским старањем у САП Војводини, ни њихови вршњаци у осталим крајевима Југославије (без обзира да ли су под родитељским старањем или под старатељством) то право немају, јер је режим пословне неспособности когентне природе и домашај му се може ограничити само општом нормом; за њих је, са ове тачке гледишта, граница од четрнаест година без правног значаја. Право располагања (самосталног) зарадом оствареном по основу уговора о делу стиче се по нашем мишљењу са навршених петнаест година (осим за малолетнике под старатељством у САП Војводини), независно од тога да ли је у питању малолетник под родитељским старањем или под старатељством и да ли је у радном односу или није. До таквог закључка долазимо применом правила (које важи и за питања регулисана императивним нормама) да је мање садржано у већем; а мора се узети да су у односу на уговор о раду и зараду из радног односа уговор о делу и зарада остварена по том основу ипак нешто мање (и по учесталости и времену трајања уговора и по његовим економским ефектима).

4. Законско уређење осталих питања из ове области, како смо већ истакли, врло је неуједначено по републикама и покрајинама. Тако, према Закону о браку и породичним односима СР Србије малолетници се деле на млађе од четрнаест година и оне који су навршили четрнаест година. Млађи малолетници (који још нису навршили четрнаест година) су потпуно пословно неспособни: њихови правни послови су апсолутно ништави, и као такви не производе никаква правна дејства, без обзира на вредност посла и независно од тога да ли су теретни или доброчини, те да ли их је малолетник предузео сам или уз сагласност свог законског заступника; сходно томе, ови послови не мо-

лолетник млађи од шеснаест година *и* да је неспособан за расуђивање, па испада да неспособност за расуђивање сама за себе није довољна, што противречи условима за пуноважност постављеним у претходном ставу истог члана; такође би испало и да недостатак узраста од шеснаест година сам за себе не чини тестамент ништавим, што такође противречи слову и броју става првог истог члана.

која се огледа у томе да он може самостално (без ичије сагласности) закључивати послове „мањег значаја; уз сагласност законског заступника (а у неким случајевима уз сагласност органа старатељства) он може предузимати и све остале правне послове. По слову закона ово важи идентично, како за малолетнике под родитељским старањем, тако и за оне под старатељством. Са навршених петнаест година живота ограничена пословна способност це проширује утолико што малолетник може самостално учествовати у располагању заједничком имовином стеченом радом у породичној заједници и засновати радни однос и располагати зарадом стеченом из тог радног односа.[39] Родитељи су могли да отуђе или оптерете имовину детета само уз одобрење органа старатељства.[40]

Као што можемо приметити према нашем некадашњем праву, малолетник је тек са 14 година могао да закључује правне послове мањег значаја (свакодневне куповине), за разлику од позитивног законодавства које то право признаје и млађим малолетницима – деци испод 14 година. Упркос изричитој законској одредби ЗБПО, свакако да је друштвена реалност и пре неких 40 година била таква да је дете са 12 или 13 година свакодневно закључивало правне послове малог значаја, попут куповина у продавници. Иначе, став теорије током 90-их година XX века је био да су имовинска права детета, осим имовине коју дете стекне из уговора о раду, била занемарена.[41]

Некадашње словеначко право имало је још рестриктивнији приступ пословној способности малолетника. Према праву Словеније, малолетници испод петнаест година живота су потпуно пословно неспособни, а између малолетника који су навршили петнаест година се прави разлика. Најпре, петнаестогодишњи штићеник под старатељством може сам склапати своје правне послове (и то све), само је за њихову ваљаност потребно одобрење његовог стараоца, а за послове које старалац као заступник не може предузети самостално потребно је одобрење органа старатељства. Затим, малолетник под родитељским старањем који је навршио петнаест година, може самостално (без сагласности родитеља) предузимати све правне послове.[42] На овом месту словеначки закон је прибегао једном правном стандарду који је познат и у упоредном праву. Сагласност родитеља као законског заступника потребна му је само за послове од животног значаја, а таквим се сматрају послови који битно утичу на живот детета, односно који су такви да могу утицати на његов

Ольга Александровна Егорова, Ольга Юръевна Ильина, *Семейное йраво*, Москва, 2009, стр. 244.

39 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1218.

40 Војислав Бакић, *Породично йраво*, Београд, 1979, стр. 308.

41 Марина Јањић Комар, Радоје Кораћ, Зоран Пољавић, *Породично йраво*, Београд, 1999, стр. 226.

42 Поводом пословне способности детета старијег од 15 година у словеначком праву, Карел Зупанчић, *Дружинско йраво*, Љубљана, 1999, стр. 143.

ством зрелији од свог вршњака под родитељским старањем, нити је у односу на родитеља старалац већи заштитник малолетникових интереса. Напротив, због већег степена емоционалне блискости и узајамне привржености дете ће пре послушати савет родитеља а родитељ је највећи природни гарант његових интереса. Зато закон треба више да штити малолетног штићеника под старатељством и то кроз већу ингерацију органа старатељства, а то ће рећи: путем већих ограничења овлашћења стараоца као законског заступника и већих ограничења пословне способности самог малолетника. О томе је вођено рачуна у СР Словенији. Према законодавству ове наше социјалистичке републике малолетници испод петнаест година живота су потпуно пословно неспособни а између малолетника са навршених петнаест година се прави разлика. 1⁰ Петнаестогодишњи штићеник под старатељством може сам склапати своје правне послове (и то све), само је за њихову ваљаност потребно одобрење његовог стараоца, а за послове које старалац као заступник не може предузети самостално потребно је одобрење органа старатељства)[15]). 2⁰ Малолетник под родитељским старањем који је навршио петнаест година може самостално (без сагласности родитеља) предузимати све правне послове; сагласност родитеља као законског заступника потребна му је само за послове од животног значаја, а таквим се сматрају послови који битно утичу на живот малолетника или су такви да могу утицати на његов живот по стицању пунолетства([16]).

8. Најзад, према решењу усвојеном у СР Хрватској и СР Босни и Херцеговини малолетници су, без обзира на узраст и без обзира да ли су под родитељским старањем или под старатељством, скоро потпуно пословно неспособни; према општем правилу они са петнаест година стичу радну а са шеснаест активну тестаменталну способност и до пунолетства то је све: остале послове, укључујући ту и оне мале вредности, они не могу предузимати ни самостално ни уз сагласност (одобрење) законског заступника односно органа старатељства[17,18]).

начела којима су прожети оба наша закона"; „оно што је речено у чл. 23. Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања" (Михаило Ступар, Пословна способност малолетника, Анали Правног факултета у Београду, 1953, бр. 3—4, стр. 358) (на овај други аргумент може се одговорити питањем: а зашто је онда у Основном закону о односима родитеља и деце поновљено правило према коме малолетник са навршених четрнаест година може самостално располагати зарадом?).

[15]) Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (чл. 203, стр. 1).

[16]) Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (чл. 108).

[17]) Чл. 87, ст. 1, чл. 87, ст. 3. и чл. 200. Породичног закона СР БиХ. У одредбама о *продужењу родитељског права* ништа се не каже о томе да ли се дете које је навршило осамнаест година изједначава са малолетником испод или изнад петнаест година, односно који је обим његове пословне способности (чл. 102, ст. 1). С друге стране, старалац лица коме је *потпуно одузета пословна способност* изједначава се у правима и обаве-

живот и по стицању пунолетства, правни послови који имају дугорочне последице и значај по малолетника и када постане пунолетан.

Уколико нам се чини да је право Србије имало строга решења, довољно је погледати решења Хрватске и БиХ, да се српско право одједном покаже као врло „либерално". Према праву СР Хрватске и СР БиХ, малолетници су, без обзира на узраст и без обзира на то да ли су под родитељским старањем или под старатељством, били потпуно пословно неспособни.[43]

У Хрватској дете је могло бити власник имовине. Свом имовином детета управљали су родитељи, осим имовином коју се деца стекла радом. Родитељи су приходом од имовине детета могли да располажу без икаквог ограничења, уколико се то чини ради васпитања, издржавања, образовања, и лечења детета.[44] За разлику од свих других република, У хрватској се приход од имовине детета није могао користити за издржавање осталих чланова породичне заједнице, већ искључиво за потребе детета од чије имовине потичу ти приходи.[45]Ако би родитељи хтели отуђити или оптеретити имовину детета, за то је било потребно одобрење органа старатељства. Одлука органа старатељства има у центру интересе детета и овај оорган ће одобрење дати само ако је отуђење или оптерећење имовине било учињено у циљу издржавања, васпитања или образовања детета.[46] Опште је правило да деца са петнаест година стичу радну, а са шеснаест година активну тестаменталну способност. До пунолетства нема других правних послова које могу закључивати самостално, укључујући ту и оне мале вредности. Малолетници нису могли предузимати правне послове, нити самостално нити уз сагласност (одобрење) законског заступника, односно органа старатељства.[47]

43 За право СР Хрватске у оквиру социјалистичког права, М. Денишлић, *op. cit.*, стр. 37.
44 Члан 295 Закона о браку и породичним односима Хрватске.
45 Мира Алинчић, Ана Бакарић, *Породично право*, Загреб, 1989, стр. 325.
46 *Ibid.*, стр. 326.
47 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1221.

ством зрелији од свог вршњака под родитељским старањем, нити је у односу на родитеља старалац већи заштитник малолетникових интереса. Напротив, због већег степена емоционалне блискости и узајамне привржености дете ће пре послушати савет родитеља а родитељ је највећи природни гарант његових интереса. Зато закон треба више да штити малолетног штићеника под старатељством и то кроз већу ингерацију органа старатељства, а то ће рећи: путем већих ограничења овлашћења стараоца као законског заступника и већих ограничења пословне способности самог малолетника. О томе је вођено рачуна у СР Словенији. Према законодавству ове наше социјалистичке републике малолетници испод петнаест година живота су потпуно пословно неспособни а између малолетника са навршених петнаест година се прави разлика. 1⁰ Петнаестогодишњи штићеник под старатељством може сам склапати своје правне послове (и то све), само је за њихову ваљаност потребно одобрење његовог стараоца, а за послове које старалац као заступник не може предузети самостално потребно је одобрење органа старатељства)[15]). 2⁰ Малолетник под родитељским старањем који је навршио петнаест година може самостално (без сагласности родитеља) предузимати све правне послове; сагласност родитеља као законског заступника потребна му је само за послове од животног значаја, а таквим се сматрају послови који битно утичу на живот малолетника или су такви да могу утицати на његов живот по стицању пунолетства[16]).

8. Најзад, према решењу усвојеном у СР Хрватској и СР Босни и Херцеговини малолетници су, без обзира на узраст и без обзира да ли су под родитељским старањем или под старатељством, скоро потпуно пословно неспособни; према општем правилу они са петнаест година стичу радну а са шеснаест активну тестаменталну способност и до пунолетства то је све: остале послове, укључујући ту и оне мале вредности, они не могу предузимати ни самостално ни уз сагласност (одобрење) законског заступника односно органа старатељства[17,18]).

начела којима су прожети оба наша закона"; „оно што је речено у чл. 23. Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања" (Михаило Ступар, Пословна способност малолетника, Анали Правног факултета у Београду, 1953, бр. 3—4, стр. 358) (на овај други аргумент може се одговорити питањем: а зашто је онда у Основном закону о односима родитеља и деце поновљено правило према коме малолетник са навршених четрнаест година може самостално располагати зарадом?).

[15]) Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (чл. 203, стр. 1).
[16]) Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (чл. 108).
[17]) Чл. 87, ст. 1, чл. 87, ст. 3. и чл. 200. Породичног закона СР БиХ. У одредбама о *продужењу родитељског права* ништа се не каже о томе да ли се дете које је навршило осамнаест година изједначава са малолетником испод или изнад петнаест година, односно који је обим његове пословне способности (чл. 102, ст. 1). С друге стране, старалац лица коме је *потпуно одузета пословна способност* изједначава се у правима и обаве-

ствари, и то тако што ће власник те ствари јасно показати вољу да ствар напушта, онда можемо закључити да се дереликција може уклопити у напред наведену дефиницију правног посла. Чинови воље, такође, спадају у правне послове, али у једном ширем смислу. Оно што је спорно је да ли би уопште требало допустити млађем малолетнику да изврши дереликцију. Одговор на то питање зависи од економске вредности дате ствари. Не може се прихватити став да дете има право да „остави" вредну ствар и да је то ваљан правни посао.[65] Да ли нпр. дете које нема навршених 14 година, а добило је на поклон за рођендан или је наследило ствар која превазилази уобичајену вредност, објективно посматрано, као што су бицикл, електрични тротинет, мотор, лаптоп, мобилни телефон, скупоцени сат или накит, може правно посматрано без икаквог ограничења да изврши дереликцију ових ствари, и то на тај начин што ће (некада) из осећања беса, љутње, незаинтересованости, ове ствари оставити у парку или на дечијем игралишту. Ограничење пословне способност штити малолетнике, не само од трећих лица која би могла да злоупотребе њихово неискуство, наивност и лакомисленост, већ и од њих самих и непромишљених радњи које самостално предузму. Сматрамо да законске одредбе дају преширок овлашћење млађим малолетницима, да је део одредбе чл. 64. ст. 1. у потпуности сувишан, те да млађем малолетнику не би требало допустити да се одрекне права својине на одређеној ствари, имајући у виду вредност те ствари, као и то да лица овог узраста често нису довољно искусна и промишљена. При неком будућем законском регулисању, предлажемо да законодавац узме у обзир ову аргументацију.

Са друге стране, ако су у питању ствари које имају свакодневну употребну вредност, попут одеће, слаткиша, играчака мање вредности, дереликција малолетника не би требало да буде спорна као правни посао. Можда се на овом месту можемо послужити доктрином аналогије са свакодневним правним пословима малог значаја малолетника. Сваку ону ствар коју малолетник може да купи и стекне у својству багателног правног посла, може и да дерелинквира.

2.3. Правни послови малог значаја – багателни послови – свакодневни послови

Посматрано из угла правне науке и правне праксе, правни послови малог значаја млађих малолетника су најспорнији у смислу оцене њихове пуноважности, односно могућности за поништење. Најпре, поставимо питање који су то правни послови малог значаја или свакодневни правни послови. Ово су сви они послови које обављају и пунолетне пословно способосне особе свакодневно, без икакве разлике у односу на малолетнике млађе од 14 година. Најчешће потпуно самостално, али

65 Тако и Р. Кораћ, *op. cit.*, стр. 311.

зиром на његов узраст и имовинске прилике могу сматрати као „акти свакодневног живота"; ово одобрење може бити и прећутно и може бити дато сваком малолетнику, без обзира на узраст[30]).

10. Али ако решења усвојена у нашем праву заостају за онима из савременог упоредног права, наша деца се у стварности понашају на исти начин као њихови вршњаци у другим земљама; самостално или уз сагласност својих законских заступника (изричиту или прећутну, претходну или накнадну) она свакодневно закључују огроман број послова мање односно мале вредности, који су по својој сложености сразмерни њиховој интелектуалној зрелости и одговарају њиховом поимању ствари: обављају куповине на пијацама, у робним кућама, књижарама, самоуслугама, купују улазнице за разне приредбе, возне карте, путују јавним превозним средствима, примају и дају рођенданске и друге пригодне поклоне итд. Социјални, економски и васпитни значај тог промета је огроман: тако деца задовољавају велики број својих свакодневних потреба, помажу родитељима, стичу искуства и постепено се оспособљавају за сналажење у сложенијим пословима и пословима веће вредности. Упркос врло великој интензивности и масовности, овај промет се одвија сасвим задовољавајуће и не изазива никакве посебне спорове, што је само емпиријски доказ неприкладности решења усвојеног у нашем праву; добра решења у праву су примерена решења, а примереност захтева вођење рачуна о стварности, „угледање на природу", што је у овом случају сасвим испуштено из вида.

11. Са петнаест година, како смо видели, у нашем праву се стиче *радна способност*, која укључује и самостално располагање зарадом. Ова одредба, која је очигледно инспирисана настојањем да се малолетници подстичу на привређивање (јер се са вољом ради кад се ради за себе) али и на рационално трошење (јер се зарађено троши одговорније), има велики васпитни и социјални значај и одговара савременим тежњама у упоредном праву. У већини страних закона, наиме, малолетницима одређеног узраста признаје се способност да самостално располажу својом зарадом. Тако, ова способност се у грчком праву стиче са навршених четрнаест година (пунолтство са двадесетједном)[31]), у пољском са тринаест година[32]), (пунолетство са осамнаест), у совјетском са петнаест (пунолетство са осамнаест)[33]), у

30) Чл. 305. етиопског Грађанског законика. Ван ових овлашћења правни послови малолетника не важе, али се на неважност могу позивати само малолетник, његови наследници и његов законски заступник, по правилима која важе за заблуду (чл. 314); ако је трећи у доброј вери мислио да је малолетник прибавио одобрење и ако није злоупотребио малолетниково неискуство, посао важи (чл. 314).

31) Чл. 135. грчког Грађанског законика.

32) Чл. 21. пољског Грађанског законика (осим у случају кад старатељски суд из оправданих разлога друкчије одреди — чл. 21).

33) Чл. 13. ст. 2. Грађанског законика РСФСР.

и уз сагласност својих законских заступника, била она изричита или прећутна, претходна или накнадна, деца млађа од 14 година свакодневно закључују огроман број послова мањег значаја – односно обављају куповине у маркетима, на пијацама, у тржним центрима, књижарама, самоуслугама, купују улазнице за разне културне, спортске, уметничке, музичке догађаје, затим возне карте, путују јавним превозним средствима. По својој природи, то су најчешће купопродајни уговори. Може се рећи да су ови правни послови у самој бити права детета на потпун и правилан развој, представљају сегмент васпитања и развоја детета, социјализације и одрастања. Вишеструки је социјални, економски и васпитни значај тог промета. На тај начин деца задовољавају велики број својих свакодневних потреба, помажу родитељима, стичу искуства и постепено це оспособљавају за сналажење у сложенијим и пословима веће вредности. Негирање да дете може обављати наведене и многе друге куповине довело би у питање функционисање привредног промета. Код послова мањег значаја ангажују се мање економске вредности, па је и штета која би у овом случају могла настати за малолетника – непостојећа или готово занемарљива.

Под овим пословима подразумевају се обично ситнији, рутински, уобичајени послови, и то за малолетника тог узраста, правни послови које малолетници обављају свакодневно. Посао малог значаја није ништа друго до правни стандард. Немогуће би било таксативно навођење свих правних послова који се сматрају пословима малог значаја. У случају спора, суд ће дати смисао овим пословима и попунити појам „малог значаја".[66] Неколико критеријума можемо применити за

66 Осврнућемо се на судску праксу енглеских судова, имајући у виду да техника правних стандарда има порекло и дугу традицију управо у англосаксонском праву. *Sale of Goods Act* из 1979. године предвиђа да малолетник може закључивати правне послове који се односе на неопходна добра која су одговарајућа условима живота малолетника и његовим потребама у време продаје и испоруке. Поред тога и чл. 389–3 и 450 француског *Code civila* је предвиђено да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делује самостално, што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајена и у складу са положајем и стилом живота његове породице. Даље се истиче да се под неопходним добрима не сматрају само храна и одећа, већ ће се приликом одређивања овог појма у сваком конкретном случају у обзир узети и друштвени статус конкретног малолетника, имајући у виду да се једна ствар можда не може посматрати као неопходна уколико је у питању дете из „радничке класе", али иста та ствар може бити неопходна за дете које потиче из богате породице. Такође се у обзир треба узети и чињеница да ли је конкретно добро у сваком појединачном случају било неопходно малолетнику, без обзира на његову финансијску ситуацију. Оно што може бити неопходно данас можда неће бити наредне недеље, уколико је та потреба у међувремену задовољена. Тако је у једном случају заузет став да се уговор о куповини одеће, који је укључивао и куповину једанаест прслука, не може посматрати као уговор којим се набавља оно што је неопходно, чак и када је у питању студент последње године на Кембрицу, с обзиром на то да је отац малолетника доказао да је овај имао довољно одеће која му је била неопходна, а продавац

зиром на његов узраст и имовинске прилике могу сматрати као „акти свакодневног живота"; ово одобрење може бити и прећутно и може бити дато сваком малолетнику, без обзира на узраст[30]).

10. Али ако решења усвојена у нашем праву заостају за онима из савременог упоредног права, наша деца се у стварности понашају на исти начин као њихови вршњаци у другим земљама; самостално или уз сагласност својих законских заступника (изричиту или прећутну, претходну или накнадну) она свакодневно закључују огроман број послова мање односно мале вредности, који су по својој сложености сразмерни њиховој интелектуалној зрелости и одговарају њиховом поимању ствари: обављају куповине на пијацама, у робним кућама, књижарама, самоуслугама, купују улазнице за разне приредбе, возне карте, путују јавним превозним средствима, примају и дају рођенданске и друге пригодне поклоне итд. Социјални, економски и васпитни значај тог промета је огроман: тако деца задовољавају велики број својих свакодневних потреба, помажу родитељима, стичу искуства и постепено се оспособљавају за сналажење у сложенијим пословима и пословима веће вредности. Упркос врло великој интензивности и масовности, овај промет се одвија сасвим задовољавајуће и не изазива никакве посебне спорове, што је само емпиријски доказ неприкладности решења усвојеног у нашем праву; добра решења у праву су примерена решења, а примереност захтева вођење рачуна о стварности, „угледање на природу", што је у овом случају сасвим испуштено из вида.

11. Са петнаест година, како смо видели, у нашем праву се стиче *радна способност*, која укључује и самостално располагање зарадом. Ова одредба, која је очигледно инспирисана настојањем да се малолетници подстичу на привређивање (јер се са вољом ради кад се ради за себе) али и на рационално трошење (јер се зарађено троши одговорније), има велики васпитни и социјални значај и одговара савременим тежњама у упоредном праву. У већини страних закона, наиме, малолетницима одређеног узраста признаје се способност да самостално располажу својом зарадом. Тако, ова способност се у грчком праву стиче са навршених четрнаест година (пунолтство са двадесетједном)[31]), у пољском са тринаест година[32]), (пунолетство са осамнаест), у совјетском са петнаест (пунолетство са осамнаест)[33]), у

[30]) Чл. 305. етиопског Грађанског законика. Ван ових овлашћења правни послови малолетника не важе, али се на неважност могу позивати само малолетник, његови наследници и његов законски заступник, по правилима која важе за заблуду (чл. 314); ако је трећи у доброј вери мислио да је малолетник прибавио одобрење и ако није злоупотребио малолетниково неискуство, посао важи (чл. 314).

[31]) Чл. 135. грчког Грађанског законика.

[32]) Чл. 21. пољског Грађанског законика (осим у случају кад старатељски суд из оправданих разлога друкчије одреди — чл. 21).

[33]) Чл. 13. ст. 2. Грађанског законика РСФСР.

III УПОРЕДНО ПРАВО

1. ОПШТА РЕШЕЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ (ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИЦИ)

Пословна способност је, историјски посматрано, дуго била ограничена за узак круг особа. Поред деце, и жене су имале ограничену пословну способност. У првим европским грађанским законицима постојала је неједнакост полова, при чему је муж, као брачни партнер, био заступник своје супруге која није располагала општом пословном способношћу. Тако, у првој верзији *Code civil*, жена у браку није имала потпуну пословну способност, све до доношења новеле из 1938. године, када се она изједначава са мужем и стиче општу пословну способност. Слично овоме, Немачки грађански законик тек 1957. године успоставља потпуну пословноправну равноправност између мушкараца и жена.

Општа карактеристика упоредноправних решења у области пословне способности је већа поступност у стицању пословне способности и много нижа старосна граница потребна за обављање појединих категорија послова, а за оне мање вредности це чак никаква доња старосна граница не захтева.

Према Немачком грађанском законику, ограничена пословна способност стиче це већ са седам година, те овакав малолетник може, уз сагласност законског заступника, закључивати све правне послове, а самостално може закључивати послове којима прибавља искључиво неку корист за себе, као и послове који ће бити извршени средствима која су им у ту сврху дата или су им дата да слободно располажу. У немачком праву малолетник који је старији од 7 година може закључивати све правне послове уз сагласност законског заступника, а самостално може предузимати правне послове којима прибавља неку корист за себе, неутралне правне послове и послове мањег значаја (вредности).[79]

Иако немачки законодавац полази од тога да су деца млађа од седам година пословно неспособна и да је њихова изјава воље ништава, за разлику од нашег законодавца који ту старосну границу подиже на 14 година, уочавају се сличности у режиму под који потпадају правни послови лица ограничене пословне способности. За уговоре малолетника који су навршили седам година старости који су закључени без сагласности законског заступника немачки законодавац каже да њихова пуноважност зависи од одобрења заступника (исту одредбу немачки законодавац има

79 Пар. 104–113 Немачког грађанског законика.

9. Општа карактеристика упоредноправних решења ове материје је већа поступност у стицању пословне способности и много нижа старосна граница потребна за обављање појединих категорија послова, а за оне мање вредности се чак никаква доња старосна граница не захтева. Тако, по *Немачком грађанском законику* ограничена пословна способност стиче се већ са седам година: овакав малолетник може уз сагласност законског заступника закључивати све правне послове а самостално може закључивати послове којима прибавља искључиво неку корист за себе као и послове који ће бити извршени средствима која су им у ту сврху дата или су им дата на слободно располагање[19]). У *швајцарском праву* малолетник способан за расуђивање може, без обзира на узраст, самостално закључивати послове који су за њега доброчини, а са одобрењем законског заступника и све остале послове[20]). У *грчком праву* малолетник са навршених десет година може самостално предузимати послове из којих за њега произилази искључиво нека корист; са четрнаест година стиче се способност самосталног располагања својом зарадом и средствима која су добијена на слободно располагање, као и способност закључивања свих осталих послова уз сагласност законског заступника[21]). По *мађарском Грађанском законику* ограничена пословна способност стиче се са дванаест година; дванаестогодишњак може уз сагласност законског заступника (која може бити дата и накнадно) предузимати све правне послове, а самостално може „да закључује уговоре од мањег значаја ради задовољења уобичајених свакодневних потреба" и уговоре на основу којих прибавља искључиво неку корист (§ 14, ст. 2). Малолетници до дванаест година су пословно неспособни „али не сматрају се ништавим уговори које непосредно закључи лице без пословне способности и који су извршени а од малог су значаја и њихово закључивање у свакодневном животу се дешава масовно без нарочитог размишљања" (§ 18, ст. 2). У *совјетском праву* малолетници испод петнаест годи-

зама са стараоцем лица које није навршило петнаест година, а старалац лица коме је *делимично одузета пословна способност* са стараоцем малолетног лица које није навршило петнаест година (чл. 208).

[18]) Чл. 73, ст. 2. и чл. 200, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске. У чл. 90, који говори о продужењу родитељског права, ништа се не каже да ли се пунолетно дете изједначава са малолетником млађим од петнаест година или старијим од петнаест година, и уопште који је обим његове пословне способности. С друге стране, „особа која је дјелимично лишена пословне способности може склапати правне послове, али је за њихову ваљаност потребно одобрење старатеља". Она такође „може самостално остваривати своја права и интересе који се тичу њеног особног стања (статусне ствари)" (чл. 211). Како се види, лица која су делимично лишена пословне способности имају знатно шири обим пословне способности од такозваних старијих малолетника, што не одговара ни „природном" поретку ствари ни решењу прихваћеном у послератном југословенском праву.

[19]) §§ 104—113. немачког Грађанског законика.

[20]) Чл. 19. Швајцарског Грађанског законика.

[21]) Чл. 134—135. грчког Грађанског законика.

цуско решење предвиђало је могућност поништења само за малолетна лица, док је након реформе француског грађанског права проширена на сва пословно неспособна лица. Француски законодавац код малолетника следи појам поништења рушљивих уговора и то приговором против тужбе за поништење који може истицати пословно способан сауговарач. Такође је и чл. 389–3 и 450 француског *Code civil* прописано да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делују самостално што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајена и у складу са положајем и стилом живота његове породице.

Француски законодавац има једно веома специфично решење – не прави поделу појма малолетних лица на старије и млађе малолетнике, већ их посматра као јединствену категорију. Да се вратимо на почетак анализе француског система – нема поступности и категоризације малолетника, постоји систем општости, редак у савременом упоредном праву.

У праву Енглеске је предвиђено да су пуноважни уговори малолетника којима се набављају оне ствари које су малолетнику неопходне за свакодневи живот. Овакав приступ ћемо видети и у оквиру судске праксе у азијским, афричким и другим системима под утицајима англосаксонског правног система.

Према мађарском Грађанском законику, ограничена пословна способност стиче це са дванаест година – дванаестогодишњак може уз сагласност законског заступника (која може бити дата и накнадно) предузимати све правне послове, а самостално може да закључује правне послове мањег значаја ради задовољења уобичајених свакодневних потреба, као и правне послове којима прибавља искључиво неку корист. Малолетници до дванаест година су пословно неспособни, али не сматрају се ништавим уговори које непосредно закључи лице без пословне способности и који су извршени, а малог су значаја и њихово закључивање у свакодневном животу се дешава учестало без сметњи.

Према пољском Грађанском законику, ограничена пословна способност стиче се са навршених тринаест година – тринаестогодишњак може самостално, без сагласности свог законског заступника, закључивати: уговоре који се редовно закључују о ситнијим стварима у свакодневном животу; уговоре којима располаже својом зарадом; уговоре којима располаже средствима добијеним на слободно располагање. Поред тога, кад пословно неспособно лице закључи неки од уговора који се редовно закључују о ситнијим стварима свакодневног живота, такав уговор постаје пуноважан кад се изврши, осим ако се малолетнику тиме наноси очигледна штета.

9. Општа карактеристика упоредноправних решења ове материје је већа поступност у стицању пословне способности и много нижа старосна граница потребна за обављање појединих категорија послова, а за оне мање вредности се чак никаква доња старосна граница не захтева. Тако, по *Немачком грађанском законику* ограничена пословна способност стиче се већ са седам година: овакав малолетник може уз сагласност законског заступника закључивати све правне послове а самостално може закључивати послове којима прибавља искључиво неку корист за себе као и послове који ће бити извршени средствима која су им у ту сврху дата или су им дата на слободно располагање[19]). У *швајцарском праву* малолетник способан за расуђивање може, без обзира на узраст, самостално закључивати послове који су за њега доброчини, а са одобрењем законског заступника и све остале послове[20]). У *грчком праву* малолетник са навршених десет година може самостално предузимати послове из којих за њега произилази искључиво нека корист; са четрнаест година стиче се способност самосталног располагања својом зарадом и средствима која су добијена на слободно располагање, као и способност закључивања свих осталих послова уз сагласност законског заступника[21]). По *мађарском Грађанском законику* ограничена пословна способност стиче се са дванаест година; дванаестогодишњак може уз сагласност законског заступника (која може бити дата и накнадно) предузимати све правне послове, а самостално може „да закључује уговоре од мањег значаја ради задовољења уобичајених свакодневних потреба" и уговоре на основу којих прибавља искључиво неку корист (§ 14, ст. 2). Малолетници до дванаест година су пословно неспособни „али не сматрају се ништавим уговори које непосредно закључи лице без пословне способности и који су извршени а од малог су значаја и њихово закључивање у свакодневном животу се дешава масовно без нарочитог размишљања" (§ 18, ст. 2). У *совјетском праву* малолетници испод петнаест годи-

зама са стараоцем лица које није навршило петнаест година, а старалац лица коме је *делимично одузета пословна способност* са стараоцем малолетног лица које није навршило петнаест година (чл. 208).

[18]) Чл. 73, ст. 2. и чл. 200, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске. У чл. 90, који говори о продужењу родитељског права, ништа се не каже да ли се пунолетно дете изједначава са малолетником млађим од петнаест година или старијим од петнаест година, и уопште који је обим његове пословне способности. С друге стране, „особа која је дјелимично лишена пословне способности може склапати правне послове, али је за њихову ваљаност потребно одобрење старатеља". Она такође „може самостално остваривати своја права и интересе који се тичу њеног особног стања (статусне ствари)" (чл. 211). Како се види, лица која су делимично лишена пословне способности имају знатно шири обим пословне способности од такозваних старијих малолетника, што не одговара ни „природном" поретку ствари ни решењу прихваћеном у послератном југословенском праву.

[19]) §§ 104—113. немачког Грађанског законика.

[20]) Чл. 19. Швајцарског Грађанског законика.

[21]) Чл. 134—135. грчког Грађанског законика.

цуско решење предвиђало је могућност поништења само за малолетна лица, док је након реформе француског грађанског права проширена на сва пословно неспособна лица. Француски законодавац код малолетника следи појам поништења рушљивих уговора и то приговором против тужбе за поништење који може истицати пословно способан сауговарач. Такође је и чл. 389–3 и 450 француског *Code civil* прописано да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делују самостално што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајена и у складу са положајем и стилом живота његове породице.

Француски законодавац има једно веома специфично решење – не прави поделу појма малолетних лица на старије и млађе малолетнике, већ их посматра као јединствену категорију. Да се вратимо на почетак анализе француског система – нема поступности и категоризације малолетника, постоји систем општости, редак у савременом упоредном праву.

У праву Енглеске је предвиђено да су пуноважни уговори малолетника којима се набављају оне ствари које су малолетнику неопходне за свакодневни живот. Овакав приступ ћемо видети и у оквиру судске праксе у азијским, афричким и другим системима под утицајима англосаксонског правног система.

Према мађарском Грађанском законику, ограничена пословна способност стиче це са дванаест година – дванаестогодишњак може уз сагласност законског заступника (која може бити дата и накнадно) предузимати све правне послове, а самостално може да закључује правне послове мањег значаја ради задовољења уобичајених свакодневних потреба, као и правне послове којима прибавља искључиво неку корист. Малолетници до дванаест година су пословно неспособни, али не сматрају се ништавим уговори које непосредно закључи лице без пословне способности и који су извршени, а малог су значаја и њихово закључивање у свакодневном животу се дешава учестало без сметњи.

Према пољском Грађанском законику, ограничена пословна способност стиче се са навршених тринаест година – тринаестогодишњак може самостално, без сагласности свог законског заступника, закључивати: уговоре који се редовно закључују о ситнијим стварима у свакодневном животу; уговоре којима располаже својом зарадом; уговоре којима располаже средствима добијеним на слободно располагање. Поред тога, кад пословно неспособно лице закључи неки од уговора који се редовно закључују о ситнијим стварима свакодневног живота, такав уговор постаје пуноважан кад се изврши, осим ако се малолетнику тиме наноси очигледна штета.

на имају право да закључују уобичајене ситне послове"[22]). Према *пољском Грађанском законику* ограничена пословна способност стиче се са навршених тринаест година; тринаестогодишњак може самостално (дакле без сагласности свог законског заступника) закључивати: (а) „уговоре који се редовно закључују о ситнијим стварима свакодневног живота"; (б) уговоре којима располаже својом зарадом[23]); (в) уговоре којима располаже средствима добијеним на слободно располагање[24]). Поред тога, кад пословно неспособно лице закључи неки од уговора „који се редовно закључују о ситнијим стварима свакодневног живота, такав уговор постаје пуноважан кад се изврши", осим ако му се тиме не наноси очигледна штета[25]). Према раније важећем *чехословачком грађанском законику од 1950. године* лице са навршених шест година живота може самостално закључивати послове који су искључиво у његову корист, као и послове који се извршавају одмах по закључењу а одговарају његовом узрасту[26]). Нови *чехословачки Грађански законик од 1964. године* отишао је још даље и поставио опште правило по коме су малолетници способни за самостално предузимање свих послова „који су по својој природи сразмерни њиховој интелектуалној и моралној зрелости која одговара њиховом узрасту"[27]). Најновији међу грађанским законицима социјалистичких земаља *Цивилни законик Немачке ДР* од 1975. године прописује да и лица која нису напунила шест година живота могу пуноважно закључивати „уговоре за задовољење свакодневних животних потреба са безначајном вредношћу када су обавезе произишле за обе стране одмах испуњене"[28]). Од навршених шест година до стицања пунолетства (дакле до навршетка осамнаест година) малолетници могу уз сагласност законског заступника закључивати све правне послове, а без ове сагласности (дакле самостално) могу закључивати уговоре „за задовољење свакодневних животних потреба"[29]). Најзад, према *етиопском Грађанском законику* од 1960. године, писаном за потребе једне цивилизације у много чему различите од европске, законски заступник може овластити малолетника да сам закључује уговоре који се с об-

[22]) Чл. 14. ст. 2. Грађанског законика РСФСР.

[23]) Чл. 21. пољског Грађанског законика (осим у случају кад старатељски суд из оправданих разлога одлучи другачије).

[24]) Осим оних за чије закључење по закону није довољна сагласност законског заступника (чл. 22. пољског Грађанског законика).

[25]) Чл. 14. пољског Грађанског законика (није, додуше, из текста закона сасвим јасно да ли се ова одредба односи само на лица лишена пословне способности или и на малолетнике са тринаест година, који су такође пословно неспособни).

[26]) § 11. и § 12, ст. 1. чехословачког Грађанског законика од 1950. године. Са петнаест година малолетник може уз сагласност законског заступника закључивати све послове а самостално може располагати својом зарадом (§§ 12. ст. 1. и 14).

[27]) § 9. чехословачког Грађанског законика од 1964. године.

[28]) § 52. Цивилног законика Немачке демократске Републике.

[29]) § 50. ст. 5. Цивилног законика Немачке ДР.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Др Катарина Г. Доловић Бојић

ПРАВНО НЕПОСТОЈЕЋИ УГОВОРИ

БЕОГРАД • 2021

уговорима, као први пример наводи се недостатак пословне способности за предузимање конкретног правног посла као пример непостојања правног посла из разлога непостојања.

Сваки недостатак у настанку и пуноважности уговора може се сматрати повредом неке законске одредбе. Питање је да ли се онда такви уговори требају сматрати апсолутно ништавим, јер су апсолутно ништави уговори по дефиницији забрањени правом или моралом. Недостатак који постоји код правних послова предузетих од пословно неспособних лица претпоставља схватање појма пословне способности.

2. МЛАЂИ МАЛОЛЕТНИЦИ

Млађи малолетници су прва категорија деце која има по закону могућност да закључује одређене правне послове и да из њих проистичу последице. У теорији посотје мишљења да су млађи малолетници деца од 7. до 14. године живота. У складу са тиме, деца до 7. године живота су потпуно пословно неспособна и не могу закључивати ниједан правни посао, а ако га ипак закључе – он ће бити апсолутно ништав. За разлику од категорија послова које могу закључивати млађи малолетници, њима није дозвољено закључивање чак ни послова малог значаја, али ни послова којима се стичу искључиво права.[53] Оваква схватања нису у складу са законским нормама поводом пословне способности детета, те сматрамо да и дете испод 7 година старости може добити поклон без икаквих сметњи, иако му родитељи нису присутни у том тренутку.

Млађи малолетници имају делимичну пословну способност. До доношења Породичног закона у домаћој теорији је постојала јасна подела на лица која су потпуно и лица која су делимично пословно способна. То је било у складу са законском регулативом, тачније одредбама некада важећег Закона о браку и породичним односима. У члановима 122 и 267 ЗБПО предвиђено је да малолетна лица са навршених 14 година старости могу сама предузимати све правне послове, али да је за пуноважност тих послова неопходно одобрење њиховог законског заступника. Одобрење се није захтевало само када су у питању били послови мањег значаја. С друге стране, малолетници до навршених 14 година нису могли сами предузимати правне послове, а ако би их ипак закључили, такви правни послови нису могли бити накнадно оснажени.

Промене у схватањима породичних односа резултирале су доношењем Породичног закона. У контексту пословне способности спорно је да ли и даље постоји категорија лица која су потпуно пословно неспособна. Ово стога јер је чл. 64 ПЗ прописано да деца до 14. године старости могу потпуно самостално предузимати правне послове мањег значаја, послове којима стичу искључиво права и неутралне правне по-

53 О. Антић, *op. cit.*, стр. 237.

вези са самом вољом изјавиоца – воља није манифестована у одговарајућем облику, односно није изјављена у захтеваној форми, то јест проблем постоји на терену садржине саме воље – усмерена је на нешто што је немогуће или неодређено (и истовремено неодредиво), односно воља нема каузу – нема основа, то јест разлога обавезивања.

Риг (Rieg) је упозоравао да је скоро немогуће одговорити једном формулом на тако сложено питање као што је постојање, односно одсуство воље у конкретном случају.[297] Он је узроке непостојања воље видео у недостатку луцидности (*l'absence de lucidite*) – патолошким или психичким разлозима, с једне стране, и одсуству намере (*l'absence d'intention*) – менталне резерве или шала, с друге стране.[298]

Очигледно је, дакле, да воља чини саму срж правног посла, а сагласност изјављених воља суштину уговора те да су сви разлози који могу довести до ненастанка уговора у тесној вези са вољом изјавиоца/изјавилаца.

Уколико ипак тежимо одређеној систематици те класификацији разлога непостојања уговора, могли бисмо направити дводелну поделу – на узроке који се тичу самог изјавиоца и на друге који се тичу садржине „уговора". Подела је релативна јер остајемо при томе да је извор свих недостатака, то јест разлога непостојања – у вољи.

2. ВОЉА ПОСТОЈИ, ИЗЈАВЉЕНА ВОЉА ОДГОВАРА СТВАРНОЈ ВОЉИ, АЛИ НИЈЕ ПРАВНОРЕЛЕВАНТНА

2.1 Недостатак способности уговарања (уговори млађих малолетника и лица изједначених са њима)

2.1.1 Увод

Већ је постао „стереотип" став у доктрини да послови млађих малолетника и лица њима уподобљених[299] (осим оних које по закону млађи малолетници могу самостално предузимати) спадају у групу апсолутно ништавих правних послова. Истим тим ауторима ипак није страно да, када говоре о непостојећим уговорима, као први пример наведу недостатак пословне способности за предузимање конкретног правног посла као школски пример непостојања правног посла из разлога непостојања

297 A. Rieg, 16.

298 *Ibid.*, 17–21.

299 Породични закон – ПЗ, *Сл. гласник РС* 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015. Члан 146 „Потпуно лишење пословне способности": (1) Пунолетно лице које због болести или сметњи у психо-физичком развоју није способно за нормално расуђивање те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса може бити потпуно лишено пословне способности.
(2) Пословна способност лица из става 1 овог члана једнака је пословној способности млађег малолетника.

уговорима, као први пример наводи се недостатак пословне способности за предузимање конкретног правног посла као пример непостојања правног посла из разлога непостојања једног од суштинских елемената.

Сваки недостатак у настанку и пуноважности уговора може се сматрати повредом неке законске одредбе. Питање је да ли се онда такви уговори требају сматрати апсолутно ништавим, јер су апсолутно ништави уговори по дефиницији забрањени правом или моралом. Недостатак који постоји код правних послова предузетих од пословно неспособних лица претпоставља схватање појма пословне способности.

2. МЛАЂИ МАЛОЛЕТНИЦИ

Млађи малолетници су прва категорија деце која има по закону могућност да закључује одређене правне послове и да из њих проистичу последице. У теорији посотје мишљења да су млађи малолетници деца од 7. до 14. године живота. У складу са тиме, деца до 7. године живота су потпуно пословно неспособна и не могу закључивати ниједан правни посао, а ако га ипак закључе – он ће бити апсолутно ништав. За разлику од категорија послова које могу закључивати млађи малолетници, њима није дозвољено закључивање чак ни послова малог значаја, али ни послова којима се стичу искључиво права.[53] Оваква схватања нису у складу са законским нормама поводом пословне способности детета, те сматрамо да и дете испод 7 година старости може добити поклон без икаквих сметњи, иако му родитељи нису присутни у том тренутку.

Млађи малолетници имају делимичну пословну способност. До доношења Породичног закона у домаћој теорији је постојала јасна подела на лица која су потпуно и лица која су делимично пословно способна. То је било у складу са законском регулативом, тачније одредбама некада важећег Закона о браку и породичним односима. У члановима 122 и 267 ЗБПО предвиђено је да малолетна лица са навршених 14 година старости могу сама предузимати све правне послове, али да је за пуноважност тих послова неопходно одобрење њиховог законског заступника. Одобрење се није захтевало само када су у питању били послови мањег значаја. С друге стране, малолетници до навршених 14 година нису могли сами предузимати правне послове, а ако би их ипак закључили, такви правни послови нису могли бити накнадно оснажени.

Промене у схватањима породичних односа резултирале су доношењем Породичног закона. У контексту пословне способности спорно је да ли и даље постоји категорија лица која су потпуно пословно неспособна. Ово стога јер је чл. 64 ПЗ прописано да деца до 14. године старости могу потпуно самостално предузимати правне послове мањег значаја, послове којима стичу искључиво права и неутралне правне по-

53 О. Антић, *op. cit.*, стр. 237.

једног од суштинских елемената. Нама је одувек било чудно у таквим ставовима – шта је то незаконито и неморално у пословима предузетим од пословно неспособног изјавиоца воље? Другим речима, по чему су ти послови забрањени у смислу дефиниције апсолутне ништавости?

Очигледно влада неки тренд да све што не ваља треба сместити у поље ништавости, па макар то нешто не ваљало из различитих разлога. Сматрамо да разлог за то лежи у погрешном схватању појма апсолутно ништавих уговора. Наиме, сваки недостатак у настанку и пуноважности уговора може се сматрати повредом неке законске одредбе. Али да ли би то требало да значи да би у свим тим случајевима уговор требало сматрати незаконитим, а онда и апсолутно ништавим јер су апсолутно ништави уговори по дефиницији забрањени правом или моралом. О појму апсолутно ништавих уговора већ смо говорили, па ћемо на овом месту избећи непотребна понављања.

Недостатак са којим се „боре" правни послови предузети од пословно неспособних лица схватићемо ако прво пођемо од појма пословне способности. Тек у анализи појма пословне способности схватићемо због чега лица која не поседују пословну способност не могу предузети правни посао, другим речима – због чега њихов уговор и, шире, правни посао не постоји на пољу права.

2.1.2 Појам пословне способности

Иако је уговор дело сагласности воља, настанак уговора не условљава само воља већ се поставља питање и правне „зрелости" те воље која се огледа у пословној способности изјавиоца воље.[300] Да би воља имала правну „зрелост", односно да би била правно релевантна, неопходно је да физичко лице достигне зрелост на интелектуалном и вољном плану.[301] Пословна способност, дакле, за основ има једну фактичку способност – способност расуђивања у пословним односима која подразумева способност лица да се само стара о својим интересима.[302]

Дакле, да би воља одређеног лица била правнорелевантна, неопходно је да лице има пословну способост; лице ће имати пословну способност ако је способно за расуђивање; лице је способно за расуђивање уколико је способно да се стара о својим интересима; способно је да се стара о својим интересима ако је достигло одређену зрелост на интелектуалном и вољном плану, другим речима, уколико може схватити значај и последице својих радњи (свест) и ако хоће да оне наступе (воља). Битно је да хтење буде у складу са интересима изјавиоца воље. Пословно способан је, дакле, онај ко је у стању да схвати и хоће и то оно што је у његовом интересу.[303]

300 Ј. Салма, 226.
301 Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 120.
302 В. Водинелић, 354.
303 *Ibid.*, 362.

уговорима, као први пример наводи се недостатак пословне способности за предузимање конкретног правног посла као пример непостојања правног посла из разлога непостојања.

Сваки недостатак у настанку и пуноважности уговора може се сматрати повредом неке законске одредбе. Питање је да ли се онда такви уговори требају сматрати апсолутно ништавим, јер су апсолутно ништави уговори по дефиницији забрањени правом или моралом. Недостатак који постоји код правних послова предузетих од пословно неспособних лица претпоставља схватање појма пословне способности.

2. МЛАЂИ МАЛОЛЕТНИЦИ

Млађи малолетници су прва категорија деце која има по закону могућност да закључује одређене правне послове и да из њих проистичу последице. У теорији посотје мишљења да су млађи малолетници деца од 7. до 14. године живота. У складу са тиме, деца до 7. године живота су потпуно пословно неспособна и не могу закључивати ниједан правни посао, а ако га ипак закључе – он ће бити апсолутно ништав. За разлику од категорија послова које могу закључивати млађи малолетници, њима није дозвољено закључивање чак ни послова малог значаја, али ни послова којима се стичу искључиво права.[53] Оваква схватања нису у складу са законским нормама поводом пословне способности детета, те сматрамо да и дете испод 7 година старости може добити поклон без икаквих сметњи, иако му родитељи нису присутни у том тренутку.

Млађи малолетници имају делимичну пословну способност. До доношења Породичног закона у домаћој теорији је постојала јасна подела на лица која су потпуно и лица која су делимично пословно способна. То је било у складу са законском регулативом, тачније одредбама некада важећег Закона о браку и породичним односима. У члановима 122 и 267 ЗБПО предвиђено је да малолетна лица са навршених 14 година старости могу сама предузимати све правне послове, али да је за пуноважност тих послова неопходно одобрење њиховог законског заступника. Одобрење се није захтевало само када су у питању били послови мањег значаја. С друге стране, малолетници до навршених 14 година нису могли сами предузимати правне послове, а ако би их ипак закључили, такви правни послови нису могли бити накнадно оснажени.

Промене у схватањима породичних односа резултирале су доношењем Породичног закона. У контексту пословне способности спорно је да ли и даље постоји категорија лица која су потпуно пословно неспособна. Ово стога јер је чл. 64 ПЗ прописано да деца до 14. године старости могу потпуно самостално предузимати правне послове мањег значаја, послове којима стичу искључиво права и неутралне правне по-

53 О. Антић, *op. cit.*, стр. 237.

2.1.3 Пословна способност млађег малолетника

До доношења Породичног закона у домаћој теорији је постојала јасна подела на лица која су потпуно лишена пословне способности и лица која су делимично лишена пословне способности. То је било у складу са законском регулативом, тачније одредбама некада важећег Закона о браку и породичним односима.[304] Наиме, члановима 122 и 267 некада важећег ЗБПО предвиђено је да малолетна лица са навршених 14 година старости могу сама предузимати све правне послове, али да је за пуноважност тих послова неопходно одобрење њиховог законског заступника. Одобрење се није захтевало само када су у питању били послови мањег значаја. С друге стране, малолетници до навршених 14 година нису могли сами предузимати правне послове; евентуално предузети правни послови нису могли бити накнадно оснажени.[305] Стога је владајућа терминологија (лица потпуно пословно неспособна и лица делимично пословно способна) потпуно одговарала ранијим законским решењима.

Данас, међутим, имајући у виду одредбе Породичног закона, поставља се питање да ли и даље постоји категорија лица која су потпуно пословно неспособна. Наиме, чл. 64 ПЗ прописано је да деца до 14. године старости могу потпуно самостално предузимати правне послове мањег значаја, послове којима стичу искључиво права и неутралне правне послове. Деца са навршених 14 година могу, уз те три групе правних послова, предузимати и све остале, али уз сагласност законског заступника.[306] Очигледно је да након доношења Породичног закона категорија лица млађих од 14 година није више потпуно пословно неспособна. Међутим, имајући у виду терминологију самог Породичног закона[307] те потребу разликовања лица до 14 и лица старијих од 14 година, а и у недостатку адекватније, та терминологија је и даље у употреби.

2.1.4 Правни послови млађих малолетника

На почетку анализе одредаба ЗОО посвећених пословној способности малолетника „упада у очи" несистематичност нашег законодавца. Наиме, у наслову чл. 56 и 57 ЗОО помињу се „пословно неспособне особе", што имплицира да је реч о лицима потпуно лишеним пословне способности. Ипак, ст. 2 и 3 чл. 56 односе се на лица „ограничено пословно способна". Међутим, чл. 56 и не уноси толику забуну. Наиме, упркос томе што садржина не одговара потпуно наслову, могао би се и наслов шире протумачити па рећи да је под појмом пословне неспособности законодавац имао у виду и млађе и старије малолетнике, односно и

304 Закон о браку и породичним односима (у даљем тексту: ЗБПО), престао да важи 1. јула 2005 године, *Ing Pro*.

305 О. Станковић, В. Водинелић, 57.

306 ПЗ, чл. 64, ст. 2.

307 Вид. ПЗ, чл. 146 и 147.

III УПОРЕДНО ПРАВО

1. ОПШТА РЕШЕЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ (ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИЦИ)

Пословна способност је, историјски посматрано, дуго била ограничена за узак круг особа. Поред деце, и жене су имале ограничену пословну способност. У првим европским грађанским законицима постојала је неједнакост полова, при чему је муж, као брачни партнер, био заступник своје супруге која није располагала општом пословном способношћу. Тако, у првој верзији *Code civil*, жена у браку није имала потпуну пословну способност, све до доношења новеле из 1938. године, када се она изједначава са мужем и стиче општу пословну способност. Слично овоме, Немачки грађански законик тек 1957. године успоставља потпуну пословноправну равноправност између мушкараца и жена.

Општа карактеристика упоредноправних решења у области пословне способности је већа поступност у стицању пословне способности и много нижа старосна граница потребна за обављање појединих категорија послова, а за оне мање вредности це чак никаква доња старосна граница не захтева.

Према Немачком грађанском законику, ограничена пословна способност стиче це већ са седам година, те овакав малолетник може, уз сагласност законског заступника, закључивати све правне послове, а самостално може закључивати послове којима прибавља искључиво неку корист за себе, као и послове који ће бити извршени средствима која су им у ту сврху дата или су им дата да слободно располажу. У немачком праву малолетник који је старији од 7 година може закључивати све правне послове уз сагласност законског заступника, а самостално може предузимати правне послове којима прибавља неку корист за себе, неутралне правне послове и послове мањег значаја (вредности).[79]

Иако немачки законодавац полази од тога да су деца млађа од седам година пословно неспособна и да је њихова изјава воље ништава, за разлику од нашег законодавца који ту старосну границу подиже на 14 година, уочавају се сличности у режиму под који потпадају правни послови лица ограничене пословне способности. За уговоре малолетника који су навршили седам година старости који су закључени без сагласности законског заступника немачки законодавац каже да њихова пуноважност зависи од одобрења заступника (исту одредбу немачки законодавац има

79 Пар. 104–113 Немачког грађанског законика.

2.4 Да ли је решење домаћег законодавца специфично или се уклапа у неке од постојећих водећих упоредноправних система?

Иако немачки законодавац полази од тога да су деца млађа од седам година и лица нарушеног душевног здравља (које искључује слободно изражавање воље, осим ако такво стање није, по природи, привремено) пословно неспособна[328] и да је њихова изјава воље ништава,[329] за разлику од нашег законодавца који ту старосну границу подиже на 14 година,[330] уочавају се сличности у режиму под који потпадају правни послови лица ограничене пословне способности (у нашем праву лица преко 14,[331] а у немачком преко седам[332] година старости). Наиме, да би изјава воље лица старијег од седам година у немачком праву (осим у случају правних послова којима стиче само користи) била правнорелевантна, неопходна је сагласност законског заступника.[333] Такву одредбу садржи и наш закон, само што су у нашем праву у питању малолетници старији од 14 година, а шири је и круг послова које могу предузимати потпуно самостално.[334] За уговоре малолетника који су навршили седам година старости који су закључени без сагласности законског заступника немачки законодавац каже да њихова пуноважност зависи од одобрења заступника (исту одредбу немачки законодавац има и када су у питању једнострани правни послови – пар. 111).[335] Такво решење постоји и у нашем ЗОО, који такве уговоре сматра рушљивим, док их теорија назива храмајућим. У немачкој теорији уговори лица ограничене пословне способности закључени без сагласности законског заступника сматрају се „привремено неваљаним", односно „уговорима чија је ваљаност сумњива", а који ће у случају да одобрење изостане постати „трајно неваљани" те изједначени са ништавим.[336] Указује се и на чињеницу да такви уговори стварају својеврсно „стање неизвесности", те да због тога током ишчекивања ратификације не производе правна дејства.[337] Суштина је у оба правна система ипак иста: да би произво-

328 НГЗ, пар. 104.
329 НГЗ, пар. 105, ст. 1.
330 ПЗ, чл. 64, ст. 1.
331 *Ibid.*, чл. 64, ст. 2.
332 НГЗ, пар. 106. Дакле, овим параграфом је прописано да ограничену пословну способност има лице старије од седам, а млађе од 18 година.
333 *Ibid.*, пар. 107.
334 ПЗ, чл. 64, ст. 2.
335 НГЗ, пар. 108 ст. 1.
336 K. Zweigert, H. Kötz, 353.
337 Hannes Wais, *German Civil Code, Volume I: Books 1 – 3, Article-by-Article Commentary*, edited by Gerhard Dannemann, Reiner Schulze, München 2020, 131 и 133. Немачки правници сматрају да су малолетник и друга страна обавезани уговором, али да не могу захтевати извршење.

и када су у питању једнострани правни послови. Такво решење постоји и у нашем ЗОО, који такве уговоре сматра рушљивим, док их теорија назива храмајућим. У немачкој теорији, уговори лица ограничене пословне способности закључени без сагласности законског заступника сматрају се „привремено неваљаним", односно „уговорима чија је ваљаност сумњива", а који ће у случају да одобрење изостане постати „трајно неваљани", односно изједначавају се са непуноважним уговорима. Да би ови уговори производили правно дејство, неопходно је да буду оснажени накнадним одобрењем законског заступника. Немачко право даје могућност сауговарачу лица ограничено пословно способног на опозив. Право на опозив одговарало би у нашем закону праву на одустанак. Право на опозив губи се тренутком добијања одобрења законског заступника, а резервисано је за сауговарача који или није знао за узраст друге уговорне стране или постоје мане воље – преварен је или је у заблуди да постоји одобрење законског заступника малолетника. Немачко право не предвиђа да се у случају сазнања за пословну неспособност друге стране, односно за непостојање одобрења законског заступника, право на одустанак гаси истеком тридесетог дана од сазнања за то. У немачком праву прописано је право сауговарача да захтева од законског заступника да се изјасни да ли одобрава уговор, са циљем да се скрати период неизвесности и то у циљу правне сигурности – неопходно је да се изјасни у року од две недеље од дана пријема захтева за изјашњење, у супротном, сматраће се да одобрење није дато. Даље, немачки законик регулише и ситуацију када лице ограничене пословне способности стекне потпуну пословну способност и прописује да малолетниково одобрење ступа на место одобрења заступника. Немачки законодавац такве уговоре не назива рушљивим, а онда и не даје право уговорнику који је стекао пословну способност да поништава спорни уговор. Међутим, немачки законодавац то постиже тиме што прописује да ће одобрење сада пословно способног уговорника заменити одобрење заступника. Дакле, уговор ће постати пуноважан тако што ће уговорник који је постао пословно способан својом изјавом, сада правнорелевантне воље, у форми одобрења надоместити услов који недостаје за пуноважност. Немачки законодавац настоји да оствари следећи циљ: да уговор постане ипак пуноважан и прибегава решењу које се састоји у томе да се надомести недостатак који уговор неспорно има, а то се чини фикцијом да је одобрење сада пословно способног лица у ствари одобрење законског заступника. У питању је изјава правнорелевантне воље сада пословно способног лица са намером да закључи уговор са конкретним сауговарачем, са којим је исто лице и покушало да закључи уговор у време своје ограничене пословне способности, али у томе није успело управо због недостатака на плану воље.

Француско право са својим правилима о пословној способности малолетника и лица под посебном заштитом представља специфичан

2.4 Да ли је решење домаћег законодавца специфично или се уклапа у неке од постојећих водећих упоредноправних система?

Иако немачки законодавац полази од тога да су деца млађа од седам година и лица нарушеног душевног здравља (које искључује слободно изражавање воље, осим ако такво стање није, по природи, привремено) пословно неспособна[328] и да је њихова изјава воље ништава,[329] за разлику од нашег законодавца који ту старосну границу подиже на 14 година,[330] уочавају се сличности у режиму под који потпадају правни послови лица ограничене пословне способности (у нашем праву лица преко 14,[331] а у немачком преко седам[332] година старости). Наиме, да би изјава воље лица старијег од седам година у немачком праву (осим у случају правних послова којима стиче само користи) била правнорелевантна, неопходна је сагласност законског заступника.[333] Такву одредбу садржи и наш закон, само што су у нашем праву у питању малолетници старији од 14 година, а шири је и круг послова које могу предузимати потпуно самостално.[334] За уговоре малолетника који су навршили седам година старости који су закључени без сагласности законског заступника немачки законодавац каже да њихова пуноважност зависи од одобрења заступника (исту одредбу немачки законодавац има и када су у питању једнострани правни послови – пар. 111).[335] Такво решење постоји и у нашем ЗОО, који такве уговоре сматра рушљивим, док их теорија назива храмајућим. У немачкој теорији уговори лица ограничене пословне способности закључени без сагласности законског заступника сматрају се „привремено неваљаним", односно „уговорима чија је ваљаност сумњива", а који ће у случају да одобрење изостане постати „трајно неваљани" те изједначени са ништавим.[336] Указује се и на чињеницу да такви уговори стварају својеврсно „стање неизвесности", те да због тога током ишчекивања ратификације не производе правна дејства.[337] Суштина је у оба правна система ипак иста: да би произво-

328 НГЗ, пар. 104.
329 НГЗ, пар. 105, ст. 1.
330 ПЗ, чл. 64, ст. 1.
331 *Ibid.*, чл. 64, ст. 2.
332 НГЗ, пар. 106. Дакле, овим параграфом је прописано да ограничену пословну способност има лице старије од седам, а млађе од 18 година.
333 *Ibid.*, пар. 107.
334 ПЗ, чл. 64, ст. 2.
335 НГЗ, пар. 108 ст. 1.
336 K. Zweigert, H. Kötz, 353.
337 Hannes Wais, *German Civil Code, Volume I: Books 1 – 3, Article-by-Article Commentary*, edited by Gerhard Dannemann, Reiner Schulze, München 2020, 131 и 133. Немачки правници сматрају да су малолетник и друга страна обавезани уговором, али да не могу захтевати извршење.

и када су у питању једнострани правни послови. Такво решење постоји и у нашем ЗОО, који такве уговоре сматра рушљивим, док их теорија назива храмајућим. У немачкој теорији, уговори лица ограничене пословне способности закључени без сагласности законског заступника сматрају се „привремено неваљаним", односно „уговорима чија је ваљаност сумњива", а који ће у случају да одобрење изостане постати „трајно неваљани", односно изједначавају се са непуноважним уговорима. Да би ови уговори производили правно дејство, неопходно је да буду оснажени накнадним одобрењем законског заступника. Немачко право даје могућност сауговарачу лица ограничено пословно способног на опозив. Право на опозив одговарало би у нашем закону праву на одустанак. Право на опозив губи се тренутком добијања одобрења законског заступника, а резервисано је за сауговарача који или није знао за узраст друге уговорне стране или постоје мане воље – преварен је или је у заблуди да постоји одобрење законског заступника малолетника. Немачко право не предвиђа да се у случају сазнања за пословну неспособност друге стране, односно за непостојање одобрења законског заступника, право на одустанак гаси истеком тридесетог дана од сазнања за то. У немачком праву прописано је право сауговарача да захтева од законског заступника да се изјасни да ли одобрава уговор, са циљем да се скрати период неизвесности и то у циљу правне сигурности – неопходно је да се изјасни у року од две недеље од дана пријема захтева за изјашњење, у супротном, сматраће се да одобрење није дато. Даље, немачки законик регулише и ситуацију када лице ограничене пословне способности стекне потпуну пословну способност и прописује да малолетниково одобрење ступа на место одобрења заступника. Немачки законодавац такве уговоре не назива рушљивим, а онда и не даје право уговорнику који је стекао пословну способност да поништава спорни уговор. Међутим, немачки законодавац то постиже тиме што прописује да ће одобрење сада пословно способног уговорника заменити одобрење заступника. Дакле, уговор ће постати пуноважан тако што ће уговорник који је постао пословно способан својом изјавом, сада правнорелевантне воље, у форми одобрења надоместити услов који недостаје за пуноважност. Немачки законодавац настоји да оствари следећи циљ: да уговор постане ипак пуноважан и прибегава решењу које се састоји у томе да се надомести недостатак који уговор неспорно има, а то се чини фикцијом да је одобрење сада пословно способног лица у ствари одобрење законског заступника. У питању је изјава правнорелевантне воље сада пословно способног лица са намером да закључи уговор са конкретним сауговарачем, са којим је исто лице и покушало да закључи уговор у време своје ограничене пословне способности, али у томе није успело управо због недостатака на плану воље.

Француско право са својим правилима о пословној способности малолетника и лица под посебном заштитом представља специфичан

дили намеравано правно дејство ти уговори морају бити оснажени накнадним одобрењем законског заступника.

И немачки, као и наш законодавац, овлашћује сауговарача лица ограничено пословно способног на опозив. Право на опозив одговарало би у нашем закону праву на одустанак. Право на опозив губи се, као и у нашем праву, тренутком добијања одобрења законског заступника, а резервисано је за сауговарача који или није знао за старосну доб друге стране или је преварен да заступниково одобрење постоји.[338] Разлика између нашег и немачког решења на овом месту само је у томе што наш законодавац прописује да се у случају сазнања за пословну неспособност друге стране, односно за непостојање одобрења законског заступника, право на одустанак гаси истеком тридесетог дана од сазнања за то.[339]

И у нашем и у немачком праву прописано је право сауговарача да захтева од законског заступника да се изјасни да ли одобрава уговор, са циљем да се скрати период неизвесности и зарад правне сигурности, с том разликом што се законски заступник у нашем праву мора изјаснити у року од тридесет дана, а у немачком у року од две седмице од дана пријема захтева за изјашњење.[340] У супротном, сматраће се да одобрење није дато.

Такође, и наш и немачки закон/законик регулишу ситуацију када лице ограничене пословне способности стекне потпуну пословну способност, али с том разликом што немачки законодавац прописује да малолетниково одобрење ступа на место одобрења заступника, док наш законодавац даје право лицу које је стекло потпуну пословну способност да захтева поништај уговора у року од три месеца од дана стицања потпуне пословне способности.[341] Дакле, на различите начине оба законодавца стављају судбину уговора у руке сада пословно способног уговорника, с том разликом што се у немачком праву „оснажење"[342] дешава одобрењем од сада пословно способног лица, док у српском праву „оснажење" наступа пропуштањем да се у прописаном року захтева поништај уговора. Можда би се могла упоредити решења Скице и немачког пар. 108, ст. 3 будући да је чл. 36 Скице предвиђена могућност да након стицања пословне способности раније ограничено пословно неспособан уговорник своме сауговарачу изјави да одобрава уговор.

Упркос изузетно сличном, а суштински готово истом режиму под који потпадају уговори лица ограничене пословне способности закључ-

338 Упор. пар. 109, ст. 2 НГЗ и чл. 57, ст. 1 и 2 ЗОО.
339 ЗОО, чл. 57, ст. 3.
340 Упор. пар. 108, ст. 2 НГЗ и чл. 58, ст. 2 ЗОО.
341 Упор. пар. 108, ст. 3 НГЗ и чл. 59 ЗОО.
342 Оснажење стављамо под знаке наводе јер сматрамо да ту није реч о оснажењу већ о окончању поступка настајања уговора. Супротно, претпоставка оснажења јесте испуњеност свих услова за настанак уговора, али не и за пуноважност.

и када су у питању једнострани правни послови. Такво решење постоји и у нашем ЗОО, који такве уговоре сматра рушљивим, док их теорија назива храмајућим. У немачкој теорији, уговори лица ограничене пословне способности закључени без сагласности законског заступника сматрају се „привремено неваљаним", односно „уговорима чија је ваљаност сумњива", а који ће у случају да одобрење изостане постати „трајно неваљани", односно изјадначавају се са непуноважним уговорима. Да би ови уговори производили правно дејство, неопходно је да буду оснажени накнадним одобрењем законског заступника. Немачко право даје могућност сауговарачу лица ограничено пословно способног на опозив. Право на опозив одговарало би у нашем закону праву на одустанак. Право на опозив губи се тренутком добијања одобрења законског заступника, а резервисано је за сауговарача који или није знао за узраст друге уговорне стране или постоје мане воље – преварен је или је у заблуди да постоји одобрење законског заступника малолетника. Немачко право не предвиђа да се у случају сазнања за пословну неспособност друге стране, односно за непостојање одобрења законског заступника, право на одустанак гаси истеком тридесетог дана од сазнања за то. У немачком праву прописано је право сауговарача да захтева од законског заступника да се изјасни да ли одобрава уговор, са циљем да се скрати период неизвесности и то у циљу правне сигурности – неопходно је да се изјасни у року од две недеље од дана пријема захтева за изјашњење, у супротном, сматраће се да одобрење није дато. Даље, немачки законик регулише и ситуацију када лице ограничене пословне способности стекне потпуну пословну способност и прописује да малолетниково одобрење ступа на место одобрења заступника. Немачки законодавац такве уговоре не назива рушљивим, а онда и не даје право уговорнику који је стекао пословну способност да поништава спорни уговор. Међутим, немачки законодавац то постиже тиме што прописује да ће одобрење сада пословно способног уговорника заменити одобрење заступника. Дакле, уговор ће постати пуноважан тако што ће уговорник који је постао пословно способан својом изјавом, сада правнорелевантне воље, у форми одобрења надоместити услов који недостаје за пуноважност. Немачки законодавац настоји да оствари следећи циљ: да уговор постане ипак пуноважан и прибегава решењу које се састоји у томе да се надомести недостатак који уговор неспорно има, а то се чини фикцијом да је одобрење сада пословно способног лица у ствари одобрење законског заступника. У питању је изјава правнорелевантне воље сада пословно способног лица са намером да закључи уговор са конкретним сауговарачем, са којим је исто лице и покушало да закључи уговор у време своје ограничене пословне способности, али у томе није успело управо због недостатака на плану воље.

Француско право са својим правилима о пословној способности малолетника и лица под посебном заштитом представља специфичан

чени без одобрења законског заступника, немачки законодавац ипак, сасвим оправдано, такве уговоре не назива рушљивим, а онда и не даје право уговорнику који је стекао пословну способност да поништава спорни уговор. Међутим, немачки законодавац то постиже тиме што прописује да ће одобрење сада пословно способног уговорника заменити одобрење заступника. Дакле, уговор ће постати пуноважан тако што ће уговорник који је постао пословно способан својом изјавом, сада правнорелевантне воље, у форми одобрења надоместити услов који недостаје за пуноважност (по нашем мишљењу ипак постојање) уговора – одобрење законског заступника. Иако је неспорно да је и то једна хибридна конструкција у складу са начелом *in favorem contractus*, свакако је боља од решења нашег законодавца.

Наиме, у нашем праву се дешава да уговор постаје пуноважан (а према нашем мишљењу, тек настаје!) „сам од себе", односно протеком рокова. Протек времена у том случају ништа није допринео да се испуни онај недостајући услов због којег уговор и није пуноважан, односно због којег, пре свега, није ни настао. Отуда зачуђује решење за које се опредељује наш законодавац – право лица које је стекло потпуну пословну способност да захтева поништај нечега што не постоји, с једне стране, односно могућност да протеком рока за поништај уговор постане пуноважан. Немачки законодавац настоји да оствари исти циљ – да уговор постане ипак пуноважан, али прибегава другачијем, логичнијем решењу које се састоји у томе да се надомести недостатак који уговор неспорно има, а то се чини фикцијом да је одобрење сада пословно способног лица у ствари одобрење законског заступника. Решење немачког законодавца се можда и не би требало сматрати „чудним" уколико ствар погледамо из другог угла. Изјава воље сада пунолетног лица не мора се посматрати као одобрење које ступа на место одобрења законског заступника које је изостало. Једноставно, у питању је изјава правнорелевантне воље сада пословно способног лица са намером да закључи уговор са конкретним сауговарачем, са којим је, између осталог, исто лице и покушало да закључи уговор у време своје ограничене пословне способности, али у томе није успело управо због недостатака на плану воље. Уколико је сауговарач и даље остао при намери да закључи уговор са истим лицем (само сада пословно способним), онда би се та изјава воље сада пословно способног уговарача, коју немачки законодавац назива одобрењем, могла сматрати само прихватом понуде учињене од сауговарача. Ово због тога што уколико кажемо да одобрење лица које је стекло пословну способност доводи до настанка и пуноважности уговора, онда полазимо од тога да је сауговарач све време везан својом изјавом (али је, према нашем мишљењу, везан јер тако жели, а не због тога што мора, за разлику од законодавног решења које посебно регулише право на опозив/одустанак), односно том неком уговорном ситуацијом која би се могла описати само као непотпун уговор, односно правно

и када су у питању једнострани правни послови. Такво решење постоји и у нашем ЗОО, који такве уговоре сматра рушљивим, док их теорија назива храмајућим. У немачкој теорији, уговори лица ограничене пословне способности закључени без сагласности законског заступника сматрају се „привремено неваљаним", односно „уговорима чија је ваљаност сумњива", а који ће у случају да одобрење изостане постати „трајно неваљани", односно изједначавају се са непуноважним уговорима. Да би ови уговори производили правно дејство, неопходно је да буду оснажени накнадним одобрењем законског заступника. Немачко право даје могућност сауговарачу лица ограничено пословно способног на опозив. Право на опозив одговарало би у нашем закону праву на одустанак. Право на опозив губи се тренутком добијања одобрења законског заступника, а резервисано је за сауговарача који или није знао за узраст друге уговорне стране или постоје мане воље – преварен је или је у заблуди да постоји одобрење законског заступника малолетника. Немачко право не предвиђа да се у случају сазнања за пословну неспособност друге стране, односно за непостојање одобрења законског заступника, право на одустанак гаси истеком тридесетог дана од сазнања за то. У немачком праву прописано је право сауговарача да захтева од законског заступника да се изјасни да ли одобрава уговор, са циљем да се скрати период неизвесности и то у циљу правне сигурности – неопходно је да се изјасни у року од две недеље од дана пријема захтева за изјашњење, у супротном, сматраће се да одобрење није дато. Даље, немачки законик регулише и ситуацију када лице ограничене пословне способности стекне потпуну пословну способност и прописује да малолетниково одобрење ступа на место одобрења заступника. Немачки законодавац такве уговоре не назива рушљивим, а онда и не даје право уговорнику који је стекао пословну способност да поништава спорни уговор. Међутим, немачки законодавац то постиже тиме што прописује да ће одобрење сада пословно способног уговорника заменити одобрење заступника. Дакле, уговор ће постати пуноважан тако што ће уговорник који је постао пословно способан својом изјавом, сада правнорелевантне воље, у форми одобрења надоместити услов који недостаје за пуноважност. Немачки законодавац настоји да оствари следећи циљ: да уговор постане ипак пуноважан и прибегава решењу које се састоји у томе да се надомести недостатак који уговор неспорно има, а то се чини фикцијом да је одобрење сада пословно способног лица у ствари одобрење законског заступника. У питању је изјава правнорелевантне воље сада пословно способног лица са намером да закључи уговор са конкретним сауговарачем, са којим је исто лице и покушало да закључи уговор у време своје ограничене пословне способности, али у томе није успело управо због недостатака на плану воље.

Француско право са својим правилима о пословној способности малолетника и лица под посебном заштитом представља специфичан

стање. Ипак, специфичност те ситуације тзв. непостојећег уговора је у посебном правном режиму, односно ретроактивном дејству накнадно датог одобрења.

Иначе, сва правила која се тичу везаности „уговором", који, према нашем мишљењу, и не постоји док се не добије одобрење законског заступника, за основ имају постулате теорије ослањања јер је и овде реч о томе да се сауговарач као уговорна страна ослонио на то да други уговорник има пословну способност или бар одобрење законског заступника, те да је његова изјава воље правнорелевантна и дата са циљем произвођења правног дејства. Ипак, сматрамо да сав тај привид уговора који та ситуација неспорно ствара није довољан да би се могло говорити о праву на опозив, односно одустанак, као и праву на поништај, јер претпоставка свих тих овлашћења јесте постојање уговора, што, према нашем мишљењу, овде није случај.

Француско право се својим правилима о пословној способности малолетника и лица под посебном заштитом одваја од нашег и немачког права. Француско право полази од тога да свако физичко лице поседује уговорну способност те да може закључивати уговоре осим ако другачије није предвиђено законом.[343] Законодавац ипак у категорију пословно неспособних сврстава две категорије лица: малолетнике (лица до осамнаесте године)[344] који нису еманципацијом послали пословно способни и лица која уживају посебну заштиту због тога што нису у стању да се старају сама о својим интересима.[345] У француском Грађанском законику недостатак пословне способности изричито је прописан као разлог релативне ништавости уговора.[346] Иако је релативна ништавост прописана у интересу пословно неспособних лица, увидевши да би тако постављено правило ограничавало њихову аутономију воље у свакодневним пословима мањег значаја, законодавац прописује изузетак.[347] Наиме, уговори пословно неспособних лица су валидни уколико су у питању *„les actes courants autorisés par la loi ou l'usage"*, што бисмо протумачили као неке трансакције свакодневног живота које собом не носе веће ризике по малолетника,[348] а по слову закона уговорене су под „нормалним условима".[349]

Међутим, и ти уговори малолетника, који су у принципу валидни, могу бити поништени због лезије, осим у случају када је лезија настала услед неког догађаја који се није могао предвидети.[350] Не би требало да

343 ФГЗ, чл. 1145, ст. 1.
344 *Ibid.*, чл. 388.
345 *Ibid.*, чл. 1145 и 425.
346 *Ibid.*, чл. 1147.
347 G. Chantepie, M. Latina, 293.
348 K. Zweigert, H. Kötz, 349.
349 ФГЗ, чл. 1148.
350 *Ibid.*, чл. 1149, ст. 1.

правни систем. Он се одлукује општим правилима о пословној способности малолетника, као и о пуноважности предузетих правних послова, уз мало конкретних одредби. Француски систем полази од тога да свако физичко лице поседује уговорну способност, те да може закључивати уговоре, осим ако другачије није предвиђено законом. Дакле, постоји претпоставка потпуне пословне способности уколико се не покаже супротно. Законодавац, и поред овакве претпоставке, у категорију пословно неспособних, сврстава две категорије особа: малолетнике до осамнаесте године који нису еманципацијом постали потпуно пословно способни и лица која уживају посебну заштиту због тога што нису у стању да се старају сама о својим интересима. У *Code civil*, недостатак пословне способности изричито је прописан као разлог релативне ништавости уговора. Иако је релативна ништавост прописана у интересу пословно неспособних лица, увидевши да би тако постављено правило ограничавало њихову аутономију воље у свакодневним пословима мањег значаја, законодавац прописује следећи изузетак: уговори пословно неспособних лица су валидни уколико су у питању правни послови свакодневног живота који са собом не носе веће ризике по малолетника, а према закону уговорени су под нормалним условима. Ипак, и ови правни послови малолетника, који су генерално посматрано пуноважни, могу бити поништени услед прекомерног оштећења малолетника, осим у случају када је оштећење настало услед неког догађаја који се није могао предвидети. Када је у питању пословно способан сауговарач малолентика, он може истаћи приговор против тужбе за поништај уговора услед пословне неспособности било малолетног било пунолетног лица. Наиме, пословно способни сауговарач може истаћи приговор у поступку за поништење уговора, те доказати да је конкретан уговор за пословно неспособног малолетног уговарача користан и да нема оштећења за њега или да је он из таквог уговора чак остварио корист. Да би уговор малолетника био поништен, није довољно само доказати да је уговорник у тренутку закључења био пословно неспособан, већ и да има оштећења, односно да је конкретна трансакција за њега економски неповољна. Малолетници су у француском праву обавезани уговором све док такав уговор не буде поништен, а да би био поништен, неопходно је доказати да је извршење тог уговора неповољно за њих. Чланом 1152, ст. 2 предвиђа се могућност да се уговор потврди одрицањем од права на поништај, што може учинити само малолетник који је постао пословно способан или пунолетно лице које је стекло потпуну пословну способност, будући да ће одрицање производити дејство само уколико је потекло од заштићеног уговарача, и то након престанка разлога рушљивости. Ништавост уговора у свим случајевима је релативна ништавост на коју се може позивати само пословно неспособно лице, које је једино овлашћено и да потврди уговор, али тек када стекне потпуну пословну способност. Претходно фран-

стање. Ипак, специфичност те ситуације тзв. непостојећег уговора је у посебном правном режиму, односно ретроактивном дејству накнадно датог одобрења.

Иначе, сва правила која се тичу везаности „уговором", који, према нашем мишљењу, и не постоји док се не добије одобрење законског заступника, за основ имају постулате теорије ослањања јер је и овде реч о томе да се сауговарач као уговорна страна ослонио на то да други уговорник има пословну способност или бар одобрење законског заступника, те да је његова изјава воље правнорелевантна и дата са циљем произвођења правног дејства. Ипак, сматрамо да сав тај привид уговора који та ситуација неспорно ствара није довољан да би се могло говорити о праву на опозив, односно одустанак, као и праву на поништај, јер претпоставка свих тих овлашћења јесте постојање уговора, што, према нашем мишљењу, овде није случај.

Француско право се својим правилима о пословној способности малолетника и лица под посебном заштитом одваја од нашег и немачког права. Француско право полази од тога да свако физичко лице поседује уговорну способност те да може закључивати уговоре осим ако другачије није предвиђено законом.[343] Законодавац ипак у категорију пословно неспособних сврстава две категорије лица: малолетнике (лица до осамнаесте године)[344] који нису еманципацијом послали пословно способни и лица која уживају посебну заштиту због тога што нису у стању да се старају сама о својим интересима.[345] У француском Грађанском законику недостатак пословне способности изричито је прописан као разлог релативне ништавости уговора.[346] Иако је релативна ништавост прописана у интересу пословно неспособних лица, увидевши да би тако постављено правило ограничавало њихову аутономију воље у свакодневним пословима мањег значаја, законодавац прописује изузетак.[347] Наиме, уговори пословно неспособних лица су валидни уколико су у питању *„les actes courants autorisés par la loi ou l'usage"*, што бисмо протумачили као неке трансакције свакодневног живота које собом не носе веће ризике по малолетника,[348] а по слову закона уговорене су под „нормалним условима".[349]

Међутим, и ти уговори малолетника, који су у принципу валидни, могу бити поништени због лезије, осим у случају када је лезија настала услед неког догађаја који се није могао предвидети.[350] Не би требало да

343 ФГЗ, чл. 1145, ст. 1.
344 *Ibid.*, чл. 388.
345 *Ibid.*, чл. 1145 и 425.
346 *Ibid.*, чл. 1147.
347 G. Chantepie, M. Latina, 293.
348 K. Zweigert, H. Kötz, 349.
349 ФГЗ, чл. 1148.
350 *Ibid.*, чл. 1149, ст. 1.

правни систем. Он се одлукује општим правилима о пословној способности малолетника, као и о пуноважности предузетих правних послова, уз мало конкретних одредби. Француски систем полази од тога да свако физичко лице поседује уговорну способност, те да може закључивати уговоре, осим ако другачије није предвиђено законом. Дакле, постоји претпоставка потпуне пословне способности уколико се не покаже супротно. Законодавац, и поред овакве претпоставке, у категорију пословно неспособних, сврстава две категорије особа: малолетнике до осамнаесте године који нису еманципацијом постали потпуно пословно способни и лица која уживају посебну заштиту због тога што нису у стању да се старају сама о својим интересима. У *Code civil*, недостатак пословне способности изричито је прописан као разлог релативне ништавости уговора. Иако је релативна ништавост прописана у интересу пословно неспособних лица, увидевши да би тако постављено правило ограничавало њихову аутономију воље у свакодневним пословима мањег значаја, законодавац прописује следећи изузетак: уговори пословно неспособних лица су валидни уколико су у питању правни послови свакодневног живота који са собом не носе веће ризике по малолетника, а према закону уговорени су под нормалним условима. Ипак, и ови правни послови малолетника, који су генерално посматрано пуноважни, могу бити поништени услед прекомерног оштећења малолетника, осим у случају када је оштећење настало услед неког догађаја који се није могао предвидети. Када је у питању пословно способан сауговарач малолентика, он може истаћи приговор против тужбе за поништај уговора услед пословне неспособности било малолетног било пунолетног лица. Наиме, пословно способни сауговарач може истаћи приговор у поступку за поништење уговора, те доказати да је конкретан уговор за пословно неспособног малолетног уговарача користан и да нема оштећења за њега или да је он из таквог уговора чак остварио корист. Да би уговор малолетника био поништен, није довољно само доказати да је уговорник у тренутку закључења био пословно неспособан, већ и да има оштећења, односно да је конкретна трансакција за њега економски неповољна. Малолетници су у француском праву обавезани уговором све док такав уговор не буде поништен, а да би био поништен, неопходно је доказати да је извршење тог уговора неповољно за њих. Чланом 1152, ст. 2 предвиђа се могућност да се уговор потврди одрицањем од права на поништај, што може учинити само малолетник који је постао пословно способан или пунолетно лице које је стекло потпуну пословну способност, будући да ће одрицање производити дејство само уколико је потекло од заштићеног уговарача, и то након престанка разлога рушљивости. Ништавост уговора у свим случајевима је релативна ништавост на коју се може позивати само пословно неспособно лице, које је једино овлашћено и да потврди уговор, али тек када стекне потпуну пословну способност. Претходно фран-

чуди то што могућност поништаја услед лезије законодавац предвиђа само за малолетнике, а не и за пунолетна лица под заштитом, будући да је правни режим послова које предузимају ова друга лица посебно регулисан другим члановима.[351]

Даље одредбе ФГЗ не могу се похвалити јасноћом, будући да није јасан домен њихове примене. Наиме, поставља се питање да ли је чл. 1151, ст. 1 у вези са чл. 1149 или је формулисан у виду општег правила. Начин његове формулације није задовољавајући те се стога може учинити да се враћа уназад, односно доводи у везу са чл. 1149.[352] У пиштању је ипак члан који доноси једну општу одредбу која пословно способном сауговарачу даје „аргументе за одбрану", које овај може истаћи у виду приговора против тужбе за поништај уговора услед пословне неспособности било малолетног било пунолетног лица. На то указује језичко тумачење цитираног члана, док и сами коментатори указују на то да чл. 1151, ст. 1 обједињује у примени обе категорије пословно неспособних лица, за разлику од два претходна члана ФГЗ (чл. 1149 који се односи на малолетна лица и чл. 1150 који се односи на пунолетна пословна неспособна лица, односно, како их законодавац назива, пунолетна лица под заштитом).[353] Наиме, пословно способни сауговарач може истаћи приговор у поступку за поништај те доказати да је конкретан уговор за пословно неспособног уговарача користан и да нема лезије или да је он из таквог уговора остварио профит.[354] Дакле, да би уговор био поништен, није довољно само доказати да је уговорник у тренутку закључења био пословно неспособан већ и да има лезије, односно да је конкретна трансакција за њега економски неповољна.[355] Према томе, пословно неспособни су у француском праву обавезани уговором све док такав уговор не буде поништен, а да би био поништен, неопходно је доказати да је извршење тог уговора неповољно за њих.[356] Чланом 1152, ст. 2 прописана је могућност да се уговор потврди одрицањем од права на поништај, што може учинити само малолетник који је постао пословно способан или пунолетно заштићено лице које сада има потпуну пословну способност, будући да ће одрицање производити дејство само уколико је потекло од заштићеног уговарача, и то након престанка разлога рушљивости.[357] Дакле, створена ништавост у свим случајевима јесте релативна ништавост на коју се

351 Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, Paris 2016, 234.

352 G. Chantepie, M. Latina, 300.

353 Gilles Raoul-Cormeil, *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la prevue des obligations*, 2016, 110.

354 ФГЗ, чл. 1151, ст. 1.

355 K. Zweigert, Hein. Kötz, 350.

356 *Ibid.*, 354–355.

357 G. Chantepie, M. Latina, 302.

правни систем. Он се одлукује општим правилима о пословној способности малолетника, као и о пуноважности предузетих правних послова, уз мало конкретних одредби. Француски систем полази од тога да свако физичко лице поседује уговорну способност, те да може закључивати уговоре, осим ако другачије није предвиђено законом. Дакле, постоји претпоставка потпуне пословне способности уколико се не покаже супротно. Законодавац, и поред овакве претпоставке, у категорију пословно неспособних, сврстава две категорије особа: малолетнике до осамнаесте године који нису еманципацијом постали потпуно пословно способни и лица која уживају посебну заштиту због тога што нису у стању да се старају сама о својим интересима. У *Code civil*, недостатак пословне способности изричито је прописан као разлог релативне ништавости уговора. Иако је релативна ништавост прописана у интересу пословно неспособних лица, увидевши да би тако постављено правило ограничавало њихову аутономију воље у свакодневним пословима мањег значаја, законодавац прописује следећи изузетак: уговори пословно неспособних лица су валидни уколико су у питању правни послови свакодневног живота који са собом не носе веће ризике по малолетника, а према закону уговорени су под нормалним условима. Ипак, и ови правни послови малолетника, који су генерално посматрано пуноважни, могу бити поништени услед прекомерног оштећења малолетника, осим у случају када је оштећење настало услед неког догађаја који се није могао предвидети. Када је у питању пословно способан сауговарач малолентика, он може истаћи приговор против тужбе за поништај уговора услед пословне неспособности било малолетног било пунолетног лица. Наиме, пословно способни сауговарач може истаћи приговор у поступку за поништење уговора, те доказати да је конкретан уговор за пословно неспособног малолетног уговарача користан и да нема оштећења за њега или да је он из таквог уговора чак остварио корист. Да би уговор малолетника био поништен, није довољно само доказати да је уговорник у тренутку закључења био пословно неспособан, већ и да има оштећења, односно да је конкретна трансакција за њега економски неповољна. Малолетници су у француском праву обавезани уговором све док такав уговор не буде поништен, а да би био поништен, неопходно је доказати да је извршење тог уговора неповољно за њих. Чланом 1152, ст. 2 предвиђа се могућност да се уговор потврди одрицањем од права на поништај, што може учинити само малолетник који је постао пословно способан или пунолетно лице које је стекло потпуну пословну способност, будући да ће одрицање производити дејство само уколико је потекло од заштићеног уговарача, и то након престанка разлога рушљивости. Ништавост уговора у свим случајевима је релативна ништавост на коју се може позивати само пословно неспособно лице, које је једино овлашћено и да потврди уговор, али тек када стекне потпуну пословну способност. Претходно фран-

може позивати само пословно неспособно лице, које је једино овлашћено и да потврди уговор, али тек када стекне пуни капацитет пословне способности.[358] Ранијим француским решењем та могућност је била предвиђена само за малолетна лица, док је она након реформе француског грађанског права проширена на сва пословно неспособна лица. Може се приметити да решење српског законодавца по овом питању одговарају старом француском решењу.

У питању су, дакле, типични рушљиви уговори, који постоје и обавезују све док не буду поништени. Специфични су само разлози због којих може доћи до поништаја, будући да је ипак реч о категорији рушљивих уговора који су рушљиви због пословне неспособности једног уговарача. За разлику од тога, српски законодавац само користи појам рушљивости, и то само за послове старијих малолетника закључене без сагласности законског заступника, иако то никако нису рушљиви уговори. Међутим, наш законодавац ту не говори о поништају тих уговора (осим када лице ограничене пословне способности постане потпуно пословно способно) већ прописује под којим условима пословно способан сауговарач може одустати од закљученог уговора. С друге стране, француски законодавац све време говори о поништају рушљивих уговора и о приговорима против тужбе за поништај које може истицати пословно способан сауговарач. Такође, француски законодавац, за разлику од нашег, не прави поделу појма малолетних лица на старије и млађе малолетнике већ их посматра као јединствену категорију.

3. ИЗЈАВА ВОЉЕ НЕ ОДГОВАРА СТВАРНОЈ ВОЉИ И УГОВОРНИК ЈЕ ТОГА СВЕСТАН – НЕПОСТОЈАЊЕ НАМЕРЕ

3.1 Уговори закључени под принудом – употребом физичке силе

Ови примери углавном остају на нивоу теорије, а у пракси се ретко срећу. Реч је о физичкој принуди као врсти принуде – мане воље која редовно доводи до рушљивости јер представљаману у вољи. Међутим, у неким ситуацијама употребе физичке силе не можемо говорити о мани у вољи већ о одсуству воље за закључење уговора (присилно вођење руке приликом потписивања).[359] То је ситуација у којој изјављена воља не одговара стварној вољи и изјавилац је тога свестан, али под утицајем физичке силе ипак „закључује" уговор. У тој ситуацији, дакле, уговора нема јер нема воље једне стране.

358 Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris 2016, 22.

359 О. Станковић, В. Водинелић, 179.

цуско решење предвиђало је могућност поништења само за малолетна лица, док је након реформе француског грађанског права проширена на сва пословно неспособна лица. Француски законодавац код малолетника следи појам поништења рушљивих уговора и то приговором против тужбе за поништење који може истицати пословно способан сауговарач. Такође је и чл. 389–3 и 450 француског *Code civil* прописано да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делују самостално што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајена и у складу са положајем и стилом живота његове породице.

Француски законодавац има једно веома специфично решење – не прави поделу појма малолетних лица на старије и млађе малолетнике, већ их посматра као јединствену категорију. Да се вратимо на почетак анализе француског система – нема поступности и категоризације малолетника, постоји систем општости, редак у савременом упоредном праву.

У праву Енглеске је предвиђено да су пуноважни уговори малолетника којима се набављају оне ствари које су малолетнику неопходне за свакодневи живот. Овакав приступ ћемо видети и у оквиру судске праксе у азијским, афричким и другим системима под утицајима англосаксонског правног система.

Према мађарском Грађанском законику, ограничена пословна способност стиче це са дванаест година – дванаестогодишњак може уз сагласност законског заступника (која може бити дата и накнадно) предузимати све правне послове, а самостално може да закључује правне послове мањег значаја ради задовољења уобичајених свакодневних потреба, као и правне послове којима прибавља искључиво неку корист. Малолетници до дванаест година су пословно неспособни, али не сматрају се ништавим уговори које непосредно закључи лице без пословне способности и који су извршени, а малог су значаја и њихово закључивање у свакодневном животу се дешава учестало без сметњи.

Према пољском Грађанском законику, ограничена пословна способност стиче се са навршених тринаест година – тринаестогодишњак може самостално, без сагласности свог законског заступника, закључивати: уговоре који се редовно закључују о ситнијим стварима у свакодневном животу; уговоре којима располаже својом зарадом; уговоре којима располаже средствима добијеним на слободно располагање. Поред тога, кад пословно неспособно лице закључи неки од уговора који се редовно закључују о ситнијим стварима свакодневног живота, такав уговор постаје пуноважан кад се изврши, осим ако се малолетнику тиме наноси очигледна штета.

може позивати само пословно неспособно лице, које је једино овлашћено и да потврди уговор, али тек када стекне пуни капацитет пословне способности.[358] Ранијим француским решењем та могућност је била предвиђена само за малолетна лица, док је она након реформе француског грађанског права проширена на сва пословно неспособна лица. Може се приметити да решење српског законодавца по овом питању одговарају старом француском решењу.

У питању су, дакле, типични рушљиви уговори, који постоје и обавезују све док не буду поништени. Специфични су само разлози због којих може доћи до поништаја, будући да је ипак реч о категорији рушљивих уговора који су рушљиви због пословне неспособности једног уговарача. За разлику од тога, српски законодавац само користи појам рушљивости, и то само за послове старијих малолетника закључене без сагласности законског заступника, иако то никако нису рушљиви уговори. Међутим, наш законодавац ту не говори о поништају тих уговора (осим када лице ограничене пословне способности постане потпуно пословно способно) већ прописује под којим условима пословно способан сауговарач може одустати од закљученог уговора. С друге стране, француски законодавац све време говори о поништају рушљивих уговора и о приговорима против тужбе за поништај које може истицати пословно способан сауговарач. Такође, француски законодавац, за разлику од нашег, не прави поделу појма малолетних лица на старије и млађе малолетнике већ их посматра као јединствену категорију.

3. ИЗЈАВА ВОЉЕ НЕ ОДГОВАРА СТВАРНОЈ ВОЉИ И УГОВОРНИК ЈЕ ТОГА СВЕСТАН – НЕПОСТОЈАЊЕ НАМЕРЕ

3.1 Уговори закључени под принудом – употребом физичке силе

Ови примери углавном остају на нивоу теорије, а у пракси се ретко срећу. Реч је о физичкој принуди као врсти принуде – мане воље која редовно доводи до рушљивости јер представљаману у вољи. Међутим, у неким ситуацијама употребе физичке силе не можемо говорити о мани у вољи већ о одсуству воље за закључење уговора (присилно вођење руке приликом потписивања).[359] То је ситуација у којој изјављена воља не одговара стварној вољи и изјавилац је тога свестан, али под утицајем физичке силе ипак „закључује" уговор. У тој ситуацији, дакле, уговора нема јер нема воље једне стране.

358 Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris 2016, 22.

359 О. Станковић, В. Водинелић, 179.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

примити обећање учињено само у њихову корист, али ако ова лица примају и какав терет с тим обећањем везан, или сами нешто обећавају, важност уговора по правилу *зависи од пристанка заступника* или у исто доба од суда, према прописима приложеним у трећој и четвртој глави I дела. Док се овај пристанак не даде, друга страна може одустати, али може захтевати да се одреди одмерени рок ради изјашњења." Слично ово питање решава и Општи имовински законик за Црну Гору својим члановима 503, 504 и 642.

Српски грађански законик у § 533 не прави никакву разлику, у погледу њихове пословне способности, ни између малолетника од 7—21 године ни између малолетника који се налазе под родитељским старањем и под старатељством. Према § 533 (који гласи: „Који су разума лишени не могу уговора чинити нити могу шта обећати нити примити. Овима је подобно дете млађе од 7 година. Они пак који од оца, тутора или стараоца зависе, не могу ништа обећати, али ако што на корист своју приме, оно стоји"), малолетници од 7—21 године, сем у законом посебно одређеним случајевима, могу закључивати правне послове на основу којих само стичу права.

У прилог схватању да не треба правити разлику у пословној способности малолетника без обзира да ли су под родитељским старањем или под старатељством, говори и чињеница да је чл. 5 Уредбе о ученицима у привреди „(Службени лист ФНРЈ" бр. 39/53) њихову пословну способност изједначио, иако је до тада у овим случајевима било разлике између њихових пословних способности.

Михаило Ступар

ACTIONES LIBERAE IN CAUSA

I

Наше данашње кривично право садржи низ специфичности које се углавном огледају у задатку кривичноправне заштите нових односа у друштву и привреди, али притом оно садржи и низ теоретских поставки и правила из ранијега права. Јер док су неке раније поставке, као стране социјалистичком друштвеном систему, биле одбачене без икаквих резерви, друге, које решавају проблеме који су исти или слични у старом и новом друштвеном уређењу, усвојене су и у нашем новом кривичном законодавству. Међутим, њихово оцењивање заслужује посебну опрезност, јер, ма да су се нека усвојена решења у пракси показала као целисходна и одговарајућа нашем праву, нека друга правила показала су се сувише широка или сувише уска, тако да се и због тога чују предлози за промену Кривичног законика.

година, од четрнаест до двадесет једне године и старије од двадесет једне године.[27] Младолетници држе се за недозреле, и они стоје под особитом заштитом и обраном закона.[28] Потпуна пословна способност се стиче пунолетством и тада нема ограничења по питању закључења правних послова.[29]

Након II светског рата и формирања заједничке државе – социјалистичке Југославије, велики број закона у некадашњој социјалистичкој држави регулисао је материју породичног права. Од уставних амандмана с почетка седамдесетих година XX века, породични односи и правне норме које се тичу истих биле су у надлежности република, не више федералне власти. У складу са оваквим општим начелом проистичу и правила поводом пословне способности. Тако, истиче се да одредбе породичног законодавства СФРЈ које се односе на пословну способност физицких лица одликује непотпуност и одсуство регулације – или није регулисано у свим федералним јединицама или је регулисано само у појединим федералним јединицама.[30]

Извесно разликовање по питању пословне способности огледало се у томе да ли су деца под родитељским старањем или старатељском заштитом. Нису постојали јасни прописи да ли малотетници са навршених 14 година под родитељским старањем могу сами склапати правне послове, као што то могу учинити малолетници са навршених 14 година који це налазе под старатељством. Према једном схватању, нема под родитељским старањем разликовања између деце која још нису навршила 14 година и деце која су навршила 14 година, у односу на малолетнике под старатељством, са једним јединим изузетком који предвиђа чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце[31] у погледу склапања уговора о раду.[32] Друга аргументација иде ка томе да сви малолетници, како они који це налазе под родитељским старањем тако и они који су под старатељством, под условом да су навршили 14 година живота и да су душевно здрави, имају право да сами са дозволом односно одобрењем својих родитеља односно старалаца, закључују правне послове. Овај проблем у теорији, али и пракси, донекле се јавио, јер су постоја-

27 *„У смотрењу наредбе закона разлика се чини између младолетних и пунолетних лица. Пунолетна су лица она, која су двадесет прву годину живота своја навршили. Младолетна су пак она која двадесет прву годину живота још навршили нису, и такве су или мала деца, која још нису седму годину, или деца недорасла, која још нису четрнаесту, или деца дорасла, која су прешла четрнаесту годину, али двадесет прву годину још навршила нису."* Чл. 37 СГЗ.

28 Чл. 39 СГЗ.

29 *„Пунолетници држе се да су зрели, и они могу сами собом права своја држати, с њима руковати и располагати"*. Чл. 38 СГЗ.

30 Мелиха Денишлић, „Пословна способност малољетних лица у југословенском праву", *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, бр. 36, 1988, стр. 37.

31 Основни закон о односима родитеља и деце од 1. XII. 1947, *Сл. листи ФНРЈ*, бр. 104/47.

32 Бертолд Ајзнер, *Породично право*, Загреб, 1950, стр. 150.

ДИСКУСИЈА

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ МАЛОЛЕТНИКА

У нашој правној литератури спорно је питање да ли по нашим позитивним законским прописима малотетници са навршених 14 година, а који се налази под родитељским старањем, могу сами (1) склапати правне послове, као што то могу да чине малолетници са навршених 14 година који се налазе под старатељством. По једном мишљењу нема под родитељским старањем разликовања између деце која још нису навршила 14 година и деце која су навршила 14 година, као што има разликовања за малолетнике под старатељством (чл. 22 и 23 Основног закона о старатељству), са једним јединим изузетком који предвиђа чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце у погледу склапања уговора о раду (в. dr. Bertold Ajzner, Porodično pravo, Zagreb, 1950, str. 150). По другом мишљењу сви малолетници, како они који се налазе под родитељским старањем тако и они који су под старатељством, ако су навршили 14 година живота и душевно су здрави, имају право да сами, са дозво-

(1) Изрази „закључити правни посао сам" и „закључити правни посао самостално" не употребљавају се у нашој правној литератури увек у истом значењу. Проф. др. М. Веговић израз „самостално" употребљава и за означавање закључивања правних послова „уз одобрење" (в. Др М. Веговић, Породично право, стр. 164 и 184) а др Б. Ајзнер под појмом „самостално" подразумева могућност закључивања правног посла а да није потребна дозвола односно одобрење, док под појмом „сам" подразумева могућност закључивања правних послова само уз дозволу односно одобрење (в. dr. B. Ajzner, Porodično pravo, str. 150 и 151). С друге стране и изрази: пристанак, дозвола и одобрење не употребљавају се увек у одређеном и истом значењу. Најчешће се у различитом значењу употребљавају изрази „дозвола" и „одобрење" односно изрази „пристанак" и „одобрење." Дозвола је претходни пристанак који се даје малолетнику, старао цу и другим физичким и правним лицима од стране надлежног старао ца односно законског заступника или органа државне власти пре закључивања правног посла, ако се она за пуноважност правног посла по закону захтева. Одобрење се даје накнадно, тј. ако је правни посао закључен без претходне дозволе која се по закону тражи (уп. Облигационо право-Општи део I, белешке са предавања др. М. Константиновића, средио В. Капор, Београд, 1952 стр. 52 и 53). Ми ћемо се у даљем тексту служити изразима: дозвола у значењу претходног пристанка и одобрење у значењу накнадног пристанка; дозвола је увек претходна дозвола за закључење правног посла који још није закључен, а одобрење је увек накнадно одобрење правног посла који је већ закључен. Исто тако у даљем тексту сматраћемо да малолетник може правити правне послове самостално, ако се за пуноважност правног посла по закону не тражи претходна дозвола односно накнадно одобрење, а сам ако се за пуноважност правног посла по закону тражи претходна дозвола односно накнадно одобрење.

година, од четрнаест до двадесет једне године и старије од двадесет једне године.[27] Младолетници држе се за недозреле, и они стоје под особитом заштитом и обраном закона.[28] Потпуна пословна способност се стиче пунолетством и тада нема ограничења по питању закључења правних послова.[29]

Након II светског рата и формирања заједничке државе – социјалистичке Југославије, велики број закона у некадашњој социјалистичкој држави регулисао је материју породичног права. Од уставних амандмана с почетка седамдесетих година XX века, породични односи и правне норме које се тичу истих биле су у надлежности република, не више федералне власти. У складу са оваквим општим начелом проистичу и правила поводом пословне способности. Тако, истиче се да одредбе породичног законодавства СФРЈ које се односе на пословну способност физицких лица одликује непотпуност и одсуство регулације – или није регулисано у свим федералним јединицама или је регулисано само у појединим федералним јединицама.[30]

Извесно разликовање по питању пословне способности огледало се у томе да ли су деца под родитељским старањем или старатељском заштитом. Нису постојали јасни прописи да ли малотетници са навршених 14 година под родитељским старањем могу сами склапати правне послове, као што то могу учинити малолетници са навршених 14 година који це налазе под старатељством. Према једном схватању, нема под родитељским старањем разликовања између деце која још нису навршила 14 година и деце која су навршила 14 година, у односу на малолетнике под старатељством, са једним јединим изузетком који предвиђа чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце[31] у погледу склапања уговора о раду.[32] Друга аргументација иде ка томе да сви малолетници, како они који це налазе под родитељским старањем тако и они који су под старатељством, под условом да су навршили 14 година живота и да су душевно здрави, имају право да сами са дозволом односно одобрењем својих родитеља односно старалаца, закључују правне послове. Овај проблем у теорији, али и пракси, донекле се јавио, јер су постоја-

27 *„У смотрењу наредбе закона разлика се чини између младолетних и пунолетних лица. Пунолетна су лица она, која су двадесет прву годину живота своја навршили. Младолетна су пак она која двадесет прву годину живота још навршили нису, и такква су или мала деца, која још нису седму годину, или деца недорасла, која још нису четрнаесту, или деца дорасла, која су прешла четрнаесту годину, али двадесет прву годину још навршила нису."* Чл. 37 СГЗ.

28 Чл. 39 СГЗ.

29 *„Пунолетници држе се да су зрели, и они могу сами собом права своја држати, с њима руковати и располагати"*. Чл. 38 СГЗ.

30 Мелиха Денишлић, „Пословна способност малољетних лица у југословенском праву", *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, бр. 36, 1988, стр. 37.

31 Основни закон о односима родитеља и деце од 1. XII. 1947, *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 104/47.

32 Бертолд Ајзнер, *Породично право*, Загреб, 1950, стр. 150.

лом односно одобрењем својих родитеља односно старалаца, закључују правне послове, (в. др. Мехмед Беговић, Породично право, Београд, 1952 стр. 164 и 169).

У правилност гледишта да по позитивним законским прописима малолетника под родитељским старањем немају једнаку пословну способност са малолетницима под старатељством сумња и др. Богдан Петелин (в. Ljudski pravnik, бр. 5—6/51, стр. 213). Схватање да само малолетници под старатељством могу сами закључивати правне послове а да малолетници који се налазе под родитељским старањем то не би могли чинити, нисмо склони да делимо. То схватање, сматрамо, не би се могло изводити ни из наших позитивних законских текстова, нити може наћи оправдања и потврде у упоредном праву(2).

Основни закон о старатељству објављен је у „Службеном листу ФНРЈ" од 30 априла 1947, а Основни закон о односима родитеља и деце у „Службеном листу ФНРЈ" број 104 од 6 децембра 1947, што значи да је Основни закон о старатељству донесен пре Закона о односима родитеља и деце. Закон о односима родитеља и деце не прописује изрично да су малолетници под родитељским старањем у погледу могућности закључивања правних послова у истом положају као и малолетници под старатељством. У чл. 23 Основног закона о старатељству каже се: „Малолетник који је навршио 14 година може вршити сам своје правне послове, али за пуноважност послова потребно је одобрење његовог стараоца ..... итд." Чл. 23 Основног закона о старатељству и чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце се преплићу у погледу могућности малолетника да сами склапају правне послове и оно што је речено у чл. 23 Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања. Најзад, ни сам чл. 23 Основног закона о старатељству не говори изрично о малолетницима под старатељством, него уопште о „малолетнику који је навршио 14 година."

Овакво схватање произилази из читавог духа и основних начела којима су прожети оба наша закона — и Основни закон о старатељству и Основни закон о односима родитеља и деце. Тешко да је спојиво са духом и начелима ових двају закона такво радикално разликовање у пословној способности малолетника под родитељским старањем од малолетника под старатељством. Основна мисао и циљ нашег законодавства о малолетницима јесте заштита њихове личности, имовине и интереса. Та заштита у погледу малолетника под старатељством нашла је свог израза у ограничењу права стараоца у управљању и располагању имовином малолетника и у признавању

(2) Упореди напр. V. Rossel — F. H. Mentha, Manuel du droit civil suisse, Lausanne, T. I, No 634, стр. 437.

ла два закона која су донекле различито регулисала материју пословне способности малолетника под старатељством и малолетника под родитељском заштитом.[33]

Не налазимо за сходно да је могуће разликовати малолетнике, тј. децу која су под родитељским старањем и оне који су под старатељством у погледу закључивања правних послова, тј. заступања малолетника. Наиме, старатељска заштита правно посматрано има исту „правну снагу" и обим као и родитељска, те стога, у погледу заступања, имовинских права детета и пословне способности, не може бити разлике између ове две категорије малолетника. Такав је став и позитивног српског законодавства.[34] Заступање детета од стране родитеља при закључивању правних послова у некадашњем југословенском праву било је схваћено као субјективно право детета којим му се обезбеђује правна заштита и помоћ у вршењу правних послова све док не стекне потпуну пословну способност.[35]

Даље посматрајући историјат пословне способности, према Закону о браку и породичним односима СР Србије (ЗБПО),[36] малолетници су се делили на млађе од четрнаест година и оне који су навршили четрнаест година. Млађи малолетници (који још нису навршили четрнаест година) су потпуно пословно неспособни: њихови правни послови су апсолутно ништави, и као такви не производе никаква правна дејства, без обзира на вредност посла и независно од тога да ли су теретни или доброчини, те да ли их је малолетник предузео сам или уз сагласност свог законског заступника.[37] Не постоји могућност да ови послови конвалидирају накнадно, да буду правно оснажени накнадно датом сагласношћу законског заступника или органа старатељства. Када наврши четрнаест година живота, малолетник стиче ограничену пословну способност[38]

33 О старатељству се каже: „Малолетник који је навршио 14 година може вршити сам своје правне послове, али за пуноважност послова потребно је одобрење његовог стараоца .... „ Члан 23 Основног закона о старатељству и чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце се преплићу у погледу могућности малолетника да сами склапају правне послове. Оно што је изричито речено у чл. 23 Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања. Најзад, ни сам чл. 23 Основног закона о старатељству не говори изричито о малолетнику под старатељством, већ о малолетнику који није навршио 14 година.

34 Чл. 137. ст. 3 Породичног закона предвиђа да старатељ заступа штићеника једнако као што родитељ заступа дете.

35 Марко Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд, 1989, стр. 359.

36 Закон о браку и породичним односима, *Сл. листак СРС*, бр. 22/80, 24/84 – др. закон и 11/88, *Сл. листак РС*, бр. 22/93, 25/93 – испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001.

37 Странке које нису пословно и парнично способне, односно које због других разлога нису у могућности да саме поступају пред судом или да у ту сврху именују пуномоћника, заступају пред судом законски заступници који своја овлашћења црпе непосредно из закона. Законски заступник је физичка пословно способна особа која је овлашћена заступати особу пред судом и другим државним органима, стога што та особа нема пословну, али и парничну способност.

38 Тако, у руском праву, малолетници између 14 и 18 година могу да располажу сопственом имовином уз писмену сагласност родитеља, Јурија Федоривич Беспалова,

лом односно одобрењем својих родитеља односно старалаца, закључују правне послове, (в. др. Мехмед Беговић, Породично право, Београд, 1952 стр. 164 и 169).

У правилност гледишта да по позитивним законским прописима малолетника под родитељским старањем немају једнаку пословну способност са малолетницима под старатељством сумња и др. Богдан Петелин (в. Ljudski pravnik, бр. 5—6/51, стр. 213). Схватање да само малолетници под старатељством могу сами закључивати правне послове а да малолетници који се налазе под родитељским старањем то не би могли чинити, нисмо склони да делимо. То схватање, сматрамо, не би се могло изводити ни из наших позитивних законских текстова, нити може наћи оправдања и потврде у упоредном праву(2).

Основни закон о старатељству објављен је у „Службеном листу ФНРЈ" од 30 априла 1947, а Основни закон о односима родитеља и деце у „Службеном листу ФНРЈ" број 104 од 6 децембра 1947, што значи да је Основни закон о старатељству донесен пре Закона о односима родитеља и деце. Закон о односима родитеља и деце не прописује изрично да су малолетници под родитељским старањем у погледу могућности закључивања правних послова у истом положају као и малолетници под старатељством. У чл. 23 Основног закона о старатељству каже се: „Малолетник који је навршио 14 година може вршити сам своје правне послове, али за пуноважност послова потребно је одобрење његовог стараоца ..... итд." Чл. 23 Основног закона о старатељству и чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце се преплићу у погледу могућности малолетника да сами склапају правне послове и оно што је речено у чл. 23 Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања. Најзад, ни сам чл. 23 Основног закона о старатељству не говори изричито о малолетницима под старатељством, него уопште о „малолетнику који је навршио 14 година."

Овакво схватање произилази из читавог духа и основних начела којима су прожети оба наша закона — и Основни закон о старатељству и Основни закон о односима родитеља и деце. Тешко да је спојиво са духом и начелима ових двају закона такво радикално разликовање у пословној способности малолетника под родитељским старањем од малолетника под старатељством. Основна мисао и циљ нашег законодавства о малолетницима јесте заштита њихове личности, имовине и интереса. Та заштита у погледу малолетника под старатељством нашла је свог израза у ограничењу права стараоца у управљању и располагању имовином малолетника и у признавању

(2) Упореди напр. V. Rossel — F. H. Mentha, Manuel du droit civil suisse, Lausanne, T. I, No 634, стр. 437.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Катарина Тасић
студент докторских студија
Правног факултета у Београду

стипендиста Министарства просвете, науке и технолошког развоја

Прегледни научни рад
UDK: 347.441.11:347.641

ПОСЛОВНА (НЕ)СПОСОБНОСТ МЛАЂИХ МАЛОЛЕТНИКА

Апстракт

Иако се истиче да су млађи малолетници апсолутно пословно неспособни, ипак им се дозвољава да предузимају одређене правне послове који су у складу са њиховим потребама и искуством. Међутим, ова могућност постоји само када су у питању лица старија од седам година због чињенице да се деца до седме године живота сматрају апсолутно неспособним за расуђивање па самим тим не могу преузимати никакве правне послове. У том смислу српски Породични закон предвиђа да млађи малолетници могу самостално предузимати правне послове којима прибављају искључиво права, оне којима се не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја. Може се уочити да важеће решење закона није најбољи избор. Најпре, термин правни послови којима се стичу искључиво права искључује могућност да млађи малолетници закључе уговор о поклону, уговор о послузи, уговор о зајму без камате, уговор о бесплатној остави као и уговор о бесплатном пуномоћству (напред наведени уговори се у литератури обично наводе као пример уговора којима се стичу искључиво права) због тога што сви ови послови стварају или могу створити одређене обавезе на страни млађих малолетника. Затим, као пример правног посла којим се не стичу ни права ни обавезе се

I ОПШТЕ О ПОСЛОВНОЈ СПОСОБНОСТИ

Правна и пословна способност су термини који се у теорији грађанског права умногоме могу поистоветити са питањима људских права свих бића. Наиме, без правне и пословне способности није могуће уживати нити једно право, било да је оно приватноправног или јавноправног карактера. Правна способност јесте својство сваке особе да буде субјект права, док пословна способност подразумеева способност сваке особе да заснива права и обавезе.

Идеја о признавању правног субјективитета свим људима, без обзира на њихове разлике, је нарочито била заступљена у школи природног права која је заступала тезу да су сви људи једнаки и да имају, од стране природе, дата права. Ни ми нисмо далеко од ове теорије, али само као уређеног права појединца, не и као постојања „природних" разлика између људи. Управо, постојање свих тих природних разлика између људи манифестује се кроз пословну способност, јер неке особе поседују, док друге особе не поседују пословну способност. За разлику од правне способности коју поседује свака људска јединка. Декларација о правима човека и грађанина из 1789. године прокламује начело да се „људи рађају слободни и једнаки пред законом. *Code Civil* обавезује да су „сви људи у границама закона једнако способни да имају права и обавезе". Свако живо биће, сва физичка лица након рођења постају субјекти права и нису потребни никакви додатни акти (државних органа и институција) којима би се озваничила или признала њихова правна способност.

Пословна способност се дефинише као способност да се изјавама сопствене воље проузрокују одређене правне последице у смислу настанка, стицања, промене, гашења или преношења грађанских субјективних права. Пословна способност као *conditio sine qua non* претпоставља способност за расуђивање и условљена је истом, а способност за расуђивање подразумева могућност појединца да сопствену вољу усмери тако да њоме оствари жељена дејства. Генерална, општа способност за расуђивање се стиче рођењем, али са готово непостојећим капацитетом. Стога, појединци способност за расуђивање развијају постепено, током свестраног развоја своје личности, првенствено кроз искуство,[1] васпитање у оквиру породице и друштва, путем процеса образовања – једном речју кроз сопствено животно искуство. У оквиру правног субјективитета треба правити разлику између људског бића (биолош-

1 Да дете капацитет за доношење рационалних одлука стиче кроз искуство и зрелост, Alison Diduck, *Law's Families*, London, 2003, стр. 75.

не могу сврстати у напред наведене, сматрати апсолутно ништавим. Са друге стране, битно је утврдити да ли је важеће решење у складу са интересима млађих малолетника и предложити одређене измене и допуне које би побољшале њихов положај, при чему свакако треба консултовати и одредбе упоредног права које се односе на пословну способност малолетника.

2. Пословна способност млађих малолетника

Пословна способност се дефинише као способност да се изјавама сопствене воље проузрокују одређене правне последице у смислу стицања, измене, гашења или преношења грађанских субјективних права.[3] Пословна способност нужно претпоставља способност за расуђивање и условљена је њоме, а способност за расуђивање подразумева могућност појединца да сопствену вољу усмери тако да њоме оствари жељена економска дејства.[4] Појединци способност за расуђивање стичу постепено, током свестраног развоја своје личности, првенствено кроз васпитање у оквиру породице и друштва, путем целокупног процеса образовања као и кроз сопствено животно искуство.[5] Када је у питању пословна способност млађих малолетника неопходно је разликовати две категорије ових лица. Наиме, млађи малолетник је лице које није навршило 14. годину живота.[6] Иако је чланом 64.ст.1. Породичног закона предвиђено да ова лица могу закључивати правне послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја, потребно је истаћи да напред наведене послове могу закључивати само млађи малолетници који су навршили седму годину живота. Ово је последица необориве претпоставке да деца до седме године немају способност за расуђивање па су самим тим апсолутно

3 Д.Стојановић, О.Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004,142; О.Станковић, В.Водинелић Увод у грађанско право, Београд 2004, 56-57.

4 Т.Ачански Тодор, „Ступњевитост пословне способности појединца", *Зборник радова* 1 -3, Нови Сад 1988, 163-164.

5 *Ibid.*, 164.

6 Чл. 64. ст.1. Породичног закона

а није ни законом забрањен, у смислу забрањености која се захтева за постојање апсолутне ништавости. Отуда је пословна способност услов настанка, а не пуноважности уговора, те њено непостојање не доводи у питање пуноважност уговора, већ и више од тога – уговор је пао на претходном степенику – на испитивању услова за његово постојање.[55] Да закључимо, свако лице може имати својство уговарача, али свако лице не може изјавити вољу самостално, већ ће у случају немогућности изјављивања воље у име те особе законски заступник изјавити вољу. Дакле, дете старосто 3 године може бити уговорна страна, али не може изјавити вољу и то ће у име детета (у)чинити његов законски заступник.

За закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора. Исто важи и за закључење осталих правних послова. Уколико млађи малолетник закључи одређени правни посао ван граница сопствене пословне способности, такав правни посао ће бити апсолутно ништав, са свим последицама које апсолутна ништавост може произвести. Ово управо, стога, јер наш закон не препознаје категорију непостојећих правних послова. Декларативну тужбу (тужбу за утврђење) да је уговор апсолутно ништав моћи ће да поднесе свако заинтересовано лице, а на ту околност суд пази по службеној дужности.[56]

2.1.1. Послови којима малолетник стиче искључиво права – послови који искључиво доносе корист малолетнику

Када су у питању правни послови којим се стичу искључиво права, као најчешћи примери наводе се уговори. Без сумње, први на листи правних послова којима се стичу искључиво права јесте уговор о поклону. Наводе се у теорији као могући, те ћемо се укратко осврнути и на уговор о послузи, уговор о бескаматном зајму, уговор о бесплатној остави и уговор о бесплатном пуномоћству. Основно питање које се у вези са овим уговорима поставља је то да ли се њима стичу само права или они рађају и одређене обавезе. Најпре ћемо извршити поделу на неспорне уговоре којима млађи малолетник стиче искључиво права, и на оне који могу бити предмет анализе, али ипак не спадају у ову категорију. Поклон је неспорно уговор којим малолетник стиче искључиво права, док остали уговори, теоријски посматрано то могу бити, али њих у пракси млађи малолетници уопште не закључују. Они нису у складу са узрастом, зрелошћу и способношћу млађих малолетника.

2.1.1.1. Уговор о поклону

Уговор о поклону је један од најчешћих уговора који млађи малолетници закључују и поводом кога нема већих несугласица у теорији да представља уговор којим малолетник стиче искључиво права.

55 К. Доловић Бојић, *op. cit.*, стр. 108.

56 Катарина Тасић, „Пословна (не)способност млађих малолетника", *Страни правни живот*, Београд, 2013, стр. 318.

би млађи малолетници могли да закључују уз посебну напомену да лица која нису навршила седму годину живота не могу закључити ниједан правни посао, без било каквог изузетка који важи за лица између седме и четрнаесте године живота.

Да би се чл.64.ст.1. Породичног закона могао примењивати у пракси, потребно га је правилно протумачити и указати на евентуалне недостатке овог решења. Најпре је потребно утврдити који су то правни послови којима се стичу искључива права као и правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе. На први поглед се чини да најмање простора за дилему остављају послови малог значаја, али то зависи од тога који ће се критеријум користити приликом утврђивања да ли је одређени посао малог значаја те ћемо показати да се и у том случају могу јавити извесне недоумице. Управо је тема нашег излагања покушај приказа сваког од напред наведених правних послова, које млађи малолетник може закључити, и евентуално предлог адвекватнијег решења овог правног питања, уз осврт на одредбе упоредног права.

3. Правни послови којима се прибављају искључиво права

Када су у питању правни посао којим се стичу искључиво права, у литератури се као пример најчешће наводи уговор о поклону.[22] Поред уговора о поклону, као уговори којима се стичу искључиво права, наводе се и уговор о послузи, уговор о бескаматном зајму, уговор о бесплатној остави.[23] Такође се и уговор о бесплатном пуномоћству наводи као пример једнострано обавезног уговора уколико није било трошкова око обављања посла или штете на страни пуномоћника.[24] Основно питање које се у вези са овим поставља је то да ли су напред наведеним уговорима стичу само права или они рађају и одређене обавезе.

Најпре, треба разјаснити да ли уговор о поклону ствара само права на страни обдареног или пак могу настати и одређене обавезе

22 Г.Ковачевић-Станић, *Породично право*, Нови Сад 2005, 288.; О.Цвејић Јанчић, *Породично право*, Нови Сад 2009, 300.; М. Драшкић, 272.

23 С.Панов, *Породично право*, Београд 2010., 211.; М. Драшкић, 272.

24 С. Перовић (1986), 743.

Уговором о поклону поклонодавац преноси или се обавезује да ће на поклонопримца пренети право својине одређене ствари односно неко друго право или да ће му на рачун своје имовине учинити неку корист без одговарајуће накнаде или бесплатно. Нема сумње да на поклонодавчевој страни настају одређене обавезе и то обавеза преноса одговарајућег права и предаја ствари, као и обавеза накнаде евентуалне штете. Начелно нема обавезе за страну која прима поклон – поклонопримца. И заиста, у пракси се тешко може прихватити став да уговор о поклону ствара било какву обавезу на страни поклонопримца. У самој идеји поклона, тј. уговора о поклону није узајамност престација већ обратно, једностраност престације услед намере даривања (*animus donandi*), жеље, воље, намере једне стране да другој страни без добијања икакве користи или противуслуге нешто поклони, дарује.

Ипак, могу се јавити недоумице да ли уговор о поклону ствара обавезе на страни поклонопримца, те да ли се може сврстати у двострано обавезне уговоре. Код уговора о поклону ипак може постојати извеесна обавеза. Могуће је да се обавезује поклонопримац на одређено понашање и то на такав начин да на његовој страни настаје обавеза трајног карактера: он мора бити благодаран. Сама чињеница да закон предвиђа могућност да поклонодавац раскине уговор о поклону услед неизвршења обавезе благодарности од стране поклонопримца указује на то да се ради о двострано обавезном уговору, те се намеће да је раскид због неиспуњења могућ само код ове врсте уговора. Такође се уговор о поклону може раскинути и уколико поклонодавац нема нужних средстава за живот, осим уколико поклонопримац не преузме обавезу да му пружи помоћ и надокнади неопходна средства. Проистиче да је уговор о поклону двострано обавезан уговор који за поклонопримца ствара обавезу да буде благодаран у односу на поклонодавца, што обухвата и обавезу да поклонодавца издржава уколико овај западне у такву оскудицу да нема нужних средстава за живот.

Иако уговор о поклону, по правилу, не ствара никакву обавезу, уколико на основу уговора о поклону настаје и нека обавеза за малолетника (уговор о поклону с налогом) такво уговарање не може бити дозвољено без сагласности законског заступника. Ужа концепција правних послова малолетника којима се стичу искључиво права, иде за тиме да малолетник не сме самостално да закључи чак нити један двострано-обавезан уговор, да се прихвати наследства, да прими на поклон имовинскоправну целину, да прими поклон са налогом, да као поклонопримац закључи уговор о поклону за који се везује плаћање пореза, да самостално уступи своје потраживање, да опрости дуг. *Animus donandi* очигледно раздваја поклон од двостранообавезних послова. Ако је кауза уговора о поклону у доброчинству, а не у стицању користи, онда је могуће закључити такав уговор. Поклонодавац се руководи благонаклоношћу, а заузврат од поклонопримца очекује одређени степен зах-

односно да ли уговор о поклону спада у двострано или једнострано обавезне уговоре. Уговори који стварају узајамне обавезе као израз сагласности воља, називају се двостраним уговорима док су једнострани уговори они који стварају једну или више обавеза, али само за једну уговорну страну.[25] Уговором о поклону поклонодавац преноси или се обавезује да ће на поклоноприца пренети право својине одређене ствари односно неко друго право или да ће му на рачун своје имовине учинити неку корист без **одговарајуће** накнаде или бесплатно.[26] Када је у питању уговор о поклону несумњиво је да на поклонодавчевој страни настају одређене обавезе и то обавеза преноса одговарајућег права и предаја ствари као и обавеза накнаде евентуалне штете.[27] Међутим, постоје дилеме у вези са тим да ли уговор о поклону ствара обавезе на страни поклонопримца и самим тим да ли се може сврстати у двострано обавезне уговоре. Код уговора о поклону правна норма, у ствари, обавезује поклонопримца на одређено понашање и то на такав начин да на његовој страни настаје обавеза трајног карактера: он мора бити благодаран.[28] Сама чињеница да закон предвиђа могућност да поклонодавац раскине уговор о поклону услед неизвршења ове обавезе од стране обдареног указује на то да се ради о двострано обавезном уговору због тога што је раскид због неиспуњења могућ само код ове врсте уговора. Такође се уговор о поклону може раскинути и уколико поклонодавац нема нужних средстава за живот[29] осим уколико обдарени не преузме обавезу да му пружи помоћ и надокнади неопходна средства.[30] Из свега напред наведеног можемо закључити да је уговор о поклону двострано обавезан уговор који за поклонопримца ствара обавезу да буде благодаран у односу на поклонодавца што, између осталог, обухвата и обавезу да поклонодавца издржава уколико овај западне у такву оскудицу да нема нужних средстава за живот. Дакле, млађи

[25] С. Перовић (1986), 198.; Ј.Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, 331.

[26] С. Перовић (1986), 602.; Љ.Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1970, 284.; Б.Лоза, *Облигационо право*, посебни део, Пале 2000, 66.

[27] С. Перовић (1986), 615; Б. Лоза, 74.

[28] О. Антић (2009), 283.

[29] Чл.567. ст.2. СГЗ-а; М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1996, 193-194. (Чл.518); Радна верзија Грађанског законика РС I књига, 258. (чл.15.ст.1)

[30] М. Константиновић, 193-194. (чл.518. ст.2); *Радна верзија Грађанског законика* РС I књига, 258. (чл.15. ст.2)

валности. Правни посао може бити неспорно у правном и економском интересу малолетног поклонопримца, али законски заступник не жели да малолетни поклонопримац осети благодарност према поклонодавцу. Ценећи пуноважност поклона с налогом, суд мора имати у виду у чију корист је налог учињен. Ако је налог дат поклонопримцу, по својој природи такав да малолетнику не доноси било какву имовинску корист или је доноси, али је овај терет за конкретног малолетника незнатан (занемарљив), суд може такав посао оценити као посао мањег значаја.

Тешко је замислити да се поклон малолетнику у виду неке некретнине или вредне покретне ствари опозове, тј. раскине услед тога што малолетник не покаже благодармост. У делу монографије који се бави судском праксом наших судова поводом пословне способности детета није било пресуда којима је раскинут уговор о поклону. Даље, развијајући проблематику благодарности малолетника, разлика се јавља по питању старијих и млађих малолетника. Старији малолетници имају развијенију свест и способност расуђивања, те се овде и може поставити питање и доказати непостојање благодарности, док код млађих малолетника где је реч о детету од 8 година, тешко се може говорити о постојању неблагодарности, те могућности за раскид уговора о поклону из овог разлога. Занимљиво је истаћи да у многим европским правним системима, када је реч о поклону, родитељи не могу у име детета, тј. из имовине детета давати поклоне за време док управљају имовином детета.[57]

Да закључимо, према нашем схватању, уговор о поклону представља једини уговор којима млађи малолетник стиче искључиво права, и поред потенцијалне обавезе благодарности, те не сматрамо да таква обавеза постоји у случају уговора о поклону са млађим малолетником.

2.1.1.2. Уговор о послуги

Уговор о послуги представља уговор којим се једна особа која даје одређену ствар на послугу (послугодавац) обавезује да такву једну непотрошну ствар преда особи која узима ту ствар на послугу (послугопримцу) на бесплатну употребу на одређено време. Послугопримац се обавезује да исту ствар, по истеку тог времена, врати послугодавцу без оштећења. Начелно посматрано, уговор о послуги је реалан и последично једнострано обавезан, с обзиром на то да обавезе настају само за послугопримца. Међутим, за разлику од некадашње концепције, у савременим правним системима је заузето становиште да је уговор о послуги консензуалан и двострано обавезан уговор који ствара обавезе за обе уговорне стране.[58] Када је у питању пословна способност млађих

57 Katharina Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Christina Gonzalez Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2007, стр. 149.

58 О овом уговору, К. Тасић, *op. cit.*, стр. 322.

ствара обавезе на обе стране.[38] Када је у питању пословна способност млађих малолетника, чак и ако бисмо пошли од тога да је уговор о послуги једнострано обавезан и реалан уговор, опет не бисмо послугу могли убројати у групу оних уговора који стварају искључиво право на страни послугопримца због тога што би у том случају уговор о послуги створио обавезе само на страни послугопримца. Иако је доброчин, уговор о послуги ствара обавезу на страни малолетника да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, што значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања).[39] Када послугопримац прими ствар од послугодавца на послугу у обавези је да ствар чува и да се према њој опходи са пажњом доброг домаћина.[40] Такође, послугопримац је у обавези да ствар која му је предата употребљава у складу са уговором или њеном природом и наменом, да сноси трошкове њеног редовног одржавања (трошкови који су скопчани са редовним одржавањем, чувањем и употребом ствари) и да је по истеку рока врати послугодавцу неоштећену.[41] Из свега што је напред наведено, можемо закључити да се уговор о послуги не може сврстати у групу оних уговора којима би млађи малолетник стекао искључиво права.[42]

Уговор о зајму је уговор којим се један уговорник (зајмодавац) обавезује да другом уговорнику (зајмопримцу) преда одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета.[43] Уговор о зајму је двострано обавезан уговор који на страни зајмодавца ствара обавезу да изврши предају одређене количине заменљивих ствари, док на страни зајмоприца настаје обавеза да после извесног времена врати исту количину ствари, исте врсте и

38 *Ibid.*

39 М.Ђурђевић, „Уговор ограничено пословно способног малолетника“, *Правни живот* 10/1996, Београд, 479.

40 С.Огњановић, *Облигационо право – посебан део*, Нови Сад 2010., 179.

41 С. Огњановић, 179-180.

42 Т. Ачански, 168.

43 Чл.557.ЗОО

малолетника, чак и ако бисмо пошли од тога да је уговор о послузи једнострано обавезан и реалан уговор, опет не бисмо послугу могли убројати у групу оних уговора који стварају искључиво право на страни послугопримца због тога што би у том случају уговор о послузи створио обавезе само на страни послугопримца. Иако је доброчин, уговор о послузи ствара обавезу на страни малолетника да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, и оно што је изузетно важно без оштећења. То значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања). Обавеза враћања дате ствари у самом појму уговора имплицира да не може бити реч о правном послу којим малолетник прибавља искључиво права. Када послугопримац прими ствар од послугодавца на послугу, ствара се на његовој страни обавеза да ствар чува и да се према њој опходи са пажњом доброг домаћина. Такође, послугопримац је у обавези да ствар која му је предата употребљава у складу са уговором или њеном природом и наменом, да сноси трошкове њеног редовног одржавања (трошкови који су скопчани са редовним одржавањем, чувањем и употребом ствари) и да је по истеку рока врати послугодавцу неоштећену.

И поред неких теоријских дилема, стојимо на становишту да се уговор о послузи не може сврстати у групу оних уговора којима млађи малолетник стиче искључиво права.

2.1.1.3. Уговор о (бескаматном) зајму

Под уговором о зајму сматра се уговор којим се једна уговорна страна (зајмодавац) обавезује да другој уговорној страни (зајмопримцу) преда одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета. Уговор о зајму је двострано обавезан уговор који на страни зајмодавца ствара обавезу да изврши предају одређене количине заменљивих ствари, док на страни зајмоприца настаје обавеза да после извесног времена врати исту количину ствари, исте врсте и квалитета. Оно што уговор о зајму чини предметом разматрања као доброчиног уговора јесте камата. Уговор о зајму може бити конституисан као доброчин уговор само уколико камата није уговорена приликом закључења уговора. Тада је реч о бескаматном зајму. У делу правне теорије се истиче да млађи малолетник може закључити уговор о бескаматном зајму као правни посао којим прибавља искључиво право.[59] Ипак, намеће се слична аргументација као и код уговора о послузи. И када није уговорена обавеза зајмопримца да плати камату, на његовој страни ће постојати обавеза да врати исту количину позајмљених ствари исте вр-

59 О томе, *ibid.*, стр. 323.

ствара обавезе на обе стране.[38] Када је у питању пословна способност млађих малолетника, чак и ако бисмо пошли од тога да је уговор о послузи једнострано обавезан и реалан уговор, опет не бисмо послугу могли убројати у групу оних уговора који стварају искључиво право на страни послугопримца због тога што би у том случају уговор о послузи створио обавезе само на страни послугопримца. Иако је доброчин, уговор о послузи ствара обавезу на страни малолетника да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, што значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања).[39] Када послугопримац прими ствар од послугодавца на послугу у обавези је да ствар чува и да се према њој опходи са пажњом доброг домаћина.[40] Такође, послугопримац је у обавези да ствар која му је предата употребљава у складу са уговором или њеном природом и наменом, да сноси трошкове њеног редовног одржавања (трошкови који су скопчани са редовним одржавањем, чувањем и употребом ствари) и да је по истеку рока врати послугодавцу неоштећену.[41] Из свега што је напред наведено, можемо закључити да се уговор о послузи не може сврстати у групу оних уговора којима би млађи малолетник стекао искључиво права.[42]

Уговор о зајму је уговор којим се један уговорник (зајмодавац) обавезује да другом уговорнику (зајмопримцу) преда одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета.[43] Уговор о зајму је двострано обавезан уговор који на страни зајмодавца ствара обавезу да изврши предају одређене количине заменљивих ствари, док на страни зајмоприца настаје обавеза да после извесног времена врати исту количину ствари, исте врсте и

38 *Ibid.*

39 М.Ђурђевић, „Уговор ограничено пословно способног малолетника“, *Правни живот* 10/1996, Београд, 479.

40 С.Огњановић, *Облигационо право – посебан део*, Нови Сад 2010., 179.

41 С. Огњановић, 179-180.

42 Т. Ачански, 168.

43 Чл.557.ЗОО

ском и правном смислу. Такав правни посао малолетнику не доноси ни правну корист ни правни уштрб.[63] Правно неутрални послови немају никаквог утицаја на имовину малолетника – нити доприносе њеном увећању, нити је погађају у смислу да долази до њеног умањења. У породичноправној и грађанскоправној теорији се наводе два примера неутралног посла: пуномоћство и дереликција.

Правни посао који малолетник предузме у својству нечијег пуномоћника сматра се неутралним правним послом, јер за самог малолетника такво уговарање не ствара ни права ни обавезе. У ову групу можемо сврстати и незвано вршење туђих послова (*negotiorum gestio*) – пословодство без налога. Ако малолетник као незвани вршилац туђег посла закључи уговор за рачун онога чији су послови, а ради заштите интереса господара посла, на пример прода туђе плодове подложне брзом кварењу, а посао чијем је вршењу малолетник приступио не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очигледне користи за господара посла. Ако је малолетник поступио у свему како треба и радио оно што су околности захтевале, он има право да захтева да га онај чији је посао вршио ослободи свих обавеза које је због тога посла узео на себе и да преузме све обавезе које је закључио у његово име.[64]

Као други базни пример неутралног правног посла малолетника наводи се дереликција. Најпростије речено, дереликција је одрицање од права својине. Са друге стране, истиче се да су правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе супротни дефиницији и појму правног посла, те се дереликција некад не сврстава уопште у правне послове, већ у правне радње сличне правним пословима, односно вољне радње. Овде се јавља питање да ли је могуће да постоји правни посао којим се не стичу ни права ни обавезе. Правни посао се дефинише као изјава воље која производи одређено правно дејство у смислу настанка, престанка, преноса или измене постојећих субјективних права. Дереликција представља престанак права својине на одређеној ствари, одрицањем власника од права својине на њој, за шта је неопходна његова јасно изражена воља да ствар напушта и да више не жели да буде њен власник. За то је потребна само вољна радња, не и свест о значају те радње, самим тим и способност за расуђивање. Полазећи од тога да путем дереликције може престати постојеће право својине на одређеној

63 Марија Караникић Мирић, *Облигационо право*, Београд, 2024, стр. 202.

64 Таквих примера нема много, али се чини да развој савремених средстава комуникације широко отвара врата за правно неутралне послове. То су оне ситуације када, на пример, млађи малолетник са очевог телефона пошаље СМС на неки „хуманитарни број" којим донира средства за помоћ гладнима или на овај начин гласа за свог омиљеног певача на такмичењу за младе таленте. Ови послови ће, по правилу, бити мањег значаја. Слична је и ситуација када млађи малолетник дође у посед података неопходних за коришћење платне картице и на очево име закључи уговор о куповини преко Интернета, чини се да ће правни посао чије последице не погађају имовину малолетника производити дејство. Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 417.

наводи дереликција.[68] Са друге стране, истиче се да су правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе супротни дефиницији правног посла[69] те се дереликција сврстава у правне радње сличне правним пословима односно у чинове воље.[70] Најпре би требало размотрити да ли је могуће да постоји правни посао којим се не стичу ни права ни обавезе. Правни посао се дефинише као изјава воље која производи одређено правно дејство у смислу настанка, престанка, преноса или измене постојећих субјективних права.[71] Са друге стране, дереликција представља престанак права својине на одређеној ствари, одрицањем власника од права својине на њој за шта је неопходна његова јасно изражена воља да ствар напушта и да више не жели да буде њен власник.[72] Полазећи од тога да путем дереликције може престати постојеће право својине на одређеној ствари, и то тако што ће власник те ствари јасно показати вољу да ствар напушта, онда можемо закључити да се дереликција може уклопити у напред наведену дефиницију правног посла. Чинови воље такође спадају у правне послове, али у једном ширем смислу.[73] Међутим, оно што је по нама спорно је да ли би уопште требало допустити млађем малолетнику да изврши дереликцију. Да ли нпр. лице које нема навршених 14 година, а добило је мотор, компјутер или бицикл за рођендан може правно потпуно суверено да изврши дереликцију ових ствари.[74] Пословна неспособност штити малолетнике како од трећих лица која би могла да злоупотребе њихово неискуство и страст тако и од њих самих.[75] Сматрамо да је овај део одредбе чл.64.ст.1. у потпуности сувишан те да млађем малолетнику не би требало допустити да се одрекне права својине на одређеној ствари имајући у виду да лица овог узраста често нису довољно искусна и промишљена.[76]

68 С. Панов, 211.; М. Драшкић, 272.

69 О. Антић (2009), 237.

70 Д. Стојановић, О. Антић, 313.

71 О. Станковић, В. Водинелић, 160.

72 *Лексикон грађанског права*, Београд 1996, стр. 117.

73 Д. Стојановић, О. Антић, 313.

74 С. Панов, 212.

75 J.Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, Vol. I, Quadrige/PUF, Paris 2004, 878.

76 О. Цвејић Јанчић, 300.

ствари, и то тако што ће власник те ствари јасно показати вољу да ствар напушта, онда можемо закључити да се дереликција може уклопити у напред наведену дефиницију правног посла. Чинови воље, такође, спадају у правне послове, али у једном ширем смислу. Оно што је спорно је да ли би уопште требало допустити млађем малолетнику да изврши дереликцију. Одговор на то питање зависи од економске вредности дате ствари. Не може се прихватити став да дете има право да „остави" вредну ствар и да је то ваљан правни посао.[65] Да ли нпр. дете које нема навршених 14 година, а добило је на поклон за рођендан или је наследило ствар која превазилази уобичајену вредност, објективно посматрано, као што су бицикл, електрични тротинет, мотор, лаптоп, мобилни телефон, скупоцени сат или накит, може правно посматрано без икаквог ограничења да изврши дереликцију ових ствари, и то на тај начин што ће (некада) из осећања беса, љутње, незаинтересованости, ове ствари оставити у парку или на дечијем игралишту. Ограничење пословне способност штити малолетнике, не само од трећих лица која би могла да злоупотребе њихово неискуство, наивност и лакомисленост, већ и од њих самих и непромишљених радњи које самостално предузму. Сматрамо да законске одредбе дају прешироко овлашћење млађим малолетницима, да је део одредбе чл. 64. ст. 1. у потпуности сувишан, те да млађем малолетнику не би требало допустити да се одрекне права својине на одређеној ствари, имајући у виду вредност те ствари, као и то да лица овог узраста често нису довољно искусна и промишљена. При неком будућем законском регулисању, предлажемо да законодавац узме у обзир ову аргументацију.

Са друге стране, ако су у питању ствари које имају свакодневну употребну вредност, попут одеће, слаткиша, играчака мање вредности, дереликција малолетника не би требало да буде спорна као правни посао. Можда се на овом месту можемо послужити доктрином аналогије са свакодневним правним пословима малог значаја малолетника. Сваку ону ствар коју малолетник може да купи и стекне у својству багателног правног посла, може и да дерелинквира.

2.3. Правни послови малог значаја – багателни послови – свакодневни послови

Посматрано из угла правне науке и правне праксе, правни послови малог значаја млађих малолетника су најспорнији у смислу оцене њихове пуноважности, односно могућности за поништење. Најпре, поставимо питање који су то правни послови малог значаја или свакодневни правни послови. Ово су сви они послови које обављају и пунолетне пословно способосне особе свакодневно, без икакве разлике у односу на малолетнике млађе од 14 година. Најчешће потпуно самостално, али

65 Тако и Р. Корах, *op. cit.*, стр. 311.

наводи дереликција.[68] Са друге стране, истиче се да су правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе супротни дефиницији правног посла[69] те се дереликција сврстава у правне радње сличне правним пословима односно у чинове воље.[70] Најпре би требало размотрити да ли је могуће да постоји правни посао којим се не стичу ни права ни обавезе. Правни посао се дефинише као изјава воље која производи одређено правно дејство у смислу настанка, престанка, преноса или измене постојећих субјективних права.[71] Са друге стране, дереликција представља престанак права својине на одређеној ствари, одрицањем власника од права својине на њој за шта је неопходна његова јасно изражена воља да ствар напушта и да више не жели да буде њен власник.[72] Полазећи од тога да путем дереликције може престати постојеће право својине на одређеној ствари, и то тако што ће власник те ствари јасно показати вољу да ствар напушта, онда можемо закључити да се дереликција може уклопити у напред наведену дефиницију правног посла. Чинови воље такође спадају у правне послове, али у једном ширем смислу.[73] Међутим, оно што је по нама спорно је да ли би уопште требало допустити млађем малолетнику да изврши дереликцију. Да ли нпр. лице које нема навршених 14 година, а добило је мотор, компјутер или бицикл за рођендан може правно потпуно суверено да изврши дереликцију ових ствари.[74] Пословна неспособност штити малолетнике како од трећих лица која би могла да злоупотребе њихово неискуство и страст тако и од њих самих.[75] Сматрамо да је овај део одредбе чл.64.ст.1. у потпуности сувишан те да млађем малолетнику не би требало допустити да се одрекне права својине на одређеној ствари имајући у виду да лица овог узраста често нису довољно искусна и промишљена.[76]

68 С. Панов, 211.; М. Драшкић, 272.

69 О. Антић (2009), 237.

70 Д. Стојановић, О. Антић, 313.

71 О. Станковић, В. Водинелић, 160.

72 *Лексикон грађанског права*, Београд 1996, стр. 117.

73 Д. Стојановић, О. Антић, 313.

74 С. Панов, 212.

75 J.Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, Vol. I, Quadrige/PUF, Paris 2004, 878.

76 О. Цвејић Јанчић, 300.

и уз сагласност својих законских заступника, била она изричита или прећутна, претходна или накнадна, деца млађа од 14 година свакодневно закључују огроман број послова мањег значаја – односно обављају куповине у маркетима, на пијацама, у тржним центрима, књижарама, самоуслугама, купују улазнице за разне културне, спортске, уметничке, музичке догађаје, затим возне карте, путују јавним превозним средствима. По својој природи, то су најчешће купопродајни уговори. Може се рећи да су ови правни послови у самој бити права детета на потпун и правилан развој, представљају сегмент васпитања и развоја детета, социјализације и одрастања. Вишеструки је социјални, економски и васпитни значај тог промета. На тај начин деца задовољавају велики број својих свакодневних потреба, помажу родитељима, стичу искуства и постепено ће оспособљавају за сналажење у сложенијим и пословима веће вредности. Негирање да дете може обављати наведене и многе друге куповине довело би у питање функционисање привредног промета. Код послова мањег значаја ангажују се мање економске вредности, па је и штета која би у овом случају могла настати за малолетника – непостојећа или готово занемарљива.

Под овим пословима подразумевају се обично ситнији, рутински, уобичајени послови, и то за малолетника тог узраста, правни послови које малолетници обављају свакодневно. Посао малог значаја није ништа друго до правни стандард. Немогуће би било таксативно набројање свих правних послова који се сматрају пословима малог значаја. У случају спора, суд ће дати смисао овим пословима и попунити појам „малог значаја".[66] Неколико критеријума можемо применити за

66 Осврнућемо се на судску праксу енглеских судова, имајући у виду да техника правних стандарда има порекло и дугу традицију управо у англосаксонском праву. *Sale of Goods Act* из 1979. године предвиђа да малолетник може закључивати правне послове који се односе на неопходна добра која су одговарајућа условима живота малолетника и његовим потребама у време продаје и испоруке. Поред тога и чл. 389–3 и 450 француског *Code civila* је предвиђено да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делује самостално, што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајена и у складу са положајем и стилом живота његове породице. Даље се истиче да се под неопходним добрима не сматрају само храна и одећа, већ ће се приликом одређивања овог појма у сваком конкретном случају у обзир узети и друштвени статус конкретног малолетника, имајући у виду да се једна ствар можда не може посматрати као неопходна уколико је у питању дете из „радничке класе", али иста та ствар може бити неопходна за дете које потиче из богате породице. Такође се у обзир треба узети и чињеница да ли је конкретно добро у сваком појединачном случају било неопходно малолетнику, без обзира на његову финансијску ситуацију. Оно што може бити неопходно данас можда неће бити наредне недеље, уколико је та потреба у међувремену задовољена. Тако је у једном случају заузет став да се уговор о куповини одеће, који је укључивао и куповину једанаест прслука, не може посматрати као уговор којим се набавља оно што је неопходно, чак и када је у питању студент последње године на Кембрицу, с обзиром на то да је отац малолетника доказао да је овај имао довољно одеће која му је била неопходна, а продавац

5. Правни послови малог значаја

Најзад, млађи малолетник може закључивати и правне послове малог значаја.[77] У науци се, са једне стране, сматра да су послови малог значаја у суштини ситни, свакодневни послови, где трећа лица која ступају у уговорни однос не треба да брину о пословној способности малолетника којима се даје извесна аутономија да сами закључују послове сагласно својим годинама и зрелости.[78] Према напред наведеном схватању појам правног посла се дефинише према вредности посла који је млађи малолетник предузео. Истиче се да се код послова мањег значаја ангажују мање економске вредности па је и штета која би у овом случају могла настати за малолетника занемарљива.[79] Међутим, насупрот томе, често се напомиње да би у обзир требало узети и још неке критеријуме као што су учесталост закључења правног посла (имајући у виду и чињеницу да свакодневно или често закључивање правног посла чији је предмет мале вредности може да представља озбиљно оптерећење кућног буџета) и имовно стање сваке конкретне породице.[80] Наводи се да је погрешно да се законски стандард правног посла мањег значаја дефинише само уз помоћ критеријума „куповина свакодневних потрепштина".[81] Приликом дефинисања правних послова малог значаја, могли бисмо у обзир узети и критеријум који се примењује у енглеском праву приликом одређивања који су то послови које малолетник може закључивати. Sale of Goods Act из 1979. године предвиђа да малолетник може закључивати правне послове који се односе на неопходна добра која су одговарајућа условима живота малолетника и његовим потребама у време продаје и испоруке.[82] Поред тога и чланом 389-3 и 450 француског Code civil – а је предвиђено да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делују самостално што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника

77 Члан 64.ст.1. ПЗ

78 З.Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2011, 234.

79 Т. Ачански, 168.

80 С. Панов, 210.

81 *Ibid.*

82 R.Stone, 181.

и уз сагласност својих законских заступника, била она изричита или прећутна, претходна или накнадна, деца млађа од 14 година свакодневно закључују огроман број послова мањег значаја – односно обављају куповине у маркетима, на пијацама, у тржним центрима, књижарама, самоуслугама, купују улазнице за разне културне, спортске, уметничке, музичке догађаје, затим возне карте, путују јавним превозним средствима. По својој природи, то су најчешће купопродајни уговори. Може се рећи да су ови правни послови у самој бити права детета на потпун и правилан развој, представљају сегмент васпитања и развоја детета, социјализације и одрастања. Вишеструки је социјални, економски и васпитни значај тог промета. На тај начин деца задовољавају велики број својих свакодневних потреба, помажу родитељима, стичу искуства и постепено це оспособљавају за сналажење у сложенијим и пословима веће вредности. Негирање да дете може обављати наведене и многе друге куповине довело би у питање функционисање привредног промета. Код послова мањег значаја ангажују се мање економске вредности, па је и штета која би у овом случају могла настати за малолетника – непостојећа или готово занемарљива.

Под овим пословима подразумевају се обично ситнији, рутински, уобичајени послови, и то за малолетника тог узраста, правни послови које малолетници обављају свакодневно. Посао малог значаја није ништа друго до правни стандард. Немогуће би било таксативно набројење свих правних послова који се сматрају пословима малог значаја. У случају спора, суд ће дати смисао овим пословима и попунити појам „малог значаја".[66] Неколико критеријума можемо применити за

66 Осврнућемо се на судску праксу енглеских судова, имајући у виду да техника правних стандарда има порекло и дугу традицију управо у англосаксонском праву. *Sale of Goods Act* из 1979. године предвиђа да малолетник може закључивати правне послове који се односе на неопходна добра која су одговарајућа условима живота малолетника и његовим потребама у време продаје и испоруке. Поред тога и чл. 389–3 и 450 француског *Code civila* је предвиђено да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делује самостално, што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајена и у складу са положајем и стилом живота његове породице. Даље се истиче да се под неопходним добрима не сматрају само храна и одећа, већ ће се приликом одређивања овог појма у сваком конкретном случају у обзир узети и друштвени статус конкретног малолетника, имајући у виду да се једна ствар можда не може посматрати као неопходна уколико је у питању дете из „радничке класе", али иста та ствар може бити неопходна за дете које потиче из богате породице. Такође се у обзир треба узети и чињеница да ли је конкретно добро у сваком појединачном случају било неопходно малолетнику, без обзира на његову финансијску ситуацију. Оно што може бити неопходно данас можда неће бити наредне недеље, уколико је та потреба у међувремену задовољена. Тако је у једном случају заузет став да се уговор о куповини одеће, који је укључивао и куповину једанаест прслука, не може посматрати као уговор којим се набавља оно што је неопходно, чак и када је у питању студент последње године на Кембрицу, с обзиром на то да је отац малолетника доказао да је овај имао довољно одеће која му је била неопходна, а продавац

и који се могу подмирити средствима која су уобичајена и у складу са положајем и стилом живота његове породице.[83] Даље се истиче да се под неопходним добрима не сматрају само храна и одећа већ ће се приликом одређивања овог појма у сваком конкретном случају у обзир узети и друштвени статус конкретног малолетника имајући у виду да се једна ствар можда не може посматрати као неопходна уколико је у питању дете из „радничке класе", али иста та ствар може бити неопходна за дете које потиче из богате породице.[84] Такође се у обзир мора узети и чињеница да ли је конкретно добро у сваком појединачном случају било неопходно малолетнику, без обзира на његову финансијску ситуацију.[85] Оно што може бити неопходно данас, можда неће бити наредне недеље уколико је та потреба у међувремену задовољена те је у случају *Nash v. Inman* заузет став да се уговор о куповини одеће, који је укључивао и куповину једанаест прслука, не може посматрати као уговор којим се набавља оно што је неопходно чак и када је у питању студент последње године на Кембрицу с обзиром на то да је отац малолетника доказао да је овај имао довољно одеће која му је била неопходна, а продавац није могао пружити ниједан доказ којим би оборио ову тврдњу.[86] Са друге стране је, у случају Chapple v. Cooper (1844) 13M&W 252, заузет став да је пуноважан уговор који је малолетница закључила у вези са сахраном свог мужа.[87]

6. Закључак

Као што је више пута истакнуто, чланом 64.ст.1. српског Породичног закона је предвиђено да млађи малолетници могу предузимати правне послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја. Током претходног излагања покушали смо да протумачимо напред наведене појмове и да изведемо закључак који су то правни послови које млађи малолетник може у нашем праву

83 K. Zweigert,H. Kötz, 349.

84 C.Elliote, F.Quinn, *Contract Law*, Harlow, England 2009, 70.

85 G.H . Treitel., 483.

86 L.Koffman, E.Macdonald, *The law of contract*, Oxford 2007.,468.

87 Ibid., 467

дефинисање шта значи посао мање вредности и свакодневни посао: то су послови који не утичу битно на његову имовину и у том смислу нема опасности да ће се њиховим закључивањем угрозити имовина малолетника; ови послови су, по својој природи, прости и то тако да и млађи малолетник може разумети њихов предмет и каузу; учесталост закључења правног посла; то су послови које млађи малолетник просечне способности може самостално да их предузме; то су послови који се односе на свакодневне потребе како малолетника тако и његове породице. Шта ће суд сматрати послом мањег значаја зависи и од објективних и од субјективних околности. Објективни критеријум оличен је у самој вредности правног посла – вредности престације, а субјективни узима у обзир околности конкретног случаја, као што су зрелост малолетника, начин и стил живота, имовинске прилике малолетника и његове породице. Само узимање у обзир вредности правног посла довело би до озбиљних пробема. Оно што је уобичајено, рутинско и свакидашње за једног малолетника и његово окружење може бити крајње неуобичајено за његове вршњаке који одрастају у другим друштвено-економским условима. О овом правном стандарду биће, такође, више говора у оквиру дела о упоредном праву, где се може видети како судови и законодавци тумаче појам уобичајених послова и ствари које су потребне малолетнику за функционисање. У енглеском праву се, као изузетак од правила да уговори малолетника не обвезују, наводи ситуација када је циљ уговора да задовољи малолетникове основне потребе (*necessaries*). Ово под условом ако је уговор као целина у корист малолетника и не намеће му неке терете. Притом се води рачуна о томе да виши економски статус, тачније стил живота, малолетника условљава и његове веће потребе, те самим тим и шири појам уобичајених послова мањег заначаја.[67]

Код ових правних послова битно је да трећа лица која ступају у уговорни однос не треба да брину о пословној способности малолетника којима се даје извесна аутономија да сами закључују послове сагласно својим годинама и зрелости, те самим тим и пуноважности закључених уговора.

Подвлачимо да се код (правног) стандарда послова малог значаја, иако се детету даје извесна самосталност, она тумачи, по правилу, само у светлу малолетника као члана породице, не као индивидуалне јединке. Немали број свакодневних купопродајних уговора малолетници закључују зарад потреба породице.

није могао пружити ниједан доказ којим би оборио ову тврдњу. Са друге стране је, у случају *Chapple v. Cooper* (1844) 13M&W 252, заузет став да је пуноважан уговор који је малолетница закључила у вези са сахраном свог мужа. За појам послова мањег значаја млађих малолетника у нашем праву, К. Доловић Бојић, *Правно непостојећи уговори*, Београд, 2022, стр. 106.

67 Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 418.

и који се могу подмирити средствима која су уобичајна и у складу са положајем и стилом живота његове породице.[83] Даље се истиче да се под неопходним добрима не сматрају само храна и одећа већ ће се приликом одређивања овог појма у сваком конкретном случају у обзир узети и друштвени статус конкретног малолетника имајући у виду да се једна ствар можда не може посматрати као неопходна уколико је у питању дете из „радничке класе“, али иста та ствар може бити неопходна за дете које потиче из богате породице.[84] Такође се у обзир мора узети и чињеница да ли је конкретно добро у сваком појединачном случају било неопходно малолетнику, без обзира на његову финансијску ситуацију.[85] Оно што може бити неопходно данас, можда неће бити наредне недеље уколико је та потреба у међувремену задовољена те је у случају *Nash v. Inman* заузет став да се уговор о куповини одеће, који је укључивао и куповину једанаест прслука, не може посматрати као уговор којим се набавља оно што је неопходно чак и када је у питању студент последње године на Кембрицу с обзиром на то да је отац малолетника доказао да је овај имао довољно одеће која му је била неопходна, а продавац није могао пружити ниједан доказ којим би оборио ову тврдњу.[86] Са друге стране је, у случају Chapple v. Cooper (1844) 13M&W 252, заузет став да је пуноважан уговор који је малолетница закључила у вези са сахраном свог мужа.[87]

6. Закључак

Као што је више пута истакнуто, чланом 64.ст.1. српског Породичног закона је предвиђено да млађи малолетници могу предузимати правне послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја. Током претходног излагања покушали смо да протумачимо напред наведене појмове и да изведемо закључак који су то правни послови које млађи малолетник може у нашем праву

83 K. Zweigert,H. Kötz, 349.

84 C.Elliote, F.Quinn, *Contract Law*, Harlow, England 2009, 70.

85 G.H . Treitel., 483.

86 L.Koffman, E.Macdonald, *The law of contract*, Oxford 2007.,468.

87 Ibid., 467

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

IGOR KAMBOVSKI

O SUBJEKTIVITETU SUBJEKATA

Ideja o priznavanju pravnog subjektiviteta svim ljudima, bez obzira na njihove razlike, je naročito bila zastupljena u školi prirodnog prava koja je zastupala tezu da su svi ljudi jednaki i imaju, od strane prirode, data prava. Deklaracija o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine proklamuje načelo da se "ljudi rađaju slobodni i jednaki pred zakonom"[1]. Ujedno, etički imperativ o poštovanju ličnosti kao najvišu vrednost, Hegel je podigao na nivou pravnog imperativa: "Budi čovek i poštuj ostale ljude kao ličnosti. Najveća ljudska osobina je biti ličnost!". Tako je i građansko pravo prepoznalo i kodifikovalo ovaj princip i etički imperativ u obliku jednake, opšte pravne sposobnosti fizičkih lica. Građanske kodifikacije, bez isključka, garantuju svim ljudima jednak i potpuni pravni subjektivitet i pravnu sposobnost. Tako, Code Civil obavezuje da su "svi ljudi u granicama zakona jednako sposobni da imaju prava i obaveze".

Svako živo biće, sva fizička lica nakon rođenja postaju subjekti prava i nisu potrebni nikakvi akti (državnih organa i institucija) kojima bi se ozvaničila ili priznala njihova pravna sposobnost[2]. Sa istoriskog aspekta, ne uvek i nije svim fizičkim licima bio priznat pravni subjektivitet. U rimsko doba robovi su bili objekti prava. U srednjevekovnom feudalizmu, subjekti prava, ako se uopšte može govo-

Dr Igor Kambovski, profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet "Goce Delčev", Štip, Makedonija.

[1] Član 1 Deklaracije o pravima čoveka i građanina, usvojena u Francuskoj Nacionalnoj Skupštini 26.08.1789. god.

[2] Slavnić J., Velimirović M., Vukićević S., "Privredno pravo sa osnovana građanskog prava", Viša Poslovna Škola, Beograd, 2001, str. 40.

Према енглеском и замбијском обичајном праву, правни субјективитет физичког лица почиње рођењем, односно када се дете роди живо. Став је изнет у познатом предмету *Paton v. Trustees of BPAS 389* да фетус, према енглеском праву, не може имати никаква сопствена права барем док се не роди и не постоји одвојено од мајке. То прожима целокупно грађанско право (за разлику од кривичног права) ове земље и заиста је основа одлука у оним земљама где је право засновано на обичајном праву. Стога, правни субјективитет физичког лица почиње када се особа роди жива, односно, одвоји од мајчине утробе и потом дише или има животне функције. Медицински докази, или традиционалне афричке методе могу се, на пример, користити за доказивање постојања живота. Претпоставља се да пресецање пупчане врпце није потребно да би се дете сматрало одвојеним од мајчине утробе у сврху утврђивања његовог рођења у приватном праву. Наведена дефиниција физичког правног лица значи да мртворођено дете није правно лице.[23] Пошто правни субјективитет почиње када се дете роди живо, захтев за регистрацију мртворођеног детета је искључиво административно питање. Упркос томе што правни субјективитет почиње тек рођењем, постоје случајеви у којима су права или интереси нерођеног детета заштићени и приватним и кривичним правом. Најважнија заштита интереса фетуса у приватном праву јесте доктрина обичајног права заснована на максими *fetus in utero* има свој живот у материци. Ова доктрина осигурава да све речи које се односе на „децу" или „рођено" или „живо" у одређеном тренутку или догађају укључују дете које је још увек у материци на релевантни датум и које је касније рођено живо, ако би то детету обезбедило корист на коју би имало право да је заиста рођено на релевантни датум или по настанку релевантног догађаја.[24]

4. ПРЕСТАНАК ПРАВНОГ СУБЈЕКТИВИТЕТА

Правни субјективитет физичког лица траје све до смрти, за разлику од пословне способности која може престати и пре него што особа премине услед биолошких, психолошких и социјалних узрока. Сам тренутак наступања смрти је фактичко питање које препуштамо правилима судске медицине. Упоредноправно посматрајући, неке старије кодификације попут *Code Civila*, познавале су и губљење правне способности пре смрти, преко стања такозване „цивилне смрти", код које се лице које би било осуђено на доживотну робију сматрало, са аспекта грађан-

23 Закон о регистрацији рођења и смрти захтева регистрацију података о његовом рођењу. У ту сврху Закон дефинише мртворођено дете као дете које је издато од мајке након двадесет осме недеље трудноће и које ни у једном тренутку након што је потпуно избачено из мајке није дисало нити показивало друге знаке живота.

24 Chuma Himonga, *IEL Family and Succession Law – Zambia: Suppl. 81*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 81.

riti o fizičkim licima kao o subjektima prava, nisu bili izjednačeni, već je njihova pravna sposobnost zavisila od pripadnosti određenom staležu.Kmet je u izvesnom smislu bio subjekt prava, ali on nile mogao sticati ona prava koja su bila rezervisana za pripadnike viših staleža, Čak je i između staleža i pripadnika jednog istog staleža postojala hijerarhija u pogledu sticanja i ostvarivanja određenih prava[3].

Savremena pravna teorija je ustanovila pravilo da, kao uslov za sticanje pravne sposobnosti, fizičko lice mora biti rođeno živo i čovekoliko[4], odnosno da daje znake života. Postoji izvesno otstupanje od ovog pravila, i to u situaciji kada je dete začeto, a još nije rođeno. Još je u rimskom pravu uspostavljena pravna fikcija infans conceptus pro iam nato habetir, quotiens de commodis eius agitur, tako da se pretpostavlja da je začeto a nerođeno dete(nasciturus) živo u utrobi majke i da se smatra kao da je rođeno, ako je to u njegovom interesu, i tom se detetu, bez obzira na činjenicu dali će se roditi živo, priznaje pravni subjektivitet i garantuju mu se izvesna pravna ovlašćenja[5]. Ova je fikcija prihvaćena u većini savremenih zakonodavstva, a u Zakonu o nasleđuvanju Republike Makedonije(član 122, stav 2) je predviđeno da "dete koje je već začeto u trenutku otvaranja nasledstva, smatra rođenim, ako se rodi živo", i može ostvarivati sva nasledna prava čime se izjednačuje sa ostalim naslednicima prvog naslednog reda. U tom pravcu je i predloženo rešenje u članu 24 Radnog teksta Građanskog Zakonika Republike Srbije (29.05.2015 godine), po kome dete još pre rođenja ima posebnu pravnu sposobnost, definisanu posebnim zakonom, dok je alternativa predloga slična makedonskom zakonskom rešenju.

Pravni subjektivitet fizičkog lica traje sve do smrti ili proglašavanja tog lica nestalim. Sam trenutak nastupanja smrti je faktičko pitanje koje prepuštamo pravilima sudske medicine. Proglašavanje nekog lica umrlim je pravna pretpostavka koja ima za cilj saobražavanje faktičkog stanja (otsustnost, nestajanje lica) sa pravnim stanjem (gašenje pravnog subjektiviteta lica), i to u korist pravnog stanja. Ova pretpostavka je rušljiva i svako lice koje ima pravni interes može dokazati suprotno[6]. Neke starije kodifikacije, kao na primer Code Civil, poznavale su i gubljenje pravne sposobnosti pre smrti, preko stanja takozvane "civilne smrti", kod koje se lice koje bi bilo osuđeno na doživotnu robiju smatralo, sa aspekta građanskog prava, mrtvim, iz razloga što to lice ne bi moglo sticati ni ostvarivati

3 Gams A., Đurović Lj., "Uvod u građansko pravo-Opšti deo", Savremena Administracija, Beograd, 1985, str. 101.

4 Bajaldžiev, op. cit., str. 205.

5 Gams, op. cit., str. 102.

6 Pop-Georgiev D., "Osnovi na imotnoto pravo", UKIM, Skopje, 1971, str. 17-18.

ског права, мртвим, из разлога што то лице не би могло ни стицати ни остваривати. грађанска субјективна права, а његова имовина би постала предмет наслеђивања. Чак и данас, у одређеним државама, под утицајем цркве, сматра се да лица која ступају у монашке редове губе, потпуно или делимично, не само имовину којом располажу, већ и правну способност. Бивају изопштени из правила правног живота и правних послова уопште, иако постоје у природном смислу.

5. ИСТОРИЈАТ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ

Појам пословне способности постоји од најранијих времена. Историјски посматрано, пословна способност је била везана само за одређени круг, категорију особа. Развојем друштва и прокламовањем људских права, посебно током XX века, постепено се сужавао круг особа које нису имале потпуну пословну способност. У савремено доба, концепт пословне способности није везан само за одређене особе и бива све више проширен на лица која су била онемогућена да равноправно учествују у правном промету.

5.1. Историјат пословне способности у упоредном праву

С обзиром на то да смо на почетку истакли као битно својство пословне способности то да је уско повезано са појмом људских права, историјат пословне способности у значајној мери коинцидира са развојем (људских) права и права појед(а)ца. Наиме, историјски метод нам показује како се током времена мењао став права према обиму пословне способности одређених категорија лица, али исто тако и како се мењао обим пословне способности у оквиру једне категорије лица (нпр. пословна способност малолетника, пословна способност жена, пословна способност особа са инвалидитетом). Углавном је током историјског развоја растао капацитет наведених (али и многих других) категорија особа.

Са историјског аспекта, није увек и није свим физичким лицима био признат правни субјективитет. У доба римског царства, робови су били објекти права, што значи да су у правном промету сматрани стварима. Према римском праву нису сви људи били правни субјекти, а ни обим правне способности није био једнак.[25] Колико је уска веза савременог појма пословне способности и градације обима пословне способности са римским концептом видимо на примеру три облика пословне способности. *Capitis deminutio minima* означавао је промену положаја у

25 Римљани су за ознаку положаја особе употребљавали назив статус, а пуну правну способност имао је искључиво човек са кумулативно испуњена три статуса: положај слободна човека (*status libertatis*), положај римског грађанина (*status civitatis*), те положај у римској породици (*status familias*), Миле Борас, Луjo Маргетић, *Римско право*, Загреб, 1980, стр. 75.

građanska subjektivna prava, i njegova imovina bi postala predmet nasleđivanja[7]. Čak i danas, u određenim državama, pod uticajem crkve, smatra se da lica koja stupaju u monaške redove gube, potpuno ili delimično, ne samo imovinu kojom raspolažu, već i pravnu sposobnost[8].

U drugom slučaju, kada se zbog odsutnosti fizičkog lica ne može utvrditi dali je to lice živo i gde se nalazi, a kako bi se zaštitili interesi njegovih naslednika i drugih zainteresovanih lica, ustanovljen je institut-proglašavanje nestalog lica umrlim. Tako, ukoliko je neko lice odsutno od svog prebivališta i o njemu već izvesno vreme nema nikakvih informacija o tome gde se nalazi i da li je uopšte živo, njegovi naslednici ili druga zainteresovana lica (član 76 Zakona o vanparničnom postupku Republike Makedonije) koja imaju pravni interes[9] mogu pokrenuti vanparnični postupak o proglašenju nestalog lica umrlim, i od dana pravosilnosti rešenja kojim se to lice proglašava umrlim oni mogu ostvarivati nasledna prava nad imovinom tog lica.

Pored pravne sposobnosti, fizičko lice koje želi da obavlja određene pravne radnje mora imati i poslovnu sposobnost, sposobnost izražavanja zdrave svesti i zrele, pravno relevantne volje[10]. Takva sposobnost znači mogućnost subjekta da izjavom volje proizvodi pravne radnje, čime prouzrokuje nastanak, promenu ili prestanak subjektivnih građanskih prava. Ukratko, to znači sposobnost jednog lica da realizuje svoju pravnu sposobnost[11]. Ipak, sama poslovna sposobnost se ne javlja u trenutku rađanja, kao što je slučaj sa pravnom sposobnošću, već se razvija od rođenja i u toku detinstva i puberteta. Tako, u zavisnosti od sposobnosti lica da izražava pravno-relevantnu volju i da razume pravne posledice svojih radnji, postoje tri kategorije fizičkih lica za različitim stepenima poslovne sposobnosti: lica sa opštom, potpunom poslovnom sposobnošću; lica sa ograničenom poslovnom sposobnošću; poslovno nesposobna lica.

Postoje neka odstupanja od navedenih podelbi. Konkretno, fizička lica mogu imati i radno-pravnu sposobnost, koja se stiče pre poslovne sposobnosti,

7 Stanković O., Vodinelić V., "Uvod u građansko pravo", NOMOS, Beograd, 20014, str. 54.

8 Gams, op. cit., str. 102.

9 Georgievski S., "Komentar na Zakonot za vonprocesnapostapka", Univerzitet "Kiril i Metodij", Skopje, 1989, str. 114 - "Predlog može podneti ovlašćeno lice, a to je lice koje ima pravni interes da se isčezlo lice proglasi umrlim. U taj krug spadaju bračni drug isčezlog lica, njegova deca, njegovi roditelji i ostala rodbina, ali i druga lica koja su zainteresovana za nasledna prava".

10 Gaber S., "Teorija na državata i pravoto", Kultura, Skopje, 1970, str. 370 – "Bez svesti i volje, tačnije, bez aktivne zrele svesti i volje, nema uslova da se jedno fizičko lice stekne efektnim pravnim subjektivitetom. A za efektni pravni subjektivitet, nije dovoljno da se subjekt prava pasivno ponaša nasuprot pravnom dinamizmu, on mora biti aktivni faktor u pravnim odnosima".

11 Popov D., "Građansko pravo-Opšti deo", Službeni glasnik, Beograd, 2005, str. 101.

из ове категорије могу самостално да закључују правне послове, али, како би они постали пуноважни, осим код послова мање вредности, потребна је сагласност (претходна или допунска) њихових заступника. По слову закона, у македонском праву родитељи заступају своју малолетну децу.[114] Правна радња закључена без сагласности родитеља или старатеља је рушљива, али се може конвалидирати у законском року, чиме постаје пуноважна, рачунајући од тренутка њеног закључења. Старији малолетници располажу и посебном пословном способношћу, у конкретним, законом опредељеним случајевима, и то када малолетник закључује уговор о поклону у коме се јавља као прималац поклона[115]; може својом вољом располагати сопственом зарадом и може саставити тестамент са навршених 15 година старости. Малолетник који је са 15 година засновао радни однос и стекао зараду или имовину од прихода из зараде, самостално располаже том имовином.[116] Такође, и пунолетном лицу може бити одузета или ограничена пословна способност ако то лице постане неспособно за расуђивање или ако својим поступцима и понашањем угрожава своја или туђа права и интересе. Разлози за одузимање или ограничење пословне способности најћешће су: наступање душевног обољења, заосталост, злоупотреба алкохола или опијата, старачка немоћ и слично. Тако, постоје случајеви закаснелог стицања пословне способности, могућност привременог или трајног губљења, као и могућност враћања, уз поступак делимичног или потпуног проглашавања лица пословно способним. Интересантан пример фактичког ограничења пословне способности, која није везана за узраст или психичко стање личности, имамо у Закону о власништву и другим стварним правима Републике Македоније из 2001 године у којем се странци (странска физичка лица) ограничавају у погледу остваривања наследних права на начин што је њихово право наслеђивања условљено постојањем реципроцитета између Републике Македоније и њихове земље, осим када је то другачије уређено међународним уговором. Исти услов – реципроцитет је постављен и код стицања права власништва стана или стамбене зграде, као и стицање права власништва или дуготрајног закупа пословног простора на територији Републике Македоније.[117]

Изузетак од правила да се општа пословна способност стиче пунолетством постоји код поступка еманципације, када малолетно лице са навршених 16 година старости жели да ступи у брак. У таквим случајевима, суд је дужан да утврди да ли је малолетно лице спремно и способно да ступи у брак, да разуме правне последице брака и сва права и

114 Љиљана Спириковић Трпеновска, Дејан Мицковик, Ангел Ристов, *Семејно йраво*, Скопје, 2013, стр. 194.

115 Чл. 557, ст. 2 Закона о облигационим односима Републике Македоније.

116 Дејан Мицковик, Ангел Ристов, *Семејно йраво*, Скопје, 2015, стр. 339.

117 И. Камбовски, *op. cit.*, стр. 347.

Lica sa opštom, potpunom poslovnom sposobnošću su lica sa 18 godina starosti (punoletna lica), pod uslovom da su sposobni za rasuđivanje, kao i maloletna lica koja su, postupkom emancipacije, stekla opštu poslovnu sposobnost. Punoletstvo, ili 18 godina starosti, smatra se granicom posle koje je fizičko lice intelektualno i fizički zrelo da može samostalno da preduzima pravne radnje i da stupa u odnose na osnovu izjavljene zrele i pravno relevantne volje, bez odobrenja njegovih zakonskih zastupnika. Njegova zrelost podrazumeva svest o postupcima i pravnim posledicama na osnovu preduzetih pravnih radnji. Lice sa opštom poslovnom sposobnošću može, bez nikakvih ograničenja, preduzimate sve pravne radnje. U prvim evropskim građanskim zakonicima je postojala polova nejednakost pri čemu je muž, kao bračni partner, bio zastupnik svoje supruge koja nije raspolagala opštom poslovnom sposobnošću. Tako, u prvoj verziji Code Civil, žena u braku nije imala potpunu poslovnu sposobnost, sve do novele iz 1938 godine kada biva izjednačena sa mužem i stiče opštu pravnu sposobnost[20]. Slično ovome, i Nemački građanski zakonik čak u 1957. godinu uspostavlja potpunu poslovnopravnu ravnopravnost između muškaraca i žena[21].

Isključak od pravila da se opšta poslovna sposobnost stiče punoletstvom postoji kod postupka emancipacije, kada maloletno lice sa navršenih 16 godina starosti[22] želi da stupi u brak. U takvim slučajevima, sud je dužan da utvrdi dali je maloletno lice spremno i sposobno da stupi u brak, da razume pravne posledice braka i sva prava i obaveze koje iz braka proizlaze. 16 godina života je najniža granica ispod koje nije moguće zaključiti brak. Stupanjem u brak, maloletno lice stiče punu, opštu poslovnu sposobnost i time prestaje roditeljska vlast nad njime. Važno je istaći da dozvola koju daje sud, a kojom se dozvoljava zaključenje braka, nema nikakvu pravnu važnost što se tiče poslovne sposobnosti maloletnog lica,

20 izvor: **Fin de l`incapacitecivile des femmes-www.8mars.online.fr/article.php3?id_article=338.**

21 Gams, idem, str. 28.

22 Ne može zaključiti brak lice koje nije navršilo 18 godina starosti. Nadležni sud može, u vanparničnom postupku, dozvoliti zaključivanje braka onom licu koje je navršilo 16 godina života ako se ustanovi da je postiglo telesnu i psihičku zrelost potrebnu za ostvarivanje prava i obaveza koji nastaju u braku, na osnovu prethodnog mišljenja zdravstvene ustanove i socijalnog radnika"-član 18 Zakona o porodici; u ovom kontekstu i član 20 istog zakona:-"Ne mogu zaključiti brak lica koja imaju manifestni oblik duševnog oboljenja sa psihotičnim simptomima ili rezidualnim znacima bolesti i zbog toga ne mogu razumeti značaj braka i obaveza koji iz njega proizlaze, a koja su istovremeno i nesposobna za rasuđivanje. Ne mogu zaključiti brak i lica koja zaostaju u mentalnom (psihičkom) razvoju, a pripadaju grupi lica sa teškom i najtežom mentalnom omećenošću sa IQispod 36".

обавезе које из брака произлазе. Ступањем у брак, малолетно лице стиче пуну, општу пословну способност и тиме престаје родитељска власт над њим. Важно је истаћи да дозвола коју даје суд, а којом се дозвољава склапање брака, нема никакву правну важност што се тиче пословне способности малолетног лица, све до тренутка закључења брака. У том тренутку малолетно лице постаје пословно способно и ту способност не може изгубити, чак ни у случају развода брака. Не може склопити брак лице које није навршило 18 година старости. Надлежни суд може, у ванпарничном поступку, дозволити склапање брака оном лицу које је навршило 16 година живота ако се установи да је постигло телесну и психичку зрелост потребну за остваривање права и обавеза који настају у браку, на основу претходног мишљења здравствене установе и социјалног радника (чл. 18 Закона о породици; у овом контексту и чл. 20 истог закона: „Не могу закључити брак лица која имају манифестни облик душевног обољења са психотичним симптомима или резидуалним знацима болести и због тога не могу разумети значај брака и обавеза који из њега произлазе, а која су истовремено и неспособна за расуђивање. Не могу закључити брак и лица која заостају у менталном (психичком) развоју, а припадају групи лица са тешком и најтежом менталном омећеношћу са IQ испод 36."). Такође, пословна способност физичких лица је неопходан услов и код једног посебног случаја преноса права *mortis causa*. Код наслеђивања, уколико жели да се откаже од свог дела, наследник мора имати општу пословну способност. У супротном, то лице не може дати изјаву о отказивању, међутим такву изјаву може дати његов законски заступник, уз допунско одобрење старатељског органа. Уколико изјава није дата лично, од стране наследника, то може урадити и његов пуномоћник, уз претходно овлашћење садржано у специјалном пуномоћју.[118]

2.1.11. Немачка

Према немачком праву, способност да се произведу правна дејства путем изјава (нпр. за закључење уговора) назива се „способност за закључивање правних послова" (*Geschäftsfähigkeit*). У принципу, свако људско биће је пословно способно. Изузеци се праве када: (а) лице још није навршило 18 година и (б) када лице пати од патолошког менталног поремећаја који спречава слободно вршење његове или њене воље осим ако је ово стање привремене природе. Малолетници, тј. лица која још нису навршила 18 година, су или неспособни или делимично способни да закључују правне послове. Деца су неспособна да закључују правне послове ако су млађа од 7 година. Свака изјава воље коју да правно неспособно лице је ништава. Изјава воље дата лицу које је правно неспособно не производи правно дејство док не стигне до његовог законског

118 За наслеђивање у македонском праву видети Љиљана Спириковик Трпеновска, Дејан Мицковик, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Скопје, 2011, 140 и даље.

Lica sa opštom, potpunom poslovnom sposobnošću su lica sa 18 godina starosti (punoletna lica), pod uslovom da su sposobni za rasuđivanje, kao i maloletna lica koja su, postupkom emancipacije, stekla opštu poslovnu sposobnost. Punoletstvo, ili 18 godina starosti, smatra se granicom posle koje je fizičko lice intelektualno i fizički zrelo da može samostalno da preduzima pravne radnje i da stupa u odnose na osnovu izjavljene zrele i pravno relevantne volje, bez odobrenja njegovih zakonskih zastupnika. Njegova zrelost podrazumeva svest o postupcima i pravnim posledicama na osnovu preduzetih pravnih radnji. Lice sa opštom poslovnom sposobnošđu može, bez nikakvih ograničenja, preduzimate sve pravne radnje. U prvim evropskim građanskim zakonicima je postojala polova nejednakost pri čemu je muž, kao bračni partner, bio zastupnik svoje supruge koja nije raspolagala opštom poslovnom sposobnošću. Tako, u prvoj verziji Code Civil, žena u braku nije imala potpunu poslovnu sposobnost, sve do novele iz 1938 godine kada biva izjednačena sa mužem i stiče opštu pravnu sposobnost[20]. Slično ovome, i Nemački građanski zakonik čak u 1957. godinu uspostavlja potpunu poslovnopravnu ravnopravnost između muškaraca i žena[21].

Isključak od pravila da se opšta poslovna sposobnost stiče punoletstvom postoji kod postupka emancipacije, kada maloletno lice sa navršenih 16 godina starosti[22] želi da stupi u brak. U takvim slučajevima, sud je dužan da utvrdi dali je maloletno lice spremno i sposobno da stupi u brak, da razume pravne posledice braka i sva prava i obaveze koje iz braka proizlaze. 16 godina života je najniža granica ispod koje nije moguće zaključiti brak. Stupanjem u brak, maloletno lice stiče punu, opštu poslovnu sposobnost i time prestaje roditeljska vlast nad njime. Važno je istaći da dozvola koju daje sud, a kojom se dozvoljava zaključenje braka, nema nikakvu pravnu važnost što se tiče poslovne sposobnosti maloletnog lica,

20 izvor: Fin de l`incapacitecivile des femmes-www.8mars.online.fr/article.php3?id_article=338.

21 Gams, idem, str. 28.

22 Ne može zaključiti brak lice koje nije navršilo 18 godina starosti. Nadležni sud može, u vanparničnom postupku, dozvoliti zaključivanje braka onom licu koje je navršilo 16 godina života ako se ustanovi da je postiglo telesnu i psihičku zrelost potrebnu za ostvarivanje prava i obaveza koji nastaju u braku, na osnovu prethodnog mišljenja zdravstvene ustanove i socijalnog radnika"-član 18 Zakona o porodici; u ovom kontekstu i član 20 istog zakona:-"Ne mogu zaključiti brak lica koja imaju manifestni oblik duševnog oboljenja sa psihotičnim simptomima ili rezidualnim znacima bolesti i zbog toga ne mogu razumeti značaj braka i obaveza koji iz njega proizlaze, a koja su istovremeno i nesposobna za rasuđivanje. Ne mogu zaključiti brak i lica koja zaostaju u mentalnom (psihičkom) razvoju, a pripadaju grupi lica sa teškom i najtežom mentalnom omećenošću sa IQispod 36".

обавезе које из брака проистичу. Ступањем у брак, малолетно лице стиче пуну, општу пословну способност и тиме престаје родитељска власт над њим. Важно је истаћи да дозвола коју даје суд, а којом се дозвољава склапање брака, нема никакву правну важност што се тиче пословне способности малолетног лица, све до тренутка закључења брака. У том тренутку малолетно лице постаје пословно способно и ту способност не може изгубити, чак ни у случају развода брака. Не може склопити брак лице које није навршило 18 година старости. Надлежни суд може, у ванпарничном поступку, дозволити склапање брака оном лицу које је навршило 16 година живота ако се установи да је постигло телесну и психичку зрелост потребну за остваривање права и обавеза који настају у браку, на основу претходног мишљења здравствене установе и социјалног радника (чл. 18 Закона о породици; у овом контексту и чл. 20 истог закона: „Не могу закључити брак лица која имају манифестни облик душевног обољења са психотичним симптомима или резидуалним знацима болести и због тога не могу разумети значај брака и обавеза који из њега проистичу, а која су истовремено и неспособна за расуђивање. Не могу закључити брак и лица која заостају у менталном (психичком) развоју, а припадају групи лица са тешком и најтежом менталном омеђеношћу са IQ испод 36."). Такође, пословна способност физичких лица је неопходан услов и код једног посебног случаја преноса права *mortis causa*. Код наслеђивања, уколико жели да се откаже од свог дела, наследник мора имати општу пословну способност. У супротном, то лице не може дати изјаву о отказивању, међутим такву изјаву може дати његов законски заступник, уз допунско одобрење старатељског органа. Уколико изјава није дата лично, од стране наследника, то може урадити и његов пуномоћник, уз претходно овлашћење садржано у специјалном пуномоћју.[118]

2.1.11. Немачка

Према немачком праву, способност да се произведу правна дејства путем изјава (нпр. за закључење уговора) назива се „способност за закључивање правних послова" (*Geschäftsfähigkeit*). У принципу, свако људско биће је пословно способно. Изузеци се праве када: (а) лице још није навршило 18 година и (б) када лице пати од патолошког менталног поремећаја који спречава слободно вршење његове или њене воље осим ако је ово стање привремене природе. Малолетници, тј. лица која још нису навршила 18 година, су или неспособни или делимично способни да закључују правне послове. Деца су неспособна да закључују правне послове ако су млађа од 7 година. Свака изјава воље коју да правно неспособно лице је ништава. Изјава воље дата лицу које је правно неспособно не производи правно дејство док не стигне до његовог законског

118 За наслеђивање у македонском праву видети Љиљана Спириковик Трпеновска, Дејан Мицковик, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Скопје, 2011, 140 и даље.

sve do trenutka zaključenja braka. U tom trenutku maloletno lice postaje poslovno sposobno, i tu sposobnost ne može izgubiti, čak ni u slučaju razvoda braka[23].

Takođe, poslovna sposobnost fizičkih lica je neophodan uslov i kod jednog posebnog slučaja prenosa prava mortis causa. Kod nasleđivanja, ukoliko želi da se otkaže od svog dela, naslednik mora imati opštu poslovnu sposobnost. U suprotnom, to lice ne može dati izjavu o otkazivanju, međutim takvu izjavu može dati njegov zakonski zastupnik, uz dopunsko odobrenje starateljskog organa. Ukoliko izjava nije data lično, od strane naslednika, to može uraditi i njegov punomoćnik, uz prethodno ovlašćenje sadržano u specijalnom punomoćju[24].

Kada je reč o vršenju pravnih radnji od strane fizičkih lica, ne smemo zapostaviti treću vrstu sposobnosti kod fizičkih lica-deliktnu sposobnost. To je sposobnost, na osnovu uslova i trenutka nastajanja, starija od poslovne sposobnosti; jedno lice može da je poslovno nesposobno, ali može biti deliktno sposobno[25].

Pravila u vezi poslovne sposobnosti koja se odose na pravne radnje i ostala pravna dejstva (izjave volje koje su pravno relevantne) su opšta pravila, koja ne obuhvaćaju one pravne odnose koji nastaju kao posledica nedozvoljene radnje-delikta. Mora se napraviti distinkcija između građansko-pravnog i krivično-pravnog delikta, polazeći, pre svega, od činjenice da je posledica kod građansko-pravnog delikta nastajanje obaveze za nadoknadu štete. Tako, počinilac nedozvoljene radnje-štetnik odgovara za posledice tih nedozvoljenih radnji samo ako je svestan svojih postupaka i posledica istih. Ipak, kod deliktne odgovornosti se traži relativno niži stepen svesti, svesnosti o počinjenim deliktima, negošto je to potrebno kod zaključivanja pravnih poslova. Znači, počinilac mora biti svestan samo o tome dali je nešto nedozvoljeno ili nije. Iz tog razloga, ponekad i poslovno nesposobna lica mogu biti deliktno odgovorna, ali samo ako se dokaže da su dovoljno psihički zrela i da mogu razumeti prirodu, značaj i posledice svojih postupaka. Generalno, maloletna lica do 7 godina starosti, duševno obolela lica i lica sa smetnjama u razvoju su nesposobnaza rasuđivanje, a samim time i deliktno nesposobni, pa za štetu koju će ova lica izazvati odgovara onaj koji se o njim brine, a to su njihovi zakonski zastupnici-roditelji i staratelji. Ova odgovornost zastupnika za delikt njegovog štićenika (ovo se odnosi na duševno obolela lica i lica ometena u razvoju) nije objektivna, zasniva se na relativno pretpostavljenoj krivici, što bi moglo značiti da odgovorno lice-zastupnik može biti oslobođen odgovornosti ako se dokaže da je pažljivo obavljao nadzor i da bi šteta u svakom slučaju nastu-

23 Spirović Trpenovska Lj., "Semejno pravo", Studentski zbor, Skopje, 1997, str. 88.

24 SpirovićTrpenovska Lj., "Otkažuvanje od nasledstvo", Zbornik vo čest na Mile Hadži Vasilev, Praven Fakultet "Justinijan Prvi", Skopje, 2004, str. 42.

25 Grupče A., "Imotno (Građansko) pravo-Opštdel, Kultura, Skopje, 1983, str. 130.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

УДК 347.66

Др Дејан Б. Ђурђевић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
djurdjevic.dejan@gmail.com

НЕУТРАЛНИ ПРАВНИ ПОСЛОВИ*

Члан 64 Породичног закона предвиђа да сваки малолетник може само стално да предузима неутралне правне послове, тј. послове којима не стиче ни права ни обавезе. Ово правило, настало по узору на немачко право, изазвало је бројне контроверзе међу српским правницима. Док једни негирају категорију неутралног правног посла, сматрајући да он представља contradictio in adjecto, аутори који га не оспоравају немају јединствен став у погледу тога за које правне послове се може казати да су неутрални. У првом делу рада изложена су схватања о неутралном правном послу која су развијена у упоредном праву, анализиране су ситуације у којима се такви послови појављују, критикована је дефиниција неутралног правног посла предвиђена у чл. 64 Породичног за кона и заузето је становиште да неутралне правне послове треба разумети као правне послове који не доносе никакву правну корист нити правни уштрб лицу које их предузима. Пошто констатује да је предузимање сваког правног посла скопчано за одређеним уштрбима (правним, васпитним, директним, ин директним, извесним и неизвесним), аутор у другом делу рада анализира које уштрбе треба сматрати релевантним. Након излагања различитих схватања која постоје у страној теорији и судској пракси (теорија о разликовању не посредних и посредних уштрба, теорија о економском начину посматрања, теорија о старатељском начину посматрања), аутор заузима становиште да су релевантни сви извесни правни уштрби, тј. они уштрби који се испољавају у правној сфери и који настају на основу чињеница које су објективно утврдиве у моменту предузимања правног посла.

Кључне речи: *Малолетник. Неутрални правни посао. Пословна способ ност. Правни посао.*

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

Уговором о поклону поклонодавац преноси или се обавезује да ће на поклонопримца пренети право својине одређене ствари односно неко друго право или да ће му на рачун своје имовине учинити неку корист без одговарајуће накнаде или бесплатно. Нема сумње да на поклонодавчевој страни настају одређене обавезе и то обавеза преноса одговарајућег права и предаја ствари, као и обавеза накнаде евентуалне штете. Начелно нема обавезе за страну која прима поклон – поклонопримца. И заиста, у пракси се тешко може прихватити став да уговор о поклону ствара било какву обавезу на страни поклонопримца. У самој идеји поклона, тј. уговора о поклону није узајамност престација већ обратно, једностраност престације услед намере даривања (*animus donandi*), жеље, воље, намере једне стране да другој страни без добијања икакве користи или противуслуге нешто поклони, дарује.

Ипак, могу се јавити недоумице да ли уговор о поклону ствара обавезе на страни поклонопримца, те да ли се може сврстати у двострано обавезне уговоре. Код уговора о поклону ипак може постојати извеесна обавеза. Могуће је да се обавезује поклонопримац на одређено понашање и то на такав начин да на његовој страни настаје обавеза трајног карактера: он мора бити благодаран. Сама чињеница да закон предвиђа могућност да поклонодавац раскине уговор о поклону услед неизвршења обавезе благодарности од стране поклонопримца указује на то да се ради о двострано обавезном уговору, те се намеће да је раскид због неиспуњења могућ само код ове врсте уговора. Такође се уговор о поклону може раскинути и уколико поклонодавац нема нужних средстава за живот, осим уколико поклонопримац не преузме обавезу да му пружи помоћ и надокнади неопходна средства. Проистиче да је уговор о поклону двострано обавезан уговор који за поклонопримца ствара обавезу да буде благодаран у односу на поклонодавца, што обухвата и обавезу да поклонодавца издржава уколико овај западне у такву оскудицу да нема нужних средстава за живот.

Иако уговор о поклону, по правилу, не ствара никакву обавезу, уколико на основу уговора о поклону настаје и нека обавеза за малолетника (уговор о поклону с налогом) такво уговарање не може бити дозвољено без сагласности законског заступника. Ужа концепција правних послова малолетника којима се стичу искључиво права, иде за тиме да малолетник не сме самостално да закључи чак нити један двострано обавезан уговор, да се прихвати наследства, да прими на поклон имовинскоправну целину, да прими поклон са налогом, да као поклонопримац закључи уговор о поклону за који се везује плаћање пореза, да самостално уступи своје потраживање, да опрости дуг. *Animus donandi* очигледно раздваја поклон од двостранообавезних послова. Ако је каузa уговора о поклону у доброчинству, а не у стицању користи, онда је могуће закључити такав уговор. Поклонодавац се руководи благонаклоношћу, а заузврат од поклонопримца очекује одређени степен зах-

нормирања ове одредбе имао у виду само правне послове обвезивања, док су правни послови располагања остали изван његове оптике. Ако би се судови ограничили искључиво на језичко тумачење ове одредбе, то би значило да малолетник може самостално да предузме многе правне послове располагања који нису неутрални, већ напротив, угрожавају његову имовинскоправну позицију. За правилну примену чл. 64, ст. 1 ПЗ неопходно је његово циљно тумачење, при чему се не сме изгубити из вида да је српски законодавац категорију неутралног правног посла преузео из немачког права. Следствено томе, неутрални посао треба разумети као такав правни посао који лицу које га предузима не ствара никакву правну корист нити правни уштрб. Правну корист треба схватити као свако побољшање имовинскоправне позиције лица које предузима правни посао: стицање права, повећање постојећег права, губитак или смањење обавезе или терета и сл. Правни уштрб представља сваки извесни негативни имовинскоправни ефекат за лице које предузима правни посао: настанак обавезе или терета, повећање постојеће обавезе или терета, губитак или смањење права и сл.

Примењена на практичне животне ситуације, оваква интерпретација чл. 64, ст. 1 ПЗ значила би да малолетник може самостално да предузме: 1. правне послове који му доносе само правну корист (на пример, да прихвати чист легат, да као поклонопримац закључи уговор о поклону, али само ако није предвиђена дужност извршења налога и ако се за конкретни поклон не везује обавеза плаћања пореза; да као цесионар закључи уговор о цесији; да са својим повериоцем склопи уговор о отпусту дуга) и 2. неутралне правне послове, који му не доносе ни правну корист нити правни уштрб (на пример, да као пуномоћник закључује било који уговор у име свог властодавца). Малолетник не сме самостално да предузима правне послове који му доносе извесни имовинскоправни уштрб, изузев ако је реч о уштрбу малог значаја. Тако, на пример, малолетник не сме самостално да закључи ниједан двостранообавезан уговор, да се прихвати наследства, да прими на поклон имовинскоправну целину, да прими поклон са налогом или да као поклонопримац закључи уговор о поклону за који се везује плаћање пореза, не сме самостално да уступи своје потраживање, да дерелинквира ствар, нити да опрости дуг.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

ZASTUPANJE STRANKE U UPRAVNOM SPORU

Lidija Rostaš-Beroš, sutkinja
Visoki upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 35.077.2
Ur.: 15. siječnja 2016.
Pr.: 8. ožujka 2016.
Stručni rad

Sažetak

U ovom radu razmatra se tko sve može sudjelovati kao stranka u upravnom sporu. Ukazuje se koje osobe mogu u ime stranaka poduzimati radnje u postupku te koje su osobe ovlaštene za zastupanje tužitelja i zainteresirane osobe, kao i na pitanja valjanosti zastupanja stranaka u upravnosudskom te u parničnom postupku koji se u upravnom sporu primjenjuje na odgovarajući način.

Ključne riječi: *upravni spor, stranka, zastupanje, parnični postupak, postupovna sposobnost, poslovna sposobnost.*

1. UVODNE NAPOMENE

U ovom radu autorica je razmatrala dio upravnosudskog postupka koji se odnosi na stranke u upravnom sporu i njihovo zastupanje. U prvom dijelu se iznosi koje stranke mogu sudjelovati u sporu te, tko sve može biti tužitelj i tuženik, a tko zainteresirana osoba dodajući pritom i položaj jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave kao stranaka u sporu.

Zatim se izlaže tko je ovlašten poduzimati radnje za tužitelja i zainteresiranu osobu, a tko za tuženika nakon zadnjih zakonskih intervencija. Iznosi se koja svojstva treba imati postupovno sposobna osoba, s posebnim osvrtom na propisanu odgovarajuću primjenu odredbi parničnog postupka kojima je uređena poslovna sposobnost fizičke osobe.

Nadalje se iznosi tko je sve ovlašten zastupati tužitelja i zainteresiranu osobu u sporu, posebice nakon izmjena i dopuna zakonskog uređenja koje na pitanja valjanosti zastupanja koja nisu uređena Zakonom o upravnim sporovima[1] upućuju na odgovarajuću primjenu odredaba kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku. Pobliže se iznose i odredbe parničnog postupka kojima je uređeno zastupanje stranaka u tom postupku.

1 Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10., 143/12. i 152/14. – dalje u tekstu: ZUS.

собности.[110] Хрватско право нам сведочи и даје доказ о значају ове теме коју обрађујемо, стога што постоји конкретна и јасна веза између радне и пословне способности детета, тј. право детета на рад које се манифестује са одређеним узрастом заснивањем радног односа директно условљава већи степен пословне способности него код малолетника, односно детета које није запослено. Запослено дете које стиче зараду има ограничену пословну способност, тј. дете има различит квалитет пословне способности у односу на своје вршњаке који нису запослени.

Закон о управним споровима прописује да тужилац и заинтересована особа могу предузимати радње у спору ако су потпуно пословно способни, односно у границама своје пословне способности. За тужиоца или заинтересовану особу радње у спору може предузимати особа овлашћена за заступање, заједнички представник и заједнички опуномоћеник групе особа. Поступовну способност имају све особе којима пословна способност није ограничена, а особе којима је пословна способност делимично ограничена, поступовно су способне у границама своје пословне способности. Особе којима је пословна способност потпуно одузета немају поступовну способност, већ за њих радње у поступку подузимају њихови законски заступници. Пословну способност имају физичка и правна лица. На питање пословне способности физичког лица Закон о управним споровима упућује на одговарајућу примену одредаба којима је уређена пословна способност физичких лица у парничном поступку.

Обитељски закон у чл. 85, у ст. 1 и 2 доноси законски опсег и садржај института ограничене пословне способности. Па тако Обитељски закон наводи да дете које је навршило петнаест година живота, те притом зарађује, може предузимати правне радње, односно склапати правне послове, те преузимати обвезе, али само до висине новчаног износа који је еквивалент његове зараде. Обитељски закон констатује како особа може располагати својом зарадом, али под условом да не угрожава своје издржавање. Међутим, ако правни послови и правне радње битно утичу на његова имовинска и лична права, за предузимање таквих послова или радњи потребна је сагласност родитеља, односно законских заступника уколико је случај да родитељи истовремено нису и законски заступници.

2.1.8. Ирска

У Ирском праву немамо много одредаба о пословној способности малолетника. Термин малолетник описује сваку особу млађу од 18 година. Термин *инфанти* се више не појављује у ирском праву. Малолетник постаје пунолетан на годишњицу свог 18. рођендана и након тога стиче потпуну пословну способност. Малолетник поседује ограничену

110 Дубравка Храбар, Ненад Хлача, Дијана Лаковац Лозић, Александра Граовац, Ирена Мајсторовић, Аница Чуло Маргаретић, Иван Шимовић, *Обитељско право*, Загреб, 2021, стр. 359.

Svojstvo određene osobe da poduzima postupovne radnje u sporu (pokretanje spora, sudjelovanje u raspravi, predlaganje dokaza, izjavljivanje pravnih lijekova) predstavlja postupovnu sposobnost te osobe.

ZUS propisuje da tužitelj i zainteresirana osoba mogu poduzimati radnje u sporu ako su potpuno poslovno sposobni, odnosno u granicama svoje poslovne sposobnosti. Za tužitelja ili zainteresiranu osobu radnje u sporu može poduzimati osoba ovlaštena za zastupanje, zajednički predstavnik i zajednički opunomoćenik skupine osoba.[15]

Postupovnu sposobnost imaju sve osobe kojima poslovna sposobnost nije ograničena, a osobe kojima je poslovna sposobnost djelomično ograničena, postupovno su sposobne u granicama svoje poslovne sposobnosti. Osobe kojima je poslovna sposobnost potpuno oduzeta nemaju postupovnu sposobnost, već za njih radnje u postupku poduzimaju njihovi zakonski zastupnici.

Poslovnu sposobnost imaju fizičke i pravne osobe. Na pitanje poslovne sposobnosti fizičke osobe ZUS upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba kojima je uređena poslovna sposobnost fizičke osobe u parničnom postupku.[16]

Poslovna sposobnost je svojstvo određene osobe da može vlastitim očitovanjima volje stvarati pravne učinke. Fizička osoba stječe poslovnu sposobnost punoljetnošću, a pravna danom nastanka, ako zakonom nije drukčije određeno. Osoba koja nije punoljetna može stvarati samo pravne učinke određene zakonom. Umjesto osobe koja nema poslovnu sposobnost očitovat će svoju volju njezin zakonski zastupnik ili skrbnik, a za pravnu osobu volju očituju njezina tijela u pravnim poslovima i postupcima koje poduzimaju u tome svojstvu.[17]

Stjecanje poslovne sposobnosti fizičke osobe regulirano je odredbom članka 117. Obiteljskog zakona[18] koji propisuje da dijete potpunu poslovnu sposobnost stječe punoljetnošću ili sklapanjem braka prije punoljetnosti, a da je punoljetna osoba koja je navršila osamnaest godina života.

Dakle, svaka punoljetna osoba ili osoba koja je sklopila brak prije punoljetnosti, poslovno i postupovno je sposobna te može samostalno u ulozi tužitelja ili zainteresirane osobe poduzimati radnje u upravnom sporu. Međutim, svaka postupovno sposobna osoba ne mora biti istodobno i potpuno poslovno sposobna, već to može biti i osoba kojoj je poslovna sposobnost djelomično ograničena u kojem slučaju radnje u sporu može poduzimati samo u granicama svoje poslovne sposobnosti.

Osoba kojoj je poslovna sposobnost djelomično ograničena je osoba koja je nakon punoljetnosti djelomično lišena poslovne sposobnosti i maloljetnik s navršenih 15 godina života koji stupi u radni odnos. Takav maloljetnik može samostalno poduzimati pravne radnje, odnosno sklapati pravne poslove i preuzimati

15 Čl. 20. st. 1. i 2. ZUS-a.
16 Čl. 20. st. 6. ZUS-a.
17 Čl. 18. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15., dalje u tekstu: ZOO.
18 Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15., dalje u tekstu: OZ.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

JOURNAL OF LEGAL STUDIES
https://e-journal.uum.edu.my/index.php/jls

How to cite this article:
Che Hashim, R., & Dusuki, F. N. (2023). Minors and their incapacity to contract: A revisit. *UUM Journal of Legal Studies*, *14*(1), 269-295. https://doi.org/10.32890/uumjls2023.14.1.11

MINORS AND THEIR INCAPACITY TO CONTRACT: A REVISIT

[1]Rosmawani Che Hashim & [2]Farah Nini Dusuki
[1]Faculty of Business and Economics, University of Malaya, Malaysia
[2]Faculty of Law, University Malaya, Malaysia

[1]Corresponding author: wanie285@um.edu.my
farahnini@um.edu.my

Received: 14/7/2021 Revised: 19/10/2022 Accepted: 26/10/2022 Published: 18/1/2023

ABSTRACT

Given the exposure to today's easy-to-know information, children should seemingly become mature faster than their predecessors, and therefore better informed even at a tender age. However, it remains to be seen whether fixing the age of 18 for minors or children to enter into contracts is relevant. This paper focuses on contract law; it examines the age of majority and the legal implications of contracts entered into by minors. To a certain extent, this paper examines the issue by making comparisons between Malaysian and English law. The findings derived imply that the determination of the age of majority needs to be compatible with the capacity of minors and current realities. This determination must be premised on a fair balance between protecting minors' welfare and the interest of those who have attained the age of majority.

Keywords: Minor, contract, necessity, scholarship, insurance, employment, marriage.

малолетно лице даје накнаду за друго лице које је пунолетно, ово друго има право да захтева надокнаду од првог.[180]

Занимљив је став судске праксе да је аутомобил неоходна ствар за малолетника.[181] У једном случају поставило се питање пуноважности уговора малолетника од 17 година и 11 месеци, кога је Влада Малезије спонзорисала за курс обуке у Малајској институцији за обуку наставника.[182] До сада, не постоји судска пракса која оспорава 18 година као старосну границу пунолетства за малолетнике по питању неопходних ствари. На основу овога, закључује се да се ствари сматрају неопходним само ако су служиле потребама малолетника и ако су одговарале њиховим животним условима. Слично томе, околности у то време могу довести до тога да се одређени фактори категоришу као неопходне ствари. На пример, током недавне пандемије *Covid-19*, када је влада спровела Наредбу о контроли кретања (*MCO*), сва настава је морала да се одвија онлајн, па се лаптоп који су студенти користили за „похађање" онлајн наставе може сматрати неопходним за студент, јер то гарантује њихов правилан образовни процес. Стога, ако је малолетник спонзорисан лаптопом и уговором је договорено да малолетник касније надокнади

страна која је обезбедила има право да захтева надокнаду. Dale *v Copping (1610) 1 Bulstr 40; 80 ER 743; Hart v Prater (1837) 1 Jur 623*.

180 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, str. 274.

181 У случају *Mercantile Credit protiv Spinks [1968] QWN 32*, утврђено је да је аутомобил потврђен као неопходан, јер је малолетнику био потребан да би пружио своје услуге као продавац. Исти приступ је очигледно одражен у једном локалном случају где је наведено да то шта ће се сматрати неопходним стварима треба да се утврди на основу животних услова малолетника, узимајући у обзир његов друштвени статус и богатство. Пружа се критеријум околности случаја, не и претходног утврђивања појма неопходне ствари.

Даље, на пример, чл. 39(1) и (2) Закона о друмском саобраћају из 1987. године (Закон 333) предвиђа различите старосне границе за малолетнике који дозвољавају да поседују дозволе за управљање различитим врстама возила. На пример, малолетнику који је навршио 16 година може бити дозвољено да добије дозволу за мотоцикл и возило за особе са инвалидитетом (класа А, Б, Б1 и Б2), али малолетник мора имати 17 година да би стекао дозволу за аутомобил (класа Д, ДА и А1). На основу чл. 10 Закона о реформи закона (брак и развод) из 1976. године, минимална старост за брак је 18 година за немуслиманске дечаке, док шеснаестогодишњој девојчици, уз дозволу главног министра, може бити дозвољено да се уда, R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 272.

182 *Government of Malaysia v Thelma Fernandez & Anor (1967)*. Уговор је предвиђао да први тужени мора служити Малезијској влади пет година након завршетка курса. Тврдило се да је први тужени прекршио уговор када је поднео оставку након што је служио три године и десет месеци. Влада је тужила првог туженог и његове јемце као другог и трећег туженог и захтевала је надокнаду стварног износа од 11.500 долара који је коришћен за образовање туженог. У својој одбрани, први тужени је тврдио да је уговор ништаван, јер је он био малолетан када га је закључио и стога он и његови јемци нису одговорни. Поред тога, тужени је тврдио да је тужени износ претеран и неразуман с обзиром на то да је он служио влади три године и десет месеци. Судија је пресудио да влада има право на надокнаду од првог туженог јер је износ спонзорисан за његово образовање и обуку третиран као неопходан.

> are supplied are or are not necessaries, it is incumbent to have regard to the facts of the case, the conditions, and circumstances in which the supply was made and the purpose which is served" (Chang Min Tat J; *Government of Malaysia* v *Thelma Fernandez & Anor* (1967) 1 MLJ 194).

In this case, at the age of 17 years and 11 months, the first defendant, Gurcharan Singh, was sponsored by the Government of Malaysia for a training course at The Malayan Teacher's Training Institution. The contract provided that the first defendant must serve the Malaysian Government for five (5) years upon completing the course. The first defendant was claimed to breach the contract when he resigned after serving for three (3) years ten (10) months. The Government sued the first defendant and his sureties as the second and third defendant, and claimed the actual sum of $11500 used to educate the defendant. In his defense, the first defendant argued that the contract was void since he was a minor when he entered into the contract and therefore, he, and his sureties were not liable. In addition, the defendant pleaded that the amount claimed was excessive and not reasonable considering that he had served the government for three (3) years and ten (10) months. The judge held that the government was entitled to be reimbursed by the first defendant since the sum sponsored for his education and training was treated as necessaries.

Another element to be considered is whether such a supply is beneficial to the minor's future and interest (*Doyle v White City Stadium* (1935); *Clements v London & NW Rail Co* (1894)). The contract will be binding on the minor if it serves benefits for the minor otherwise, the minor has a right to avoid the contract. This is illustrated in the case of *Proform Sports Management Ltd v Proactive Sports Management Ltd* ([2006] EWHC 2903 (Ch); [2007] 1 All ER 542) where a minor footballer entered into a contract with his agent whose role was as a personal representative of the minor. He did not undertake for the minor's training and livelihood. It was held that only contracts for necessaries are binding on a minor while any contract of representation not amounting to providing necessaries will not be binding, and can be avoided by the minor. Premised on this principle, the court invalidated the contract since it did not come within the classes of contracts of apprenticeship, education, and service. The legal implication of this case stated that it protects the minor who has talent and great

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

THE CONTRACTUAL CAPACITY OF MINORS – A NEW APPROACH

*D. J. HARLAND**

There has in recent years been much discussion as to the desirability of reducing the age at which an infant attains full capacity to bind himself by contract and to deal with property. The age of majority has for several centuries[1] been fixed by the common law at 21, and to many this rule has seemed to be one based on historical considerations which bear little relevance to the present day.[2] Thus, in the United Kingdom the Committee on the Age of Majority, under the chairmanship of Mr. Justice Latey, recommended that the age of majority be lowered to 18 years of age, and this recommendation was adopted by Parliament in 1969.[3] In Australia similar legislation has now been passed in South Australia and New South Wales.[4] In New South Wales the Minors (Property and Contracts) Act, 1970 has established 18 years as the age at which full capacity in regard to matters of contract and property is to be attained. The Act, which came into force on 1st July, 1971, adopts, with few alterations, a draft bill prepared by the Law Reform Commission of New South Wales and annexed to its *Report on Infancy in Relation to Contracts and Property*.[5] The New South Wales legislation, however, goes far beyond merely lowering the age of majority and makes a bold attempt to establish a regime which protects those still under incapacity from the results of their own inexperience and lack of judgment, while still ensuring that adults dealing with such persons are not unduly prejudiced. This paper is concerned with the effect of the Act on the law of contract.

Few would be concerned to defend the previous law relating to infants' contracts, for not only was that law uncertain and extremely complex on many points, but it could also operate in an unnecessarily harsh manner. In those Australian states,[6] of which New South Wales was not one, which had

* B.A., LL.B. (Sydney), B.C.L. (Oxon.), Senior Lecturer in Law, University of Sydney.

[1] For an account of the development of the common law rule see James, "The Age of Majority" (1960) 4 *American Journal of Legal History* 22.

[2] See *Report of the Committee on the Age of Majority*, (Cmnd. 3342, Her Majesty's Stationery Office, London, 1967) at 22-23.

[3] Family Law Reform Act 1969; Age of Majority (Scotland) Act 1969.

[4] Age of Majority (Reduction) Act 1970-1971. At the time of writing similar Bills were pending in Tasmania and Western Australia.

[5] L.R.C. 6 (1969).

[6] *Viz.* Tasmania (Infants' Relief Act 1875) and Victoria (Supreme Court Act 1958, ss. 69 and 70).

на располагање личном имовином. Једноставнији проблем настаје када је малолетник пристао да купи имовину. У овом случају, располагање постаје претпостављено обавезујуће за њега чим власништво пређе на њега, без обзира на то да ли је малолетник платио било који део купопродајне цене. Малолетник стога не може касније инсистирати на враћању имовине и повраћају новца (ако га има) који је већ платио. Могло би се очекивати да би продавац, ако малолетник задржи имовину, али не плати купопродајну цену, могао тужити малолетника за било који преостали износ купопродајне цене који је још увек неплаћен.[199] Иако располагање имовином у почетку није претпостављено обавезујуће за малолетника, оно може накнадно постати претпостављено обавезујуће за њега у корист трећег лица. Члан 24 предвиђа да када малолетник учествује у грађанском чину и лице које није страна у том грађанском чину стекне имовину погођену тим грађанским чином, или било који удео у имовини погођеној тако, за вредну накнаду и без обавештења да је малолетник, у време свог учешћа у грађанском чину, био малолетник, грађански акт је претпостављено обавезујући за малолетника у корист тог лица и било ког лица које полаже право на његово име.

Индијско уговорно право генерално не признаје уговоре са малолетницима као валидне, обавезујуће или извршне, док у Аустралији и Великој Британији такви уговори могу бити валидни, обавезујући и правно извршни против малолетника у одређеним случајевима.[200] Међутим, уговор у корист малолетника је обавезујући за малолетника.[201] Насупрот томе, закон сматра да веома мала деца немају менталну способност да закључују уговоре, односно, малолетници који су премлади да би разумели природу и контекст уговора сматрају се да немају способност да обавежу било коју страну. Такви уговори ће се сматрати ништавим.[202]

У оквиру индијског права поменућемо само опште норме пакистанског права. Према Закону о наслеђивању из 1925. године, „малолетник" подразумева сваку особу на коју се примењује Закон о пунолетству из 1875. године, а која није достигла пунолетство у смислу тог закона, и свака друга особа која није навршила 18 година; а „малолетник" значи статус било које такве особе. Према чл. 2(д) Закона о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, „малолетник" означава особу било ког пола која је млађа од 18 година. Према Закону о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, чл. 2(а) „дете" значи особа која је, ако је мушкарац, млађа од 18 година, а ако је жена, млађа од 16 година.[203]

199 *Ibid.*, стр. 55.
200 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 204.
201 О томе је одлучивао и Врховни суд.
202 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 205.
203 Muhammad Shahid Malik, Muhammad Ayub Khan Alizai, *IEL Family and Succession Law – Pakistan: Suppl. 83*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 53.

"disposition of property" is defined in very wide terms.[124] Further, in considering whether a disposition of property has taken place, it must be asked whether, if no problem of lack of capacity had been involved, the act alleged to have constituted a disposition of property would have been effective to pass title. Thus the mere fact that goods have been delivered by one party to the other will not suffice if the delivery was not made with intention to pass the property in the goods. It is necessary consequently to look to the general law on this topic.[125]

Although a disposition of property is not initially presumptively binding on a minor, it may subsequently become presumptively binding on him in favour of a third person because of the operation of s. 24. Section 24 provides that where a minor participates in a civil act and a person who is not a party to that civil act acquires property affected by the civil act, or any interest in property so affected, for valuable consideration and without notice that the minor was, at the time of his participation in the civil act, a minor, the civil act is presumptively binding on the minor in favour of that person and of any person claiming under him.[126] For example, a minor may have disposed of property under a contract which provided for a purchase price which was manifestly inadequate. Although the disposition is not presumptively binding on the minor in favour of the purchaser, it will become presumptively binding on him in favour of a person who subsequently acquires the property for value and without notice.[127] Once this occurs the limitation previously discussed on the court's power of adjustment under s. 37 will arise in favour of the second purchaser (but not in favour of the original contracting party). The same protection extends to any successors in title to the second purchaser whether or not such successors acquired for value and without notice.

Under the previous law a purchaser acquiring property without notice of a defect in the chain of title caused by the infancy of a previous owner was not protected against that defect. The Act, it will be noted, does not protect a purchaser from a minor, but only subsequent purchasers. A person dealing with a minor will usually be in a position to make inquiries as to the minor's age, whereas a subsequent purchaser very frequently will have no reason to suspect that a minor may have been involved in a previous transaction relating to the subject matter of his purchase. In any event, to protect the purchaser from the minor would be to limit seriously the law's protection of his interests. Section 24, it is submitted, represents a reasonable compromise designed to give reasonable protection to minors while limiting the extent to which settled titles to property may be disturbed. The main impact of this provision will be in the area of property law, but it clearly has some significance for the law of contract.

Certified Dispositions of Property

Reference must finally be made to ss. 28 and 29 which provide a procedure whereby the presumptively binding character of a disposition of

[124] S. 6(1).
[125] *E.g.*, Sale of Goods Act 1923-1953, ss. 22, 23 and 24.
[126] Note sub-sec. 4 excluding the effect of s. 20 in certain cases where the burden of a covenant runs with property.
[127] *Quaere* whether constructive notice would suffice. "Property" in s. 21 includes personal property (s. 6(1)), and the courts have shown a reluctance to extend the doctrine of constructive notice beyond the sphere of the law of real property—see Sutton, *op. cit. supra* n. 32, at 244-247.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

*Ljubinka Kovačević**
Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet

UNIVERZALNI MEĐUNARODNI STANDARDI O ZABRANI DEČIJEG RADA I NJIHOVA PRIMENA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt: Radno pravo utvrđuje minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa koji je niži od uzrasta određenog za sticanje punoletstva u građanskom pravu, uz obezbeđivanje niza zaštitnih mera koje treba da doprinesu nesmetanom razvoju i obrazovanju maloletnih radnikâ. S tim u vezi, valja imati u vidu da, i pored univerzalno prihvaćene zabrane rada lica mlađih od 15 godina i velikog napretka koji je ostvaren u pogledu suzbijanja najgorih oblika dečijeg rada, on ni danas nije samo gorka uspomena iz prošlosti ili predmet teorijskih debata, već sastavni deo tržišta rada u mnogim regionima sveta. Time se, nažalost, ne iscrpljuju svi problemi vezani za rad maloletnikâ. Oni opterećuju i rad lica starijih od 15 godina, jer i njihovo radno angažovanje prati rizik ekonomskog iskorišćavanja i drugih zloupotreba. Ipak, pored štetnih, rad može proizvesti i niz pozitivnih posledica po razvoj maloletnikâ, zbog čega se u savremenom pravu razvijaju dvojaka radnopravna pravila: štetan uticaj rada sprečava se zabranom zapošljavanja maloletnikâ na opasnim poslovima, dok se njegova pozitivna obeležja uvažavaju kroz mogućnost maloletnikâ da samostalno zasnivaju radni odnos. Na ovaj način se odstupa od polazne ideje da su maloletnici samo učesnici u tržištu rada odraslih i potencijalne žrtve eksploatacije. Ovakvo ambivalentno shvatanje rada maloletnikâ u savremenom pravu čini opravdanim i preispitivanje međunarodnih standarda o zabrani dečijeg rada i njihovog uticaja na nacionalne pravne sisteme, uključujući i naš. Autorka je, otud, nastojala da identifikuje osnovne tendencije u uređivanju zapošljavanja maloletnikâ pod okriljem Međunarodne organizacije rada, kao i da ispita usklađenost domaćeg zakonodavstva sa ovim standardima, naročito imajući u vidu sledeća pitanja: pitanje posebne zaštite lica koja ispunjavaju opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, ali nisu okončala obavezno školovanje; pitanje umesnosti uvođenja kategorije lakih poslova, na kojima je dopušten rad lica mlađih od 15 godina; pitanje angažovanja maloletnikâ za rad van radnog odnosa; pitanje autorizovanog zapošljavanja maloletnikâ; pitanje uređivanja rada učenikâ u nastavi, te pitanje nadzora nad primenom merodavnog zakonodavstva.

Ključne reči: posebna zaštita maloletnikâ, minimalni uzrast za zapošljavanje, laki poslovi, opasni poslovi, Međunarodna organizacija rada, Republika Srbija.

1. POTREBA MALOLETNIKÂ ZA POSEBNOM RADNOPRAVNOM ZAŠTITOM

Razvoj radnog prava je, usmeren, između ostalog, i na zaštitu fizičkog integriteta i dostojanstva radnikâ, kao i na obezbeđivanje uslovâ rada koji radnicima omogućavaju razvoj ličnosti, sticanje sredstava za život i učešće u kolektivnom životu.[1]

* vanredni profesor, ljubinka@ius.bg.ac.rs

1 Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1947, 114.

Деца не похађају школу, или је напуштају пре редовног завршетка, с обзиром на то да је породици, услед сиромаштва, потребан економски допринос деце да би преживела. Деца раде и доприносе кућном буџету на различите начине, као што су, брига о млађој деци и набавка намирница да би одрасли могли радити изван куће. Услед тога што у многим државама основно образовање није бесплатно а потребни су приходи породичном буџету, деца не похађају школу. Избор између образовања и економске стабилности породице решава се у корист стицања материјалних добара, тачније голе егзистенције.

2. ДУАЛНО ОБРАЗОВАЊЕ

У нашем праву, основно образовање је обавезно, а ученику који је навршио 15 година живота престаје обавеза похађања школе истеком те школске године. Ипак, школа је дужна да ученику који је навршио 15 година живота, а није стекао основно образовање и васпитање, на његов захтев или на захтев његовог законског заступника, омогући школовање до навршених 17 година живота. Малолетни ученик који је навршио 15 година живота може да настави стицање образовања по програму функционалног основног образовања одраслих. Наше право не ограничава заснивање радног односа захтевом који се тиче обавезног школовања, а који предвиђају међународни стандарди, тако да би и малолетник од 15 до 17 година могао да закључи уговор о раду, иако још увек похађа основну школу. Иако се може учинити да је очигледно неусклађено са међународним стандардима, овакво законско решење није супротно Конвенцији МОР број 138. Уговорницама Конвенције је допуштено да националним прописима омогуће и запошљавање или рад особа која имају најмање 15 година, а још нису завршила обавезно школовање под условом да рад задовољава одређене строго утврђене услове. Налазимо да постоји потреба, ако не законским текстом, оно подзаконским актима регулисати нормама потребу да се запосле малолетници који нису завршили обавезно образовање. Тако надлежни министар за послове рада, као и министар надлежан за послове образовања, могу утврдити делатности у којима се може дозволити запошљавање лица која испуњавају општи услов за заснивање радног односа, али нису завршила основну школу. Потребно је уредити и још неке детаље везане за радни однос ових лица – максимални број радних сати, забрана ноћног рада, забрана рада на опасним пословима и друге услове рада ових лица.

Закон о дуалном образовању[420] уређује права и обавезе школе, послодавца и ученика и њихових законских заступника, у вези с реализацијом наставе у систему средњег стручног образовања и васпитања. Реч је о систему у ком се, кроз комбиновање теоријске наставе и вежби

420 Закон о дуалном образовању, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2017, 6/2020, 76/2023.

angažovanje dece u umetničkoj i sličnim delatnostima, npr. od 14 godina, osim ako rad ne podrazumeva izvođenje glumačke ili plesne uloge koju ne može da ispuni neko stariji, kao što je to, primera radi, učinjeno u Velikoj Britaniji.[105]

4.2. Posebna zaštita zaposlenih koji se nalaze na obaveznom školovanju

Srpski zakonodavac ne ograničava zasnivanje radnog odnosa *zahtevom koji se tiče obaveznog školovanja*, a koji predviđaju međunarodni standardi, što znači da bi i lice uzrasta od 15 do 18 godina moglo da zaključi ugovor o radu, iako još uvek pohađa osnovnu školu. *Prima facie*, ovakvo zakonsko rešenje nije suprotno Konvenciji, jer je njenim odredbama, videli smo, utvrđen opšti standard o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa od 15 godina, s tim što on ne može biti niži od uzrasta u kojem se okončava obavezno školovanje. Primenu ovog standarda mogu obezbediti različita nomotehnička rešenja, uključujući i ono po kojem se zakonom utvrđuje minimalni uzrast koji predstavlja opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, sa ili bez izričitog pominjanja završetka obaveznog školovanja.[106] Ipak, u potonjem slučaju postoji potreba da se obezbede instrumenti kojima će se osigurati da maloletnici koji nisu okončali obavezno školovanje ispune dužnosti koje imaju u vezi sa tim. Ugovornicama Konvencije je, u tom smislu, dopušteno da nacionalnim propisima omoguće i zapošljavanje ili rad lica koja imaju najmanje 15 godina, a još nisu završila obavezno školovanje, ako rad zadovoljava određene strogo utvrđene uslove. Verujemo da postoji potreba da se ovo pitanje uredi i srpskim Zakonom o radu, i to tako što bi se predvidelo da radni odnos može zasnovati i lice starije od 15 godina koje pohađa osnovnu školu, pod uslovom da obavljanje poverenog posla „ne ide na štetu pohađanja škole, učešća u programima profesionalne orijentacije ili obuke, koje je odobrio nadležni organ, ili sposobnosti da prati nastavu".[107] Osim toga, postoji i potreba da nadležni organ (npr. ministar nadležan za poslove rada, sâm ili zajedno sa ministrom nadležnim za poslove obrazovanja) utvrdi delatnosti u kojima se može dozvoliti zapošljavanje lica koja ispunjavaju opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, ali nisu završila osnovnu školu.[108] Nadležni organ bi trebalo da propiše i maksimalni broj radnih sati i uslove rada ovih lica.

4.3. Zaštita maloletnikâ koji rade van radnog odnosa

Verujemo da bi bilo izuzetno značajno ako bi domaći zakonodavac, pored pitanja minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa, uredio i pitanje angažovanja maloletnika za rad van radnog odnosa, a, što je osnovna obaveza svake države koja je ratifikovala Konvenciju broj 138. To, dalje, znači da postoji potreba da se odredi minimalni uzrast za svaki vid (plaćenog ili neplaćenog) rada maloletnika, u smislu uvažavanja potrebe da se obezbedi posebna zaštita dece, bez obzira na to da li su zaključila ugovor o radu ili faktički obavljaju rad za drugog. Ovo stoga što, u praksi, postoje takvi oblici radnog angažovanja lica sa navršenih 15 godina, pa, čak i mlađih od ovog uzrasta, koji, budući da predstavljaju neuređeni oblik rada maloletnikâ,

105 *Ibid.*
106 *Ibid.*, 21.
107 Konvencija broj 138, član 7, stav 2.
108 Konvencija broj 138, član 7, stav 3.

имати форму конвенција или препорука. Ове стандарде дужна је да поштује свака држава чланица МОР која је ратификовала одређену конвенцију или, пак, прихватила препоруку МОР. Државе имају обавезу да подносе извештаје у датом периоду.[344]

Активност ове специјализоване агенције Уједињених нација је веома плодоносна. До данас ова организација је усвојила 192 конвенције. Један број ових Конвенција посебно регулише положај деце као радника. Анализа конвенција МОР-а које су значајне за област права детета, показује да је пажња, пре свега, усмерена на заштиту деце од искоришћавања њиховог рада. Од свих тела на међународном плану, Међународна организација рада је најактивније укључена у процес елиминације дечјег рада и у поступак побољшања услова рада запослене деце, али и на обезбеђивању адекватног образовања и професионалног оспособљавања деце и младих људи.

Најзначајнији међународни стандард у области запошљавања малолетника усвојени су у оквиру МОР.[345]

Стандарди заштите МОР били су окупљени око идеје о уважавању потребе за заштитом најслабије категорије радника и искорењивању најозбиљнијих злоупотреба дечијег рада које су обележиле индустријско доба. Заштита деце радника ишла је постепено, и то кроз посебне области заштите деце. Прве интервенције биле усмерене на заштиту деце од запошљавања у сувише раном узрасту, затим ограничавање ноћног рада малолетника, обавезне здравствене прегледе. Слично је било и према критеријуму врсте запослења деце. Тако, имајући у виду да су најугрожења била деца у индустрији, најпре се отпочело са регулисањем њихове заштите, а након тога и у другим областима. Неспорно је било да је општи стандард о минималном узрасту од 14 година, уз посебне старије узрасте за неке нарочито тешке послове.

Важећи стандарди у овој области садржани су у Конвенцији број 138 о минималном узрасту за запошљавање и Конвенцији број 182 о најгорим облицима дечијег рада.[346] Нешто уже посматрано, Конвен-

344 О регуларним и *ad hoc* извештајима који се подносе МОР, T. Buck, *op. cit.*, стр. 263 и даље.

345 Иако је настала давне 1919. године, иницијативе за међународно регулисање овог питања постојале и пре оснивања МОР у циљу елиминације искоришћавања рада деце у предузећима основаним после индустријске револуције, почевши од иницијатива које су чинили појединци, попут Роберта Овена, Бланкија (*Jérôme-Adolphe Blanljui*) и Маркса (*Karl Heinrich Marx*). Утицај МОР је велики и на државе чланице и на разне иницијативе држава. Осамдесетих година XIX века, на упозорења, апеле и предлоге појединаца надовезала се и иницијатива Владе Швајцарске, а затим и конференција одржана 1890. године у Берлину, на којој су се представници 14 европских држава договорили о забрани рада деце млађе од 14 година у рудницима, док је као минимални узраст за рад у индустријским предузећима одређено 12 година живота. Љ. Ковачевић, *op. cit.*, 2021, стр. 540 и даље.

346 Паралелно са овом Конвенцијом, постоји и Препорука бр. 190 о најгорим облицима дечијег рада. Ратификацијом ове Препоруке, државе се обавезују да: усвоје националне програме акције који: идентификују и осуђују најгоре облике дечијег

смислу су прве интервенције биле усмерене на заштиту дece од запошљавања у одвише ранoм узрастu, ne bi li se спречиле кобне последице рада незрелих лица, као и запошљавање малолетникâ на теškим послovima, док је у наредним годинама, заштита постепено проширивана новим мерама, поput забране, односно ограничавања ноћног рада малолетникâ, њihovih obaveznih (prethodnih i periodičnih) zdravstvenih pregleda, te poboljšanja njihovih uslovâ rada.[23] Прва група извора се, притом, испрва, ticala minimalnog uzrasta za zapošljavanje u industriji, a, zatim, i u drugim privrednim granama, delatnostima i zanimanjima. Као њihov „najmanji zajednički sadržalac" pojavljuje se *opšti standard o minimalnom uzrastu od 14 godina*, koji će ustupiti mesto novom, danas važećem standardu o 15 godina kao minimalnom uzrastu za zapošljavanje (u okviru ili van radnog odnosa), s tim što postoji i skup posebnih pravila o višoj starosnoj granici za određene, naročito teške poslove.[24]

Важећи standardi u ovoj oblasti sadržani su u Konvenciji broj 138 o minimalnom uzrastu za zapošljavanje[25] i Konvenciji broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada.[26] S tim u vezi, važno je uočiti da, u smislu odredaba ovih dveju konvencija, pojam „dečiji rad" ima sasvim osobeno značenje – značenje *oblikâ rada koji obavljaju deca i koji su zabranjeni konvencijama broj 138 i 182*.[27] Прва од ових конвенција, naime, utvrđuje minimalni uzrast za zapošljavanje, i to čini u funkciji prirode aktivnosti čije je obavljanje povereno detetu (i koja je više ili manje opasna po dete) i trajanja radnog vremena. Sa druge strane, Konvencija broj 182 utvrđuje najgore oblike dečijeg rada, od kojih su mnogi i tradicionalno inkriminisani, ali je, uz njih, zabranjen i rad čija su priroda ili uslovi obavljanja takvi da mogu da naškode zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. To, konačno, znači da se u izvorima prava Me-

23 О tome svedoči i podatak da je, od osnivanja ove organizacije do danas, usvojeno čak 16 konvencija i preporuka o minimalnom uzrastu za zapošljavanje, 11 akata uređuje pitanje obavljanja opasnih poslova, pet akata je posvećeno noćnom radu maloletnikâ, a, isti broj izvora prava uređuje zdravstvene preglede ovih lica. Vid. Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, 423. i dalje.

24 Usvajanje standarda o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa pratilo je usvajanje Konvencije broj 16 o obaveznom lekarskom pregledu dece i mladih pre zaposlenja na pomorskim brodovima (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, broj 95-XXII/1927), kao i preporuka o zaštiti žena i dece od trovanja olovom (Lead Poisoning /Women and Children/ Recommendation, 1919 /No. 4/), o noćnom radu dece u poljoprivredi (Night Work of Children and Young Persons / Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 14/) i o profesionalnom obrazovanju u poljoprivredi (Vocational Education /Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 15/). Ovi rezultati normativne delatnosti bili su toliko značajni da su u literaturi smatrani „Međunarodnim statom radničkog detinjstva" (fr. *Statut international de l'enfance laborieuse*), premda je zaštita maloletnikâ bila obezbeđena i konvencijama koje su uređivale uslove rada (radno vreme, zaštitu od nesreća na radu i profesionalnih oboljenja) i zdravstveno osiguranje svih kategorija radnika (uključujući i maloletnike). *L'Organisation internationale du Travail et la protection du travail des enfants*, 11–12.

25 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 138 o minimalnim godinama za zapošljavanje (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 14/82) – u daljem tekstu Konvencija broj 138. Pored naše, ovu konvenciju ratifiovalo je još 179 država.

26 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, broj 2/03) – u daljem tekstu: Konvencija broj 182. Pored naše, ovu konvenciju ratifiovalo je još 168 država.

27 M. Bonnet, B. Sclemmer, 20.

Све државе чланице, чак и ако нису ратификовале наведене конвенције, имају обавезу на основу чланства у Међународној организацији рада, да поштују, промовишу и остварују принцип делотворног укидања дечијег рада. У својим најекстремнијим облицима, дечји рад подразумева поробљавање деце, одвајање деце од породица, излагање деце озбиљним опасностима и болестима, препуштање деци самој себи на улицама великих градова. Да ли се одређени облици рада могу назвати „дечјим радом", зависи од узраста детета, врсте и броја сати рада, као и услова под којима се обавља, затим циљева које поједине државе теже да остваре. Нема универзалног решења, већ одговор зависи од специфичности државе, као и врсте сектора унутар дате државе.

Међународна Организација рада дефинише дечији рад као рад који лишава децу испод 18 година свог детињства, потенцијала и достојанства, док такође представља ризик за њихов физички или ментални развој. Перцепција дечијег рада изражена и кроз термин дечији рад је обликована разумевањем рада које га посматра само као терет, муку и жртву, па је дечји рад представљен само као опасност и ризик који неизбежно омета развој детета и лишава децу детињства.[349] Према подацима ове организације, 2002. године у свету је било радно ангажовано 211 милиона деце,[350] 2013. године 168 милиона деце, или 11% од укупног броја деце је било у радном процесу, од чега чак 98 милиона у области пољопривреде,[351] док је 2020. године тај број и даље био висок – чак 160 милиона деце је потпадало под појам дечијег рада тј. обављало је неки вид радног ангажовања, од чега 97 милиона дечака и 63 милиона девојчица.[352]

МОР је у својој делатности кроз конвенције ишао критеријумима узраста детета и врсте послова које обавља. У оквиру две најважније Конвенције, значење облика рада који обављају деца и који су забрањени конвенцијама МОР број 138 и 182. Прва утврђује минимални узраст за запошљавање у виду природе активности чије је обављање поверено детету и трајања радног времена. Конвенција број 182 утврђује најгоре облике дечијег рада, од којих су многи и традиционално инкриминисани. Посебно је забрањен рад чија су природа или услови обављања такви да могу да нашкоде здрављу, безбедности или моралу детета. МОР прави јасну и суштинску разлика између рада одраслих и дечијег рада, и признаје децу као посебну рањиву категорију радника. Рад одраслих се уређује на један позитиван начин, шта треба и смеју да раде, за разлику од дечијег рада, приликом чијег уређивања се полази од поставке да је он, сам по себи, лош, због чега је неопходно његово укидање. Ово је

349 M. Liebel, *op. cit.*, 2020, стр. 20.

350 E. V. Edmonds, N. Pavcnik, *op. cit.*, стр. 15.

351 T. Buck, *op. cit.*, стр. 228.

352 Child Labour, Global estimaes 2020, Trends and the Road Forward, International Labour Organization and United Nations Children's Fund, 2021, стр. 8.

smislu su prve intervencije bile usmerene na zaštitu dece od zapošljavanja u odviše ranom uzrastu, ne bi li se sprečile kobne posledice rada nezrelih lica, kao i zapošljavanje maloletnikâ na teškim poslovima, dok je u narednim godinama, zaštita postepeno proširivana novim merama, poput zabrane, odnosno ograničavanja noćnog rada maloletnikâ, njihovih obaveznih (prethodnih i periodičnih) zdravstvenih pregleda, te poboljšanja njihovih uslovâ rada.[23] Prva grupa izvora se, pritom, isprva, ticala minimalnog uzrasta za zapošljavanje u industriji, a, zatim, i u drugim privrednim granama, delatnostima i zanimanjima. Kao njihov „najmanji zajednički sadržalac" pojavljuje se *opšti standard o minimalnom uzrastu od 14 godina*, koji će ustupiti mesto novom, danas važećem standardu o 15 godina kao minimalnom uzrastu za zapošljavanje (u okviru ili van radnog odnosa), s tim što postoji i skup posebnih pravila o višoj starosnoj granici za određene, naročito teške poslove.[24]

Važeći standardi u ovoj oblasti sadržani su u Konvenciji broj 138 o minimalnom uzrastu za zapošljavanje[25] i Konvenciji broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada.[26] S tim u vezi, važno je uočiti da, u smislu odredaba ovih dveju konvencija, pojam „dečiji rad" ima sasvim osobeno značenje – značenje *oblikâ rada koji obavljaju deca i koji su zabranjeni konvencijama broj 138 i 182*.[27] Prva od ovih konvencija, naime, utvrđuje minimalni uzrast za zapošljavanje, i to čini u funkciji prirode aktivnosti čije je obavljanje povereno detetu (i koja je više ili manje opasna po dete) i trajanja radnog vremena. Sa druge strane, Konvencija broj 182 utvrđuje najgore oblike dečijeg rada, od kojih su mnogi i tradicionalno inkriminisani, ali je, uz njih, zabranjen i rad čija su priroda ili uslovi obavljanja takvi da mogu da naškode zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. To, konačno, znači da se u izvorima prava Me-

23 O tome svedoči i podatak da je, od osnivanja ove organizacije do danas, usvojeno čak 16 konvencija i preporuka o minimalnom uzrastu za zapošljavanje, 11 akata uređuje pitanje obavljanja opasnih poslova, pet akata je posvećeno noćnom radu maloletnikâ, a, isti broj izvora prava uređuje zdravstvene preglede ovih lica. Vid. Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, 423. i dalje.

24 Usvajanje standarda o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa pratilo je usvajanje Konvencije broj 16 o obaveznom lekarskom pregledu dece i mladih pre zaposlenja na pomorskim brodovima (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, broj 95-XXII/1927), kao i preporuka o zaštiti žena i dece od trovanja olovom (Lead Poisoning /Women and Children/ Recommendation, 1919 /No. 4/), o noćnom radu dece u poljoprivredi (Night Work of Children and Young Persons / Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 14/) i o profesionalnom obrazovanju u poljoprivredi (Vocational Education /Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 15/). Ovi rezultati normativne delatnosti bili su toliko značajni da su u literaturi smatrani „Međunarodnim statom radničkog detinjstva" (fr. *Statut international de l'enfance laborieuse*), premda je zaštita maloletnikâ bila obezbeđena i konvencijama koje su uređivale uslove rada (radno vreme, zaštitu od nesreća na radu i profesionalnih oboljenja) i zdravstveno osiguranje svih kategorija radnika (uključujući i maloletnike). *L'Organisation internationale du Travail et la protection du travail des enfants*, 11–12.

25 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 138 o minimalnim godinama za zapošljavanje (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 14/82) – u daljem tekstu Konvencija broj 138. Pored naše, ovu konvenciju ratifiovalo je još 179 država.

26 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, broj 2/03) – u daljem tekstu: Konvencija broj 182. Pored naše, ovu konvenciju ratifiovalo je još 168 država.

27 M. Bonnet, B. Sclemmer, 20.

Све државе чланице, чак и ако нису ратификовале наведене конвенције, имају обавезу на основу чланства у Међународној организацији рада, да поштују, промовишу и остварују принцип делотворног укидања дечијег рада. У својим најекстремнијим облицима, дечји рад подразумева поробљавање деце, одвајање деце од породица, излагање деце озбиљним опасностима и болестима, препуштање деци самој себи на улицама великих градова. Да ли се одређени облици рада могу назвати „дечјим радом", зависи од узраста детета, врсте и броја сати рада, као и услова под којима се обавља, затим циљева које поједине државе теже да остваре. Нема универзалног решења, већ одговор зависи од специфичности државе, као и врсте сектора унутар дате државе.

Међународна Организација рада дефинише дечији рад као рад који лишава децу испод 18 година свог детињства, потенцијала и достојанства, док такође представља ризик за њихов физички или ментални развој. Перцепција дечијег рада изражена и кроз термин дечији рад је обликована разумевањем рада које га посматра само као терет, муку и жртву, па је дечји рад представљен само као опасност и ризик који неизбежно омета развој детета и лишава децу детињства.[349] Према подацима ове организације, 2002. године у свету је било радно ангажовано 211 милиона деце,[350] 2013. године 168 милиона деце, или 11% од укупног броја деце је било у радном процесу, од чега чак 98 милиона у области пољопривреде,[351] док је 2020. године тај број и даље био висок – чак 160 милиона деце је потпадало под појам дечијег рада тј. обављало је неки вид радног ангажовања, од чега 97 милиона дечака и 63 милиона девојчица.[352]

МОР је у својој делатности кроз конвенције ишао критеријумима узраста детета и врсте послова које обавља. У оквиру две најважније Конвенције, значење облика рада који обављају деца и који су забрањени конвенцијама МОР број 138 и 182. Прва утврђује минимални узраст за запошљавање у виду природе активности чије је обављање поверено детету и трајања радног времена. Конвенција број 182 утврђује најгоре облике дечијег рада, од којих су многи и традиционално инкриминисани. Посебно је забрањен рад чија су природа или услови обављања такви да могу да нашкоде здрављу, безбедности или моралу детета. МОР прави јасну и суштинску разлика између рада одраслих и дечијег рада, и признаје децу као посебну рањиву категорију радника. Рад одраслих се уређује на један позитиван начин, шта треба и смеју да раде, за разлику од дечијег рада, приликом чијег уређивања се полази од поставке да је он, сам по себи, лош, због чега је неопходно његово укидање. Ово је

349 M. Liebel, *op. cit.*, 2020, стр. 20.

350 E. V. Edmonds, N. Pavcnik, *op. cit.*, стр. 15.

351 T. Buck, *op. cit.*, стр. 228.

352 Child Labour, Global estimaes 2020, Trends and the Road Forward, International Labour Organization and United Nations Children's Fund, 2021, стр. 8.

đunarodne organizacije rada pravi suštinska razlika između rada odraslih i dečijeg rada, u tom smislu da se rad odraslih radnika uređuje u svetlu koncepcije pristojnog rada (engl. *decent work*, fr. *travail décent*), dakle, na jedan pozitivan način, za razliku od dečijeg rada, prilikom čijeg uređivanja se polazi od postavke da je on loš, sam po sebi, zbog čega je i neophodno njegovo ukidanje.[28] S tim u vezi, valja imati u vidu da je 1992. godine, Međunarodni biro rada, kao vid dopune, podrške i garantije pomenutih univerzalnih međunarodnih radnih standarda, ustanovio Međunarodni program za ukidanje dečijeg rada (*International Programme on the Elimination of Child Labour /IPEC/*). Reč je, preciznije, o programu koji je usmeren ka jačanju sposobnosti država članica Međunarodne organizacije rada da se izbore sa problemom dečijeg rada i razvoju svetskog pokreta za borbu protiv dečijeg rada, s tim što je na oba nivoa, prevashodstvo dato iskorenjivanju najgorih oblika dečijeg rada.

Standardi Međunarodne organizacije rada su komplementarni sa standardima Organizacije ujedinjenih nacija, budući da je Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima potvrđena obaveza zaštite dece i omladine od ekonomskog i socijalnog iskorišćavanja, kao i zakonskog kažnjavanja „njihovog zapošljavanja na radu, koji je štetan po njihov moral ili zdravlje, ili koji dovodi u opasnost njihov život ili može da spreči njihov normalan razvoj".[29] Paktom je potvrđena i obaveza ugovornica da odrede granice starosti ispod koje je zapošljavanje dečije radne snage zabranjeno i kažnjivo po zakonu, s tim što je u ovom aktu, za razliku od drugih merodavnih izvora prava međunarodnog porekla, izričito pomenuto samo „plaćeno zapošljavanje" (engl. *paid employment*), ne i neplaćeni rad za drugog.[30] I ugovornice Konvencije o pravima deteta priznaju „pravo deteta da bude zaštićeno od ekonomskog iskorišćavanja i od obavljanja bilo kog posla koji bi mogao da bude opasan ili bi ometao školovanje deteta ili bi bio štetan po zdravlje deteta ili za njegov fizički, mentalni, duhovni, moralni ili društveni razvoj".[31] To podrazumeva i obavezu preduzimanja odgovarajućih (pravnih, administrativnih, socijalnih i obrazovnih) mera, uključujući posebno obezbeđivanje minimalne starosne granice ili granica za zapošljavanje, odgovarajuće uređivanje vremena i uslovâ rada, te, obezbeđivanje odgovarajuće kazne ili druge sankcije da bi se osiguralo delotvorno ispunjenje ove obaveze.[32] Osim toga, Konvencija o pravima deteta zahteva i poštovanje njome uspostavljenog etičkog okvira, koji pretpostavlja da se, prilikom ocene odnosa između deteta i rada, mora uzimati u obzir vrhunski kriterijum *najboljeg interesa*

28 *Ibid.*, 21.

29 Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 7/71), član 10, stav 3.

30 **Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, član 10, stav 3. Ovo je suprotno shvatanju dečijeg rada kao svih aktivnosti čiji su rezultati (neposredno ili posredno) namenjeni tržištu, a, što uključuje i neplaćene aktivnosti dece, ako se njima stvaraju proizvodi namenjeni tržištu ili se posredstvom njih, na drugi način, ostvaruju prihodi, čak i kada dete od toga nema neposredne koristi. Međunarodni biro rada prihvata, upravo, ovo shvatanje dečijeg rada. Augendra Bhukuth, „Le travail des enfants: limites de la définition", *Mondes en développement*, vol. 146, broj 2/2009, 29.**

31 Konvencija o pravima deteta (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97), član 32, stav 1.

32 Konvencija o pravima deteta, član 32, stav 2.

Државе чланице МОР немају јединствен став према дечијем раду у пољопривреди.[335] У неким државама, већина послова у овој грани сматра се безопасним, што је и разлог да се и данас олакшава запошљавање малолетник у пољопривреди или се пољопривреда искључује из материјалног подручја примене забране дечијег рада, под условом да обављање послова у овој грани не штети њиховом образовању. То су државе које се базирају на пољопривреди. Супротан став претпоставља да многи пољопривредни послови могу бити опасни (шумарски, ратарски, повртарски послови који укључују контакт са отровним хемикалијама).

Коначно, општи стандард од 14 година живота био је потврђен и као услов за заснивање радног односа у неиндустријским гранама, с тим што Конвенција која регулише ову област захтева да минимални узраст за заснивање радног односа износи 14 година, ако се од детета још увек захтева похађање основне школе. Ипак постојали су изузеци – деца старија од 12 година могла су бити ангажована за обављање лаких послова и послова у области уметности[336], науке и образовања, док је у случају опасних послова старосна граница могла бити подигнута изнад 14 година. Накнадно је ревидираним конвенцијама усвојен нови општи стандард о минималном узрасту од 15 година, уз овлашћење држава уговорница да, под одређеним условима, од њега и одступе. У области поморства одступање је било допуштено уколико би школа или други надлежни субјект потврдили да је запослење у интересу детета, док у погледу рада у индустрији долази до проширења обавезе вођења евиденције на све запослене млађе од 18 година. Осим тога, општи стандард од 15 година прихваћен је и као услов за заснивање радног односа с рибарима на рибарским бродовима,[337] док је, због штетности услова

црпљујуће радни процес и требало би да буде под надзором државних органа као и сваки други. Ризици са којима се суочавају деца пољопривредни радници у сиромашним, руралним заједницама укључују изложеност временским условима (врућина, сунце, киша), као и опасним животињама и инсектима; могу се посећи тврдим стабљикама и алатима које користе. Пољопривреда може бити идентификована као занимање које представља ризик по здравље. Да пољопривреда може бити опасна активност по децу, E. V. Edmonds, N. Pavcnik, *op. cit.*, стр. 208.

335 О начелима заједничке пољопривредне политике ЕУ, Бранко М. Ракић, *Хармонизација југословенског права са правом Европске уније*, Београд, 1997, стр. 133.

336 Видети Сенад Јашаревић, Дарко Божичић, „Лаки рад деце у међународним стандардима и законодавству одабраних страних држава", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2021, 783–802.

337 Конвенција о раду у рибарству из 2007. године (бр. 188) прописује старосне границе за рад на рибарским бродовима (члан 9) а Препорука о раду у рибарству из 2005. године (бр. 199) пружа необавезујуће смернице о њеној примени. Надзор над спровођењем Конвенције се, такође, врши путем инспекција државе заставе и државе луке. Рад деце у области рибарства обухвата: Хватање рибе: све фазе риболовног излета (утоваривање опреме, веслање, вожња мотором, избацивање воде из чамаца или кануа, роњење ради распетљавања мрежа или терање односно гоњење рибе у мреже, сортирање и чишћење улова); сакупљање рибе и шкољки са обале; и незаконите и штетне праксе (нпр. тровање рибе или риболов експлозивом). Транс-

broj 5.[46] S tim u vezi, insteresantno je uočiti da prema dečijem radu u poljoprivredi postoji ambivalentan odnos. U nekim državama, većina poslova u ovoj grani smatra se bezopasnim, što je i razlog da se i danas olakšava zapošljavanje maloletnika u poljoprivredi ili se poljoprivreda isključuje iz materijalnog područja primene zabrane dečijeg rada, pod uslovom da obavljanje poslova u ovoj grani ne šteti obrazovanju radnikâ. Postoji, međutim, sasvim suprotan stav, koji počiva na postavci da mnogi poljoprivredni poslovi mogu biti opasni, poput šumarskih poslova ili ratarskih i povrtarskih poslova koji uključuju kontakt sa otrovnim poljoprivrednim hemikalijama.[47] Štaviše, postoji i uverenje da rad dece u poljoprivredi treba ograničiti i onda kada se poslovi u ovoj grani ne mogu kvalifikovati kao opasni. To je i razlog što u kasnije usvojenim standardima Međunarodne organizacije rada, zabrana dečijeg rada u poljoprivredi može biti derogirana samo u pogledu porodičnih i drugih malih poseda, na kojima se proizvodi za lokalnu potrošnju i koji, po pravilu, ne zapošljavaju zaposlene (ne i u pogledu plantaža i drugih poljoprivrednih preduzeća, koja, uglavnom, proizvode u komercijalne svrhe).[48] Isto vredi i za zakonodavstva jednog broja savremenih država, pri čemu u nekima od njih, poslodavci u ovom sektoru imaju posebne dužnosti u pogledu maloletnika koji rade u njihovo ime i za njihov račun, poput specijalnih obaveza vezanih za poštovanje pravilâ o radnom vremenu i odmorima.[49]

Konačno, opšti standard od 14 godina života bio je potvrđen kao uslov za zasnivanje radnog odnosa i u neindustrijskim granama i delatnostima, s tim što je konvencijom merodavnom za ove oblasti on dodatno izbrušen zahtevom da minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa iznosi 14 godina ili više, ako se od deteta još uvek zahteva pohađanje osnovne škole.[50] I ovi standardi su bili derogabilni, i to u oba pravca: deca starija od 12 godina mogla su biti angažovana za obavljanje lakih poslova i poslova u oblasti umetnosti, nauke i obrazovanja, dok je u slučaju opasnih poslova starosna granica mogla biti podignuta iznad 14 godina.[51]

Tridesetih godina prošlog veka, opšti standard o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa od 14 godina podignut je za jednu godinu. Razlozi za to nisu bili vezani samo za humanizaciju uslovâ rada, već su, kako vispreno zaključuje Valticos (*Nicolas Valticos*), bili i ekonomske prirode. Posle velike ekonomske krize, države su činile značajne napore da se svim mogućim sredstvima izbore sa proble-

46 Konvencija broj 10, čl. 2–3

47 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 19–20.

48 Vid. Konvencija broj 138, član 5, stav 3.

49 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 19–20. Za dečiji rad u poljoprivredi vezuje se još jedan paradoks. Deca koja žive u domaćinstvima sa velikim posedima češće rade od dece koja žive u domaćinstvima sa skromnim posedima, što je suprtono uvreženom mišljenju da se dečiji rad najčešće pojavljuje u najsiromašnijim domaćinstvima. Ovo vredi za sve države, nezavisno od njihove razvijenosti, s tim što je državama u razvoju svojstven trend da većina dece koja rade obavljaju poslove u poljoprivredi. Vid. Sonia Bhalotra, Christopher Heady, *Child farm labour: the wealth paradox*, „Social Protection Discussion Paper Series", No. 125, The World Bank, Washington, 2001.

50 Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention, 1932 (No. 33) – u daljem tesktu: Konvencija broj 33, član 2.

51 Vid. Konvencija broj 33, čl. 3–6.

Државе чланице МОР немају јединствен став према дечијем раду у пољопривреди.[335] У неким државама, већина послова у овој грани сматра се безопасним, што је и разлог да се и данас олакшава запошљавање малолетник у пољопривреди или се пољопривреда искључује из материјалног подручја примене забране дечијег рада, под условом да обављање послова у овој грани не штети њиховом образовању. То су државе које се базирају на пољопривреди. Супротан став претпоставља да многи пољопривредни послови могу бити опасни (шумарски, ратарски, повртарски послови који укључују контакт са отровним хемикалијама).

Коначно, општи стандард од 14 година живота био је потврђен и као услов за заснивање радног односа у неиндустријским гранама, с тим што Конвенција која регулише ову област захтева да минимални узраст за заснивање радног односа износи 14 година, ако се од детета још увек захтева похађање основне школе. Ипак постојали су изузеци – деца старија од 12 година могла су бити ангажована за обављање лаких послова и послова у области уметности[336], науке и образовања, док је у случају опасних послова старосна граница могла бити подигнута изнад 14 година. Накнадно је ревидираним конвенцијама усвојен нови општи стандард о минималном узрасту од 15 година, уз овлашћење држава уговорница да, под одређеним условима, од њега и одступе. У области поморства одступање је било допуштено уколико би школа или други надлежни субјект потврдили да је запослење у интересу детета, док у погледу рада у индустрији долази до проширења обавезе вођења евиденције на све запослене млађе од 18 година. Осим тога, општи стандард од 15 година прихваћен је и као услов за заснивање радног односа с рибарима на рибарским бродовима,[337] док је, због штетности услова

црпљујуће радни процес и требало би да буде под надзором државних органа као и сваки други. Ризици са којима се суочавају деца пољопривредни радници у сиромашним, руралним заједницама укључују изложеност временским условима (врућина, сунце, киша), као и опасним животињама и инсектима; могу се посећи тврдим стабљикама и алатима које користе. Пољопривреда може бити идентификована као занимање које представља ризик по здравље. Да пољопривреда може бити опасна активност по децу, E. V. Edmonds, N. Pavcnik, *op. cit.*, стр. 208.

335 О начелима заједничке пољопривредне политике ЕУ, Бранко М. Ракић, *Хармонизација југословенског права са правом Европске уније*, Београд, 1997, стр. 133.

336 Видети Сенад Јашаревић, Дарко Божичић, „Лаки рад деце у међународним стандардима и законодавству одабраних страних држава", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2021, 783–802.

337 Конвенција о раду у рибарству из 2007. године (бр. 188) прописује старосне границе за рад на рибарским бродовима (члан 9) а Препорука о раду у рибарству из 2005. године (бр. 199) пружа необвезујуће смернице о њеној примени. Надзор над спровођењем Конвенције се, такође, врши путем инспекција државе заставе и државе луке. Рад деце у области рибарства обухвата: Хватање рибе: све фазе риболовног излета (утоваривање опреме, веслање, вожња мотором, избацивање воде из чамаца или кануа, роњење ради распетљавања мрежа или терање односно гоњење рибе у мреже, сортирање и чишћење улова); сакупљање рибе и шкољки са обале; и незаконите и штетне праксе (нпр. тровање рибе или риболов експлозивом). Транс-

mom masovne nezaposlenosti, te je jedan od instrumenata za smanjenje broja nezaposlenih bilo i utvrđivanje strožeg opšteg uslova za zasnivanje radnog odnosa.[52] Ta postavka je prvi put potvrđena u jednom pravnoneobavezujućem aktu,[53] za kojim je usledilo usvajanje novela pomenutih triju konvencija o minimalnom uzrastu za zapošljavanje. Revidirane konvencije su, naime, potvrdile novi opšti standard o minimalnom uzrastu od 15 godina, uz istovremeno ovlašćenje država ugovornica da, pod određenim uslovima, od njega i odstupe.[54] Tako je, u pogledu pomoraca, odstupanje bilo dopušteno ukoliko bi škola ili drugi nadležni subjekt potvrdili da je zaposlenje u interesu deteta, dok u pogledu rada u industriji, *novum* predstavlja proširenje obaveze vođenja evidencije na sve zaposlene mlađe od 18 godina. Osim toga, opšti standard od 15 godina prihvaćen je i kao uslov za zasnivanje radnog odnosa sa ribarima na ribarskim brodovima,[55] dok je, zbog štetnosti uslovâ rada kojima su izloženi zaposleni na podzemnim radovima u rudnicima, za ova lica uveden standard od 16 godina života.[56]

2.3. *Važeći standardi Međunarodne organizacije rada: konvencije broj 138 i 182*

2.3.1. Opšti standard o minimalnom uzrastu za prijem u radni odnos ili na rad (van radnog odnosa)

Standardi Međunarodne orgniazcije rada usvojeni do 1973. godine su, uz određene izmene, kodifikovani u Konvenciji broj 138, i to sa dvojakim ciljem: radi postepene zamene postojećih partikularnih (sektorskih) pravila opštim pravilom o minimalnom uzrastu za zapošljavanje i radi potpunog ukidanja dečijeg rada. Ratifikacijom ove konvencije, države, naime, preuzimaju obavezu postepenog podizanja minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa ili prijem na rad koji ne sme biti niži od minimalnog uzrasta za završetak obaveznog školovanja, a, u svakom slučaju, ne niži od 15 godina života.[57] Konvencija predviđa i posebno pravilo za zasnivanje radnog odnosa u državama u razvoju: one mogu utvrditi minimalni uzrast od 14 godina, uz obavezu konsultovanja sindikatâ i udruženja poslodavaca o ovom izuzetku.[58] To, međutim, nije i jedina klauzula fleksibilnosti sadržana u Konvenciji

52 N. Valticos, 183.

53 Reč je o Preporuci broj 45, kojom je, kao jedna iz niza mera za suzbijanje nezaposlenosti, bilo predloženo i „podizanje uzrasta za napuštanje škole i zasnivanje radnog odnosa na najmane 15 godina, čim to budu dozvolile okolnosti". Unemployment (Young Persons) Recommendation, 1935 (No. 45), stav 1.

54 Vid.: Minimum Age (Sea) Convention (Revised), 1936 (No. 58), član 2; Minimum Age (Industry) Convention (Revised), 1937 (No. 59), član 2; Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention (Revised), 1937 (No. 60), član 2.

55 Minimum Age (Fishermen) Convention, 1959 (No. 112), član 2.

56 Vid.: Minimum Age (Coal Mines) Recommendation, 1953 (No. 96), stav 1; Minimum Age (Underground Work) Convention, 1965 (No. 123), član 2, stav 3. Naša država je prihvatila Preporuku broj 96 (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, broj 11/56) i ratifikovala Konvenciju broj 123 (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 40/70).

57 Konvencija broj 138, član 2, st. 1 i 3.

58 Konvencija broj 138, član 2, stav 4. Ovaj izuzetak se, preciznije, odnosi na države čija su privreda i obrazovni sistem nedovoljno razvijeni. S tim u vezi, valja imati u vidu da se, prilikom usvajanja

рада којима су изложени запослени на подземним радовима у рудницима, за ова лица уведен стандард од 16 година живота. Веза породичног и радног права види се на односу између органа двају најважнијих органа – Комитета за права детета и МОР. Комитет за права детета доследно потписује и примењује стандарде конвенција МОР у односу према дечијем раду и препоручује њихову ратификацију и спровођење.

Иако постоји обавеза да се деца образују, она се запошљавају и улазе на тржиште рада да би побољшали своје услове живота. Право на образовање је зајемчено у свим државама ЕУ за сву децу испод 15 година старости. У питању је, дакле, узраст који се поклапа са узрастом за заснивање радног односа. Неретко се као израз географских и културних разлика у погледу дечијег рада користи глобално разликовање између „Југа" и „Севера".[338] Ипак, опасни послови и најгори облици дечијег рада јављају се у свим деловима света.[339] У многим случајевима је тешко повући границу између „прихватљивог" и „неприхватљивог" рада за децу. Ово се дешава прилично често, посебно у руралним пољопривредним условима јер одређене врсте рада заправо чине део друштвено-културних традиција.[340] Културолошке разлике налазе се у самој основи разликовања тј. поимања дечијег рада у различитим државама, посебно имајући у виду да је дечији рад глобални проблем. Деца која одрастају у САД, Индији, Шведској, Мозамбику имају потпуно другачије културне основе по питању дечијег рада и тога шта се од њих очекује у погледу привређивања и учешћа на тржишту рада. Такорећи, „радна" база или претходна пракса по питању дечијег рада је потпуно другачија.

Утицај рада на сваког појединца па и на дете зависи од врсте посла и од услова рада. Инсистирање на укидању свих облика дечијег рада без разматрања позитивних ефеката које може имати рад на развој детета лишава дете да искуси и добије неке значајне користи искуство од рада. Додатно, нису сва деца подобна и способна да се образују нити имају капацитета за то, па би у тим случајевима правовремено укључивање деце на тржиште рада било у њиховом интересу. Наравно под условом да такав рад, када се потпуно „уклони" образовање детета, не угрожава здравље и развој детета.

порт: утовар и истовар рибе за транспорт; и лопатање леда, маркетинг у продаји рибе, Прерада рибе и морских плодова: љуштење шкампа, чишћење изнутрица, сечење на кришке, филетирање, сољење, димљење, сушење, паковање.

338 Потпуно се другачије гледа на дечији рад у „северним" и „јужним" државама, T. Buck, *op. cit.*, стр. 237.

339 За став да је потребно утврдити тачну листу који су опасни послови за децу, Предраг Јовановић, „Рањивост деце/омладине и могућност односно забрана њиховог рада", *Радно и социјално право*, бр. XXVI (1/2020), стр. 32.

340 Да квалификовање рада детета као недозвољеног зависи од владајуће културе и економских прилика у породици и држави, Марина Јањић-Комар, Слободан Панов, *Веза генерација*, Београд, 2000, стр. 184.

mom masovne nezaposlenosti, te je jedan od instrumenata za smanjenje broja nezaposlenih bilo i utvrđivanje strožeg opšteg uslova za zasnivanje radnog odnosa.[52] Ta postavka je prvi put potvrđena u jednom pravnoneobavezujućem aktu,[53] za kojim je usledilo usvajanje novela pomenutih triju konvencija o minimalnom uzrastu za zapošljavanje. Revidirane konvencije su, naime, potvrdile novi opšti standard o minimalnom uzrastu od 15 godina, uz istovremeno ovlašćenje država ugovornica da, pod određenim uslovima, od njega i odstupe.[54] Tako je, u pogledu pomoraca, odstupanje bilo dopušteno ukoliko bi škola ili drugi nadležni subjekt potvrdili da je zaposlenje u interesu deteta, dok u pogledu rada u industriji, *novum* predstavlja proširenje obaveze vođenja evidencije na sve zaposlene mlađe od 18 godina. Osim toga, opšti standard od 15 godina prihvaćen je i kao uslov za zasnivanje radnog odnosa sa ribarima na ribarskim brodovima,[55] dok je, zbog štetnosti uslovâ rada kojima su izloženi zaposleni na podzemnim radovima u rudnicima, za ova lica uveden standard od 16 godina života.[56]

2.3. *Važeći standardi Međunarodne organizacije rada: konvencije broj 138 i 182*

2.3.1. Opšti standard o minimalnom uzrastu za prijem u radni odnos ili na rad (van radnog odnosa)

Standardi Međunarodne orgniazcije rada usvojeni do 1973. godine su, uz određene izmene, kodifikovani u Konvenciji broj 138, i to sa dvojakim ciljem: radi postepene zamene postojećih partikularnih (sektorskih) pravila opštim pravilom o minimalnom uzrastu za zapošljavanje i radi potpunog ukidanja dečijeg rada. Ratifikacijom ove konvencije, države, naime, preuzimaju obavezu postepenog podizanja minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa ili prijem na rad koji ne sme biti niži od minimalnog uzrasta za završetak obaveznog školovanja, a, u svakom slučaju, ne niži od 15 godina života.[57] Konvencija predviđa i posebno pravilo za zasnivanje radnog odnosa u državama u razvoju: one mogu utvrditi minimalni uzrast od 14 godina, uz obavezu konsultovanja sindikatâ i udruženja poslodavaca o ovom izuzetku.[58] To, međutim, nije i jedina klauzula fleksibilnosti sadržana u Konvenciji

52 N. Valticos, 183.

53 Reč je o Preporuci broj 45, kojom je, kao jedna iz niza mera za suzbijanje nezaposlenosti, bilo predloženo i „podizanje uzrasta za napuštanje škole i zasnivanje radnog odnosa na najmane 15 godina, čim to budu dozvolile okolnosti". Unemployment (Young Persons) Recommendation, 1935 (No. 45), stav 1.

54 Vid.: Minimum Age (Sea) Convention (Revised), 1936 (No. 58), član 2; Minimum Age (Industry) Convention (Revised), 1937 (No. 59), član 2; Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention (Revised), 1937 (No. 60), član 2.

55 Minimum Age (Fishermen) Convention, 1959 (No. 112), član 2.

56 Vid.: Minimum Age (Coal Mines) Recommendation, 1953 (No. 96), stav 1; Minimum Age (Underground Work) Convention, 1965 (No. 123), član 2, stav 3. Naša država je prihvatila Preporuku broj 96 (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, broj 11/56) i ratifikovala Konvenciju broj 123 (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 40/70).

57 Konvencija broj 138, član 2, st. 1 i 3.

58 Konvencija broj 138, član 2, stav 4. Ovaj izuzetak se, preciznije, odnosi na države čija su privreda i obrazovni sistem nedovoljno razvijeni. S tim u vezi, valja imati u vidu da se, prilikom usvajanja

ника уз посредовање приватних агенција за запошљавање, издавање посебних дозвола за рад малолетника и други видови њиховог надзираног, односно ауторизованог укључивања на тржиште рада. Упркос свим овим мерама, дечији рад, као штетна појава, и даље постоји у многим државама, претежно услед сиромаштва. Наводи се да сиромаштво представља фактор дечијег рада из више разлога: када родитељи дођу у тешку материјалну ситуацију, деца умањују њихове финансијске проблеме обављајући економску активност; родитељи су приморани да продају децу да би преживели; сиромашни људи немају приступ информацијама и образовању, те у економској активности деце не виде ништа лоше, већ могућност каквог-таквог начина преживљавања.[446]

3.1.1. Критика постојећих правила о узрасту

Наше право предвиђа да деца млађа од 15 година не могу бити запослена. Навршених 15 година живота представља услов који треба да испуни свако лице које жели да заснује радни однос на територији наше државе. Такође, ако су млађа од 18 година не могу да раде на пословима штетним по њихово здравље или морал. Малолетник који је навршило 15 година живота има способност и може да заснује радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује способност за обављање послова за које се заснива радни однос, као и то да одређени посао није штетан за здравље малолетника. Малолетник може да захтева престанак радног односа, и има способност да предузима све правне радње у вези с остваривањем права и преузимањем обавеза и одговорности из радног односа, као и способност да самостално управља имовином коју је стекао радом. Постојећа законска норма утврђена је на општи начин, подразумевајући све делатности и све привредне гране. Ипак, посебним законима, као и општим актом послодавца, може бити дегорогана општа норма, у том смислу да навршење одређених година живота може бити утврђено као посебан услов за заснивање радног односа. Такав је случај са Законом о државним службеницима где се захтева пунолетство као посебан услов. Постоји изузетак за подизање границе за заснивање радног односа, али законодавац не предвиђа нити један изузетак у којем би радни однос могао да се заснује с лицем млађим од 15 година. Закон иде за општим стандардима међународног радног права, што је позитивно у погледу намере за заштитом сваког детета, али, исто тако, не уважава реланост да у неким случајевима и деца млађа од 15 годину могу и треба да заснују радни однос. Питање ангажовања малолетника ван радног односа у овим делатностима није уопште уређено, што се у пракси, неретко тумачи на начин да је дозвољено, иако је Конвенцијом МОР број 138 начелно забрањено учешће деце у уметничким и сличним манифестацијама, она допушта и одступање од овог правила у индивидуалним случајевима. Чини се да би ово

446 Д. Радовановић, *op. cit.*, стр. 278.

4. (NE)USKLAĐENOST ZAKONODAVSTVA REPUBLIKE SRBIJE SA UNIVERZALNIM MEĐUNARODNIM RADNIM STANDARDIMA

4.1. Minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa

U pravu Republike Srbije, lice koje je navršilo 15 godina života ima *sposobnost za zasnivanje radnog odnosa*.[96] Ono, pritom, može da zasnuje radni odnos samo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje njegova sposobnost za obavljanje poslova za koje se zasniva radni odnos, kao i to da određeni posao nije štetan za njegovo zdravlje.[97] Ovo stoga što radni odnos sa licem mlađim od 18 godina može da se zasnuje, ako takav rad ne ugrožava njegovo zdravlje, ali ni njegov moral i obrazovanje, odnosno ako takav rad nije zabranjen zakonom.[98] Iz pravila koja se odnose na opšti uslov za zansivanje radnog odnosa proizlazi i sposobnost maloletnika da inicira prestanak radnog odnosa, kao i sposobnost da preduzima sve pravne radnje u vezi sa ostvarivanjem pravâ i preuzimanjem obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa ili u vezi sa radnim odnosom, te sposobnost da samostalno upravlja imovinom koju je steklo radeći za poslodavca.

Navedeno zakonosko pravilo utvrđeno je na opšti način, tj. imajući u vidu sve delatnosti i sve privredne grane, jer navršenih 15 godina života predstavlja opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, tj. uslov koji treba da ispuni svako lice koje želi da zasnuje radni odnos na teritoriji naše države. Ipak, posebnim zakonima, kao i opštim aktom poslodavca, mogu biti utvrđena i posebna pravila, u tom smislu da navršenje određenih godina života može biti utvrđeno kao poseban uslov za zasnivanje radnog odnosa, kao što je to, primera radi, slučaj sa Zakonom o državnim službenicima, po kojem punoletstvo predstavlja poseban uslov za zasnivanje radnog odnosa.[99] Isto vredi i za slučajeve u kojima je iz razloga autentičnosti (npr. u slučaju zasnivanja radnog odnosa sa umetnicima u pozorištu), iz bezbednosnih razloga ili drugih razloga profesionalne nužnosti, pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova utvrđen uslov koji se tiče navršenja određenih godina života (kao stvarni i odlučujući uslov posla koji, zato, i niije diskriminatoran).[100]

96 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 i 13/17) – u daljem tekstu ZR, član 24, stav 1.

97 U tom smislu je zabranjeno zapošljavanje maloletnika na sledećim poslovima: 1) poslovima na kojima se obavlja naročito težak fizički rad, rad pod zemljom, pod vodom ili na velikoj visini; 2) poslovima koji uključuju izlaganje štetnom zračenju ili sredstvima koja su otrovna, kancerogena ili koja prouzrokuju nasledna oboljenja, kao i rizik po zdravlje zbog hladnoće, toplote, buke ili vibracije; 3) poslovima koji bi, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa, mogli štetno i sa povećanim rizikom da utiču na zdravlje i život s obzirom na njegove psihofizičke sposobnosti. Zaposleni između navršene 18. i 21. godine života mogu obavljati neki od triju navedenih kategorija poslova samo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da takav rad nije štetan za njihovo zdravlje. ZR, čl. 84–85.

98 ZR, član 25, stav 1.

99 Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 i 99/14), član 45, stav 1.

100 Više o ovom pitanju vid. u našem radu „Zabrana starosne diskriminacije radnikâ u svetlu koncepcije aktivnog starenja i međugeneracijske solidarnosti", *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2012, 87–110.

питање требало уредити како би се уважила потреба за учешћем деце у културним и сличним догађајима, али само ако то дозволе надлежни органи јавне власти. Наведени облици рада деце срећу се у пракси врло често и намећу потребу за регулисањем, да не би долазило до уласка ових делатности у сиву нерегулисану зону.[447]

Поред посебних захтева у погледу заштите здравља, морала и образовања деце, потребно је да се обезбеде и ефикасне мере за спречавање искоришћавања њиховог рада или њиховог довођења у неповољнији положај на други начин – организације њиховог радног времена и утврђивања висине накнаде за њихов рад. Не видимо разлог да се не утврди доња старосна граница за ангажовање деце у спорту, уметности и сличним делатностима, и то на 14 година. Предложене измене захтевају промену најмање неколико закона: Закона о раду, Закона о спорту, Закона о култури, Закона о оглашавању, затим Правилника о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга, као и Уставне одредбе да деца млађа од 15 година не могу бити запослена, и то на начин да забрана није апсолутна и може бити дерогирана у случајевима предвиђеним посебним законом.

Питање које се поставља на крају дела анализе о узрасту у позитивним прописима је да ли треба поштовати међународне стандарде и држати се границе од 15 година, или пак, предвидети изузетке у којим је могуће да се и деца млађа од 15 година запосле. Према нашем схватању, ако се и одобри да се може засновати радни однос са дететом млађим од 15 година, онда то, свакако, не може бити узраст нижи од 14 година. То наравно не значи да неки други облици радног ангажовања осим уговора о раду не би требало да буду дозвољени за децу од 12 или 13 година. Потребно је начелно „држати" границу од 15 година, али у неким изузетним делатностима дозволити да се и деца млађа од 15 година запосле, и то посебним законима за одређене делатности, идентично као што се и граница од 18 година захтева за друге делатности, без обзира на општу законску норму о потребном узрасту.

3.1.2. Снижавање узраста од 15 година

И стандарди МОР дозвољавају дерогацију узраста од 15 година. Под условом да је то неопходно за образовање и обуку, ако је реч о лаким пословима који нису штетни за дете, учешћу детета у уметничким и сличним манифестацијама, могуће је да се снизи постојећа граница од 15 година. Када деца обављају усавршавање као део званичног про-

447 Према стадардима МОР из Конвенције број 138 да деца млађа од 15 година не треба да учествују у професионалним уметничким манифестацијама, али да се у изузетним случајевима, може уважити потреба за њиховим ангажовањем у културне и друге сличне догађаје традиционалног или комерцијалног карактера. Није одређен појам уметничких манифестација, али се под њим уобичајено подразумевају јавне манифестације и слична извођења, попут снимања филмова, реклама, серија, документарних филмова.

Pored toga što utvrđuje opšte i posebna pravila vezana za starosnu granicu za zasnivanje radnog odnosa, domaći zakonodavac ne predviđa niti jedan izuzetak u kojem bi radni odnos moga da se zasnuje sa licem mlađim od 15 godina. Prikazano rešenje ima brojne prednosti, ali i određene nedostatke, u smislu potrebe za doslednom primenom univerzalnih međunarodnih standarda u ovoj oblasti. Tako se kao pozitivno mora oceniti rešenje po kojem je minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa određen kao opšti standard. Ovo rešenje čini se prihvatljivijim od nabrajanja privrednih sektora i delatnosti u kojima je zabranjen dečiji rad, budući da je drugačije (u našem primeru, drugo) rešenje skopčano sa rizikom da iz područja zabrane budu isključene oblasti u kojima, u praksi, postoji dečiji rad.[101] Isto bi vredelo i da su određeni sektori i delatnosti isključeni iz zakonskog pravila o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa, što je naš zakonodavac mudro izbegao da učini.

Ipak, verujemo da postoji potreba za preispitivanjem mogućnosti da se, pored postojećih pravila vezanih za poslove za koje se zahteva viši starosni prag za radno angažovanje, uvedu i posebna, stroga pravila koja bi, u krajnje izuzetnim slučajevima, dopuštala *obavljanje poslova u oblasti umetnosti, kulture, sporta i u reklamnoj delatnosti* licima mlađim od 15 godina. Naš zakonodavac, naime, pominje ove poslove u Zakonu o radu samo u pogledu ograničenja zabrane noćnog rada maloletnikâ, a, po modelu sekundarnog zakonodavstva Evropske unije.[102] To, dalje, znači da u Srbiji nije dopušteno zasnivanje radnog odnosa sa licima mlađim od 15 godina u ovim oblastima, dok pitanje njihovog angažovanja van radnog odnosa nije uopšte uređeno, što se u praksi, neretko tumači na način da je dozvoljeno. Premda je Konvencijom broj 138 načelno zabranjeno učešće dece u umetničkim i sličnim manifestacijama, ona dopušta i odstupanje od ovog pravila u individualnim slučajevima. Čini se da bi ovo pitanje trebalo urediti, kako bi se uvažila potreba za učešćem dece u kulturnim i sličnim događajima, ali, samo ako to dozvole nadležni organi javne vlasti, tim pre što se ovi oblici rada dece sreću u praksi i neretko su skopčani sa zloupotrebama ovlašćenja naručilaca posla i drugih poslodavaca dece.[103] Stoga je važno da se određena praksa angažovanja dece, koliko god da se na prvi pogled može učiniti društveno prihvatljivom, mora kvalifikovati kao dečiji rad, uz svest da on, bez odgovarajuće zaštite dece, može po njih proizvoditi izrazito negativne posledice. U tom smislu je posebno važno da se, pored zaštite zdravlja, morala i obrazovanja dece, obezbede i delotvorne mere za sprečavanje njihovog ekonomskog iskorišćavanja ili dovođenja u nepovoljniji položaj na drugi način, između ostalog i u pogledu organizacije njihovog radnog vremena i utvrđivanja visine naknade za njihov rad.[104] U tom slučaju bi, takođe, postojala i potreba utvrđivanja donje starosne granice za

101 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 16.

102 Vid. ZR, član 88.

103 Slično rešenje postoji, primera radi, u Poljskoj, gde se ugovor o radu može zaključiti sa licem starijim od 16 godina, dok se lica mlađa od tog uzrasta mogu zaposliti samo u ustanovama koje se bave umetnošću, kulturom, sportom i reklamnom delatnošću, ali pod uslovom da za to imaju saglasnost zakonskog zastupnika i dozvolu inspekcije rada. Zbigniew Hajn, Leszek Mitrus, *Poland: ELL – Suppl.* 437 (2016), Wolters Kluwer, The Hague, 2016, 61.

104 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 37.

питање требало уредити како би се уважила потреба за учешћем деце у културним и сличним догађајима, али само ако то дозволе надлежни органи јавне власти. Наведени облици рада деце срећу се у пракси врло често и намећу потребу за регулисањем, да не би долазило до уласка ових делатности у сиву нерегулисану зону.[447]

Поред посебних захтева у погледу заштите здравља, морала и образовања деце, потребно је да се обезбеде и ефикасне мере за спречавање искоришћавања њиховог рада или њиховог довођења у неповољнији положај на други начин – организације њиховог радног времена и утврђивања висине накнаде за њихов рад. Не видимо разлог да се не утврди доња старосна граница за ангажовање деце у спорту, уметности и сличним делатностима, и то на 14 година. Предложене измене захтевају промену најмање неколико закона: Закона о раду, Закона о спорту, Закона о култури, Закона о оглашавању, затим Правилника о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга, као и Уставне одредбе да деца млађа од 15 година не могу бити запослена, и то на начин да забрана није апсолутна и може бити дерогирана у случајевима предвиђеним посебним законом.

Питање које се поставља на крају дела анализе о узрасту у позитивним прописима је да ли треба поштовати међународне стандарде и држати се границе од 15 година, или пак, предвидети изузетке у којим је могуће да се и деца млађа од 15 година запосле. Према нашем схватању, ако се и одобри да се може засновати радни однос са дететом млађим од 15 година, онда то, свакако, не може бити узраст нижи од 14 година. То наравно не значи да неки други облици радног ангажовања осим уговора о раду не би требало да буду дозвољени за децу од 12 или 13 година. Потребно је начелно „држати" границу од 15 година, али у неким изузетним делатностима дозволити да се и деца млађа од 15 година запосле, и то посебним законима за одређене делатности, идентично као што се и граница од 18 година захтева за друге делатности, без обзира на општу законску норму о потребном узрасту.

3.1.2. Снижавање узраста од 15 година

И стандарди МОР дозвољавају дерогацију узраста од 15 година. Под условом да је то неопходно за образовање и обуку, ако је реч о лаким пословима који нису штетни за дете, учешћу детета у уметничким и сличним манифестацијама, могуће је да се снизи постојећа граница од 15 година. Када деца обављају усавршавање као део званичног про-

447 Према стадардима МОР из Конвенције број 138 да деца млађа од 15 година не треба да учествују у професионалним уметничким манифестацијама, али да се у изузетним случајевима, може уважити потреба за њиховим ангажовањем у културне и друге сличне догађаје традиционалног или комерцијалног карактера. Није одређен појам уметничких манифестација, али се под њим уобичајено подразумевају јавне манифестације и слична извођења, попут снимања филмова, реклама, серија, документарних филмова.

lica starija od 16 godina, ako su im obezbeđeni potpuna zaštita, primerena uputstva i profesionalna obuka.[75]

U najekstremnijim slučajevima, rad koji je opasan ili štetan za mentalni, fizički, socijalni ili moralni razvoj dece može imati za posledicu i njihovo ropstvo ili položaj sličan ropstvu, odvajanje od njihovih porodica ili izloženost ozbiljnim opasnostima. To je uvaženo u odredbama Konvencije broj 182, kojima se od država zahetva hitno preduzimanje delotvornih mera, kako bi se obezbedila zabrana i ukidanje najgorih oblika rada lica mlađih od 18 godina. Premda ratifikacijom ove konvencije, države preuzimaju obligaciju sredstva, ispunjavanje ugovornih obaveza pretpostavlja preduzimanje konkretnih kratkoročnih (zakonodavne mere) i dugoročnih mera (mere socijalnih službi i sl.).[76]

Najgori oblici dečijeg rada koji su zabranjeni Konvencijom broj 182 se, pritom, mogu klasifikovati u dve kategorije. Prvu od njih čine *aktivnosti koje se, po definiciji, smatraju najgorim oblicima dečijeg rada*, što znači da se takva kvalifikacija ne može izmeniti, čak i kada bi se unapredili uslovi rada,[77] a, što, u smislu Konvencije broj 182, vredi za: 1) ropski rad, prodaju i trgovinu decom, dužničko ropstvo, prinudni ili obavezni rad dece, uključujući njihovo prinudno regrutovanje za učešće u oružanim sukobima; 2) korišćenje ili nuđenje dece za prostituciju ili pornografiju; 3) korišćenje ili nuđenje dece za učešće u drugim nezakonitim aktivnostima, poput proizvodnje i prodaje droge. Konvencijom broj 182 neposredno je zabrnajeno da lica mlađa od 18 godina obavljaju ove aktivnosti, što znači da države ugovornice ne mogu doneti odluku da li će se neka od njih smatrati najgorim oblikom dečijeg rad ili ne. Pored ova tri najgora oblika dečijeg rada, Konvencija broj 182 zabranjuje i opasni rad, tj. rad čija su priroda ili okolnosti u kojima se on obavlja takvi da mogu da nanesu štetu zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. Potonja vrsta najgoreg oblika dečijeg rada bi, pritom, predstavljala drugu kategoriju prinudnog rad, a, u smislu ranije pomenute klasifikacije. Reč je o *aktivnostima koje se smatraju najgorim oblicima dečijeg rada po uslovima,* i čiji spisak treba odrediti na nacionalnom nivou.[78]

2.3.3. Posebna pravila za lake poslove

Države ugovornice Konvencije broj 138 mogu dozvoliti rad lica mlađih od propisanog standarda, ako je to neophodno za njihovo obrazovanje i obuku, kao i ako je reč o lakim poslovima koji nisu štetni za dete, ili, pak, o učešću deteta u umetničkim i sličnim manifestacijama.

Prvi od ovih izuzetaka tiče se, naime, *rada koji deca obavljaju kao deo zvaničnog programa obuke, odnosno zvaničnog obrazovnog programa*, po pravilu, radi sticanja sposobnosti koje će im u budućnosti omogućiti lakše zapošljavanje. Formalna priroda ovih programa (tj. njihova integrisanost u zvanični kurikulum) redovno pretpostavlja to da je nadležni organ koji je propisao određeni program – utvrdio

75 Konvencija broj 138, član 3.

76 Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

77 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

78 *Ibid.*

грама обуке или образовног програма, и то ради стицања способности које ће им у будућности омогућити лакше запошљавање. Потебно је да је програм прописан од стране надлежног органа који је и прописао услове рада деце. И код рада малолетника који су навршили 14 година, ако се он организује у предузећима, као део: а) течаја или обуке за које је првенствено одговорна школа; б) програма обуке који је одобрио надлежни орган и који се у целости или претежно изводи у предузећу; ц) програма оријентације који треба да олакша избор занимања или врсте стручног оспособљавања. Државе могу дозволити и рад лица млађих од 15 година било у оквиру или ван радног односа на лаким пословима. Овај изузетак је утврђен са прописивањем минималног старосног прага и примењује се у погледу малолетмика од 13 до 15 година. Под лаким пословима се сматрају послови који нису штетни за здравље, развој и образовање деце (у смислу похађања школе, учешћа у одобреним програмима професионалне оријентације или обуке, те способности деце да прате наставу). Реч је, о пословима који не могу угрозити добробит детета, због чега се њихово обављање сматра прихватљивим и корисним за развој детета. Оно што је битно да се захтева постојање сагласности родитеља или другог законског заступника за ангажовање детета. На тај начин се осигурава да посао одговара способностима детета и не омета његово образовање.

Постоји и другачији приступ, када се дефинисање лаких послова везује, не за способност деце и штетност по њихов развој, већ за квантитативни критеријум оличен у броју радних сати које деца (не)смеју провести на радном месту. Даље, могуће је прописати списак тзв. лаких послова, нешто налик негативног одређивања, кад се изричито прописује који су то штетни послови. Свакако да постоји висок ниво сагласности да лаки посао не може бити онај посао који се обавља ноћу, нема довољан број сати одмора или се обавља током трајања наставе малолетника. Иако се лаки послови не могу поистоветити са редовним пословима, ипак, уз напомену да се ради о радном ангажовању деце, не сме изоставити потребне стандарде надзора и процене како утиче на дете и да ли је противан најбољем интересу детета.

Неки облици лаких послова имплицирају да не могу угрозити благостање детета. Могло би се помислити да је кућни рад релативно „безбедан" у поређењу са другим занимањима описаним у овом поглављу. Међутим, то није увек тако. Пошто кућни рад, као вековна радна и породична пракса, обично није регулисан, чак ни Конвенција бр. 182 не помиње кућни рад међу најгорим облицима дечијег рада.[448] Такве ситуације код кућног рада могу бити сличне ропству, посебно јер је ропство егзистирало у кућном, породичном окружењу. Ова врста посла је често скривена од очију јавности и налази се испод законског радара регулације, тим пре што се у појединим друштвима, плаћени рад малолетника

448 О овој конвенцији, R. Maconachie, N. Howard, R. Bock, *op. cit.*, стр. 40.

lica starija od 16 godina, ako su im obezbeđeni potpuna zaštita, primerena uputstva i profesionalna obuka.[75]

U najekstremnijim slučajevima, rad koji je opasan ili štetan za mentalni, fizički, socijalni ili moralni razvoj dece može imati za posledicu i njihovo ropstvo ili položaj sličan ropstvu, odvajanje od njihovih porodica ili izloženost ozbiljnim opasnostima. To je uvaženo u odredbama Konvencije broj 182, kojima se od država zahetva hitno preduzimanje delotvornih mera, kako bi se obezbedila zabrana i ukidanje najgorih oblika rada lica mlađih od 18 godina. Premda ratifikacijom ove konvencije, države preuzimaju obligaciju sredstva, ispunjavanje ugovornih obaveza pretpostavlja preduzimanje konkretnih kratkoročnih (zakonodavne mere) i dugoročnih mera (mere socijalnih službi i sl.).[76]

Najgori oblici dečijeg rada koji su zabranjeni Konvencijom broj 182 se, pritom, mogu klasifikovati u dve kategorije. Prvu od njih čine *aktivnosti koje se, po definiciji, smatraju najgorim oblicima dečijeg rada*, što znači da se takva kvalifikacija ne može izmeniti, čak i kada bi se unapredili uslovi rada,[77] a, što, u smislu Konvencije broj 182, vredi za: 1) ropski rad, prodaju i trgovinu decom, dužničko ropstvo, prinudni ili obavezni rad dece, uključujući njihovo prinudno regrutovanje za učešće u oružanim sukobima; 2) korišćenje ili nuđenje dece za prostituciju ili pornografiju; 3) korišćenje ili nuđenje dece za učešće u drugim nezakonitim aktivnostima, poput proizvodnje i prodaje droge. Konvencijom broj 182 neposredno je zabrnajeno da lica mlađa od 18 godina obavljaju ove aktivnosti, što znači da države ugovornice ne mogu doneti odluku da li će se neka od njih smatrati najgorim oblikom dečijeg rad ili ne. Pored ova tri najgora oblika dečijeg rada, Konvencija broj 182 zabranjuje i opasni rad, tj. rad čija su priroda ili okolnosti u kojima se on obavlja takvi da mogu da nanesu štetu zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. Potonja vrsta najgoreg oblika dečijeg rada bi, pritom, predstavljala drugu kategoriju prinudnog rad, a, u smislu ranije pomenute klasifikacije. Reč je o *aktivnostima koje se smatraju najgorim oblicima dečijeg rada po uslovima,* i čiji spisak treba odrediti na nacionalnom nivou.[78]

2.3.3. Posebna pravila za lake poslove

Države ugovornice Konvencije broj 138 mogu dozvoliti rad lica mlađih od propisanog standarda, ako je to neophodno za njihovo obrazovanje i obuku, kao i ako je reč o lakim poslovima koji nisu štetni za dete, ili, pak, o učešću deteta u umetničkim i sličnim manifestacijama.

Prvi od ovih izuzetaka tiče se, naime, *rada koji deca obavljaju kao deo zvaničnog programa obuke, odnosno zvaničnog obrazovnog programa*, po pravilu, radi sticanja sposobnosti koje će im u budućnosti omogućiti lakše zapošljavanje. Formalna priroda ovih programa (tj. njihova integrisanost u zvanični kurikulum) redovno pretpostavlja to da je nadležni organ koji je propisao određeni program – utvrdio

75 Konvencija broj 138, član 3.

76 Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

77 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

78 *Ibid.*

грама обуке или образовног програма, и то ради стицања способности које ће им у будућности омогућити лакше запошљавање. Потребно је да је програм прописан од стране надлежног органа који је и прописао услове рада деце. И код рада малолетника који су навршили 14 година, ако се он организује у предузећима, као део: а) течаја или обуке за које је првенствено одговорна школа; б) програма обуке који је одобрио надлежни орган и који се у целости или претежно изводи у предузећу; ц) програма оријентације који треба да олакша избор занимања или врсте стручног оспособљавања. Државе могу дозволити и рад лица млађих од 15 година било у оквиру или ван радног односа на лаким пословима. Овај изузетак је утврђен са прописивањем минималног старосног прага и примењује се у погледу малолетмика од 13 до 15 година. Под лаким пословима се сматрају послови који нису штетни за здравље, развој и образовање деце (у смислу похађања школе, учешћа у одобреним програмима професионалне оријентације или обуке, те способности деце да прате наставу). Реч је, о пословима који не могу угрозити добробит детета, због чега се њихово обављање сматра прихватљивим и корисним за развој детета. Оно што је битно да се захтева постојање сагласности родитеља или другог законског заступника за ангажовање детета. На тај начин се осигурава да посао одговара способностима детета и не омета његово образовање.

Постоји и другачији приступ, када се дефинисање лаких послова везује, не за способност деце и штетност по њихов развој, већ за квантитативни критеријум оличен у броју радних сати које деца (не)смеју провести на радном месту. Даље, могуће је прописати списак тзв. лаких послова, нешто налик негативног одређивања, кад се изричито прописује који су то штетни послови. Свакако да постоји висок ниво сагласности да лаки посао не може бити онај посао који се обавља ноћу, нема довољан број сати одмора или се обавља током трајања наставе малолетника. Иако се лаки послови не могу поистоветити са редовним пословима, ипак, уз напомену да се ради о радном ангажовању деце, не сме изоставити потребне стандарде надзора и процене како утиче на дете и да ли је противан најбољем интересу детета.

Неки облици лаких послова имплицирају да не могу угрозити благостање детета. Могло би се помислити да је кућни рад релативно „безбедан" у поређењу са другим занимањима описаним у овом поглављу. Међутим, то није увек тако. Пошто кућни рад, као вековна радна и породична пракса, обично није регулисан, чак ни Конвенција бр. 182 не помиње кућни рад међу најгорим облицима дечијег рада.[448] Такве ситуације код кућног рада могу бити сличне ропству, посебно јер је ропство егзистирало у кућном, породичном окружењу. Ова врста посла је често скривена од очију јавности и налази се испод законског радара регулације, тим пре што се у појединим друштвима, плаћени рад малолетника

448 О овој конвенцији, R. Maconachie, N. Howard, R. Bock, *op. cit.*, стр. 40.

i uslove rada dece u okviru tog programa. Odgovarajući uslovi se mogu razumeti i kao efikasna ograničenja za korišćenje dečijeg rada i sprečavanje njihovog ekonomskog iskorišćavanja.[79] To je i razlog što se Konvencija (i opšti standard o minimalnom uzrastu od 15 godina) *ne* primenjuje na rad, koji deca i omladina obavljaju u školama za opšte, stručno ili tehničko obrazovanje ili u drugim ustanovama za obuku.[80] Isto vredi i za rad lica koja su navršila 14 godina, ako se on organizuje u preduzećima, kao deo: a) tečaja ili obuke za koje je prvenstveno odgovorna škola; b) programa obuke koji je odobrio nadležni organ i koji se u celosti ili pretežno izvodi u preduzeću; c) programa orijentacije koji treba da olakša izbor zanimanja ili vrste stručnog osposobljavanja.

Izvorima prava unutrašnjeg porekla može se dozvoliti i *rad lica mlađih od 15 godina (u okviru ili van radnog odnosa) na lakim poslovima*.[81] Ovaj izuzetak nije, međutim, utvrđen bez minimalnog starosnog praga, već se može primeniti samo u pogledu lica uzrasta od 13 do 15 godina, s tim što u državama u razvoju (u kojima opšti uslov za zapošljavanje iznosi 14 godina), poslove ove vrste mogu obavljati i lica od 12–14. godine života. „Lakim poslovima", pri tome, treba smatrati poslove koji nisu štetni za zdravlje, razvoj i obrazovanje ovih lica (u smislu pohađanja škole, učešća u odobrenim programima profesionalne orijentacije ili obuke, te sposobnosti dece da prate nastavu). Reč je, dakle, o poslovima koji ne mogu ugroziti dobrobit deteta, zbog čega se njihovo obavljanje smatra prihvatljivim, pa, i korisnim za njegov razvoj. Kada je reč o uslovima u kojima se ovi poslovi obavljaju, u stranim pravima, najznačajnije ograničenje predstavlja postojanje saglasnosti roditelja ili drugog zakonskog zastupnika za angažovanje deteta, jer je to važna garantija da dete obavlja posao koji odgovara njegovim sposobnostima i koji ne ometa njegovo školovanje. Ipak, postoje i države koje vezuju ispunjenost konvencijskih široko postavljenih uslova za kvalifikaciju lakih poslova – za određivanje maksimalnog broja radnih sati (na dnevnom ili nedeljnom nivou) ili za povremenu prirodu ovih poslova ili, pak, za rad u preduzećima u kojima su zaposleni samo članovi porodice vlasnika preduzeća.[82] Takođe, u nekim pravnim sistemima se utvrđuje i indikativni spisak

79 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 33.

80 Konvencija broj 138, član 6.

81 Konvencija broj 138, član 7.

82 Strana prava se, pritom, razlikuju prema stepenu zahtevane saglasnosti roditeljâ za zapošljavanje maloletnikâ u porodičnim preduzećima, u kojima rade samo članovi porodice i kojima neretko upravlja jedan od roditelja maloletnika. U mnogim državama se, tako, pretpostavlja da u tim radnim sredinama postoji (prećutna) saglasnost roditelja sa zasnivanjem radnog odnosa sa maloletnikom, jer prisustvo članova porodice u preduzeću garantuje da će maloletnik biti zaštićen od opasnosti na radu. Ipak, saglasnost roditelja, ni u kom slučaju, ne može biti dovoljna da maloletnik zasnuje radni odnos za obavljanje poslova koji bi mogli da ugroze njegovo zdravlje, moral i obrazovanje. Isto vredi i za slučajeve eksploatacije rada maloletnikâ, budući da su oni posebno osetljiva kategorija zaposlenih i da su (stvarno i *de iure*) zavisni od roditelja. Stoga verujemo da, po uzoru na stroga pravila vezana za zabranu dečijeg rada, posebno prinudnog dečjeg rada, saglasnost roditelja ne može biti dovoljna ni za angažovanje maloletnika za obavljanje poslova koji vode njegovoj eksploataciji, jer bi u tom slučaju, roditelji koji bi se saglasali sa radnim angažovanjem maloletnika, postupali protiv najboljeg interesa deteta. Stoga i ne bi trebalo smatrati da je maloletnik dobrovoljno zasnovao radni odnos. Franziska Humbert, *The challenge of child labour in international law,* Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 84.

грама обуке или образовног програма, и то ради стицања способности које ће им у будућности омогућити лакше запошљавање. Потребно је да је програм прописан од стране надлежног органа који је и прописао услове рада деце. И код рада малолетника који су навршили 14 година, ако се он организује у предузећима, као део: а) течаја или обуке за које је првенствено одговорна школа; б) програма обуке који је одобрио надлежни орган и који се у целости или претежно изводи у предузећу; ц) програма оријентације који треба да олакша избор занимања или врсте стручног оспособљавања. Државе могу дозволити и рад лица млађих од 15 година било у оквиру или ван радног односа на лаким пословима. Овај изузетак је утврђен са прописивањем минималног старосног прага и примењује се у погледу малолетмика од 13 до 15 година. Под лаким пословима се сматрају послови који нису штетни за здравље, развој и образовање деце (у смислу похађања школе, учешћа у одобреним програмима професионалне оријентације или обуке, те способности деце да прате наставу). Реч је, о пословима који не могу угрозити добробит детета, због чега се њихово обављање сматра прихватљивим и корисним за развој детета. Оно што је битно да се захтева постојање сагласности родитеља или другог законског заступника за ангажовање детета. На тај начин се осигурава да посао одговара способностима детета и не омета његово образовање.

Постоји и другачији приступ, када се дефинисање лаких послова везује, не за способност деце и штетност по њихов развој, већ за квантитативни критеријум оличен у броју радних сати које деца (не)смеју провести на радном месту. Даље, могуће је прописати списак тзв. лаких послова, нешто налик негативног одређивања, кад се изричито прописује који су то штетни послови. Свакако да постоји висок ниво сагласности да лаки посао не може бити онај посао који се обавља ноћу, нема довољан број сати одмора или се обавља током трајања наставе малолетника. Иако се лаки послови не могу поистоветити са редовним пословима, ипак, уз напомену да се ради о радном ангажовању деце, не сме изоставити потребне стандарде надзора и процене како утиче на дете и да ли је противан најбољем интересу детета.

Неки облици лаких послова имплицирају да не могу угрозити благостање детета. Могло би се помислити да је кућни рад релативно „безбедан" у поређењу са другим занимањима описаним у овом поглављу. Међутим, то није увек тако. Пошто кућни рад, као вековна радна и породична пракса, обично није регулисан, чак ни Конвенција бр. 182 не помиње кућни рад међу најгорим облицима дечијег рада.[448] Такве ситуације код кућног рада могу бити сличне ропству, посебно јер је ропство егзистирало у кућном, породичном окружењу. Ова врста посла је често скривена од очију јавности и налази се испод законског радара регулације, тим пре што се у појединим друштвима, плаћени рад малолетника

448 О овој конвенцији, R. Maconachie, N. Howard, R. Bock, *op. cit.*, стр. 40.

lakih poslova ili, pak, spisak poslova koji se tako ne mogu kvalifikovati, premda se u mnogim državama posao može smatrati lakim samo ako ispunjava određene uslove (npr. da se obavlja samo danju, ili najviše određeni broj radnih sati, ili da ga prati odmor određenog minimalnog trajanja, ili da se ne obavlja tokom perioda održavanja školskih časova, ili da se obavlja samo uz saglasnost roditelja ili drugog zakonskog zastupnika i sl.).

No, kakva god da su nomotehnička rešenja usvojena, da bi se precizno kvalifikovali laki poslovi, izuzetno je važno da se oni ne tretiraju kao poslovi koji su manje važni ili manje stvarni od poslova koje obavljaju lica koja ispunjavaju opšti uslov za zapošljavanje. Suprotan pristup doprineo bi ukorenjivanju mišljenja da obavljanje lakih poslova ne zahteva stvaran nadzor. Umesto toga, trebalo bi afirmisati stav da obavljanje lakih poslova predstavlja rad kao i svaki drugi, ne bi li se deci koja ga obavljaju pružila neophodna zaštita, uz mogućnost izricanja prekršajnih i krivičnih sankcija protiv lica koja od njega imaju koristi, ali ga nisu organizovala u skladu sa propisanim uslovima. Tako je, primera radi, u jurisprudenciji Evropskog komiteta za socijalna prava, kao tela Saveta Evrope nadležnog za nadzor nad primenom Evropske socijalne povelje, afirmisan stav da zabrana rada lica mlađih od 15 godina može biti derogirana samo ako je katalog dopuštenih poslova strogo ograničen, ako su oni stvarno lagani i ako ne ugrožavaju moral, zdravlje ili obrazovanje određenog lica.[83] Prvi zahtev, preciznije, podrazumeva obavezu država ugovornica Evropske socijalne povelje da utvrde spisak lakih poslova za čije obavljanje mogu biti angažovana lica mlađa od 15 godina ili, pak, indikativni spisak poslova na kojima je zabranjeno zapošljavanje dece.[84] Kada je, pak, reč o proceni ispunjenosti drugog zahteva, naročito treba uzeti u obzir prirodu određenog posla, maksimalni broj radnih sati, deo dana tokom kojeg se rad obavlja (pre ili posle škole, za vreme školskog raspusta i sl.), kao i postojanje mogućnosti za delotvorno ostvarivanje pravâ na obavezne pauze i dnevni i nedeljni odmor.[85] S tim u vezi, valja uočiti i to da se standardi Saveta Evrope razlikuju od standarda Međunarodne organizacije rada po tome što deca čiji su poslodavci njihovi srodnici nisu isključena iz zaštitnog zakonodavstva.[86]

Takođe, u praksi Evropskog komiteta za socijalna prava je potvrđeno da rad *u domaćinstvu*, sam po sebi, ne predstavlja „lak posao". S tim u vezi, valja imati u vidu da se u nekim državama, za obavljanje kućnih poslova, redovno, čak, i tradicionalno, angažuju maloletnici, kao jeftiniji i manje zahtevni radnici. Ovo tim pre što se u pojedinim društvima, plaćeni rad maloletnikâ u domaćinstvu smatra društveno i kulturno prihvatljivim, pa i poželjnim, zbog uverenja da se, u ovom slučaju, radi u porodičnom okruženju i zaštićenoj radnoj sredini.[87] U tim sredinama, poslodavci za

83 Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, 187.

84 *Ibid.*, 186.

85 *Ibid.*

86 „Protection of children and young persons in international labour law", 85.

87 International Labour Conference, 89th Session 2001, *Stopping forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2001, 29–30.

у домаћинству сматра друштвено и културно прихватљивим, па и пожељним услед уверења да се ради о породичном окружењу и заштићеној радној средини за дете.[449] У тим срединама, послодавци за обављање послова у домаћинству неретко ангажују децу својих сиромашних или мање образованих сродника и породичних пријатеља, уз обавезу да се о њима старају и обезбеде њихово образовање. Родно посматрано, рад девојчица у домаћинству се у многим друштвима сматра припремом за будући породични живот.

3.1.3. Правила МОР поводом (минималног) узраста за заснивање радног односа

Конвенција МОР број 138 садржи и сет посебних правила у погледу опасних или лаких послова за које се захтева виши, односно нижи, праг за запошљавање. Имајући у виду ове изузетке, може се закључити да, у смислу важећих стандарда МОР, дечији рад, који би требало укинути, није сваки облик рада деце млађе од 15 година.

Учешће деце или адолесцената у раду који не утиче на њихово здравље и лични развој нити омета њихово школовање, генерално се сматра нечим позитивним. То укључује активности као што су помоћ родитељима око куће, помоћ у породичном послу или зарађивање џепараца ван школске наставе и током школских распуста. Ове врсте активности доприносе развоју деце и добробити њихових породица, пружају деци стицање вештина и искуства, те им помажу да се припреме да буду продуктивни чланови друштва током свог одраслог живота.

Под дечијим радом који треба укинути сматра се рад који „лишава децу њиховог детињства, потенцијала и достојанства и који је штетан по њихов физички и ментални развој".[450] Реч је, прецизније, о раду који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце, и који шкоди њиховом школовању, притиска да се прерано напусти школа или захтева да се школовање комбинује са изузетно дуготрајним и тешким радом. За рад на пословима чији су природа или околности у којима се обављају такви да би могли да угрозе здравље, безбедност и морал малолетника, потребно је да запослени навршили 18 година живота. Изузетно могу се запошљавати и лица старија од 16 година, ако су им обезбеђени потпуна заштита, примерена упутства и професионална обука. У најекстремнијим случајевима, рад који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце може имати за последицу и њихово ропство или ропски

449 Тако према одредбама Конвенције МОР број 189 о радницима који обављају плаћени рад у домаћинству, утврђено је да минимални узраст за заснивање радног односа у домаћинству послодавца не може бити нижи од општег услова за заснивање радног односа. Препорука уз ову конвенцију наводи да су државе позване да идентификују опасне послове у домаћинству и забране запошљавање малолетника за њихово обављање.

450 Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, стр. 550.

lakih poslova ili, pak, spisak poslova koji se tako ne mogu kvalifikovati, premda se u mnogim državama posao može smatrati lakim samo ako ispunjava određene uslove (npr. da se obavlja samo danju, ili najviše određeni broj radnih sati, ili da ga prati odmor određenog minimalnog trajanja, ili da se ne obavlja tokom perioda održavanja školskih časova, ili da se obavlja samo uz saglasnost roditelja ili drugog zakonskog zastupnika i sl.).

No, kakva god da su nomotehnička rešenja usvojena, da bi se precizno kvalifikovali laki poslovi, izuzetno je važno da se oni ne tretiraju kao poslovi koji su manje važni ili manje stvarni od poslova koje obavljaju lica koja ispunjavaju opšti uslov za zapošljavanje. Suprotan pristup doprineo bi ukorenjivanju mišljenja da obavljanje lakih poslova ne zahteva stvaran nadzor. Umesto toga, trebalo bi afirmisati stav da obavljanje lakih poslova predstavlja rad kao i svaki drugi, ne bi li se deci koja ga obavljaju pružila neophodna zaštita, uz mogućnost izricanja prekršajnih i krivičnih sankcija protiv lica koja od njega imaju koristi, ali ga nisu organizovala u skladu sa propisanim uslovima. Tako je, primera radi, u jurisprudenciji Evropskog komiteta za socijalna prava, kao tela Saveta Evrope nadležnog za nadzor nad primenom Evropske socijalne povelje, afirmisan stav da zabrana rada lica mlađih od 15 godina može biti derogirana samo ako je katalog dopuštenih poslova strogo ograničen, ako su oni stvarno lagani i ako ne ugrožavaju moral, zdravlje ili obrazovanje određenog lica.[83] Prvi zahtev, preciznije, podrazumeva obavezu država ugovornica Evropske socijalne povelje da utvrde spisak lakih poslova za čije obavljanje mogu biti angažovana lica mlađa od 15 godina ili, pak, indikativni spisak poslova na kojima je zabranjeno zapošljavanje dece.[84] Kada je, pak, reč o proceni ispunjenosti drugog zahteva, naročito treba uzeti u obzir prirodu određenog posla, maksimalni broj radnih sati, deo dana tokom kojeg se rad obavlja (pre ili posle škole, za vreme školskog raspusta i sl.), kao i postojanje mogućnosti za delotvorno ostvarivanje pravâ na obavezne pauze i dnevni i nedeljni odmor.[85] S tim u vezi, valja uočiti i to da se standardi Saveta Evrope razlikuju od standarda Međunarodne organizacije rada po tome što deca čiji su poslodavci njihovi srodnici nisu isključena iz zaštitnog zakonodavstva.[86]

Takođe, u praksi Evropskog komiteta za socijalna prava je potvrđeno da rad *u domaćinstvu*, sam po sebi, ne predstavlja „lak posao". S tim u vezi, valja imati u vidu da se u nekim državama, za obavljanje kućnih poslova, redovno, čak, i tradicionalno, angažuju maloletnici, kao jeftiniji i manje zahtevni radnici. Ovo tim pre što se u pojedinim društvima, plaćeni rad maloletnikâ u domaćinstvu smatra društveno i kulturno prihvatljivim, pa i poželjnim, zbog uverenja da se, u ovom slučaju, radi u porodičnom okruženju i zaštićenoj radnoj sredini.[87] U tim sredinama, poslodavci za

83 Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, 187.

84 *Ibid.*, 186.

85 *Ibid.*

86 „Protection of children and young persons in international labour law", 85.

87 International Labour Conference, 89th Session 2001, *Stopping forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2001, 29–30.

у домаћинству сматра друштвено и културно прихватљивим, па и пожељним услед уверења да се ради о породичном окружењу и заштићеној радној средини за дете.[449] У тим срединама, послодавци за обављање послова у домаћинству неретко ангажују децу својих сиромашних или мање образованих сродника и породичних пријатеља, уз обавезу да се о њима старају и обезбеде њихово образовање. Родно посматрано, рад девојчица у домаћинству се у многим друштвима сматра припремом за будући породични живот.

3.1.3. Правила МОР поводом (минималног) узраста за заснивање радног односа

Конвенција МОР број 138 садржи и сет посебних правила у погледу опасних или лаких послова за које се захтева виши, односно нижи, праг за запошљавање. Имајући у виду ове изузетке, може се закључити да, у смислу важећих стандарда МОР, дечији рад, који би требало укинути, није сваки облик рада деце млађе од 15 година.

Учешће деце или адолесцената у раду који не утиче на њихово здравље и лични развој нити омета њихово школовање, генерално се сматра нечим позитивним. То укључује активности као што су помоћ родитељима око куће, помоћ у породичном послу или зарађивање џепараца ван школске наставе и током школских распуста. Ове врсте активности доприносе развоју деце и добробити њихових породица, пружају деци стицање вештина и искуства, те им помажу да се припреме да буду продуктивни чланови друштва током свог одраслог живота.

Под дечијим радом који треба укинути сматра се рад који „лишава децу њиховог детињства, потенцијала и достојанства и који је штетан по њихов физички и ментални развој".[450] Реч је, прецизније, о раду који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце, и који шкоди њиховом школовању, притиска да се прерано напусти школа или захтева да се школовање комбинује са изузетно дуготрајним и тешким радом. За рад на пословима чији су природа или околности у којима се обављају такви да би могли да угрозе здравље, безбедност и морал малолетника, потребно је да запослени навршили 18 година живота. Изузетно могу се запошљавати и лица старија од 16 година, ако су им обезбеђени потпуна заштита, примерена упутства и професионална обука. У најекстремнијим случајевима, рад који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце може имати за последицу и њихово ропство или ропски

449 Тако према одредбама Конвенције МОР број 189 о радницима који обављају плаћени рад у домаћинству, утврђено је да минимални узраст за заснивање радног односа у домаћинству послодавца не може бити нижи од општег услова за заснивање радног односа. Препорука уз ову конвенцију наводи да су државе позване да идентификују опасне послове у домаћинству и забране запошљавање малолетника за њихово обављање.

450 Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, стр. 550.

obavljanje poslova u domaćinstvu neretko angažuju decu svojih siromašnijih ili manje obrazovanih srodnika ili porodičnih prijatelja, uz obavezu da se o njima staraju i, u najboljem slučaju, pobrinu za njihovo obrazovanje. Osim toga, rad devojčica u domaćinstvu se, u mnogim društvima, smatra svojevrsnom pripremom za budući bračni i porodični život, što dodatno doprinosi nerazumevanju rada u domaćinstvu kao ekonomske aktivnosti i oblika (zabranjenog) dečijeg rada. To je i razlog što je odredbama Konvencije Međunarodne organizacije rada o pristojnom radu pomoćnog kućnog osoblja utvrđeno da minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa u domaćinstvu poslodavca ne može biti niži od opšteg uslova za zasnivanje radnog odnosa,[88] dok su u pratećoj preporuci države pozvane da identifikuju opasne poslove u domaćinstvu i zabrane zapošljavanje maloletnikâ za njihovo obavljanje.[89]

Konačno, u individualnim slučajevima, nadležni organi javne vlasti država ugovornica Konvencije broj 138 mogu dozvoliti *učešće dece u umetničkim manifestacijama ili događajima organizovanim u slične svrhe*. To, dalje, znači da, u načelu, deca mlađa od 15 godina ne treba da učestvuju u profesionalnim umetničkim manifestacijama, ali da se, u izuzetnim slučajevima, može uvažiti potreba za njihovim uključivanjem u određene kulturne i druge slične događaje, od onih tradicinalnih (npr. nastupanje na koncertima kulturno-umetničkih društava) do onih visoko komercijalizovanih (npr. snimanje muzičkih spotova ili reklama). Odredbama Konvencije, pritom, nije određen pojam umetničkih manifestacija, ali se pod njim uobičajeno smatraju javne manifestacije, kao i izvođenja koja su im bliska, poput snimanja filmova.[90] Na istom fonu su standardi Evropske unije, po kojima je zapošljavanje dece u kulturi, umetnosti, sportu i reklamnoj delatnosti uslovljeno prethodnim ovlašćenjem nadležnog državnog organa ili tela,[91] pod uslovom da nadležni subjekt za to izda ovlašćenje u svakom individualnom slučaju. Predmetni zahtev ne znači, međutim, i to da je prethodno ovlašćenje za zapošljavanje svakog pojedinog deteta potrebno i u slučaju kada je u određenu aktivnost uključeno više dece,[92] dok države u kojima je on ustanovljen, imaju pravo da zadrže poseban sistem autorizacije za zapošljavanje u agencijama za modele i manekene.[93]

2.3.4. Osobena pravna priroda standarda sadržanih u konvencijama br. 138 i 182

Značaj koji standardi sadržani u konvencijama broj 138 i 182 imaju u međunarodnom radnom pravu potvrđuje Deklaracija o osnovnim načelima i pravima na radu, koju je Međunarodna organizacija rada usvojila 1998. godine. Ovom deklaracijom je, naime, priznat fundamentalni karakter ukidanju dečjeg rada (kao i još

88 Domestic Workers Convention, 2011 (no. 189), član 4.

89 Domestic Workers Recommendation, 2011 (No. 201), tačka 5. Više o ovom pitanju vid. u našem radu „Plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca", *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2013, 75–102.

90 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 36.

91 Direktiva Saveta 94/33/EZ, član 5, stav 1.

92 Roger Blanpain, *European labour law*, Thirteenth revised edition, Kluwer Law International, The Hage/London/New York, 2012, 534.

93 Direktiva Saveta 94/33/EZ, član 5, stav 4.

положај,[451] одвајање деце од њихових породица или изложеност деце другим озбиљним опасностима.

Конвенција МОР број 182, као најтеже облике дечијег рада, наводи следеће радње: сви облици ропства или обичаји слични ропству, као што су продаја и промет деце, дужничко ропство и кметство и принудни[452] или обавезни рад, укључујући принудно или обавезно регрутовање деце за искоришћавање у оружаном сукобу; искоришћавање, набављање или нуђење детета за проституцију, производњу порнографије или за порнографске представе; искоришћавање, набављање или нуђење детета за незаконите активности, нарочито за производњу и промет дроге сходно дефиницијама из релевантних међународних уговора; рад који је, по својој природи или околностима у којима се обавља, вероватно штетан по здравље, безбедност или морал деце. Гласање за овај међународни споразум било је једногласно, изражавајући растући међународни консензус да су одређени облици дечјег рада толико фундаментално у супротности са основним људским правима деце, да морају бити искорењени као приоритет.

Најгори облици дечијег рада који су забрањени Конвенцијом МОР број 182 се могу класификовати у две категорије. Прву чине активности које се, по дефиницији, сматрају најгорим облицима дечијег рада, што значи да се таква квалификација не може изменити чак и када би се унапредили услови рада. То се односи на: 1) ропски рад, продају и трговину децом, дужничко ропство, принудни или обавезни рад деце, укључујући њихово принудно регрутовање за учешће у оружаним сукобима; 2) коришћење или нуђење деце за проституцију или порнографију; 3) коришћење или нуђење деце за учешће у другим незаконитим активностима, попут производње и продаје дроге. Дечји рад се некада дефинише кроз децу – деца која раде са било којим занатлијама или раде у разним индустријама или у пољопривреди, сами или са својом породицом.[453] Дечји рад се односи на чин експлоатације деце ангажовањем у било ком

451 Наводи се да савремено ропство одликују специфични фактори попут повећања броја људи на глобалном нивоу, економских промена и државне корупције, K. Bales, *op. cit.*, стр. 24. Видети и Todd Landman, "Measuring Modern Slavery: Law, Human Rights, and New Forms of Data", *Human Rights Quarterly*, Vol. 42, Num. 2, May 2020, стр. 303–331.

452 У области пољопривреде, дужничко ропство према земљопоседнику је посебна врста принудног рада која може да зароби децу из сиромашних породица у пољопривреди без земље, или са премало земље, да би се задовољиле егзистенцијалне потребе у тој области. Ако се родитељи задуже, посебно у сиромашним, неразвијеним земљама, неретко немају много избора него да обавежу своју децу на пољопривредни или кућни рад, како би отплатила њихов дуг. Дужничко ропство ставља децу на милост и немилост земљопоседника (или извођача радова или зајмодавца), где трпе економске тешкоће и потпуно су лишена образовања. Дечји рад у дужничком ропству цвета у различитим деловима света – не само у Јужној Азији, са којом се најчешће повезује, већ и у Латинској Америци, Африци и Југоисточној Азији.

453 A. Eryilmaz, R. Kumek, H. Bek, *op. cit.*, стр. 167.

lica starija od 16 godina, ako su im obezbeđeni potpuna zaštita, primerena uputstva i profesionalna obuka.[75]

U najekstremnijim slučajevima, rad koji je opasan ili štetan za mentalni, fizički, socijalni ili moralni razvoj dece može imati za posledicu i njihovo ropstvo ili položaj sličan ropstvu, odvajanje od njihovih porodica ili izloženost ozbiljnim opasnostima. To je uvaženo u odredbama Konvencije broj 182, kojima se od država zahetva hitno preduzimanje delotvornih mera, kako bi se obezbedila zabrana i ukidanje najgorih oblika rada lica mlađih od 18 godina. Premda ratifikacijom ove konvencije, države preuzimaju obligaciju sredstva, ispunjavanje ugovornih obaveza pretpostavlja preduzimanje konkretnih kratkoročnih (zakonodavne mere) i dugoročnih mera (mere socijalnih službi i sl.).[76]

Najgori oblici dečijeg rada koji su zabranjeni Konvencijom broj 182 se, pritom, mogu klasifikovati u dve kategorije. Prvu od njih čine *aktivnosti koje se, po definiciji, smatraju najgorim oblicima dečijeg rada*, što znači da se takva kvalifikacija ne može izmeniti, čak i kada bi se unapredili uslovi rada,[77] a, što, u smislu Konvencije broj 182, vredi za: 1) ropski rad, prodaju i trgovinu decom, dužničko ropstvo, prinudni ili obavezni rad dece, uključujući njihovo prinudno regrutovanje za učešće u oružanim sukobima; 2) korišćenje ili nuđenje dece za prostituciju ili pornografiju; 3) korišćenje ili nuđenje dece za učešće u drugim nezakonitim aktivnostima, poput proizvodnje i prodaje droge. Konvencijom broj 182 neposredno je zabrnajeno da lica mlađa od 18 godina obavljaju ove aktivnosti, što znači da države ugovornice ne mogu doneti odluku da li će se neka od njih smatrati najgorim oblikom dečijeg rad ili ne. Pored ova tri najgora oblika dečijeg rada, Konvencija broj 182 zabranjuje i opasni rad, tj. rad čija su priroda ili okolnosti u kojima se on obavlja takvi da mogu da nanesu štetu zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. Potonja vrsta najgoreg oblika dečijeg rada bi, pritom, predstavljala drugu kategoriju prinudnog rad, a, u smislu ranije pomenute klasifikacije. Reč je o *aktivnostima koje se smatraju najgorim oblicima dečijeg rada po uslovima,* i čiji spisak treba odrediti na nacionalnom nivou.[78]

2.3.3. Posebna pravila za lake poslove

Države ugovornice Konvencije broj 138 mogu dozvoliti rad lica mlađih od propisanog standarda, ako je to neophodno za njihovo obrazovanje i obuku, kao i ako je reč o lakim poslovima koji nisu štetni za dete, ili, pak, o učešću deteta u umetničkim i sličnim manifestacijama.

Prvi od ovih izuzetaka tiče se, naime, *rada koji deca obavljaju kao deo zvaničnog programa obuke, odnosno zvaničnog obrazovnog programa*, po pravilu, radi sticanja sposobnosti koje će im u budućnosti omogućiti lakše zapošljavanje. Formalna priroda ovih programa (tj. njihova integrisanost u zvanični kurikulum) redovno pretpostavlja to da je nadležni organ koji je propisao određeni program – utvrdio

75 Konvencija broj 138, član 3.

76 Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

77 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

78 *Ibid.*

облику рада који им одузима детињство, омета њихову способност да редовно похађају школу, и негативно утиче њихово здравље и развој.[454]

Конвенцијом је непосредно забрањено да лица млађа од 18 година обављају ове активности, што значи да државе уговорнице не могу донети одлуку да ли ће се нека од тих активности сматрати најгорим обликом дечијег рад или не. Поред поменутих облика дечијег рада, Конвенција број 182 забрањује и опасни рад, тј. рад чија су природа или околности у којима се обавља такви да могу да нанесу штету здрављу, безбедности или моралу детета.

3.2. Сагласност законског заступника

Одобрење, тј. прецизније речено законском терминологијом, сагласност родитеља или другог законског заступника представља специјални услов за заснивање радног односа са особама млађим од 18 година живота. Ваљало би укратко објаснити шта се подразумева под законским заступником малолетника. Појам законског заступника обухвата читав низ особа које имају одређена права и обавезе према детету. Најпре, по редовном животном следу, законски заступници детета су његови биолошки родитељи. Затим законски заступници малолетника могу бити усвојитељи који су у идентичном правном положају као и родитељи. И на крају законски заступник детета поводом пословне способности за закључење уговора о раду може бити старатеља детета. У области запошљавања и радних односа, лице које је навршило одређене године живота, а није стекло пословну способност пре пунолетства на неки од законом дозвољених начина, може да заснује радни однос, ако за то постоји сагласност његовог законског заступника. Овде се јавља једна специфичност, о којој смо такође говорили код пословне способности малолетника, да за настанак уговора, а овде је реч о уговору о раду, није довољна сагласност само две стране, овде сагласност воља радника и послодавца. Поставља се питање ваљаности или зрелости воље једне стране – малолетника. Потреба допуњавања воље малолетника одсликава недовољну зрелост на интелектуалном и на вољном плану у смислу способности расуђивања у пословним односима. Заштита малолетника у области радног права овде се одликује допуњавањем његове воље, тј. потребно је да изјава воље малолетника буде потврђена да би производила правно дејство. Материјалноправну и процесноправну вољу малолетника, изван граница пословне и процесне способности (коју не могу изражавати), надомешћују њихови родитељи или други законски заступници. Малолетници одређеног узраста имају пословну способност за закључење уговора о раду, те последично остваривање свих права и преузимањем обавеза из радног односа. Пословна способност малолетника за закључење уговора о раду се не разликује од пословне способ-

454 R. R. Habib, M. El Khayat, J. Ghananji, R. S. Katrib, L. Hneiny, D. A. Halwani, *op. cit.*, стр. 2.

lica starija od 16 godina, ako su im obezbeđeni potpuna zaštita, primerena uputstva i profesionalna obuka.[75]

U najekstremnijim slučajevima, rad koji je opasan ili štetan za mentalni, fizički, socijalni ili moralni razvoj dece može imati za posledicu i njihovo ropstvo ili položaj sličan ropstvu, odvajanje od njihovih porodica ili izloženost ozbiljnim opasnostima. To je uvaženo u odredbama Konvencije broj 182, kojima se od država zahetva hitno preduzimanje delotvornih mera, kako bi se obezbedila zabrana i ukidanje najgorih oblika rada lica mlađih od 18 godina. Premda ratifikacijom ove konvencije, države preuzimaju obligaciju sredstva, ispunjavanje ugovornih obaveza pretpostavlja preduzimanje konkretnih kratkoročnih (zakonodavne mere) i dugoročnih mera (mere socijalnih službi i sl.).[76]

Najgori oblici dečijeg rada koji su zabranjeni Konvencijom broj 182 se, pritom, mogu klasifikovati u dve kategorije. Prvu od njih čine *aktivnosti koje se, po definiciji, smatraju najgorim oblicima dečijeg rada*, što znači da se takva kvalifikacija ne može izmeniti, čak i kada bi se unapredili uslovi rada,[77] a, što, u smislu Konvencije broj 182, vredi za: 1) ropski rad, prodaju i trgovinu decom, dužničko ropstvo, prinudni ili obavezni rad dece, uključujući njihovo prinudno regrutovanje za učešće u oružanim sukobima; 2) korišćenje ili nuđenje dece za prostituciju ili pornografiju; 3) korišćenje ili nuđenje dece za učešće u drugim nezakonitim aktivnostima, poput proizvodnje i prodaje droge. Konvencijom broj 182 neposredno je zabrnajeno da lica mlađa od 18 godina obavljaju ove aktivnosti, što znači da države ugovornice ne mogu doneti odluku da li će se neka od njih smatrati najgorim oblikom dečijeg rad ili ne. Pored ova tri najgora oblika dečijeg rada, Konvencija broj 182 zabranjuje i opasni rad, tj. rad čija su priroda ili okolnosti u kojima se on obavlja takvi da mogu da nanesu štetu zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. Potonja vrsta najgoreg oblika dečijeg rada bi, pritom, predstavljala drugu kategoriju prinudnog rad, a, u smislu ranije pomenute klasifikacije. Reč je o *aktivnostima koje se smatraju najgorim oblicima dečijeg rada po uslovima,* i čiji spisak treba odrediti na nacionalnom nivou.[78]

2.3.3. Posebna pravila za lake poslove

Države ugovornice Konvencije broj 138 mogu dozvoliti rad lica mlađih od propisanog standarda, ako je to neophodno za njihovo obrazovanje i obuku, kao i ako je reč o lakim poslovima koji nisu štetni za dete, ili, pak, o učešću deteta u umetničkim i sličnim manifestacijama.

Prvi od ovih izuzetaka tiče se, naime, *rada koji deca obavljaju kao deo zvaničnog programa obuke, odnosno zvaničnog obrazovnog programa*, po pravilu, radi sticanja sposobnosti koje će im u budućnosti omogućiti lakše zapošljavanje. Formalna priroda ovih programa (tj. njihova integrisanost u zvanični kurikulum) redovno pretpostavlja to da je nadležni organ koji je propisao određeni program – utvrdio

75 Konvencija broj 138, član 3.

76 Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

77 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

78 *Ibid.*

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Мр Драгана Радовановић

UDK: 349.244-053.2

ДЕЧИЈИ РАД – ПОЈАМ И ФАКТОРИ

Апстракт: *У тексту се одређује појам "дечијег рада" наслањањем на међународне инструменте који за предмет имају, посредно или непосредно, заштиту деце од економског искоришћавања. У тексту се указује на факторе који доводе до настанка, формирања и реализације дечијег рада и експлицира утицај сиромаштва, недовољне развијености, привредних диспаритета, нефункционалних породица, недостатку образовања, миграцији из села у град, дискриминацији на основу пола, неодговорном сексуалном понашању одраслих, штетних традиционалних обичаја, оружаних сукоба и трговини децом на настанак, формирање и реализацију дечијег рада.*

Кључне речи: *дечији рад, фактори дечијег рада, запослена деца.*

1. Појам дечијег рада

Дечији рад представља економску активност коју обављају деца и младе особе. Стога је дефиниција "детета" и дефиниција "рада" од фундаменталног значаја за разумевање суштине дечијег рада.

1.1. Појам детета

Појам "детета" одређен је у међународним инструментима који за предмет, посредно или непосредно, имају заштиту деце од економског искоришћавања. Конвенција о правима детета из 1999. године[1], члан 1, утврђује да је дете "људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који

1 Ова Конвенција усвојена је на Генералној скупштини Уједињених нација 20. новембра 1989. године, а ступила је на снагу 2. септембра 1990. године. Југославија ју је ратификовала законом од 18. децембра 1990. године ("Службени лист СФРЈ" – Међународни уговори број 15/1990).

на појава, девојчице које су радно ангажоване имају мању могућност да се удају и закључе малолетнички брак, услед тога што привређују, остварују приходе и мање су зависне, како од своје биолошке породице, тако и од будућег супружника. Радна експлоатација деце на улицама није ретка појава. Послови у области продаје на улици сматрају се прихватљивим начином за упознавање будућег мужа и стицање средстава за мираз.[494]

Дискриминација на основу пола манифестује се и у области рада и у области образовања деце. Пол представља фактор дечијег рада уколико се девојчицама онемогућава приступ разним врстама и степенима школовања или им се школовање ограничава. У традиционалним друштвима постоје предрасуде да је непотребно улагати новчана средтсва у школовање девојчица, јер девојчицама није потребно никакво знање које се стиче у школи да би успешно обављале своју родну улогу, као и да немају способност као дечаци, те не могу обављати многе послове, нарочито оне који се, према традиционалној подели послова на мушке и женске, сматрају мушким.[495] Шира породица и родитељи могу бити невољни да улажу у образовање своје деце ако се плаше да их неће чекати сигурне одговарајуће економске прилике. У том случају, рад деце се јавља као алтернатива образовању које повлачи несигурну будућу околност. Рад у домаћинству са децом је широко распрострањена пракса у Азији, а и поред низа предузетих мера на међународном плану, можда се чак и погоршао последњих година са растућом неједнакошћу у приходима и руралним сиромаштвом. Истиче се да деца у сеоским руралним срединама раде више сати него деца у урбаним срединама. Деца радом у домаћинству који се углавном састоји од ангажовања девојчица које обављају широк спектар задатака које традиционално касније обављају жене у домаћинству, као што су брига о деци, припрема хране, чишћење куће, прање и пеглање и брига о болеснима.[496] Ове младе жене дају важан економски допринос, стога што ослобађају своје родитеље или послодавце, посебно жене, да траже исплативије запослење у националној радној снази.[497]

Улогу родне равноправности имамо и у делу који се односи на трговину људима, тј. трговину децом. Девојчице су у посебно неповољ-

494 Д. Радовановић, *op. cit.*, стр. 280.

495 Одгајање деце традиционално се сматра „женским послом". У том правцу је и ЕУ доносила низ правила којима би се ублажио овакав став, Claire McGlynn, "Children and European Union law: instrumentalism, protection and empowerment", у: Claire McGlynn, *Families and the European Union*, стр. 61.

496 Истиче се да и даље постоји неједнакост на тржишту рада између жена и мушкараца, Claire McGlynn, "Families, ideologies and value pluralism: towards an epanded concepı of family", у: Claire McGlynn, *Families and the European Union*, стр. 33.

497 Видети Љубинка Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца", *Радно и социјално право*, бр. 2, 2013, стр 75–102.

заштите и разумевања, али их истовремено уводе у свет криминала, алкохола и дроге, што им касније пружа могућност да их уцењују: даће им дрогу или алкохол или их неће пријавити за учињено кривично дело или прекршај, али ће за узврат морати да "нешто одраде"; деца старијег узраста имају склоност ка преузимању ризика, вољу и жељу да изађу из тешке ситуације у којој се налазе, те радо прихватају учињену понуду за остваривање "бољег живота".[29]

2.7. Дискриминација на основу пола

Дискриминација на основу пола представља фактор дечијег рада уколико пол, као карактеристика која није уско повезана са захтевима радног места, чини да родитељи имају неједнак третман у погледу запошљавања и занимања. Они или немају приступ плаћеном запослењу и самозапослењу, или не уживају сигурност статуса сталног радног односа. У таквим условима немају могућност да својим радом, обављајући друштвено корисну делатност, стекну зараду, плату и себи и својој породици обезбеде такав животни стандард да је непотребно прибегавати економској активности деце. Дискриминација на основу пола представља фактор дечијег рада и уколико послодавац практикује дискриминацију на основу пола у погледу награђивања мушкараца и жена за рад једнаке вредности или у погледу напредовања на свим нивоима одговорности, будући да се неједнак третман мушкараца и жене у том погледу непосредно одражава на висину зарада, плата.[30]

Дискриминација на основу пола представља фактор дечијег рада уколико се девојчицама онемогућава приступ разним врстама и степенима школовања или им се школовање ограничава на нижи степен. Постоји схватање да је новац уложен у школовање девојчица бачен новац, јер девојчицама није потребно никакво знање које се стиче у школи да би успешно обављале родну улогу. Осим тога, нису способне као дечаци и не могу успешно обављати многе послове, нарочито оне који се, према традиционалној подели послова на мушке и женске, сматрају мушким. Многе девојчице удају се рано и присиљене су на склапање уговорних бракова, а уколико је породица у финансијској кризи напуштају школу да би финансијски растеретиле родитеље и омогућиле браћи да се школују.[31]

2.8. Оружани сукоби

Оружани сукоби представљају фактор принудног или обавезног регрутовања деце ради учешћа у њима из више разлога: деци је потребно мање пара, хране, одеће и медикамената у односу на одрасле или су обезправљена,

29 Ibidem

30 Op.cit: G.K..LIten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www. childlabour.net/documments/…PovertyAnalysis.pdf.

31 Op.cit: G.K..LIten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www. childlabour.net/documments/…PovertyAnalysis.pdf.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

ЉУБИНКА КОВАЧЕВИЋ

ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ БИБЛИОТЕКА БЕОГРАД

БЕОГРАД • 2021

0000058

Деца не похађају школу, или је напуштају пре редовног завршетка, с обзиром на то да је породици, услед сиромаштва, потребан економски допринос деце да би преживела. Деца раде и доприносе кућном буџету на различите начине, као што су, брига о млађој деци и набавка намирница да би одрасли могли радити изван куће. Услед тога што у многим државама основно образовање није бесплатно а потребни су приходи породичном буџету, деца не похађају школу. Избор између образовања и економске стабилности породице решава се у корист стицања материјалних добара, тачније голе егзистенције.

2. ДУАЛНО ОБРАЗОВАЊЕ

У нашем праву, основно образовање је обавезно, а ученику који је навршио 15 година живота престаје обавеза похађања школе истеком те школске године. Ипак, школа је дужна да ученику који је навршио 15 година живота, а није стекао основно образовање и васпитање, на његов захтев или на захтев његовог законског заступника, омогући школовање до навршених 17 година живота. Малолетни ученик који је навршио 15 година живота може да настави стицање образовања по програму функционалног основног образовања одраслих. Наше право не ограничава заснивање радног односа захтевом који се тиче обавезног школовања, а који предвиђају међународни стандарди, тако да би и малолетник од 15 до 17 година могао да закључи уговор о раду, иако још увек похађа основну школу. Иако се може учинити да је очигледно неусклађено са међународним стандардима, овакво законско решење није супротно Конвенцији МОР број 138. Уговорницама Конвенције је допуштено да националним прописима омогуће и запошљавање или рад особа која имају најмање 15 година, а још нису завршила обавезно школовање под условом да рад задовољава одређене строго утврђене услове. Налазимо да постоји потреба, ако не законским текстом, оно подзаконским актима регулисати нормама потребу да се запосле малолетници који нису завршили обавезно образовање. Тако надлежни министар за послове рада, као и министар надлежан за послове образовања, могу утврдити делатности у којима се може дозволити запошљавање лица која испуњавају општи услов за заснивање радног односа, али нису завршила основну школу. Потребно је уредити и још неке детаље везане за радни однос ових лица – максимални број радних сати, забрана ноћног рада, забрана рада на опасним пословима и друге услове рада ових лица.

Закон о дуалном образовању[420] уређује права и обавезе школе, послодавца и ученика и њихових законских заступника, у вези с реализацијом наставе у систему средњег стручног образовања и васпитања. Реч је о систему у ком се, кроз комбиновање теоријске наставе и вежби

420 Закон о дуалном образовању, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2017, 6/2020, 76/2023.

пружања медијских услуга[2197] и других меродавних прописа. Осим тога, потребне су и измена и допуна Уставне одредбе по којој „деца млађа од 15 година не могу бити запослена", и то на начин да се забрани запошљавања дода и забрана радног ангажовања, уз назнаку да предметне забране нису апсолутне, тј. да могу бити дерогиране у случајевима предвиђеним законом.[2198]

2.3.6.2. Посебна заштита радника који су на обавезном школовању

У нашем праву, основно образовање је обавезно, с тим што ученику који је навршио 15 година живота престаје обавеза похађања школе истеком те школске године. Школа је, међутим, дужна да ученику који је навршио 15 година живота, а није стекао основно образовање и васпитање, на његов захтев или на захтев његовог законског заступника, омогући школовање до навршених 17 година живота.[2199] Такође, ученик који је навршио 15 година живота може да настави стицање образовања по програму функционалног основног образовања одраслих.[2200] Српски законодавац, притом, не ограничава заснивање радног односа *захтевом који се тиче обавезног школовања*, а који предвиђају међународни стандарди. То значи да би и лице узраста од 15 до 17 година могло да закључи уговор о раду, иако још увек похађа основну школу. *Prima facie*, овакво законско решење није супротно Конвенцији МОР број 138, јер је њеним одредбама, видели смо, утврђен општи стандард о минималном узрасту за заснивање радног односа од 15 година, с тим што он не може бити нижи од узраста у којем се окончава обавезно школовање. Примену овог стандарда могу обезбедити различита номотехничка решења, укључујући и оно по којем се законом утврђује минимални узраст који представља општи услов за заснивање радног односа, са или без изричитог помињања завршетка обавезног школовања.[2201] Ипак, у потоњем случају треба обезбедити да малолетници који нису окончали обавезно школовање испуне дужности које имају у вези с тим. Уговорницама Конвенције је, у том смислу, допуштено да националним прописима омогуће и запошљавање или рад лица која имају најмање 15 година, а још нису завршила обавезно школовање, ако рад задовољава одређене строго утврђене услове. Верујемо да постоји потреба да се ово питање уреди и српским Законом о раду, и то тако што би се предвидело да радни однос

2197 Правилник о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга (*Службени гласник РС*, број 25/15).

2198 Нав. према: Предраг Јовановић, „Рањивост деце/омладине и могућност односно забрана њиховог рада", *Радно и социјално право*, број 1/2020, 37.

2199 Закон о основном образовању и васпитању (*Службени гласник РС*, бр. 55/13, 101/17, 10/19 и 27/18), члан 30, ст. 9–10.

2200 *Ibid.*, члан 30, став 11.

2201 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 21. Примера ради, црногорско право као изузетак од правила да навршених 15 година живота представља општи услов за заснивање радног односа предвиђа да „лице које има 15 година живота, а које се налази на обавезном основном школовању, у складу са посебним законом, не може да се запосли". Закон о раду (*Службени лист РЦГ*, број 74/2019), члан 20, став 3.

Деца не похађају школу, или је напуштају пре редовног завршетка, с обзиром на то да је породици, услед сиромаштва, потребан економски допринос деце да би преживела. Деца раде и доприносе кућном буџету на различите начине, као што су, брига о млађој деци и набавка намирница да би одрасли могли радити изван куће. Услед тога што у многим државама основно образовање није бесплатно а потребни су приходи породичном буџету, деца не похађају школу. Избор између образовања и економске стабилности породице решава се у корист стицања материјалних добара, тачније голе егзистенције.

2. ДУАЛНО ОБРАЗОВАЊЕ

У нашем праву, основно образовање је обавезно, а ученику који је навршио 15 година живота престаје обавеза похађања школе истеком те школске године. Ипак, школа је дужна да ученику који је навршио 15 година живота, а није стекао основно образовање и васпитање, на његов захтев или на захтев његовог законског заступника, омогући школовање до навршених 17 година живота. Малолетни ученик који је навршио 15 година живота може да настави стицање образовања по програму функционалног основног образовања одраслих. Наше право не ограничава заснивање радног односа захтевом који се тиче обавезног школовања, а који предвиђају међународни стандарди, тако да би и малолетник од 15 до 17 година могао да закључи уговор о раду, иако још увек похађа основну школу. Иако се може учинити да је очигледно неусклађено са међународним стандардима, овакво законско решење није супротно Конвенцији МОР број 138. Уговорницама Конвенције је допуштено да националним прописима омогуће и запошљавање или рад особа која имају најмање 15 година, а још нису завршила обавезно школовање под условом да рад задовољава одређене строго утврђене услове. Налазимо да постоји потреба, ако не законским текстом, оно подзаконским актима регулисати нормама потребу да се запосле малолетници који нису завршили обавезно образовање. Тако надлежни министар за послове рада, као и министар надлежан за послове образовања, могу утврдити делатности у којима се може дозволити запошљавање лица која испуњавају општи услов за заснивање радног односа, али нису завршила основну школу. Потребно је уредити и још неке детаље везане за радни однос ових лица – максимални број радних сати, забрана ноћног рада, забрана рада на опасним пословима и друге услове рада ових лица.

Закон о дуалном образовању[420] уређује права и обавезе школе, послодавца и ученика и њихових законских заступника, у вези с реализацијом наставе у систему средњег стручног образовања и васпитања. Реч је о систему у ком се, кроз комбиновање теоријске наставе и вежби

420 Закон о дуалном образовању, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2017, 6/2020, 76/2023.

и културних стандарда који су у сагласју с развојем малолетника, те да се обављају за добро заједнице којој припадају ученици и њихове породице.[2207] С друге стране, спречавању радне експлоатације деце доприноси и Правилник о протоколу поступања у установи у одговору на насиље, злостављање и занемаривање, чијим је одредбама експлоатација одређена као „рад који није у најбољем интересу детета и ученика, а у корист је другог лица, установе или организације. Ове активности могу да имају за последицу угрожавање физичког или менталног здравља, моралног, социјалног и емоционалног развоја детета и ученика, његову економску зависност, ускраћивање права на образовање и слободу избора".[2208] Коначно, треба имати у виду и одредбе Закона о дуалном образовању, којима су уређена права и обавезе школе, послодавца и ученикâ и њихових законских заступника, у вези с реализацијом наставе у систему средњег стручног образовања и васпитања. Реч је, прецизније, о систему у ком се, кроз комбиновање теоријске наставе и вежби у школи с учењем кроз рад за послодавца, стичу и развијају знања и вештине у складу с потребама тржишта рада.[2209] Правни однос ученика и послодавца се, притом, успоставља уговором о учењу кроз рад, који ученик или његов законски заступник могу закључити само с послодавцем који је с школом закључио уговор о дуалном образовању, с тим што је у случају раскида уговора о учењу кроз рад, школа дужна да ученику организује учење кроз рад у истом образовном профилу код другог послодавца. Ако за то нема могућности, школа је дужна да ученику обезбеди услове да заврши започето школовање, у складу са законом којим се уређује средње образовање и васпитање.[2210]

2.3.6.4. Заштита малолетникâ који раде ван радног односа

Верујемо да би било изузетно значајно ако би домаћи законодавац, поред питања минималног узраста за заснивање радног односа, уредио и питање ангажовања малолетника за рад ван радног односа, а што је основна обавеза сваке државе која је ратификовала Конвенцију МОР број 138. То, даље, значи да постоји потреба да се одреди минимални узраст за сваки вид (плаћеног или неплаћеног) рада малолетникâ, у смислу уважавања потребе да се обезбеди посебна заштита деце, без обзира на то да ли су закључила уговор о раду или фактички обављају рад за другог. Ово стога што, у пракси, постоје такви облици радног ангажовања лица с навршених 15 година, па, чак и млађих од овог узраста, који, будући да представљају неуређени облик рада малолетникâ, формирају својеврсни „брисани" простор, у којем је допуштено све што није забрањено, а што заслужује посебан опрез и бригу. Ово независно од чињенице да се за од-

2207 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 35.

2208 Правилник о протоколу поступања у установи у одговору на насиље, злостављање и занемаривање (*Службени гласник РС*, бр. 46/19 и 104/20).

2209 Закон о дуалном образовању (*Службени гласник РС*, бр. 101/17 и 6/20), члан 2, тачка 1.

2210 За критику ових решења вид. у Марио Рељановић, *Алтернативно радно законодавство*, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe/Центар за достојанствен рад, Београд 2019, 68–73.

у школи с учењем кроз рад за послодавца, стичу и развијају знања и вештине у складу с потребама тржишта рада. Правни однос ученика и послодавца се регулише једним специфичним уговором – уговором о учењу кроз рад, који ученик или његов законски заступник могу закључити само са послодавцем који је претходно са школом закључио уговор о дуалном образовању. У случају раскида уговора о учењу кроз рад, школа је дужна да ученику организује учење кроз рад у истом образовном профилу код другог послодавца. Ако за то нема могућности, школа је дужна да ученику обезбеди услове да заврши започето школовање, у складу са законом којим се уређује средње образовање и васпитање. Одредбе овог закона примењују се на део средњег стручног образовања и васпитања за образовне профиле у трајању од три, односно четири године и мајсторско и специјалистичко образовање, као и образовање за рад у трајању од две године, у складу са законом.[421]

Оно што је рад који је добар и користан за једно дете, не мора бити рад који је користан по развој другог детета. Такође, корисност рада код деце зависи још од три фактора: узраста детета, социјално економског статуса и психолошког профила детета. Корисност рада умногоме зависи од узраста детета, јер један облик рада може бити штетан по развој млађег детета, док исти рад може бити користан по развој старијег детета – адолесцента. Рад доноси низ позитивних аспеката за адолесценте, па они себе доживљавају као оснажене и стичу самопоуздање и самопоштовање, те стичу осећај да им рад даје друштвену тежину и да је неопходан за њихове породице и заједницу. Путем рада адолесценти проналазе пријатеље и уче ствари које их школа не учи, пре свега, како да стекну независност.[422]

Рад по дете сиромашног статуса може бити користан јер доприноси његовом бољем економском статусу и статусу његове породице. Даље, дете које има предузимљив карактер, које жели да напредује и амбициозно је, показаће изразиту жељу за радом, док пасивно дете, оно дете које нема активан став према раду, неће хтети да ради. Поред неких очигледно штетних облика рада по дете, који требају бити забрањени (рада у тешкој индустрији, играма на срећу, ноћни рад, рад на пословима где има хемијских материја), најчешће је реч о пословима који имају и корисне и штетне ефекте по дете. Тешко је рећи да рад има апсолутно позитиван или апсолутно негативан ефекат по дете.

Комбиновање стручног оспособљавања са основним образовањем одувек је била популарна идеја, посебно у контексту образовања деце из угрожених група, која вероватно неће наставити даље образовање. Многи родитељи фаворизују стручно образовање у односу на ака-

421 За дуално образовање у Србији видети, Габријела Грујић, *Национални модел дуалног образовања: Пут у будућност Србије*, Београд, 2020.

422 B. Röder, *op. cit.*, стр. 279.

и културних стандарда који су у сагласју с развојем малолетника, те да се обављају за добро заједнице којој припадају ученици и њихове породице.[2207] С друге стране, спречавању радне експлоатације деце доприноси и Правилник о протоколу поступања у установи у одговору на насиље, злостављање и занемаривање, чијим је одредбама експлоатација одређена као „рад који није у најбољем интересу детета и ученика, а у корист је другог лица, установе или организације. Ове активности могу да имају за последицу угрожавање физичког или менталног здравља, моралног, социјалног и емоционалног развоја детета и ученика, његову економску зависност, ускраћивање права на образовање и слободу избора".[2208] Коначно, треба имати у виду и одредбе Закона о дуалном образовању, којима су уређена права и обавезе школе, послодавца и ученикâ и њихових законских заступника, у вези с реализацијом наставе у систему средњег стручног образовања и васпитања. Реч је, прецизније, о систему у ком се, кроз комбиновање теоријске наставе и вежби у школи с учењем кроз рад за послодавца, стичу и развијају знања и вештине у складу с потребама тржишта рада.[2209] Правни однос ученика и послодавца се, притом, успоставља уговором о учењу кроз рад, који ученик или његов законски заступник могу закључити само с послодавцем који је с школом закључио уговор о дуалном образовању, с тим што је у случају раскида уговора о учењу кроз рад, школа дужна да ученику организује учење кроз рад у истом образовном профилу код другог послодавца. Ако за то нема могућности, школа је дужна да ученику обезбеди услове да заврши започето школовање, у складу са законом којим се уређује средње образовање и васпитање.[2210]

2.3.6.4. Заштита малолетникâ који раде ван радног односа

Верујемо да би било изузетно значајно ако би домаћи законодавац, поред питања минималног узраста за заснивање радног односа, уредио и питање ангажовања малолетника за рад ван радног односа, а што је основна обавеза сваке државе која је ратификовала Конвенцију МОР број 138. То, даље, значи да постоји потреба да се одреди минимални узраст за сваки вид (плаћеног или неплаћеног) рада малолетникâ, у смислу уважавања потребе да се обезбеди посебна заштита деце, без обзира на то да ли су закључила уговор о раду или фактички обављају рад за другог. Ово стога што, у пракси, постоје такви облици радног ангажовања лица с навршених 15 година, па, чак и млађих од овог узраста, који, будући да представљају неуређени облик рада малолетникâ, формирају својеврсни „брисани" простор, у којем је допуштено све што није забрањено, а што заслужује посебан опрез и бригу. Ово независно од чињенице да се за од-

2207 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 35.

2208 Правилник о протоколу поступања у установи у одговору на насиље, злостављање и занемаривање (*Службени гласник РС*, бр. 46/19 и 104/20).

2209 Закон о дуалном образовању (*Службени гласник РС*, бр. 101/17 и 6/20), члан 2, тачка 1.

2210 За критику ових решења вид. у Марио Рељановић, *Алтернативно радно законодавство*, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe/Центар за достојанствен рад, Београд, 2019, 68–73.

када се иде толико далеко да се успоставља узрочно последична веза између тога да уколико дете почне да ради у млађем добу, то је већа вероватноћа да ће бити болесно као одрасла особа.[439]

У постојећој доктрини о узрасту, зрелост и узраст се поистовећују и сматра се да дати узраст гарантује и зрелост. Ипак у сваком конкретном случају се не узима да је тако, узраст не доказује и постојање физичке и психичке способности за лично извршавање датог посла. То је потребно утврдити у односу на конкретан посао.[440] Реч је начелној претпоставци да је свако дете са 15 година способно и зрело да ради, али не и да је свако дете са 15 година способно и зрело да ради конкретан посао. То је потребно утврдити.

Лекарском прегледу нису били подвргавани сви кандидати за запослење, већ само кандидат који је изабран на огласу/конкурсу, који је био дужан да, пре ступања на рад, поднесе доказ о испуњености овог услова. То значи да је тек након избора малолетника за дати посао, а пре закључења уговора о раду било потребно утврдити овај услов. Од 2005. године, наш законодавац више не прописује општу здравствену способност као општи услов за заснивање радног односа са аргументацијом спречавања дискриминације кандидата за запослење на основу здравственог стања и инвалидитета и заштите права на поштовање приватног живота, будући да подаци о здравственом стању представљају посебно осетљиве податке о личности. Наше позитивно право предвиђа да здравствено стање само изузетно може бити утврђено само као посебан услов за заснивање радног односа, уколико је то неопходан, стваран и одлучујући захтев за успешно обављање одређеног посла. У упоредном праву општа здравствена способност није утврђена као општи услов за заснивање радног односа, већ се услов који се тиче здравственог стања радника поставља само пред малолетнике, а пред одрасле –само као посебан услов за заснивање радног односа.

Некада се оправдано истиче да инсистирање на минималном узрасту може довести до експлоатације деце.[441] Минимални узраст за заснивање радног односа нижи је од узраста одређеног за стицање пунолетства у грађанском праву, због чега радно право обезбеђује низ заштитних мера које треба да допринесу несметаном развоју и образовању малолетних радника. Стога, и поред општеприхваћене забране рада лица млађих од 15 година и великог напретка који је остварен у погледу сузбијања најгорих облика дечијег рада, он ни данас није ретка појава.

439 E. V. Edmonds, *op. cit.*, стр. 32.

440 Приступ, који по питању сагласности детета за одређене правне послове, прихвата енглеско право односи се управо на процену способности детета у сваком конкретном случају, Hugh Brayne, Helen Carr, *Law for Social Workers*, Oxford, 2010, стр. 151.

441 D. Aufseeser, M. Bourdillon, R. Carothers, O. Lecoufle, *op. cit.*, стр. 253.

пешно обављање одређеног посла. Тако се, нпр. од кандидата за послове с повећаним ризиком могу захтевати посебне психофизичке и друге здравствене способности, док послодавац који упућује своје запослене да обављају послове у тзв. државама трећег света има оправдан разлог да као посебан услов за заснивање радног односа утврди здравствено стање које је такво да не постоје сметње, болести или повреде које ће радника онемогућавати да испуњава своје радне обавезе, као што је то, нпр. случај ако је кандидат оболео од сиде.[2076] У страним правима, општа здравствена способност, по правилу, није утврђена као општи услов за заснивање радног односа, већ се услов који се тиче здравственог стања радника поставља само пред малолетнике, а пред одрасле – само као посебан услов за заснивање радног односа.[2077]

2.3. Општа радна способност: минимални узраст као услов за заснивање радног односа

2.3.1. Потреба малолетникâ за посебном радноправном заштитом[2078]

Минимални узраст за заснивање радног односа нижи је од узраста одређеног за стицање пунолетства у грађанском праву, због чега радно право обезбеђује низ заштитних мера које треба да допринесу несметаном развоју и образовању малолетних радникâ. С тим у вези, ваља имати у виду да, и поред универзално прихваћене забране рада лица млађих од 15 година и великог напретка који је остварен у погледу сузбијања најгорих облика дечијег рада, он ни данас није само горка успомена из прошлости или предмет теоријских дебата.[2079] Ипак, поред штетних, рад може произвести и низ позитивних последица по развој малолетникâ, због чега се у савременом праву развијају двојака радноправна правила: штетан утицај рада спречава се забраном запошљавања малолетникâ на опасним пословима, док се његова позитивна обележја уважавају кроз могућност малолетникâ да самостално засни-

2076 Овај изузетак потврђен је у пракси немачког Савезног радног суда (*Bundesarbeitsgericht*), као и у швајцарској судској пракси, али, паралелно с правилом да његову примену не оправдава сама вероватноћа да ће у току радног односа који је засновао на неодређено време, запослени постати неспособан за рад због болести. О. Поповић, 352.

2077 Постоје, међутим, и изузеци, те је у црногорском праву, општа здравствена способност и даље општи услов за заснивање радног односа. Закон о раду (*Службени листй РЦГ*, број 74/2019), члан 20, став 2.

2078 У одељке 1.3.1– 1.3.3. и 1.3.6. интегрисани су резултати истраживања који су у великој мери раније изложени у нашем раду *Универзални међународни сйандарди о забрани дечијеї рада и њихова йримена у йраву Рейублике Србије*, у: Ђорђе Игњатовић (ур.), „Казнена реакција у Србији. VII део", Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 186–218.

2079 По процени МОР и *UNICEF*, почетком 2020. године, свако десето дете у свету, тј. 160 милиона деце било је укључено у дечији рад, при чему је 79 милиона деце радило на опасним пословима који непосредно угрожавају њихово здравље, безбедност и морални развој. Нав. према: *Child labour: Global estimates 2020, trends and the road forward*, International Labour Organization/United Nations Children's Fund, Geneva – New York, 2021, 10.

Код намере ограничавању рада деце, реч је о томе да се детињство може посматрати на један од два начина: као доминантно биолошко-психолошка категорија или економско-социјална. У првом схватању право детета на рад потиснуто је у корист права на здравље,[442] правилан и потпун развој и права на образовање, јер се детињство посматра као период живота човека када се особа биолошки и психолошки највише развија и када треба да се да примат заштити детета, посебно од штетних утицаја. Школовањем дете продужава своје детињство.[443] У другој аргументацији сматра се да је развој детета примаран, да је дете мање дете, а више мали човек, мала радна индивидуа која треба да се социјално и економски развија, а то се манифестује и кроз рад детета.

Радно ангажовање малолетника може произвести и низ позитивних последица по његов развој, због чега у савременом праву постоје радноправне норме којима се штетан утицај рада спречава забраном запошљавања малолетника на опасним пословима. Једна од првих интервенција државе у свет рада тицала се баш заштите деце и омладине, тј. укидања најгорих облика њихове радне експлоатације. Ипак, у поређењу с другим посебно заштићеним категоријама радника, посебна заштита малолетника није укључила само предузимање мера од значаја за њихово пуно учешће на тржишту рада, унапређивање услова рада и спречавање дискриминације, већ и искључивање лица млађих од одређеног узраста из тржишта рада прописивањем минималног узраста.[444] Две су последице заштите малолетника кроз просписивање минималног узраста: деца која су млађа, а раде постају невидљива, и повећава се рад деце на црно. До појаве индустријализације, дечији рад није био доживљаван као друштвени проблем, већ је сматран саставним делом друштвеног живота детета који повезује образовање, процес социјализације и економску активност чије се обављање очекивало од свих чланова заједнице, а самим тим и детета. То је била очекивана активност сваког детета. Заокрет је учињен с индустријском револуцијом, коју је обележио рад деце у нехуманим условима и искоришћавање њиховог рада. Промовисање образовања детета и здравствене заштите, до-

442 Истиче се да постоји веза између рада деце и утицаја на њихово здравље: родитељи ће вероватније бирати снажнију децу за посао и задржавати нежнију децу у школи или код куће; Здравија деца ће имати више енергије за тражење посла или за обављање задатака за породични посао; здравија деца ће вероватније наставити да раде када се запосле; мање је вероватно да ће деца која раде патити од повреда или ће бити способнија да издрже захтеве посла. Такође, послодавци при избору деце која ће обављати рад, гледају да изаберу здраву децу. О томе, Deborah Levinson, Marta Murray-Close, *Chalenges in Determing How Child Work Affects Child Health*, Public Helth Reports, Vol. 120, November-December 2005, стр. 618

443 Владимир Милановић, „Радна средина и средина живљења – дијалектика рада и дијалектика живота", у: Илија Станојчић, Предраг Раденовић, *Социологија рада*, Београд, 1973, стр. 122.

444 О посебној заштити малолетника, Љубинка Ковачевић, Заснивање радног односа, Београд, 2012, стр. 303.

законска забрана дечијег рада или строги услови њиховог радног ангажовања могу утицати и на интензивније ангажовање деце за рад „на црно", што захтева посебан опрез.[2084]

У самом срцу посебне радноправне заштите малолетникâ налази се, наиме, утврђивање минималног узраста за заснивање радног односа. С тим у вези, ваља имати у виду да до појаве индустријализације, дечији рад није био доживљаван као друштвени проблем, већ је сматран саставним делом друштвеног живота – делом који повезује образовање, процес социјализације и економску активност чије се обављање очекивало од свих чланова заједнице.[2085] Заокрет је учињен с индустријском револуцијом, коју је обележио, између осталог, и рад деце у нехуманим условима и искоришћавање њиховог рада. То је изазвало саосећање јавности и настојања да се деци приушти посебан вид заштите, и то, најпре у Енглеској, утврђивањем минималног узраста за запошљавање (1833), а енглески пример следиле су и друге европске државе, с тим што је у првим законима, доња старосна граница за заснивање радног односа била постављена изузетно ниско, примера ради у Француској на осам година.[2086] На овај начин је, наиме, ограничен приступ тржишту рада лицима која не испуњавају општи услов за заснивање радног односа. Иста тенденција обележила је и развој међународног радног права, чијим се стандардима, такође, утврђује минимални узраст за заснивање радног односа (али и за рад ван радног односа), с тим што је одређена старосна граница, испрва, везивана за разликовање опасних и тзв. лаких послова (енгл. *light work*, фр. *travaux légers*), односно за разликовање појединих

community", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, број 1/2013, 90.

2084 О томе, примера ради, сведочи усвајање индијског Закона о фабрикама (1948), чијим је одредбама био забрањен рад деце у фабрикама. То је, међутим, имало негативне последице по малолетне раднике, јер је ступањем Закона на снагу дошло до реорганизације производње и поверавања послова који су раније обављани у фабрикама – мањим предузећима искљученим из подручје примене овог закона, која су, отуд, смела да запошљавају децу. L. Betten, 289.

2085 Michel Bonnet, Bernard Schlemmer, „Aperçus sur le travail des enfants", *Mondes en développement*, vol. 146, број 2/2009, 16.

2086 *Ibid.* У Великој Британији је још у XVIII веку, Парламент у више наврата захтевао истраге поводом искоришћавања дечијег рада у рудницима и текстилним фабрикама, а, затим, и у вези с појавом озбиљних обољења дисајних путева код малих димничара. Стога и не чуди да су, управо, у овој држави усвојени први закони којима је ангажовање деце на опасним пословима постепено укинуто. На то се надовезује и скраћивање радног времена малолетникâ у циљу стварања неопходних услова за њихово школовање, с тим што је модерни приступ утврђивању минималног узраста за заснивање радног односа потврђен тек Законом о омладини (1933). Примена заштитног законодавства утицала је на смањење броја деце која раде, премда се овај успех објашњава и другим чиниоцима, попут веће доступности образовања и увођења обавезног школовања, повећања прихода британских породица, смањења потребе за дечијим радом и других активности политичарâ, због технолошког напретка, као и иницијатива, апела и других послодаваца који су се залагали за забрану или ограничавање дечијег рада. Нав. према: B. White, 3; *Child labour. A textbook for university students*, International Labour Office, Geneva, 2004, 40–41; више о овом питању вид. у: Jane Humphries, „Childhood and child labour in the British industrial revolution", *Economic History Review*, 2012, 1–24.

вело је додатно до тога да се рад не сматра апсолутно прихватљивом и корисном делатношћу по дете.

Разлози за подизање минималног узраста за заснивање радног односа нису увек били повезани искључиво са хуманим циљевима, већ су били усмерени и на остваривање економских циљева. О томе најбоље говори подизање старосне границе за заснивање радног односа после велике економске кризе тридесетих година прошлог века, а у циљу борбе против незапослености, тј. смањења броја незапослених сужавањем круга лица која се претходно могу квалификовати. Ипак, пресудни разлог за обезбеђивање посебне радноправне заштите малолетника везан за њихову рањивост, осетљивост и потребу заштите која је последица њихових посебних физичких и психичких својстава, тј. чињенице да су психа и тело малолетника осетљивији на повећане напоре, док ризици који постоје на раду интензивније угрожавају њихов живот, здравље и безбедност него што је то случај са одраслим радницима. На то се надовезују и узроци који говоре и у прилог недостатка пословне способности – незрелост малолетника, недостатак искуства, уз смањену пажњу, веће замарање и недовољно познавање радног процеса. Додатно опрема, машине и дизајн места, по правилу, уподобљени су према потребама одраслих радника. Осим тога, посебна својства малолетника могу утицати и на њихову могућност правилног схватања догађаја, процењивања сопственог понашања и усмеравања поступака. Коначно, постоји и потреба да се спречи експлоатација рада малолетника, будући да се за њихово запошљавање везује предрасуда да су јефтинији и мање захтевни радници, које послодавац може лакше да контролише него њихове одрасле колеге. Ипак, постоје и другачија схватања, да су деца"скупа" радна снага и да она услед свог неискуства могу изазвати штету на машинама и покварити уређаје на којима раде. Такође, сматра се да ангажовање деце у раном добу доводи до мање продуктивности деце када постану одрасли радници.[445]

Наведени разлози опредељују законодавце на забрану или строго ограничавање дечијег рада и утврђивање минималног узраста за заснивање радног односа. Малолетници уживају посебну заштиту и с обзиром на природу послова и радних задатака који им могу бити поверени, због чега могу да заснују радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да су способни за обављање послова и да послови нису штетни за њихово здравље. Посебна заштита малолетника огледа се и у погледу трајања њиховог радног времена, и то кроз забрану или ограничења њиховог ноћног и прековременог рада. Посебна заштита здравља малолетника на раду јавља се услед повећаног ризика од повреда на раду и професионалних болести. У заштитне мере спада и условљавање запошљавања малолетника сагласношћу родитеља или другог законског заступника, као и забрана запошљавања малолет-

445 C. G. Trinkley, *op. cit.*, стр. 80.

категорија радника, у смислу да су за запослене у породичним предузећима, као и у одређеним гранама или делатностима (нпр. за поморце и рударе) важила посебна (блажа или строжа) правила.[2087]

Број година за које се претпоставља да доносе зрелост за рад је, притом, постепено померан навише – до узраста у којем се завршава обавезно образовање, а најмање до навршених 15 година живота. Томе је пресудно допринела борба за укидање дечијег рада, али и признавање права на образовање, као права од суштинског значаја за сваког појединца и за развој читавог друштва. Осим тога, успостављање тесне везе између минималног узраста за заснивање радног односа и узраста у ком се завршава обавезно образовање мотивисано је потребом да се период између завршетка основне школе и укључивања у тржиште рада сведе на најкраћу могућу меру.[2088] Ипак, разлози за подизање минималног узраста за заснивање радног односа нису увек били скопчани само с хуманим циљевима, већ су били усмерени и на остваривање економских циљева. О томе најбоље говори подизање старосне границе за заснивање радног односа после велике економске кризе тридесетих година прошлог века, а у циљу борбе против незапослености, тј. смањења броја незапослених сужавањем круга лица која се тако могу квалификовати.

Уз потоњи изузетак, може се закључити да је пресудни разлог за обезбеђивање посебне радноправне заштите малолетникâ везан за њихову осетљивост, која је последица њихових особених физичких и психичких својстава, тј. чињенице да је тело малолетникâ осетљивије на повећане напоре, док ризици који постоје на раду интензивније угрожавају њихов живот, здравље и безбедност него што је то случај с одраслим радницима. На то се надовезују и незрелост малолетникâ, недостатак искуства, смањена пажња, веће замарање и недовољно познавање радног процеса, а, затим, и чињеница да су опрема, машине и дизајн места рада редовно конципирани према потребама одраслих радника.[2089] Осим тога, особена својства малолетникâ могу утицати и на њихову могућност правилног схватања догађаја, процењивања сопственог понашања и усмеравања поступака. Радно право, отуд, настоји да заштити здравље, безбедност и физички и интелектуални развој малолетникâ, као и њихову личност, али и њихове интересе везане за избор занимања и запослења. Такође, постоји и потреба за обезбеђивањем најбољег могућег васпитања и образовања малолетникâ, у смислу отклањања ризикâ због којих би било угрожено уживање свих користи које образовање пружа. Коначно, постоји и потреба да се спречи експлоатација рада малолетникâ, будући да се за њихово запошљавање

2087 „Немогуће је дотаћи се било ког питања које се тиче деце, без свести о томе да ће ехо одговора на одређено питање одзвањати у најдубљој интими сваког појединца и сваке ћелије друштва, баш као што, у исто време, није могуће ни разматрати тај одговор без уважавања глобалне димензије постављеног питања", а што нарочито вреди за размишљање о дечијем раду. Michel Bonnet, „Que penser du travail des enfants?", *Études*, број 4/2001, 455.

2088 N. Valticos, 185.

2089 Assefa Bekele, Jo Boyden, *Combating child labour*, International Labour Organization, Geneva, 1988, 3.

вело је додатно до тога да се рад не сматра апсолутно прихватљивом и корисном делатношћу по дете.

Разлози за подизање минималног узраста за заснивање радног односа нису увек били повезани искључиво са хуманим циљевима, већ су били усмерени и на остваривање економских циљева. О томе најбоље говори подизање старосне границе за заснивање радног односа после велике економске кризе тридесетих година прошлог века, а у циљу борбе против незапослености, тј. смањења броја незапослених сужавањем круга лица која се претходно могу квалификовати. Ипак, пресудни разлог за обезбеђивање посебне радноправне заштите малолетника везан за њихову рањивост, осетљивост и потребу заштите која је последица њихових посебних физичких и психичких својстава, тј. чињенице да су психа и тело малолетника осетљивији на повећане напоре, док ризици који постоје на раду интензивније угрожавају њихов живот, здравље и безбедност него што је то случај са одраслим радницима. На то се надовезују и узроци који говоре и у прилог недостатка пословне способности – незрелост малолетника, недостатак искуства, уз смањену пажњу, веће замарање и недовољно познавање радног процеса. Додатно опрема, машине и дизајн места, по правилу, уподобљени су према потребама одраслих радника. Осим тога, посебна својства малолетника могу утицати и на њихову могућност правилног схватања догађаја, процењивања сопственог понашања и усмеравања поступака. Коначно, постоји и потреба да се спречи експлоатација рада малолетника, будући да се за њихово запошљавање везује предрасуда да су јефтинији и мање захтевни радници, које послодавац може лакше да контролише него њихове одрасле колеге. Ипак, постоје и другачија схватања, да су деца"скупа" радна снага и да она услед свог неискуства могу изазвати штету на машинама и покварити уређаје на којима раде. Такође, сматра се да ангажовање деце у раном добу доводи до мање продуктивности деце када постану одрасли радници.[445]

Наведени разлози опредељују законодавце на забрану или строго ограничавање дечијег рада и утврђивање минималног узраста за заснивање радног односа. Малолетници уживају посебну заштиту и с обзиром на природу послова и радних задатака који им могу бити поверени, због чега могу да заснују радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да су способни за обављање послова и да послови нису штетни за њихово здравље. Посебна заштита малолетника огледа се и у погледу трајања њиховог радног времена, и то кроз забрану или ограничења њиховог ноћног и прековременог рада. Посебна заштита здравља малолетника на раду јавља се услед повећаног ризика од повреда на раду и професионалних болести. У заштитне мере спада и условљавање запошљавања малолетника сагласношћу родитеља или другог законског заступника, као и забрана запошљавања малолет-

445 C. G. Trinkley, *op. cit.*, стр. 80.

везује предрасуда да су „јефтинији и мање захтевни радници, које послодавац може лакше да контролише него њихове одрасле колеге".[2090]

Наведени разлози опредељују законодавце на забрану или строго ограничавање дечијег рада и утврђивање минималног узраста за заснивање радног односа на нивоу који одговара потребама њиховог физичког и менталног развоја. Осим тога, малолетници уживају посебну заштиту и с обзиром на природу послова и радних задатака који им могу бити поверени, због чега могу да заснују радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да су способни за обављање послова и да послови нису штетни за њихово здравље. Посебна заштита малолетникâ заједничена је и у погледу трајања њиховог радног времена, и забране или ограничења њиховог ноћног и прековременог рада. Исто вреди и за посебну заштиту здравља малолетникâ на раду, а због повећаног ризика од повреда на раду и професионалних болести.

Међу наведеним заштитним мерама нарочиту важност имају мере које се тичу самог запошљавања. У њих, поред утврђивања минималног узраста за заснивање радног односа, спада и условљавање запошљавања малолетникâ сагласношћу родитеља или другог законског заступника, као и забрана запошљавања малолетникâ уз посредовање приватних агенција за запошљавање, издавање посебних дозвола за рад малолетникâ и други видови њиховог надзираног, односно ауторизованог укључивања у тржиште рада.[2091] На важност ових мера најгласније упозорава чињеница да је, и поред универзално прихваћене забране дечијег рада, он и данас присутан у многим регионима света. У немалом броју држава, дечији рад се, наиме, посматра као неизбежни пратилац сиромаштва, будући да одрасли чланови породица остварују недовољне приходе и деци не могу да обезбеде достојне услове за живот и образовање.[2092] Осим тога, раширеност дечијег рада може се објаснити и слабостима и последичном неделотворношћу националних система надзора над применом прописâ о забрани дечијег рада, а исто вреди и за надзорни систем установљен под окриљем међународних организација, које су усвојиле стандарде о запошљавању малолетникâ.

2090 United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, 18 June 2010, ст. 22, 35–42.

2091 Тако је српским Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености забрањено посредовање приватних агенција у запошљавању малолетникâ (члан 20, став 2), док су у неким европским државама уведене радне дозволе за њихово запошљавање. Примера ради, у Грчкој, лица млађа од 18 година, поред потврде здравственог органа о способности за рад и потврде о завршеној професионалној обуци коју спроводи Организација за запошљавање, морају имати и дозволу за запошљавање, која се издаје за обављање одређеног посла или за рад у одређеном сектору. С друге стране, лица млађа од 15 година изузетно могу бити ангажована за обављање послова у области културе, уметности, спорта и рекламне делатности, али само ако им је за то издата дозвола инспекције рада. Viktoria Sp. Douka, Vasileios Th. Koniaris, *Greece*, у: Roger Blanpain, Frank Hendrickx (eds), „International encyclopaedia for labour law and industrial relations", Kluwer Law International, The Hague, 2018, 227.

2092 О овом и другим узроцима дечијег рада вид. у: *World report on child labour: Economic vulnerability, social protection and the fight against child labour*, International Labour Office, Geneva, 2013.

ника уз посредовање приватних агенција за запошљавање, издавање посебних дозвола за рад малолетника и други видови њиховог надзираног, односно ауторизованог укључивања на тржиште рада. Упркос свим овим мерама, дечији рад, као штетна појава, и даље постоји у многим државама, претежно услед сиромаштва. Наводи се да сиромаштво представља фактор дечијег рада из више разлога: када родитељи дођу у тешку материјалну ситуацију, деца умањују њихове финансијске проблеме обављајући економску активност; родитељи су приморани да продају децу да би преживели; сиромашни људи немају приступ информацијама и образовању, те у економској активности деце не виде ништа лоше, већ могућност каквог-таквог начина преживљавања.[446]

3.1.1. Критика постојећих правила о узрасту

Наше право предвиђа да деца млађа од 15 година не могу бити запослена. Навршених 15 година живота представља услов који треба да испуни свако лице које жели да заснује радни однос на територији наше државе. Такође, ако су млађа од 18 година не могу да раде на пословима штетним по њихово здравље или морал. Малолетник који је навршило 15 година живота има способност и може да заснује радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује способност за обављање послова за које се заснива радни однос, као и то да одређени посао није штетан за здравље малолетника. Малолетник може да захтева престанак радног односа, и има способност да предузима све правне радње у вези с остваривањем права и преузимањем обавеза и одговорности из радног односа, као и способност да самостално управља имовином коју је стекао радом. Постојећа законска норма утврђена је на општи начин, подразумевајући све делатности и све привредне гране. Ипак, посебним законима, као и општим актом послодавца, може бити дегоригана општа норма, у том смислу да навршење одређених година живота може бити утврђено као посебан услов за заснивање радног односа. Такав је случај са Законом о државним службеницима где се захтева пунолетство као посебан услов. Постоји изузетак за подизање границе за заснивање радног односа, али законодавац не предвиђа нити један изузетак у којем би радни однос могао да се заснује с лицем млађим од 15 година. Закон иде за општим стандардима међународног радног права, што је позитивно у погледу намере за заштитом сваког детета, али, исто тако, не уважава реланост да у неким случајевима и деца млађа од 15 годину могу и треба да заснују радни однос. Питање ангажовања малолетника ван радног односа у овим делатностима није уопште уређено, што се у пракси, неретко тумачи на начин да је дозвољено, иако је Конвенцијом МОР број 138 начелно забрањено учешће деце у уметничким и сличним манифестацијама, она допушта и одступање од овог правила у индивидуалним случајевима. Чини се да би ово

446 Д. Радовановић, *op. cit.*, стр. 278.

везује предрасуда да су „јефтинији и мање захтевни радници, које послодавац може лакше да контролише него њихове одрасле колеге".[2090]

Наведени разлози опредељују законодавце на забрану или строго ограничавање дечијег рада и утврђивање минималног узраста за заснивање радног односа на нивоу који одговара потребама њиховог физичког и менталног развоја. Осим тога, малолетници уживају посебну заштиту и с обзиром на природу послова и радних задатака који им могу бити поверени, због чега могу да заснују радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да су способни за обављање послова и да послови нису штетни за њихово здравље. Посебна заштита малолетникâ заједмчена је и у погледу трајања њиховог радног времена, и забране или ограничења њиховог ноћног и прековременог рада. Исто вреди и за посебну заштиту здравља малолетникâ на раду, а због повећаног ризика од повреда на раду и професионалних болести.

Међу наведеним заштитним мерама нарочиту важност имају мере које се тичу самог запошљавања. У њих, поред утврђивања минималног узраста за заснивање радног односа, спада и условљавање запошљавања малолетникâ сагласношћу родитеља или другог законског заступника, као и забрана запошљавања малолетникâ уз посредовање приватних агенција за запошљавање, издавање посебних дозвола за рад малолетникâ и други видови њиховог надзираног, односно ауторизованог укључивања у тржиште рада.[2091] На важност ових мера најгласније упозорава чињеница да је, и поред универзално прихваћене забране дечијег рада, он и данас присутан у многим регионима света. У немалом броју држава, дечији рад се, наиме, посматра као неизбежни пратилац сиромаштва, будући да одрасли чланови породица остварују недовољне приходе и деци не могу да обезбеде достојне услове за живот и образовање.[2092] Осим тога, раширеност дечијег рада може се објаснити и слабостима и последичном неделотворношћу националних система надзора над применом прописâ о забрани дечијег рада, а исто вреди и за надзорни систем установљен под окриљем међународних организација, које су усвојиле стандарде о запошљавању малолетникâ.

2090 United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, 18 June 2010, ст. 22, 35–42.

2091 Тако је српским Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености забрањено посредовање приватних агенција у запошљавању малолетникâ (члан 20, став 2), док су у неким европским државама уведене радне дозволе за њихово запошљавање. Примера ради, у Грчкој, лица млађа од 18 година, поред потврде здравственог органа о способности за рад и потврде о завршеној професионалној обуци коју спроводи Организација за запошљавање, морају имати и дозволу за запошљавање, која се издаје за обављање одређеног посла или за рад у одређеном сектору. С друге стране, лица млађа од 15 година изузетно могу бити ангажована за обављање послова у области културе, уметности, спорта и рекламне делатности, али само ако им је за то издата дозвола инспекције рада. Viktoria Sp. Douka, Vasileios Th. Koniaris, *Greece*, у: Roger Blanpain, Frank Hendrickx (eds), „International encyclopaedia for labour law and industrial relations", Kluwer Law International, The Hague, 2018, 227.

2092 О овом и другим узроцима дечијег рада вид. у: *World report on child labour: Economic vulnerability, social protection and the fight against child labour*, International Labour Office, Geneva, 2013.

у домаћинству сматра друштвено и културно прихватљивим, па и пожељним услед уверења да се ради о породичном окружењу и заштићеној радној средини за дете.[449] У тим срединама, послодавци за обављање послова у домаћинству неретко ангажују децу својих сиромашних или мање образованих сродника и породичних пријатеља, уз обавезу да се о њима старају и обезбеде њихово образовање. Родно посматрано, рад девојчица у домаћинству се у многим друштвима сматра припремом за будући породични живот.

3.1.3. Правила МОР поводом (минималног) узраста за заснивање радног односа

Конвенција МОР број 138 садржи и сет посебних правила у погледу опасних или лаких послова за које се захтева виши, односно нижи, праг за запошљавање. Имајући у виду ове изузетке, може се закључити да, у смислу важећих стандарда МОР, дечији рад, који би требало укинути, није сваки облик рада деце млађе од 15 година.

Учешће деце или адолесцената у раду који не утиче на њихово здравље и лични развој нити омета њихово школовање, генерално се сматра нечим позитивним. То укључује активности као што су помоћ родитељима око куће, помоћ у породичном послу или зарађивање џепараца ван школске наставе и током школских распуста. Ове врсте активности доприносе развоју деце и добробити њихових породица, пружају деци стицање вештина и искуства, те им помажу да се припреме да буду продуктивни чланови друштва током свог одраслог живота.

Под дечијим радом који треба укинути сматра се рад који „лишава децу њиховог детињства, потенцијала и достојанства и који је штетан по њихов физички и ментални развој".[450] Реч је, прецизније, о раду који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце, и који шкоди њиховом школовању, притиска да се прерано напусти школа или захтева да се школовање комбинује са изузетно дуготрајним и тешким радом. За рад на пословима чији су природа или околности у којима се обављају такви да би могли да угрозе здравље, безбедност и морал малолетника, потребно је да запослени наврши 18 година живота. Изузетно могу се запошљавати и лица старија од 16 година, ако су им обезбеђени потпуна заштита, примерена упутства и професионална обука. У најекстремнијим случајевима, рад који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце може имати за последицу и њихово ропство или ропски

449 Тако према одредбама Конвенције МОР број 189 о радницима који обављају плаћени рад у домаћинству, утврђено је да минимални узраст за заснивање радног односа у домаћинству послодавца не може бити нижи од општег услова за заснивање радног односа. Препорука уз ову конвенцију наводи да су државе позване да идентификују опасне послове у домаћинству и забране запошљавање малолетника за њихово обављање.

450 Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, стр. 550.

или лаких) послова за које се захтева виши, односно нижи праг за запошљавање. Имајући у виду ове изузетке, може се закључити да, у смислу важећих стандарда МОР, дечији рад, који би требало укинути, није сваки облик рада деце млађе од 15 година.[2147] Овој квалификацији, тако, нема места у случају учешћа деце у раду који не утиче негативно на њихово здравље или лични развој, нити на њихово школовање, већ доприноси развоју деце, у смислу стицања вештина и искуства, као и припреме да се постане продуктивни члан друштва.[2148] Супротно, дечијим радом који треба укинути треба сматрати рад који „лишава децу њиховог детињства, потенцијалâ и достојанства, и који је штетан по њихов физички и ментални развој".[2149] Реч је, прецизније, о раду који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце, и који шкоди њиховом школовању, у смислу ускраћивања могућности за похађање школе, притиска да се прерано напусти школа или захтева да се школовање комбинује са изузетно дуготрајним и тешким радом.[2150] У том смислу је, сагласно одредбама Конвенције МОР број 138, за рад на пословима чији су природа или околности у којима се обављају такви да би могли да угрозе здравље, безбедност и морал малолетникâ – потребно да запослени наврши 18 година живота. Изузетно, на таквим пословима, могу се запошљавати и лица старија од 16 година, ако су им обезбеђени потпуна заштита, примерена упутства и професионална обука.[2151]

У најекстремнијим случајевима, рад који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце може имати за последицу и њихово ропство или ропски положај, одвајање деце од њихових породица или изложеност деце другим озбиљним опасностима. То је потврђено одредбама Конвенције МОР број 182, којима се од уговорница захтева хитно предузимање делотворних мера како би се обезбедила забрана и укидање најгорих облика рада лица млађих од 18 година. Премда ратификацијом ове конвенције, државе преузимају облигацију средства, испуњавање уговорних обавеза претпоставља предузимање конкретних краткорочних (законодавне мере) и дугорочних мера (мере социјалне политике и сл.).[2152]

Најгори облици дечијег рада који су забрањени Конвенцијом МОР број 182 се, притом, могу класификовати у две категорије. Прву чине *активности које се, по дефиницији, сматрају најгорим облицима дечијег рада*, што значи да се таква квалификација не може изменити чак и када би се унапредили услови рада,[2153] а, што, у смислу одредаба ове конвенције вреди за: 1) ропски рад, продају и трговину децом, дужничко роп-

2147 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

2148 *Ibid.*

2149 *Ibid.*

2150 *Ibid.*

2151 Конвенција МОР број 138, члан 3.

2152 Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

2153 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

положај,[451] одвајање деце од њихових породица или изложеност деце другим озбиљним опасностима.

Конвенција МОР број 182, као најтеже облике дечијег рада, наводи следеће радње: сви облици ропства или обичаји слични ропству, као што су продаја и промет деце, дужничко ропство и кметство и принудни[452] или обавезни рад, укључујући принудно или обавезно регрутовање деце за искоришћавање у оружаном сукобу; искоришћавање, набављање или нуђење детета за проституцију, производњу порнографије или за порнографске представе; искоришћавање, набављање или нуђење детета за незаконите активности, нарочито за производњу и промет дроге сходно дефиницијама из релевантних међународних уговора; рад који је, по својој природи или околностима у којима се обавља, вероватно штетан по здравље, безбедност или морал деце. Гласање за овај међународни споразум било је једногласно, изражавајући растући међународни консензус да су одређени облици дечјег рада толико фундаментално у супротности са основним људским правима деце, да морају бити искорењени као приоритет.

Најгори облици дечијег рада који су забрањени Конвенцијом МОР број 182 се могу класификовати у две категорије. Прву чине активности које се, по дефиницији, сматрају најгорим облицима дечијег рада, што значи да се таква квалификација не може изменити чак и када би се унапредили услови рада. То се односи на: 1) ропски рад, продају и трговину децом, дужничко ропство, принудни или обавезни рад деце, укључујући њихово принудно регрутовање за учешће у оружаним сукобима; 2) коришћење или нуђење деце за проституцију или порнографију; 3) коришћење или нуђење деце за учешће у другим незаконитим активностима, попут производње и продаје дроге. Дечји рад се некада дефинише кроз децу – деца која раде са било којим занатлијама или раде у разним индустријама или у пољопривреди, сами или са својом породицом.[453] Дечји рад се односи на чин експлоатације деце ангажовањем у било ком

451 Наводи се да савремено ропство одликују специфични фактори попут повећања броја људи на глобалном нивоу, економских промена и државне корупције, K. Bales, *op. cit.*, стр. 24. Видети и Todd Landman, "Measuring Modern Slavery: Law, Human Rights, and New Forms of Data", *Human Rights Quarterly*, Vol. 42, Num. 2, May 2020, стр. 303–331.

452 У области пољопривреде, дужничко ропство према земљопоседнику је посебна врста принудног рада која може да зароби децу из сиромашних породица у пољопривреди без земље, или са премало земље, да би се задовољиле егзистенцијалне потребе у тој области. Ако се родитељи задуже, посебно у сиромашном, неразвијеном земљама, неретко немају много избора него да обавежу своју децу на пољопривредни или кућни рад, како би отплатила њихов дуг. Дужничко ропство ставља децу на милост и немилост земљопосједника (или извођача радова или зајмодавца), где трпе економске тешкоће и потпуно су лишена образовања. Дечји рад у дужничком ропству цвета у различитим деловима света – не само у Јужној Азији, са којом се најчешће повезује, већ и у Латинској Америци, Африци и Југоисточној Азији.

453 A. Eryilmaz, R. Kumek, H. Bek, *op. cit.*, стр. 167.

или лаких) послова за које се захтева виши, односно нижи праг за запошљавање. Имајући у виду ове изузетке, може се закључити да, у смислу важећих стандарда МОР, дечији рад, који би требало укинути, није сваки облик рада деце млађе од 15 година.[2147] Овој квалификацији, тако, нема места у случају учешћа деце у раду који не утиче негативно на њихово здравље или лични развој, нити на њихово школовање, већ доприноси развоју деце, у смислу стицања вештина и искуства, као и припреме да се постане продуктивни члан друштва.[2148] Супротно, дечијим радом који треба укинути треба сматрати рад који „лишава децу њиховог детињства, потенцијала и достојанства, и који је штетан по њихов физички и ментални развој".[2149] Реч је, прецизније, о раду који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце, и који шкоди њиховом школовању, у смислу ускраћивања могућности за похађање школе, притиска да се прерано напусти школа или захтева да се школовање комбинује са изузетно дуготрајним и тешким радом.[2150] У том смислу је, сагласно одредбама Конвенције МОР број 138, за рад на пословима чији су природа или околности у којима се обављају такви да би могли да угрозе здравље, безбедност и морал малолетникâ – потребно да запослени наврши 18 година живота. Изузетно, на таквим пословима, могу се запошљавати и лица старија од 16 година, ако су им обезбеђени потпуна заштита, примерена упутства и професионална обука.[2151]

У најекстремнијим случајевима, рад који је опасан или штетан за ментални, физички, социјални или морални развој деце може имати за последицу и њихово ропство или ропски положај, одвајање деце од њихових породица или изложеност деце другим озбиљним опасностима. То је потврђено одредбама Конвенције МОР број 182, којима се од уговорница захтева хитно предузимање делотворних мера како би се обезбедила забрана и укидање најгорих облика рада лица млађих од 18 година. Премда ратификацијом ове конвенције, државе преузимају облигацију средства, испуњавање уговорних обавеза претпоставља предузимање конкретних краткорочних (законодавне мере) и дугорочних мера (мере социјалне политике и сл.).[2152]

Најгори облици дечијег рада који су забрањени Конвенцијом МОР број 182 се, притом, могу класификовати у две категорије. Прву чине *активности које се, по дефиницији, сматрају најгорим облицима дечијег рада*, што значи да се таква квалификација не може изменити чак и када би се унапредили услови рада,[2153] а, што, у смислу одредаба ове конвенције вреди за: 1) ропски рад, продају и трговину децом, дужничко роп-

2147 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

2148 *Ibid.*

2149 *Ibid.*

2150 *Ibid.*

2151 Конвенција МОР број 138, члан 3.

2152 Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

2153 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

положај,[451] одвајање деце од њихових породица или изложеност деце другим озбиљним опасностима.

Конвенција МОР број 182, као најтеже облике дечијег рада, наводи следеће радње: сви облици ропства или обичаји слични ропству, као што су продаја и промет деце, дужничко ропство и кметство и принудни[452] или обавезни рад, укључујући принудно или обавезно регрутовање деце за искоришћавање у оружаном сукобу; искоришћавање, набављање или нуђење детета за проституцију, производњу порнографије или за порнографске представе; искоришћавање, набављање или нуђење детета за незаконите активности, нарочито за производњу и промет дроге сходно дефиницијама из релевантних међународних уговора; рад који је, по својој природи или околностима у којима се обавља, вероватно штетан по здравље, безбедност или морал деце. Гласање за овај међународни споразум било је једногласно, изражавајући растући међународни консензус да су одређени облици дечјег рада толико фундаментално у супротности са основним људским правима деце, да морају бити искорењени као приоритет.

Најгори облици дечијег рада који су забрањени Конвенцијом МОР број 182 се могу класификовати у две категорије. Прву чине активности које се, по дефиницији, сматрају најгорим облицима дечијег рада, што значи да се таква квалификација не може изменити чак и када би се унапредили услови рада. То се односи на: 1) ропски рад, продају и трговину децом, дужничко ропство, принудни или обавезни рад деце, укључујући њихово принудно регрутовање за учешће у оружаним сукобима; 2) коришћење или нуђење деце за проституцију или порнографију; 3) коришћење или нуђење деце за учешће у другим незаконитим активностима, попут производње и продаје дроге. Дечји рад се некада дефинише кроз децу – деца која раде са било којим занатлијама или раде у разним индустријама или у пољопривреди, сами или са својом породицом.[453] Дечји рад се односи на чин експлоатације деце ангажовањем у било ком

451 Наводи се да савремено ропство одликују специфични фактори попут повећања броја људи на глобалном нивоу, економских промена и државне корупције, K. Bales, *op. cit.*, стр. 24. Видети и Todd Landman, "Measuring Modern Slavery: Law, Human Rights, and New Forms of Data", *Human Rights Quarterly*, Vol. 42, Num. 2, May 2020, стр. 303–331.

452 У области пољопривреде, дужничко ропство према земљопоседнику је посебна врста принудног рада која може да зароби децу из сиромашних породица у пољопривреди без земље, или са премало земље, да би се задовољиле егзистенцијалне потребе у тој области. Ако се родитељи задуже, посебно у сиромашном, неразвијеном земљама, неретко немају много избора него да обавежу своју децу на пољопривредни или кућни рад, како би отплатила њихов дуг. Дужничко ропство ставља децу на милост и немилост земљопоседника (или извођача радова или зајмодавца), где трпе економске тешкоће и потпуно су лишена образовања. Дечји рад у дужничком ропству цвета у различитим деловима света – не само у Јужној Азији, са којом се најчешће повезује, већ и у Латинској Америци, Африци и Југоисточној Азији.

453 A. Eryilmaz, R. Kumek, H. Bek, *op. cit.*, стр. 167.

ство, принудни или обавезни рад деце, укључујући њихово принудно регрутовање за учешће у оружаним сукобима; 2) коришћење или нуђење деце за проституцију или порнографију; 3) коришћење или нуђење деце за учешће у другим незаконитим активностима, попут производње и продаје дроге. Конвенцијом је непосредно забрањено да лица млађа од 18 година обављају ове активности, што значи да државе уговорнице не могу донети одлуку да ли ће се нека од тих активности сматрати најгорим обликом дечијег рад или не. Поред поменутих облика дечијег рада, Конвенција број 182 забрањује и опасни рад, тј. рад чија су природа или околности у којима се обавља такви да могу да нанесу штету здрављу, безбедности или моралу детета. Потоња врста дечијег рада, притом, обухвата *активности које се сматрају најгорим облицима дечијег рада по условима* и чији списак треба одредити на националном нивоу.[2154]

2.3.3.3. Посебна правила за лаке послове

Државе уговорнице Конвенције МОР број 138 могу дозволити рад лица млађих од прописаног стандарда, ако је то неопходно за њихово образовање и обуку, као и ако је реч о лаким пословима који нису штетни за дете, или, пак, о учешћу детета у уметничким и сличним манифестацијама. Први од ових изузетака тиче се, наиме, *рада који деца обављају као део званичног програма обуке, односно званичног образовног програма*, по правилу, ради стицања способности које ће им у будућности омогућити лакше запошљавање. Формална природа ових програма (тј. њихова укљученост у званични курикулум) редовно претпоставља то да је надлежни орган који је прописао одређени програм – утврдио и услове рада деце. Одговарајући услови се могу разумети и као делотворна ограничења за коришћење дечијег рада и спречавање њиховог економског искоришћавања.[2155] То је и разлог што се Конвенција (и општи стандард о минималном узрасту од 15 година) *не* примењује на рад који деца и омладина обављају у школама за опште, стручно или техничко образовање или у другим установама за обуку.[2156] Исто вреди и за рад лица која су навршила 14 година, ако се он организује у предузећима, као део: а) течаја или обуке за које је првенствено одговорна школа; б) програма обуке који је одобрио надлежни орган и који се у целости или претежно изводи у предузећу; в) програма оријентације који треба да олакша избор занимања или врсте стручног оспособљавања.

Надаље, државе уговорнице могу дозволити и *рад лица млађих од 15 година (у оквиру или ван радног односа) на лаким пословима*.[2157] Овај изузетак, ипак, није утврђен без минималног старосног прага, већ се може применити само у погледу лица узраста од 13 до 15 година, с тим што у државама у развоју (у којима општи услов за запошљавање износи 14 година), послове ове врсте могу обављати и лица од 12–14. године живота.

2154 *Ibid.*

2155 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 33.

2156 Конвенција МОР број 138, члан 6.

2157 *Ibid.*, члан 7.

ности за склапање других правних послова по способностима одређеног лица. Како се парнична способност везује за пословну способност, малолетник има и парничну способност у границама у којима му је призната пословна способност, те тако и у области радних односа. То значи да може поднети тужбу и предузимати процесне радње у поступцима везаним за закључење, примену и престанак радног односа, као и у поступцима који се воде поводом његове радом стечене имовине.

Условљеност заснивања радног односа претходним пристанком (сагласношћу) законског заступника малолетника не утиче на добровољност радног односа. Искључена је свака могућност да уговор о раду буде закључен без воље малолетника или против његове воље тј. вољом његовог заступника. Питање личног обављања посла се не поставља, иако друга особа допуњава и изражава вољу за малолетника. Сагласност законског заступника не може значити могућност да обавезу обављања рада изврши заступник запосленог чак ни код замене запосленог који је неспособан за рад.

У погледу форме пристанка, тј. давања сагласности, захтева се постојање писмене сагласности родитеља, или законских заступника (усвојиоца или стараоца малолетника), коју могу повући у сваком тренутку, подношењем послодавцу захтева за престанак радног односа запосленог. На овај начин се штити личност малолетника, као и његови интереси у вези с избором занимања и запослења, уз стварање могућности за делотворан утицај законских заступника на одлуку да малолетник заснује радни однос. Обезбеђивање најбољег могућег васпитања, образовања и избора занимања малолетника улазе у законска права и дужности родитеља. Ово је један сегмент манифестације родитељског права и вршење родитељског права у области радног ангажовања детета. Родитељи дају коначну реч избору свог детета. На овом месту се ваља задржати и упоредити ово право са правом малолетника да закључи брак. За разлику од права детета које је напунило 16 година живота и које има намеру да закључи брак, малолетник са навршених 15 година живота који има намеру да заснује радни однос налази се у сасвим различитом положају. Наиме, родитељ који се противи закључењу брака свог детета од 16 година неће моћи да спречи дете у томе. Његова несагласност нема одлучујући утицај на суд да да дозволу за закључење брака. Сасвим је супротно у погледу заснивања радног односа малолетника од 15 година. Уколико родитељ сматра да запослење детета није у његовом интересу, такав став и одлука родитеља имаће карактер коначне бране. Теоријски посматрано, родитељско право има јачу снагу у области радног права него брачног права њиховог детета. Усудићемо се да кажемо да родитељ има више или јача права и у погледу права на рад свог детета него права детета на закључење брака.

Да би дете могло да оствари право на рад, потребно је да „буде у добрим односима" са својим родитељима или другим законским заступ-

начина, може да заснује радни однос, ако за то постоји сагласност његовог законског заступника. Малолетницима који испуњавају општи услов за заснивање радног односа је, дакле, омогућено да учествују у тржишту рада, јер имају пословну способност за закључење уговора о раду, из чега, даље, произлази способност за предузимање свих правних радњи у вези с остваривањем права и преузимањем обавеза и одговорности из радног односа или у вези с радним односом, способност за иницирање престанка радног односа и способност за самостално управљање имовином стеченом на основу рада за послодавца. Пословна способност малолетника за закључење уговора о раду се, притом, не разликује од пословне способности за склапање других правних послова по способностима одређеног лица, већ по природи делатности (аката) које одређено лице извршава, у складу са својом способношћу: „овде је битна способност за лични рад и та способност није ствар уговарања, већ одређеног чињеничног стања праћеног одредбама когентне правне норме. Па, када, нпр. са 15 година живота, човек стиче радноправну способност (уопште или за одређена радна места), нормално је узети у обзир да је он тиме не само испунио услове за заснивање радног односа, већ и да има пословну способност да самостално заснује такав (радни) однос".[3188] Како се парнична способност везује за пословну способност, малолетник има и парничну способност у границама у којима му је призната пословна способност, што значи да може поднети тужбу и предузимати процесне радње у поступцима везаним за закључење, примену и престанак радног односа, као и у поступцима који се воде поводом његове радом стечене имовине.

Условљеност заснивања радног односа претходним пристанком (сагласношћу) законског заступника малолетника не утиче, притом, на добровољност радног односа, већ је искључена свака могућност да уговор о раду буде закључен без воље малолетника или против његове воље, вољом његовог заступника. Иако воља малолетника није за то довољна, јер му је потребна сагласност законског заступника, малолетник може закључити уговор само ако то жели, баш као што против своје воље не може ни остати у радном односу. Исто вреди и за још један битан елемент радног односа, а то је лично обављање послова, будући да условљеност заснивања радног односа сагласношћу законског заступника ни у ком случају не значи могућност да престацију рада изврши заступник запосленог, чак ни ради замене запосленог који је неспособан за рад.

Ауторизација заснивања радног односа с овом категоријом радника, отуд, подразумева постојање писмене сагласности родитеља, усвојиоца или стараоца малолетника, коју законски заступници могу повући у сваком тренутку, подношењем послодавцу захтева за престанак радног односа запосленог. На тај начин се штити личност малолетника, као и његови интереси у вези с избором занимања и запослења, уз стварање могућности за делотворан утицај законских заступника на одлуку да малолетник заснује радни однос. Ово стога што обезбеђивање најбољег могућег васпитања, образовања и избора занимања малолетника улазе у

3188 N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, 11.

ности за склапање других правних послова по способностима одређеног лица. Како се парнична способност везује за пословну способност, малолетник има и парничну способност у границама у којима му је призната пословна способност, те тако и у области радних односа. То значи да може поднети тужбу и предузимати процесне радње у поступцима везаним за закључење, примену и престанак радног односа, као и у поступцима који се воде поводом његове радом стечене имовине.

Условљеност заснивања радног односа претходним пристанком (сагласношћу) законског заступника малолетника не утиче на добровољност радног односа. Искључена је свака могућност да уговор о раду буде закључен без воље малолетника или против његове воље тј. вољом његовог заступника. Питање личног обављања посла се не поставља, иако друга особа допуњава и изражава вољу за малолетника. Сагласност законског заступника не може значити могућност да обавезу обављања рада изврши заступник запосленог чак ни код замене запосленог који је неспособан за рад.

У погледу форме пристанка, тј. давања сагласности, захтева се постојање писмене сагласности родитеља, или законских заступника (усвојиоца или стараоца малолетника), коју могу повући у сваком тренутку, подношењем послодавцу захтева за престанак радног односа запосленог. На овај начин се штити личност малолетника, као и његови интереси у вези с избором занимања и запослења, уз стварање могућности за делотворан утицај законских заступника на одлуку да малолетник заснује радни однос. Обезбеђивање најбољег могућег васпитања, образовања и избора занимања малолетника улазе у законска права и дужности родитеља. Ово је један сегмент манифестације родитељског права и вршење родитељског права у области радног ангажовања детета. Родитељи дају коначну реч избору свог детета. На овом месту се ваља задржати и упоредити ово право са правом малолетника да закључи брак. За разлику од права детета које је напунило 16 година живота и које има намеру да закључи брак, малолетник са навршених 15 година живота који има намеру да заснује радни однос налази се у сасвим различитом положају. Наиме, родитељ који се противи закључењу брака свог детета од 16 година неће моћи да спречи дете у томе. Његова несагласност нема одлучујући утицај на суд да да дозволу за закључење брака. Сасвим је супротно у погледу заснивања радног односа малолетника од 15 година. Уколико родитељ сматра да запослење детета није у његовом интересу, такав став и одлука родитеља имаће карактер коначне бране. Теоријски посматрано, родитељско право има јачу снагу у области радног права него брачног права њиховог детета. Усудићемо се да кажемо да родитељ има више или јача права и у погледу права на рад свог детета него права детета на закључење брака.

Да би дете могло да оствари право на рад, потребно је да „буде у добрим односима" са својим родитељима или другим законским заступ-

законска права и дужности родитеља.[3189] У том смислу и захтев који се тиче сагласности отвара могућност родитељима или другим заступницима малолетника, који би, без неопходног разматрања свих околности конкретног случаја, желео да обавља одређени посао за послодавца – да спрече малолетника да обавља посао који је за њега неподесан и чије би обављање могло, чак, и да му штети.[3190] Законски заступници имају, дакле, могућност да убеде малолетника да настави школовање или да на други начин обезбеде његову добробит, нпр. тако што ће, због ускраћивања сагласности за заснивање радног односа, малолетник имати више времена за неохходан одмор, спорт или разоноду. Такво законско решење даје предност брижљивом разматрању сваке специфичне ситуације у односу на поставку да су одређене врсте рада корисне (или штетне) за развој малолетникâ. На овај начин се, коначно, уважава и чињеница да обављање одређене врсте посла може различито утицати на малолетнике, зависно од особености које постоје у њиховом породичном окружењу, културној средини којој припадају и сл., те законски заступник може да процени како ће неки, иначе безбедан посао, у конкретном случају утицати на *све* аспекте живота малолетника.

С тим у вези, ваља имати у виду да ниједан од меродавних извора међународног и европског права не захтева постојање сагласности законског заступника за заснивање радног односа с малолетником. Једини изузетак представљају извори права ЕУ, који слично конвенцијама МОР бр. 5, 7 и 15, које су данас ван снаге,[3191] предвиђају да је запошљавање деце у култури, уметности, спорту и рекламној делатности условљено претходним овлашћењем надлежног државног органа или тела.[3192] Реч је, прецизније, о једном *виду ауторизованог запошљавања малолетника*, али се ни тада не ради о заснивању радног односа уз сагласност законског заступника, већ уз сагласност инспекције рада, министарства надлежног за послове рада или другог надлежног државног органа или тела. По овим

3189 У том смислу се може закључити да се радноправна правила о заснивању радног односа с малолетником утврђују, превасходно, у циљу заштите интересâ који се тичу личне заштите малолетникâ, а не у циљу заштите сигурности правног промета или имовинских интереса малолетникâ, премда и они могу бити угрожени, због незрелости и неискуства ових лица. N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, 11–12.

3190 József Hajdú, *Hungary*, у: Roger Blanpain, Frank Hendrickx (eds), „International encyclopaedia for labour law and industrial relations", Kluwer Law International, The Hague, 2019, 215.

3191 Конвенцијом МОР број 5 било је забрањено запошљавање деце млађе од 14 година у индустријским предузећима, с тим што је дерогација ове забране била допуштена у погледу рада у породичним предузећима (тј. предузећима у којима су сви радници чланови исте породице), као и у погледу рада у техничким школама, ако је за то постојало овлашћење и надзор надлежног државног органа или тела (Minimum Age /Industry/ Convention, 1919 /No. 5/, чл. 2–3). Исто опште правило и допуштени изузеци били су потврђени и у Конвенцији о минималном узрасту за заснивање радног односа с поморцима (Minimum Age /Sea/ Convention, 1920 /No. 7/), с тим што је посебном конвенцијом уведен виши стандард за заснивање радног односа на пословима складиштара и ложача на бродовима, за које се захтева навршених 18 година живота (Minimum Age / Trimmers and Stokers/ Convention, 1921 /No. 15/, члан 2).

3192 Директива Савета 94/33/ЕЗ, члан 5, став 1.

ницима. Без њихове сагласности нема ваљаног уговора о раду. Законски заступници имају могућност да убеде малолетника да настави школовање или да на други начин обезбеде његову добробит тако што ће ускратити сагласности за заснивање радног односа. Родитељи се сматрају чуварима најбољег интереса детета у области права на рад. Занимљиво би било размотрити случај где малолетник жели да заснује радни однос а родитељи су против тога. Посматрано према законским нормама, нема могућности да огран старатељства недомести потребну сагласност уколико је родитељи ускраћују. Евентуално би малолетник могао захтевати постављање колизијског старатеља јер постоје супротни интереси законског заступника и детета. Међутим, институт колизијског старатељства постоји за случај већ постојећег (судског или управног) сукоба између њих. Овде, код права детета на рад, реч је о једном уговорном односу и нема судског спора као код спора о утврђивању материнства или очинства или заступање различите деце од стране родитеља. Ипак, имајући у виду најбољи интерес детета, уколико би родитељ ускратио сагласност, а то ускраћивање има карактер злонамерне радње родитеља, која је очигледна, дете би могло да се обрати органу старатељства и да захтева да се изврши надзор над вршењем родитељског права. Након мера наздора, ако орган старатељства утврди да је ускраћивање сагласности неоправдано и очигледно супротно интересима детета, може указати родитељу да неоправдано ускраћује сагласност и да исту пружи. Покретање поступка за делимично лишење родитељског права само у погледу давања сагласности за запослење представља *ултима ратио*. Ово све напред речено може важити под условом да се дете које хоће да заснује радни однос више не школује, да нема могућности сукоба права на образовање и права на рад.

Ускраћивање сагласности може одражвати логику родитеља да малолетник има више времена за неохподан одмор, спорт или разоноду. Широко постављено право родитеља даје предност разматрању сваке специфичне ситуације и уважава чињеницу да обављање одређене врсте посла може различито утицати на малолетнике зависно од особености које постоје у њиховом породичном окружењу, културној средини којој припадају, а све то тумачи и цени законски заступник детета.

Иако се истиче да је школа сигурније окружење за децу него радно место, неретко су и услови у школама за велики број деце, посебно у неразвијеним земљама, такви да је детету сигурнији развој у окружењу изван школе. Као што ни свака школа, тј. врста образовања, не може бит аутоматски посматрана као таква да се у њој дете развија, тако ни сваки посао није штетан по дете – свако радно место није, по правилу, експлоатишуће за дете.

Поред већ реченог спорног дела у погледу права детета и родитељског права, ни међународни стандарди не стоје у прилог прописивања овако велике власти законског заступника. Нити један од мero-

законска права и дужности родитеља.[3189] У том смислу и захтев који се тиче сагласности отвара могућност родитељима или другим заступницима малолетника, који би, без неопходног разматрања свих околности конкретног случаја, желео да обавља одређени посао за послодавца – да спрече малолетника да обавља посао који је за њега неподесан и чије би обављање могло, чак, и да му штети.[3190] Законски заступници имају, дакле, могућност да убеде малолетника да настави школовање или да на други начин обезбеде његову добробит, нпр. тако што ће, због ускраћивања сагласности за заснивање радног односа, малолетник имати више времена за неохподан одмор, спорт или разоноду. Такво законско решење даје предност брижљивом разматрању сваке специфичне ситуације у односу на поставку да су одређене врсте рада корисне (или штетне) за развој малолетникâ. На овај начин се, коначно, уважава и чињеница да обављање одређене врсте посла може различито утицати на малолетнике, зависно од особености које постоје у њиховом породичном окружењу, културној средини којој припадају и сл., те законски заступник може да процени како ће неки, иначе безбедан посао, у конкретном случају утицати на *све* аспекте живота малолетника.

С тим у вези, ваља имати у виду да ниједан од меродавних извора међународног и европског права не захтева постојање сагласности законског заступника за заснивање радног односа с малолетником. Једини изузетак представљају извори права ЕУ, који слично конвенцијама МОР бр. 5, 7 и 15, које су данас ван снаге,[3191] предвиђају да је запошљавање деце у култури, уметности, спорту и рекламној делатности условљено претходним овлашћењем надлежног државног органа или тела.[3192] Реч је, прецизније, о једном *виду ауторизованог запошљавања малолетника*, али се ни тада не ради о заснивању радног односа уз сагласност законског заступника, већ уз сагласност инспекције рада, министарства надлежног за послове рада или другог надлежног државног органа или тела. По овим

3189 У том смислу се може закључити да се радноправна правила о заснивању радног односа с малолетником утврђују, превасходно, у циљу заштите интересâ који се тичу личне заштите малолетникâ, а не у циљу заштите сигурности правног промета или имовинских интереса малолетникâ, премда и они могу бити угрожени, због незрелости и неискуства ових лица. N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, 11–12.

3190 József Hajdú, *Hungary*, у: Roger Blanpain, Frank Hendrickx (eds), „International encyclopaedia for labour law and industrial relations", Kluwer Law International, The Hague, 2019, 215.

3191 Конвенцијом МОР број 5 било је забрањено запошљавање деце млађе од 14 година у индустријским предузећима, с тим што је дерогација ове забране била допуштена у погледу рада у породичним предузећима (тј. предузећима у којима су сви радници чланови исте породице), као и у погледу рада у техничким школама, ако је за то постојало овлашћење и надзор надлежног државног органа или тела (Minimum Age /Industry/ Convention, 1919 /No. 5/, чл. 2–3). Исто опште правило и допуштени изузеци били су потврђени и у Конвенцији о минималном узрасту за заснивање радног односа с поморцима (Minimum Age /Sea/ Convention, 1920 /No. 7/), с тим што је посебном конвенцијом уведен виши стандард за заснивање радног односа на пословима складиштара и ложача на бродовима, за које се захтева навршених 18 година живота (Minimum Age / Trimmers and Stokers/ Convention, 1921 /No. 15/, члан 2).

3192 Директива Савета 94/33/ЕЗ, члан 5, став 1.

облику рада који им одузима детињство, омета њихову способност да редовно похађају школу, и негативно утиче њихово здравље и развој.[454]

Конвенцијом је непосредно забрањено да лица млађа од 18 година обављају ове активности, што значи да државе уговорнице не могу донети одлуку да ли ће се нека од тих активности сматрати најгорим обликом дечијег рад или не. Поред поменутих облика дечијег рада, Конвенција број 182 забрањује и опасни рад, тј. рад чија су природа или околности у којима се обавља такви да могу да нанесу штету здрављу, безбедности или моралу детета.

3.2. Сагласност законског заступника

Одобрење, тј. прецизније речено законском терминологијом, сагласност родитеља или другог законског заступника представља специјални услов за заснивање радног односа са особама млађим од 18 година живота. Ваљало би укратко објаснити шта се подразумева под законским заступником малолетника. Појам законског заступника обухвата читав низ особа које имају одређена права и обавезе према детету. Најпре, по редовном животном следу, законски заступници детета су његови биолошки родитељи. Затим законски заступници малолетника могу бити усвојитељи који су у идентичном правном положају као и родитељи. И на крају законски заступник детета поводом пословне способности за закључење уговора о раду може бити старатеља детета. У области запошљавања и радних односа, лице које је навршило одређене године живота, а није стекло пословну способност пре пунолетства на неки од законом дозвољених начина, може да заснује радни однос, ако за то постоји сагласност његовог законског заступника. Овде се јавља једна специфичност, о којој смо такође говорили код пословне способности малолетника, да за настанак уговора, а овде је реч о уговору о раду, није довољна сагласност само две стране, овде сагласност воља радника и послодавца. Поставља се питање ваљаности или зрелости воље једне стране – малолетника. Потреба допуњавања воље малолетника одсликава недовољну зрелост на интелектуалном и на вољном плану у смислу способности расуђивања у пословним односима. Заштита малолетника у области радног права овде се одликује допуњавањем његове воље, тј. потребно је да изјава воље малолетника буде потврђена да би производила правно дејство. Материјалноправну и процесноправну вољу малолетника, изван граница пословне и процесне способности (коју не могу изражавати), надомешћују њихови родитељи или други законски заступници. Малолетници одређеног узраста имају пословну способност за закључење уговора о раду, те последично остваривање свих права и преузимањем обавеза из радног односа. Пословна способност малолетника за закључење уговора о раду се не разликује од пословне способ-

454 R. R. Habib, M. El Khayat, J. Ghananji, R. S. Katrib, L. Hneiny, D. A. Halwani, *op. cit.*, стр. 2.

VI НЕКИ СЛУЧАЈЕВИ АУТОРИЗОВАНОГ ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА

1. АУТОРИЗОВАНО ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА С МАЛОЛЕТНИКОМ[3185]

1.1. Пословна и радна способност малолетника и заштита његовог најбољег интереса у свету рада

Будући да је раније исцрпно размотрено питање посебне радноправне заштите малолетника и минималног узраста, као општег услова за заснивање радног односа,[3186] на овом месту настојаћемо да се осврнемо на условљавање заснивања радног односа с малолетником одобрењем родитеља или другог законског заступника малолетника, које се у неким правним системима, укључујући и наш, појављује као специјални услов за заснивање радног односа с лицима млађим од 18 година живота. С тим у вези, треба потцртати да постанак радног односа није условљен само сагласношћу воља радника и послодавца, већ се отвара и питање правне „зрелости" њихових воља, која, притом, одсликава достигнуту зрелост на интелектуалном и на вољном плану у смислу способности расуђивања у пословним односима, односно способности лица да се само стара о својим интересима, а што изражава институт пословне способности.[3187]

Због психо-физичких својстава која утичу на могућност да се правилно схвате догађаји, процењује сопствено понашање и усмеравају лични поступци, као и због потребе да им се обезбеди посебна заштита, малолетницима није дозвољено да заснивају правне односе и располажу правима и обавезама у једнакој мери као и одрасли. Материјалноправну и процесноправну вољу малолетника (коју не могу изражавати) надомешћују њихови родитељи или други законски заступници. Правило да малолетник не може самостално располагати својим правима и обавезама не вреди, међутим, за област запошљавања и радних односа, будући да лице које је навршило одређене године живота, а није стекло пословну способност пре пунолетства на неки од законом дозвољених

3185 У ово поглавље интегрисани су и резултати нашег ранијег истраживања који су објављени у коауторском чланку Љубинка Ковачевић, Урош Новаковић, „Сагласност законског заступника за заснивање радног односа са малолетником", *Право и привреда*, vol. 55, бр. 4–6/2017, 662–690.

3186 Вид. *supra*, 535–564.

3187 К. Г. Доловић Бојић, 105.

пређутној или изричитој ратификацији већ закљученог уговора о раду. У другим случајевима законски заступник може дати одобрење за уговор који је закључио малолетник, што смо могли видети у поглављу о пословној способности. Тиме би се обезбедила заштита личности малолетника и њихових интереса у вези са избором занимања и запослења, али и признала самосталност у вези са остваривањем слободе избора занимања и запослења.

3.2.1. Сагласност родитеља

Иако према породичном законодавству постоји читав низ права детета са навршених 15 година, која дете има независно од става, мишљења, жеља, родитеља, право на заснивање радног односа не спада у та права с обзиром на то да је за остваривање овог права неопходан услов сагласност родитеља. Заснивање радног односа није ограничено захтевом који се односи на обавезност (основног) образовања, а који предвиђају универзални међународни радни стандарди. То би значило да и малолетник узраста од 15 до 18 година живота може да закључи уговор о раду, иако још увек похађа основну школу. Радни однос с лицем млађим од 18 година може да се заснује, ако такав рад не угрожава његово здравље, али ни његов морал и образовање, односно ако није забрањен законом. Сви специјални услови за заснивање радног односа са малолетником које прописује Закон о раду доприносе обезбеђивању добробити детета, односно заштити најбољег интереса детета и спречавању радног ангажовања детета на послу који угрожава његов физички, ментални, емотивни и образовни развој, односно који води експлоатацији његовог рада или представља најгоре облике дечијег рада.[456] Ако се утврди да рад не угрожава физички, ментални, емотивни и образовни развој детета не би требало да буде неких посебних и додатних услова за заснивање радног односа с малолетником. Законска формулација специјалних услова за заснивање радног односа говори да не треба доказивати позитивне учинке рада за који се малолетник ангажује, већ обратно – утврдити да рад по дете не производи штетне последице. Сагласност родитеља је следећи неопходан услов. У погледу форме, ради се о писменој сагласности родитеља, усвојиоца или стараоца за заснивање радног односа с малолетником.

Имајући у виду да дете има оба родитеља, поставља се питање да ли је потребна сагласност само једног или оба родитеља. Претпостав-

456 Послови на којима ни под којим условима не може да ради малолетник утврђени су у чл. 84 Закона о раду и обухватају: 1) послове на којима се обавља нарочито тежак физички рад, рад под земљом, под водом или на великој висини; 2) послове који укључују излагање течном зрачењу или средствима која су отровна, канцерогена или која проузрокују наследна обољења као и ризик по здравље због хладноће, топлоте, буке или вибрације; 3) послове који би, на основу налаза надлежног здравственог органа, могли штетно и с повећаним ризиком да утичу на здравље и живот малолетника, с обзиром на његове психофизичке способности.

ограничава заснивање радног односа захтевом који се тиче обавезног образовања, а који предвиђају универзални међународни радни стандарди, што значи да и лице узраста од 15 до 18 година живота може да закључи уговор о раду, иако још увек похађа основну школу. Малолетник, притом, може да заснује радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује његова способност за обављање посла за који се заснива радни однос, као и то да одређени посао није штетан за здравље малолетника. Ово стога што радни однос с лицем млађим од 18 година може да се заснује, ако такав рад не угрожава његово здравље, али ни његов морал и образовање, односно ако није забрањен законом.[3216] Сви специјални услови за заснивање радног односа с малолетником које прописује Закон о раду доприносе обезбеђивању добробити детета, односно заштити најбољег интереса детета и спречавању радног ангажовања детета на послу који угрожава његов физички, ментални, емотивни и образовни развој, односно који води експлоатацији његовог рада или представља најгоре облике дечијег рада. Ако се утврди да рад не угрожава физички, ментални, емотивни и образовни развој детета не би требало да буде (додатних) услова (и сметњи) за заснивање радног односа с малолетником. Законска формулација специјалних услова за заснивање радног односа, притом, говори у прилог схватању да не треба доказивати позитивне учинке рада за који се малолетник ангажује, већ само процењивати да рад по њега не производи штетне последице.

Поред набројаних услова, Закон о раду прописује још један специјални услов за заснивање радног односа с малолетником. Реч је о писменој сагласности родитеља, усвојиоца или стараоца за заснивање радног односа с малолетником, која се појављује као додатна брана експлоатацији дечијег рада и важна гарантија заштите најбољег интереса детета. Ово стога што се законском заступнику омогућава да, у име малолетника, процени да ли је конкретан посао, и поред тога што не шкоди развоју малолетника, у његовом најбољем интересу и како може да утиче на његов живот и развој.

Малолетници, дакле, сами изјављују вољу за заснивање радног односа, али упостављање овог правног односа није ваљано без сагласности законског заступника. Изјава воље малолетника постаје, наиме, правно релевантна тек кад је буде одобрио његов законски заступник. А када до заснивања радног односа дође, законски заступник може у сваком тренутку да поднесе послодавцу захтев за престанак радног односа запосленог, при чему је решење послодавца о престанку радног односа у овом случају само декларативног карактера.[3217] Ово стога што је сагласност законског заступника неопходан услов за заснивање радног односа, тако да њено повлачење доводи до одсуства конститутивног услова за постојање радног односа.

Премда се у делу литературе доводи у питање оправданост законског решења по ком законски заступник може ускратити сагласност за

3216 *Ibid.*, члан 25, став 1.

3217 П. Јовановић, *Радно право* (2012), 332–333.

СИНОПТИЧКИ ПРИКАЗ ДОСЛОВНОГ ПРЕУЗИМАЊА ТЕКСТА ИЗ ОБЈАВЉЕНИХ РАДОВА ДРУГИХ АУТОРА УЗ НЕПОТПУНО ИЛИ НЕПРЕЦИЗНО ЦИТИРАЊЕ

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

УДК 347.15/.17

др *Ненад* ТЕШИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О ПРАВНОПОСЛОВНОМ ОСАМОСТАЉИВАЊУ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

Резиме

У Републици Србији је у току рад на изради јединственог грађанског законика.[1] На овај начин, код нас је поново устоличена идеја Српског грађанског законика (1844) о регулисању грађанских субјективних права у једном законодавном акту. У плану је да кодификација обухвати класична подручја грађанског права: установе Општег дела грађанског права; стварно право са својином као централном установом и правима изниклим из својине као што су: службености, заложно (хипотекарно) право; потом облигационо право са установама уговора и проузроковања штете као главних извора облигационих односа; наследно право са тестаментом и законским наследним редом као основама за наслеђивање; породичноправни односи као и друге изведене дисциплине које су у вези са општим грађанским правом, а које су се у нашем правном систему развиле у том обиму да заслужују кодификацију.[2]

Такав законодавни приступ, имаће за последицу и преиспитивање правила о правном субјективитету физичких лица. Аутор овде све елементе правног субјективитета физичких лица означава генеричним термином – правна зрелост тако да она обухвата: способност лица да буде носилац права и обавеза (правна способност), способ-

1 Уважавајући вишегодишње иницијативе и предлоге удружења правника, Влада РС донела је одлуку о образовању посебне комисије ради кодификације грађанског права и израде Грађанског законика РС (*Службени гласник РС*, бр. 104/06, бр. 104/06, 110/06 и 85/09). Вид.: Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, *Преднацрт Грађанског Законика РС (друга књига), Облигациони односи*, Београд 2009.

2 Образложење Преднацрта грађанског законика Републике Србије, *http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnosti/gradjanski-zakonik/*, 3.11.2013, стр. 1.

посебну, делимичну, ограничену пословну способност, а ограничења могу бити двојака. Један њихов вид састоји се у томе што малолетник може закључивати све правне послове, али само уз сагласност законског заступника (родитеља, органа старатељства, старатеља),[7] тако да се ова способност може дефинисати као општа, али и делимична; општа – јер се односи на све правне послове, а делимична у том смислу што за њихову ваљаност воља малолетника није довољна (мада је правно релевантна). Други сегмент ограничења састоји це у томе што малолетник може самостално закључивати правне послове, али само неке, тако да се ова способност може дефинисати као потпуна, али специјална: потпуна у том смислу што је воља малолетника довољна (није потребна сагласност законског заступника, односно старатеља или органа старатељства, као што није потребна ни пунолетном лицу), а специјална, јер се односи на тачно одређене послове.[8]

Правна способност је основно својство физичког лица које се разматра у оквиру права. Као таква она је од рођења стално присутна, непреносива и није могуће одрећи је се. Ипак, не може се рећи да је правна способност људима урођена, него само да је призната општом нормом. Она, дакле, није природни, већ правни атрибут човека.[9] Правна способност престаје искључиво природном смрћу, али у ситуацији која јој је правно уподобљена – проглашење несталог лица за умрло, иако наступају иста правна дејства као код фактичке смрти правна способност не престаје. Неко лице може бити оглашено преминулим у одговарајућем ванпарничном поступку.[10] Предлог за проглашење несталог лица за умрло може поднети свако лице које за то има непосредни правни интерес, као и јавни тужилац.

7 Истиче се да релативна неспособност уговарања постоји када закон предвиђа да одређена лица могу самостално закључивати само неке уговоре, док је за пуноважност осталих уговора потребна сагласност трећих лица – родитеља или старатеља, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 247.

8 Обрен Станковић, „Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 6, 1982, стр. 1220.

9 Ненад Тешић, О правнопословном осамостаљивању физичких лица, у Вук Радовић, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, Београд, 2013, стр. 405.

10 За умрло може се огласити лице: а) о чијем животу за последњих пет година није било никаквих вести, а од чијег је рођења протекло седамдесет година; б) о чијем животу за последњих пет година није било никаквих вести, а околности под којима је нестало чине вероватним да више није у животу; в) које је нестало у бродолому, саобраћајној несрећи, пожару, поплави, земљотресу или у каквој другој непосредној смртној опасности, а о чијем животу није било никаквих вести за шест месеци од дана престанка опасности; г) које је нестало у току рата у вези са ратним догађајима, а о чијем животу није било никаквих вести за годину дана од дана престанка непријатељства. Наведени рокови се рачунају од дана када је по последњим вестима нестали несумњиво био жив, а ако се тај дан не може тачно утврдити, ти рокови почињу тећи завршетком месеца, односно године у којој је нестали по последњим вестима био жив.

способност подразумева правну способност, делимично излагање о правној способности физичких лица није се могло избећи.

2. ПРАВНА СПОСОБНОСТ

Устав Републике Србије, као акт највише правне снаге, гарантује право на правну личност, тако да свако лице има правну способност.[4] Правна способност се стиче рођењем, али се и зачетку када је то у његовом интересу признају одређена права (нпр. наслеђа), ако се живо роди.[5] Другим речима, правна способност може, по потреби, бити заснована на фикцији. Зачетак је у таквој ситуацији субјект права под одложним условом и то без обзира да ли је плод у утроби мајке или је зачет у поступку вештачке оплодње.[6] Додатно, правни поредак уводи претпоставку да је дете живо рођено, без обзира да ли је способно за самосталан живот.

Правна способност је основно својство физичког лица.[7] Као таква она је од рођења стално присутна, непреносива и није погодна за одрицање.[8] Ипак, не може се рећи да је правна способност људима урођена, него само да је призната општом нормом.[9] Она дакле није природни, већ правни атрибут човека. Тако у римском праву правна способност није била општа, већ се правила разлика с обзиром на категорију становништва којој је неко лице припадало. У савременом праву, човек као такав има правну способност без обзира на здравствено стање, пол и старост.[10] Ова одлика правне способности наводи на закључак да је управо ова способност раздваја субјекте од објеката права. За стицање правне способности поред рођења није

категорију „делотворну способност". Вид.: Ivan Čepulić, *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb 1925, 45.

4 Чл. 37, ст. 1 Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006).

5 Отуда неки аутори и код правне способности указују на постепеност у настајању. Тако се у вези настанка човекове правне способности разликују три категорије: рођени човек, зачет а још нерођени човек и још незачети човек. Вид.: Владимир Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 335.

6 Опширније о могућности ширења фикције насцитуруса и на ембрионе конципиране у поступку вештачке оплодње вид.: Ненад Тешић, „Људски живот *in statu nascendi* – питање својине или ограниченог правног субјективитета", Зборник радова са Саветовања „Ново породично законодавство" у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобар 2006. године, 329–347.

7 Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo. Opći deo. Stvarno pravo. Obvezno i Nasljedno pravo*, Zagreb 2009, 33.

8 I. Čepulić, 46.

9 P. Klarić, M. Vedriš, 33.

10 Илија Бабић, *Увод у грађанско и Стварно право*, Београд 2010, стр. 23.

око чувања ствари или уколико оставодавац претрпи штету без своје кривице. Тада се уговор о бесплатној остави не би могао сматрати уговором на основу кога се стичу искључиво права. Имајући у виду да се пословна способност уговарача цени у тренутку закључења уговора, када није могуће предвидети да ли ће за оставопримца настати неки трошкови поводом чувања ствари или ће он претрпети штету, онда се ни уговор о остави не би могао уклопити у концепцију правног посла којим се стичу искључиво права, зато што бисмо дошли у парадоксалну ситуацију да уговор буде пуноважан уколико оставопримац није имао никакве штете ни трошкова поводом чувања ствари, а да би у супротном био апсолутно ништав тако да би судбина тог уговора била неизвесна све док остава траје.[61]

2.1.1.5. Уговор о бесплатном пуномоћству

Све што је наведено у вези са уговором о бесплатној остави *mutatis mutandis* важи и у случају уговора о бесплатном пуномоћству. Уговором о пуномоћству властодавац овлашћује пуномоћника да у његово име и за његов рачун предузме одређене правне послове. Уговор о пуномоћству може бити доброчин, уколико не постоји обавеза властодавца да исплати награду пуномоћнику, те се у таквом случају ради о уговору о бесплатном пуномоћству. Уговор о бесплатном пуномоћству може бити једнострано обавезан уколико не настану никакви трошкови ни штета на страни пуномоћника током његовог испуњења. Међутим, као што је истакнуто код уговора о остави, у тренутку закључења уговора се не може предвидети да ли ће током испуњења настати одређене обавезе на страни властодавца, у смислу обавезе да пуномоћнику надокнади штету или трошкове које је овај имао приликом предузимања правног посла.[62] Следећи нашу аргументацију, ни овај уговор се не може сврстати у оне уговоре којима се стичу искључиво права и које би млађи малолетник могао закључити. Овај уговор би пре могао бити сврстан у категорију уговора којима малолетник не стиче ни права ни обавезе, јер извршењем налога који му је дало друго лице као властодавац, последице правног посла не настају за малолетника већ за заступаног. О томе ће бити речи у наредним редовима.

2.2. Послови којима малолетник не стиче нити права нити обавезе – послови који не дотичу малолетникову имовину – правно неутрални послови

Млађи малолетник тј. дете до 14 година може предузети посао из кога не стиче ни права ни обавезе. И овде је, дакле, реч о послу из кога права и обавезе настају, али то не дотиче имовинску позицију малолетника. Малолетник таквим послом нити стиче, нити губи у имовин-

61 К. Тасић, *op. cit.*, стр. 325.

62 *Ibid.*, стр. 326.

тити поклон с налогом, јер није реч о послу из кога малолетник стиче само права, овај посао ће бити пуноважан ако је налог малог значаја. Чини се да овде у корист пуноважности посла говори и принцип: корисно се штетним не квари (*utile per inutile non vitiatur*). Важи дакле правило да ће се немогућ, забрањен, неморалан, неразумљив и противречан, налог сматрати као да није и постављен.[60]

Сходно овом приступу, ако је у питању посао малог значаја, малолетни поверилац из таквог посла може самостално опростити дуг. На пример, малолетник да на зајам три порцеланца пријатељу који је убедљиво најбољи кликераш у њиховом крају пред меч са једним дечаком из противничког табора, с тим да му овај касније врати исти број порцеланаца и два нулоперца. Ако партија крене у супротном правцу од очекиваног, малолетник ће другу вероватно опростити изгубљене кликере и заједно ће се припремати за реванш.

Чини се да је такво тумачење у складу са правнополитичком циљем ове норме и да на примерен начин мири заштитну и развојну функцију правила о правнопословном осамостаљивању.

3.1.1.2. Послови који не дотичу малолетникову имовину (правно неутрални послови)

Малолетник до 14 година може предузети посао из кога не стиче ни права ни обавезе. И овде је дакле реч о послу из кога права и обавезе настају, али то не дотиче имовинску позицију малолетника. Малолетник таквим послом нити стиче, нити губи. Правно неутрални послови су без утицаја на имовину малолетника, не доприносе јој, нити је погађају. У нашој правној књижевности се као пример неутралног посла наводи правни посао који малолетник предузме у својству нечијег пуномоћника јер за самог малолетника такво уговарање не ствара ни права ни обавезе.[61] Чини се да у ову групу спада пословодство без налога ако малолетник као незвани вршилац туђег посла закључи уговор за рачун онога чији су послови, а ради заштите интереса господара посла, на пример прода туђе плодове подложне брзом кварењу. [62] Ако туђи посао чијем је вршењу приступио не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очи-

60 Вид.: чл. 132 Закон о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 и 101/2003 – одлука УСРС (ЗОН). Опширније о налогу као ограничењу при постављању наследника. Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2011, 260.

61 Д. Ђурђевић, 84. „Пошто је правни посао који предузима у има властодвца за њега само неутралан правни посао (њему нити прибавља права, нити га обавезује), пуномоћник може да буде не само старији малолетник (14–18. године), него и млађи малолетник (до 14. године) јер је и он пословно способан да предузима такве послове". В. Водинелић, 481.

62 Према неким ауторима у групу неутралних послова спада и посао у коме малолетик прода туђу ствар. Вид.: I. Šimović, 1663.

ском и правном смислу. Такав правни посао малолетнику не доноси ни правну корист ни правни уштрб.[63] Правно неутрални послови немају никаквог утицаја на имовину малолетника – нити доприносе њеном увећању, нити је погађају у смислу да долази до њеног умањења. У породичноправној и грађанскоправној теорији се наводе два примера неутралног посла: пуномоћство и дереликција.

Правни посао који малолетник предузме у својству нечијег пуномоћника сматра се неутралним правним послом, јер за самог малолетника такво уговарање не ствара ни права ни обавезе. У ову групу можемо сврстати и незвано вршење туђих послова (*negotiorum gestio*) – пословодство без налога. Ако малолетник као незвани вршилац туђег посла закључи уговор за рачун онога чији су послови, а ради заштите интереса господара посла, на пример прода туђе плодове подложне брзом кварењу, а посао чијем је вршењу малолетник приступио не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очигледне користи за господара посла. Ако је малолетник поступио у свему како треба и радио оно што су околности захтевале, он има право да захтева да га онај чији је посао вршио ослободи свих обавеза које је због тога посла узео на себе и да преузме све обавезе које је закључио у његово име.[64]

Као други базни пример неутралног правног посла малолетника наводи се дереликција. Најпростије речено, дереликција је одрицање од права својине. Са друге стране, истиче се да су правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе супротни дефиницији и појму правног посла, те се дереликција некад не сврстава уопште у правне послове, већ у правне радње сличне правним пословима, односно вољне радње. Овде се јавља питање да ли је могуће да постоји правни посао којим се не стичу ни права ни обавезе. Правни посао се дефинише као изјава воље која производи одређено правно дејство у смислу настанка, престанка, преноса или измене постојећих субјективних права. Дереликција представља престанак права својине на одређеној ствари, одрицањем власника од права својине на њој, за шта је неопходна његова јасно изражена воља да ствар напушта и да више не жели да буде његов власник. За то је потребна само вољна радња, не и свест о значају те радње, самим тим и способност за расуђивање. Полазећи од тога да путем дереликције може престати постојеће право својине на одређеној

63 Марија Караникић Мирић, *Облигационо право*, Београд, 2024, стр. 202.

64 Таквих примера нема много, али се чини да развој савремених средстава комуникације широко отвара врата за правно неутралне послове. То су оне ситуације када, на пример, млађи малолетник са очевог телефона пошаље СМС на неки „хуманитарни број" којим донира средства за помоћ гладнима или на овај начин гласа за свог омиљеног певача на такмичењу за младе таленте. Ови послови ће, по правилу, бити мањег значаја. Слична је и ситуација када млађи малолетник дође у посед података неопходних за коришћење платне картице и на очево име закључи уговор о куповини преко Интернета, чини се да ће правни посао чије последице не погађају имовину малолетника производити дејство. Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 417.

тити поклон с налогом, јер није реч о послу из кога малолетник стиче само права, овај посао ће бити пуноважан ако је налог малог значаја. Чини се да овде у корист пуноважности посла говори и принцип: корисно се штетним не квари (*utile per inutile non vitiatur*). Важи дакле правило да ће се немогући, забрањен, неморалан, неразумљив и противречан, налог сматрати као да није и постављен.[60]

Сходно овом приступу, ако је у питању посао малог значаја, малолетни поверилац из таквог посла може самостално опростити дуг. На пример, малолетник да на зајам три порцеланца пријатељу који је убедљиво најбољи кликераш у њиховом крају пред меч са једним дечаком из противничког табора, с тим да му овај касније врати исти број порцеланаца и два нулоперца. Ако партија крене у супротном правцу од очекиваног, малолетник ће другу вероватно опростити изгубљене кликере и заједно ће се припремати за реванш.

Чини се да је такво тумачење у складу са правнополитичком циљем ове норме и да на примерен начин мири заштитну и развојну функцију правила о правнопословном осамостаљивању.

3.1.1.2. Послови који не дотичу малолетникову имовину (правно неутрални послови)

Малолетник до 14 година може предузети посао из кога не стиче ни права ни обавезе. И овде је дакле реч о послу из кога права и обавезе настају, али то не дотиче имовинску позицију малолетника. Малолетник таквим послом нити стиче, нити губи. Правно неутрални послови су без утицаја на имовину малолетника, не доприносе јој, нити је погађају. У нашој правној књижевности се као пример неутралног посла наводи правни посао који малолетник предузме у својству нечијег пуномоћника јер за самог малолетника такво уговарање не ствара ни права ни обавезе.[61] Чини се да у ову групу спада пословодство без налога ако малолетник као незвани вршилац туђег посла закључи уговор за рачун онога чији су послови, а ради заштите интереса господара посла, на пример прода туђе плодове подложне брзом кварењу.[62] Ако туђи посао чијем је вршењу приступио не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очи-

60 Вид.: чл. 132 Закон о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 и 101/2003 – одлука УСРС (ЗОН). Опширније о налогу као ограничењу при постављању наследника. Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2011, 260.

61 Д. Ђурђевић, 84. „Пошто је правни посао који предузима у има властодвца за њега само неутралан правни посао (њему нити прибавља права, нити га обавезује), пуномоћник може да буде не само старији малолетник (14–18. године), него и млађи малолетник (до 14. године) јер је и он пословно способан да предузима такве послове". В. Водинелић, 481.

62 Према неким ауторима у групу неутралних послова спада и посао у коме малолетник прода туђу ствар. Вид.: I. Šimović, 1663.

ском и правном смислу. Такав правни посао малолетнику не доноси ни правну корист ни правни уштрб.[63] Правно неутрални послови немају никаквог утицаја на имовину малолетника – нити доприносе њеном увећању, нити је погађају у смислу да долази до њеног умањења. У породичноправној и грађанскоправној теорији се наводе два примера неутралног посла: пуномоћство и дереликција.

Правни посао који малолетник предузме у својству нечијег пуномоћника сматра се неутралним правним послом, јер за самог малолетника такво уговарање не ствара ни права ни обавезе. У ову групу можемо сврстати и незвано вршење туђих послова (*negotiorum gestio*) – пословодство без налога. Ако малолетник као незвани вршилац туђег посла закључи уговор за рачун онога чији су послови, а ради заштите интереса господара посла, на пример прода туђе плодове подложне брзом кварењу, а посао чијем је вршењу малолетник приступио не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очигледне користи за господара посла. Ако је малолетник поступио у свему како треба и радио оно што су околности захтевале, он има право да захтева да га онај чији је посао вршио ослободи свих обавеза које је због тога посла узео на себе и да преузме све обавезе које је закључио у његово име.[64]

Као други базни пример неутралног правног посла малолетника наводи се дереликција. Најпростије речено, дереликција је одрицање од права својине. Са друге стране, истиче се да су правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе супротни дефиницији и појму правног посла, те се дереликција некад не сврстава уопште у правне послове, већ у правне радње сличне правним пословима, односно вољне радње. Овде се јавља питање да ли је могуће да постоји правни посао којим се не стичу ни права ни обавезе. Правни посао се дефинише као изјава воље која производи одређено правно дејство у смислу настанка, престанка, преноса или измене постојећих субјективних права. Дереликција представља престанак права својине на одређеној ствари, одрицањем власника од права својине на њој, за шта је неопходна његова јасно изражена воља да ствар напушта и да више не жели да буде њен власник. За то је потребна само вољна радња, не и свест о значају те радње, самим тим и способност за расуђивање. Полазећи од тога да путем дереликције може престати постојеће право својине на одређеној

63 Марија Караникић Мирић, *Облигационо право*, Београд, 2024, стр. 202.

64 Таквих примера нема много, али се чини да развој савремених средстава комуникације широко отвара врата за правно неутралне послове. То су оне ситуације када, на пример, млађи малолетник са очевог телефона пошаље СМС на неки „хуманитарни број" којим донира средства за помоћ гладнима или на овај начин гласа за свог омиљеног певача на такмичењу за младе таленте. Ови послови ће, по правилу, бити мањег значаја. Слична је и ситуација када млађи малолетник дође у посед података неопходних за коришћење платне картице и на очево име закључи уговор о куповини преко Интернета, чини се да ће правни посао чије последице не погађају имовину малолетника производити дејство. Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 417.

гледне користи за господара посла,[63] и ако је поступио у свему како треба и радио оно што су околности захтевале, малолетни *negotiorum gestor* има право захтевати да га онај чији је посао вршио ослободи свих обавеза које је због тога посла узео на себе и да преузме све обавезе које је закључио у његово име.[64] Таквих примера нема много, али се чини да развој савремених средстава комуникације широко отвара врата за правно неутралне послове. То су оне ситуације када, на пример, млађи малолетник са очевог телефона пошаље SMS на неки „хуманитарни број" којим донира средства за помоћ гладнима или на овај начин гласа за свог омиљеног певача на такмичењу за младе таленте. Ови послови ће, по правилу, бити мањег значаја. Слична је и ситуација када млађи малолетник дође у посед података неопходних за коришћење платне картице и на очево име закључи уговор о куповини преко Интернета, чини се да ће правни посао чије последице не погађају имовину малолетника производити дејство. Утврђивање ништавости таквог посла би, с једне стране, угрозило правну сигурност, а с друге стране не би донело претерану корист законском заступнику малолетника. Друга уговорна страна је због одсуства визуелне комуникације, по правилу савесна, и може захтевати накнаду штете коју трпи због ништавости уговора.[65]

3.1.1.3. Багателни (свакодневни) послови

Млађи малолетник може закључити и послове мањег значаја. Под овим пословима подразумевају се обично „ситнији, рутински послови, уобичајни за малолетника тог узраста".[66] С једне стране, ови послови не утичу битно на његову имовину и у том смислу су безопасни (бенигни), а с друге стране, ови послови, по својој природи, нису сложени тако да и млађи малолетник може разумети њихов предмет и каузу. Ови послови се, по правилу, тичу свакодневних потреба малолетника или његове породице.[67] Правни стандард –

63 Чл. 220, ст. 2 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља (ЗОО). Опширније о нужном и корисном пословодству као једном од извора облигације О. Антић (2011а), 545–547.

64 Чл. 223, ст. 1 ЗОО. Ако онај чији је посао накнадно одобри оно што је извршено, пословођа без налога сматра се налогопримцем који је од почетка радио по налогу лица чији је посао (чл. 228 ЗОО).

65 Уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости. Вид.: чл. 108 ЗОО.

66 В. Водинелић, 36.

67 Тако у руском праву малолетници од 6 до 14 година могу самостално предузети ситне свакодневне послове (рус. „*мелкие бытовые сделки*"). Вид.: чл. 28, ст. 2, тач. 1. РГЗ.

дефинисање шта значи посао мање вредности и свакодневни посао: то су послови који не утичу битно на његову имовину и у том смислу нема опасности да ће се њиховим закључивањем угрозити имовина малолетника; ови послови су, по својој природи, прости и то тако да и млађи малолетник може разумети њихов предмет и каузу; учесталост закључења правног посла; то су послови које млађи малолетник просечне способности може самостално да их предузме; то су послови који се односе на свакодневне потребе како малолетника тако и његове породице. Шта ће суд сматрати послом мањег значаја зависи и од објективних и од субјективних околности. Објективни критеријум оличен је у самој вредности правног посла – вредности престације, а субјективни узима у обзир околности конкретног случаја, као што су зрелост малолетника, начин и стил живота, имовинске прилике малолетника и његове породице. Само узимање у обзир вредности правног посла довело би до озбиљних пробема. Оно што је уобичајено, рутинско и свакидашње за једног малолетника и његово окружење може бити крајње неуобичајено за његове вршњаке који одрастају у другим друштвено-економским условима. О овом правном стандарду биће, такође, више говора у оквиру дела о упоредном праву, где се може видети како судови и законодавци тумаче појам уобичајених послова и ствари које су потребне малолетнику за функционисање. У енглеском праву се, као изузетак од правила да уговори малолетника не обвезују, наводи ситуација када је циљ уговора да задовољи малолетникове основне потребе (*necessaries*). Ово под условом ако је уговор као целина у корист малолетника и не намеће му неке терете. Притом се води рачуна о томе да виши економски статус, тачније стил живота, малолетника условљава и његове веће потребе, те самим тим и шири појам уобичајених послова мањег заначаја.[67]

Код ових правних послова битно је да трећа лица која ступају у уговорни однос не треба да брину о пословној способности малолетника којима се даје извесна аутономија да сами закључују послове сагласно својим годинама и зрелости, те самим тим и пуноважности закључених уговора.

Подвлачимо да се код (правног) стандарда послова малог значаја, иако се детету даје извесна самосталност, она тумачи, по правилу, само у светлу малолетника као члана породице, не као индивидуалне јединке. Немали број свакодневних купопродајних уговора малолетници закључују зарад потреба породице.

није могао пружити ниједан доказ којим би оборио ову тврдњу. Са друге стране је, у случају *Chapple v. Cooper* (1844) 13M&W 252, заузет став да је пуноважан уговор који је малолетница закључила у вези са сахраном свог мужа. За појам послова мањег значаја млађих малолетника у нашем праву, К. Доловић Бојић, *Правно нејасноће уговори*, Београд, 2022, стр. 106.

67 Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 418.

гледне користи за господара посла,[63] и ако је поступио у свему како треба и радио оно што су околности захтевале, малолетни *negotiorum gestor* има право захтевати да га онај чији је посао вршио ослободи свих обавеза које је због тога посла узео на себе и да преузме све обавезе које је закључио у његово име.[64] Таквих примера нема много, али се чини да развој савремених средстава комуникације широко отвара врата за правно неутралне послове. То су оне ситуације када, на пример, млађи малолетник са очевог телефона пошаље SMS на неки „хуманитарни број" којим донира средства за помоћ гладнима или на овај начин гласа за свог омиљеног певача на такмичењу за младе таленте. Ови послови ће, по правилу, бити мањег значаја. Слична је и ситуација када млађи малолетник дође у посед података неопходних за коришћење платне картице и на очево име закључи уговор о куповини преко Интернета, чини се да ће правни посао чије последице не погађају имовину малолетника производити дејство. Утврђивање ништавости таквог посла би, с једне стране, угрозило правну сигурност, а с друге стране не би донело претерану корист законском заступнику малолетника. Друга уговорна страна је због одсуства визуелне комуникације, по правилу савесна, и може захтевати накнаду штете коју трпи због ништавости уговора.[65]

3.1.1.3. Багателни (свакодневни) послови

Млађи малолетник може закључити и послове мањег значаја. Под овим пословима подразумевају се обично „ситнији, рутински послови, уобичајни за малолетника тог узраста".[66] С једне стране, ови послови не утичу битно на његову имовину и у том смислу су безопасни (бенигни), а с друге стране, ови послови, по својој природи, нису сложени тако да и млађи малолетник може разумети њихов предмет и каузу. Ови послови се, по правилу, тичу свакодневних потреба малолетника или његове породице.[67] Правни стандард –

63 Чл. 220, ст. 2 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља (ЗОО). Опширније о нужном и корисном пословодству као једном од извора облигације О. Антић (2011а), 545–547.

64 Чл. 223, ст. 1 ЗОО. Ако онај чији је посао накнадно одобри оно што је извршено, пословођа без налога сматра се налогопримцем који је од почетка радио по налогу лица чији је посао (чл. 228 ЗОО).

65 Уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости. Вид.: чл. 108 ЗОО.

66 В. Водинелић, 36.

67 Тако у руском праву малолетници од 6 до 14 година могу самостално предузети ситне свакодневне послове (рус. „*мелкие бытовые сделки*"). Вид.: чл. 28, ст. 2, тач. 1. РГЗ.

дефинисање шта значи посао мање вредности и свакодневни посао: то су послови који не утичу битно на његову имовину и у том смислу нема опасности да ће се њиховим закључивањем угрозити имовина малолетника; ови послови су, по својој природи, прости и то тако да и млађи малолетник може разумети њихов предмет и каузу; учесталост закључења правног посла; то су послови које млађи малолетник просечне способности може самостално да их предузме; то су послови који се односе на свакодневне потребе како малолетника тако и његове породице. Шта ће суд сматрати послом мањег значаја зависи и од објективних и од субјективних околности. Објективни критеријум оличен је у самој вредности правног посла – вредности престације, а субјективни узима у обзир околности конкретног случаја, као што су зрелост малолетника, начин и стил живота, имовинске прилике малолетника и његове породице. Само узимање у обзир вредности правног посла довело би до озбиљних пробема. Оно што је уобичајено, рутинско и свакидашње за једног малолетника и његово окружење може бити крајње неуобичајено за његове вршњаке који одрастају у другим друштвено-економским условима. О овом правном стандарду биће, такође, више говора у оквиру дела о упоредном праву, где се може видети како судови и законодавци тумаче појам уобичајених послова и ствари које су потребне малолетнику за функционисање. У енглеском праву се, као изузетак од правила да уговори малолетника не обвезују, наводи ситуација када је циљ уговора да задовољи малолетникове основне потребе (*necessaries*). Ово под условом ако је уговор као целина у корист малолетника и не намеће му неке терете. Притом се води рачуна о томе да виши економски статус, тачније стил живота, малолетника условљава и његове веће потребе, те самим тим и шири појам уобичајених послова мањег заначаја.[67]

Код ових правних послова битно је да трећа лица која ступају у уговорни однос не треба да брину о пословној способности малолетника којима се даје извесна аутономија да сами закључују послове сагласно својим годинама и зрелости, те самим тим и пуноважности закључених уговора.

Подвлачимо да се код (правног) стандарда послова малог значаја, иако се детету даје извесна самосталност, она тумачи, по правилу, само у светлу малолетника као члана породице, не као индивидуалне јединке. Немали број свакодневних купопродајних уговора малолетници закључују зарад потреба породице.

није могао пружити ниједан доказ којим би оборио ову тврдњу. Са друге стране је, у случају *Chapple v. Cooper* (1844) 13M&W 252, заузет став да је пуноважан уговор који је малолетница закључила у вези са сахраном свог мужа. За појам послова мањег значаја млађих малолетника у нашем праву, К. Доловић Бојић, *Правно нејасноће уговори*, Београд, 2022, стр. 106.

67 Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 418.

посао малог значаја – ће тек бити попуњен активношћу судова. Ипак, чини се да у прецизирању његове садржине, суд поред објективног критеријума – вредности престације – мора узети у обзир и друге околности конкретног случаја, као што су имовинске прилике малолетника и његове породице, њихове (куповне) навике и уопште начин живљења. Оно што је рутинско и свакидашње за једног малолетника и његово окружење, може бити крајње неуобичајно за његове вршњаке који одрастају у другим друштвеноекономским условима.[68]

У енглеском праву се као изузетак од правила да уговори малолетника овога не обвезују, наводи ситуација када је циљ уговора да задовољи малолетникове основне потребе (енгл. „*necessaries*"). Ово под условом ако је уговор као целина у корист малолетника и не намеће му неке терете.[69] Притом се води рачуна о томе да виши статус малолетника условљава и његове веће потребе.[70]

3.1.2. Малолетници од 14 до 18 година

Старији малолетник (лице које је напунило 14 година, али је млађе од 18), поред послова које може предузимати млађи малолетник, дакле оних који му искључиво доносе правну корист, правно неутралних послова и багателних послова може предузимати и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља.[71]

Законски заступник може малолетнику унапред дати сагласност за одређени посао. Ова сагласност се може дати за одређени круг послова, али не и за све послове. Изгледа да се круг послова које родитељ унапред одобрава малолетнику може прецизирати и вредносно, на пример, стављањем на располагање одређеног новчаног износа (џепарац), тако да овај слободан у његовом трошењу.[72]

68 Проф. Панов предлаже три критеријума за конкретизацију овог правног стандарда: вредност предмета правног посла, учесталост закључења правног посла, имовно стање сваке конкретне породице. Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2011, 410. Проф. Драшкић заузима супротно становиште које значај посла своди на вредност. „Сви остали правни послови детета млађег од 14 година апсолутно су ништави (теретни правни послови, *послови великог значаја или велике вредности*)". Вид.: Марија Драшкић, *Породично право и право детета*, Београд 2009, 273.

69 Енгл. „*not if it contains harsh and onerous terms*". Вид: Guenter Treitel by Edwin Peel, *The Law on Contract*, London 2007, стр. 567.

70 Енгл. „*the higher the status, the greater the range of necessaries*". E. McKendrick, 348.

71 У хрватском праву се истиче да материјалноправна воља малолетника (лица од 14 до 18 година) није правно ирелевантна, али није довољна за настанак правног посла њој се за пуноважност правног посла мора придружити одобрење законског заступника. I. Šimović, 1644.

72 Вид: §110 НГЗ. „У џепарцу треба без сумње видети користан васпитни облик који постепено упознаје малолетника са значајем новца и његовим руковањем." Тако

достатку исте, требало би је тумачити тако да формулација непокретна и покретна имовина велике вредности обухвата и права велике вредности. Претпоставка је да, ако се као законски заступник јавља родитељ, тај родитељ делује уз сагласност другог родитеља. Ово важи у случају заједничког живота родитеља у браку, као и заједничког вршења родитељског права након развода брака. Уколико један родитељ врши родитељско право, да би уговор био пуноважан потребно је одобрење оба родитеља, имајући у виду да је располагање непокретном имовином или покретном имовином велике вредности битно питање које утиче на живот детета, а о коме одлучује и други, родитељ који не врши родитељско право.

Две основне групе послова старијих малолетника разликују се и по последицама до којих доводи изостанак одговарајуће сагласности за њихово предузимање. Послови које по закону малолетници могу самостално предузети су пуноважни без било какве сагласности. Послови располагања покретним стварима, као и правима мање вредности су рушљиви у недостатку сагласности законских заступника. Послови располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности закључени без сагласности органа старатељства сматрају се ништавим, али има и мишљења да је реч о рушљивим пословима.[71] Ми се приклањамо ставу о апсолутној ништавости ових послова услед значаја и последица које могу произвести по добробит малолетника. Орган старатељства овде процењује да ли родитељи делују у најбољем интересу детета, те без његовог одобрења, правни посао повлачи апсолутну ништавост. Ово се посебно односи на непокретности. Према слову закона, сагласност родитеља, као и органа старатељства, када се тражи, може бити претходна и накнадна. Дилема постоји у погледу санкције која погађа посао предузет у недостатку једне од две сагласности. Изостанак сагласности родитеља је разлог рушљивости, а одсуство сагласности органа старатељства посао располагања стварима веће вредности је ништав. Став да може бити оснажен сагласношћу органа старатељства води пре свега рачуна о интересима малолетника усвајајући слично правило као код зеленашког посла где накнадно наступајућа околност (захтев оштећеног да се његова обавеза смањи на правичан износ) може отклонити ништавост. С друге стране, становиште по коме посао располагања вредним стварима, коме недостаје сагласност органа старатељства, погађа санкција рушљивости, пре свега узима у обзир сигурност правног промета. Отуда овде или треба прихватити правило по коме сагласност органа старатељства мора бити претходна или дата најкасније у тренутку предузимања правног посла, што је из угла правне сигурности привлачније, или усвојити становиште по коме је малолетников посао располагања вредним стварима без одобрења органа старатељства рушљив, тако да производи дејства док лице у чијем инте-

71 К. Доловић Бојић, *op. cit.*, стр. 223.

други опет сматрају да су ови послови закључени под одложним условом и да сагласност органа старатељства доводи до наступања њиховог дејства[78] и на крају неки писци држе да је недостатак сагласности органа старатељста узрок рушљивости таквог посла.[79]

Сходно законском правилу, сагласност родитеља, као и органа старатељства, када се тражи, може бити претходна и накнадна. У том смислу решење о контролисаном укључивању малолетника у правни промет је доследно. Међутим, дилема постоји у погледу санкције која погађа посао предузет у недостатку ових сагласности. Изостанак сагласности родитеља је разлог рушљивости, да ли и у одсуству сагласности органа старатељства посао располагања стварима веће вредности погађа иста санкција?

Прихватање става по коме је посао располагања стварима веће вредности ништав, али да може бити оснажен сагласношћу органа старатељства води пре свега рачуна о интересима малолетника усвајајући слично правило као код зеленашког посла где накнадно наступајућа околност (захтев оштећеног да се његова обавеза смањи на правичан износ може отклонити ништавост).[80] Ипак, правило о оснажењу зеленашког посла је изричито прописани изузетак у Закону о облигационим односима. Супротно томе, према општем правилу, ништав уговор не постаје пуноважан кад забрана или који други узрок ништавости накнадно нестане.[81]

С друге стране, становиште по коме посао располагања вредним стварима, коме недостаје сагласност органа старатељства, погађа санкција рушљивости, пре свега узима у обзир сигурност промета. Отуда овде или треба прихватити правило по коме сагласност органа старатељства мора бити претхода или дата најкасније у тренутку предузимања правног посла, што је из угла правне сигурности привлачније,[82] или усвојити становиште по коме је малолетников по-

78 Ако је реч о претходној сагласности (дозволи) онда уговор не настаје, уколико ова није дата, напротив накнадна сагласност (одобрење) има сва обележја одложног услова, тј. ако се одобрење добије уговор производи права дејства. С. Перовић, 176.

79 Тако М. Ђурђевић, 488.

80 Ако оштећени захтева да се његова обавеза смањи на правичан износ, суд ће удовољити таквом захтеву ако је то могуће, а у том случају уговор са одговарајућом изменом остаје на снази.

81 А овде се не може сматрати да је забрана била мањег значаја. Вид: чл. 107, ст. 1 ЗОО.

82 Чини се да је другачија формулација Закона о браку и породичним односима управо била на овом трагу. „Дете које је навршило четрнаест година живота може само да закључује правне послове, али је за пуноважност тих послова, изузев послова мањег значаја, потребно одобрење његових родитеља, односно одобрење органа старатељства за правне послове из члана 121 овог закона, уколико законом није друкчије одређено (чл. 122, ст. 1 Закон о браку и поро-

достатку исте, требало би је тумачити тако да формулација непокретна и покретна имовина велике вредности обухвата и права велике вредности. Претпоставка је да, ако се као законски заступник јавља родитељ, тај родитељ делује уз сагласност другог родитеља. Ово важи у случају заједничког живота родитеља у браку, као и заједничког вршења родитељског права након развода брака. Уколико један родитељ врши родитељско право, да би уговор био пуноважан потребно је одобрење оба родитеља, имајући у виду да је располагање непокретном имовином или покретном имовином велике вредности битно питање које утиче на живот детета, а о коме одлучује и други, родитељ који не врши родитељско право.

Две основне групе послова старијих малолетника разликују се и по последицама до којих доводи изостанак одговарајуће сагласности за њихово предузимање. Послови које по закону малолетници могу самостално предузети су пуноважни без било какве сагласности. Послови располагања покретним стварима, као и правима мање вредности су рушљиви у недостатку сагласности законских заступника. Послови располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности закључени без сагласности органа старатељства сматрају се ништавим, али има и мишљења да је реч о рушљивим пословима.[71] Ми се приклањамо ставу о апсолутној ништавости ових послова услед значаја и последица које могу произвести по добробит малолетника. Орган старатељства овде процењује да ли родитељи делују у најбољем интересу детета, те без његовог одобрења, правни посао повлачи апсолутну ништавост. Ово се посебно односи на непокретности. Према слову закона, сагласност родитеља, као и органа старатељства, када се тражи, може бити претходна и накнадна. Дилема постоји у погледу санкције која погађа посао предузет у недостатку једне од две сагласности. Изостанак сагласности родитеља је разлог рушљивости, а одсуство сагласности органа старатељства посао располагања стварима веће вредности је ништав. Став да може бити оснажен сагласношћу органа старатељства води пре свега рачуна о интересима малолетника усвајајући слично правило као код зеленашког посла где накнадно наступајућа околност (захтев оштећеног да се његова обавеза смањи на правичан износ) може отклонити ништавост. С друге стране, становиште по коме посао располагања вредним стварима, коме недостаје сагласност органа старатељства, погађа санкција рушљивости, пре свега узима у обзир сигурност правног промета. Отуда овде или треба прихватити правило по коме сагласност органа старатељства мора бити претходна или дата најкасније у тренутку предузимања правног посла, што је из угла правне сигурности привлачније, или усвојити становиште по коме је малолетников посао располагања вредним стварима без одобрења органа старатељства рушљив, тако да производи дејства док лице у чијем интересу

71 К. Доловић Бојић, *op. cit.*, стр. 223.

сао располагања вредним стварима без одобрења органа старатељства рушљив, тако да производи дејства, док лице у чијем интересу је рушљивост установљена не исходује његово поништење.

3.1.3. Малолетници од 15 година

Граница од 15 година, у нашем праву, је нарочито значајна за правнопословно осамостаљивање малолетника. Од тог тренутка он може ступити у радни однос, располагати зарадом и имовином коју је стекао сопственим радом.[83] Додатно малолетник који је навршио 15 година и способан је за расуђивање може сачинити пуноважно завештање као последњу изјаву воље (завештајна способност).[84] Ако је способан за расуђивање малолетник овог узраста може дати сагласност за предузимање медицинског захвата.[85] У том смислу се и ови послови малолетника могу сврстати у самосталне правне послове (послове које малолетник може предузети без било чијег правног надзора).

3.1.4. Пунолетство – пуна пословна способност

Сходно закону, пуна пословна способност се може стећи пунолетством, али и ступањем у брак пре пунолетства.[86] За закључење брака таквом лицу неопходна је дозвола суда[87] која се мора прибавити у посебном поступку.[88] Поред тога, суд може дозволити стицање потпуне пословне способности малолетном лицу које је навршило 16. годину живота, а постало је родитељ и достигло је телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о сопственој личности,

дичним односима) и „Родитељи могу *само са одобрењем* органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свога детета само ради његовог издржавања, васпитавања и образовања или ако то захтева који други његов интерес.“ Чл. 121 Закона о браку и породичним односима. Могућност предузимања посла само са одобрењем по нама јасно указује на потребу претходне или истовремене сагласности.

83 Радно способан малолетник може закључити уговор о раду, уговор којим располаже својом зарадом из уговора о раду и уговор (било који) којим располаже имовином која је стечена радом. М. Ђурђевић, 476.

84 Чл. 79 ЗОН. Опширније Драгица Живојиновић, „Тестаментарна (завештајна) и пословна способност“, *Правни живот* 10/2001, 123–135.

85 Чл. 62, ст. 2 ПЗ.

86 Опширније о стицању пословне способности пре пунолетства Оливер Антић, у: Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 145–146.

87 Чл. 11, ст. 2 ПЗ.

88 Чл. 79–86 Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012 и 45/2013 – др. закон. Опширније Гордана Станковић, „Ванпарнични поступак за стицање пословне способности“, *Правни живот* 13/2008, 171–182.

ресу је рушљивост установљена не исходује његово поништење.[72] Ми се залажемо за заштиту малолетника, те се, имајући у виду правну природу пословне способности као института који се налази између права и одговорности детета, али ипак са претежном функцијом заштите имовинских права детета, приклањамо апсолутној ништавости ових уговора.[73] У том погледу јесте и обавеза нотара који солемнизују ове уговоре да испитају да ли је уговор који је дете закључило апсолутно ништав. То је још један вид заштите малолетника у домену пословне способности.

3.2. Уговор о доживотном издржавању

Уговор о доживотном издржавању, од свих потенцијалних уговора које малолетник може да закључи, најчешће се јавља у пракси као уговор који у име малолетника закључују његови законски заступници. У делу монографије у коме су судске одлуке поводом пословне способности малолетника, детаљније ћемо анализирати принципе које заузимају наши судови код уговора о доживотном издржавању. Несумњиво је да овај уговор може закључити старији малолетник, али је за његову пуноважност потребна сагласност родитеља.

Уговором о доживотном издржавању обавезује се прималац издржавања да се после његове смрти на даваоца издржавања пренесе својина тачно одређених ствари или каква друга права, а давалац издржавања се обавезује да га, као накнаду за то, издржава и да се брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани. Прималац издржавања уговором може обухватити само ствари или права постојећа у тренутку закључења уговора. Ако што друго није уговорено, обавеза издржавања нарочито обухвата обезбеђивање становања, хране, одеће

72 Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 421.

73 У теорији се истиче да (ограничена) пословна способност малолетника има пет функција: волунтативна функција (уважава се у правном промету само оно што је права воља малолетника); функција заштите малолетника (малолетника услед недовољне зрелости и недостатка искуства треба заштити од ризика и опасности које не схвата); функција развијања малолетника (овиме се омогућује малолетнику да се укључује у пословни живот и да се припрема постепено за улазак на равноправној основи са одраслима у исти тај свет); функција заштите интереса законског заступника (с обзиром на то да малолетници живе са родитељима или другим особама, недовољна зрелости и поступци малолетника без постојања ограничене пословне способности, могли би погађати ове особе); функција заштите интереса трећих лица (ради сигурности правног промета трећа лица се осигуравају да иако закључе правни посао са малолетником, постоје правила према којима ће такав правни посао бити пуноважан, иако постоји ограничена пословна способност), В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 44. У потпуности смо сагласни са оваквом поделом аутора и можемо видети да заступа готово идентичну теоријску концепцију пословне способности детета, а то је да она има, пре свега, заштитну функцију и то самог детета, али и свих трећих лица које или живе са дететом или ступају у правне односе са дететом. Истиче се заштитна, а не искључиво „људскоправна" природа пословне способности детета.

сао располагања вредним стварима без одобрења органа старатељства рушљив, тако да производи дејства, док лице у чијем интересу је рушљивост установљена не исходује његово поништење.

3.1.3. Малолетници од 15 година

Граница од 15 година, у нашем праву, је нарочито значајна за правнопословно осамостаљивање малолетника. Од тог тренутка он може ступити у радни однос, располагати зарадом и имовином коју је стекао сопственим радом.[83] Додатно малолетник који је навршио 15 година и способан је за расуђивање може сачинити пуноважно завештање као последњу изјаву воље (завештајна способност).[84] Ако је способан за расуђивање малолетник овог узраста може дати сагласност за предузимање медицинског захвата.[85] У том смислу се и ови послови малолетника могу сврстати у самосталне правне послове (послове које малолетник може предузети без било чијег правног надзора).

3.1.4. Пунолетство – пуна пословна способност

Сходно закону, пуна пословна способност се може стећи пунолетством, али и ступањем у брак пре пунолетства.[86] За закључење брака таквом лицу неопходна је дозвола суда[87] која се мора прибавити у посебном поступку.[88] Поред тога, суд може дозволити стицање потпуне пословне способности малолетном лицу које је навршило 16. годину живота, а постало је родитељ и достигло је телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о сопственој личности,

дичним односима) и „Родитељи могу *само са одобрењем* органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свога детета само ради његовог издржавања, васпитавања и образовања или ако то захтева који други његов интерес." Чл. 121 Закона о браку и породичним односима. Могућност предузимања посла само са одобрењем по нама јасно указује на потребу претходне или истовремене сагласности.

83 Радно способан малолетник може закључити уговор о раду, уговор којим располаже својом зарадом из уговора о раду и уговор (било који) којим располаже имовином која је стечена радом. М. Ђурђевић, 476.

84 Чл. 79 ЗОН. Опширније Драгица Живојиновић, „Тестаментарна (завештајна) и пословна способност", *Правни живот* 10/2001, 123–135.

85 Чл. 62, ст. 2 ПЗ.

86 Опширније о стицању пословне способности пре пунолетства Оливер Антић, у: Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 145–146.

87 Чл. 11, ст. 2 ПЗ.

88 Чл. 79–86 Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012 и 45/2013 – др. закон. Опширније Гордана Станковић, „Ванпарнични поступак за стицање пословне способности", *Правни живот* 13/2008, 171–182.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

др Обрен Станокивић, проф.
Правног факултета у Београду

UDK — 347.1

ОГРАНИЧЕНА ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ЗАСТУПАЊЕ МАЛОЛЕТНИКА ОД СТРАНЕ ЊИХОВИХ РОДИТЕЉА У НАШЕМ ПРАВУ

1. Са навршених осамнаест година живота у нашем праву престаје заступање деце од стране њихових родитеља односно старалаца; дете се правно осамостаљује, стиче пословну способност[1]). Ту пословну способност текстови називају потпуном, мада је она, прецизније говорећи, и општа и потпуна: општа у том смислу што се односи на закључивање свих правних послова које правни поредак познаје; потпуна у том смислу што се сви ти послови могу закључивати самостално, без сагласности законског заступника односно органа старатељства. Пре пунолетства, тј. пре навршетка осамнаест година живота, општа и потпуна пословна способност стиче се закључењем брака[2]), а према законодавству СР Словеније може је стећи и малолет-

[1]) Чл. 15. ст. 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије, „Службени гласник СР Србије", бр. 22/80. од 7. јуна 1980; чл. 105. Породичног закона СР БиХ, „Службени лист СР БиХ" бр. 21/79 од 9. јула 1979; чл. 27. и 47. Закона за односите на родителите и децата СР Македоније, „Службен весник на СРМ" бр. 5/73 од 12. фебруара 1973; чл. 107 ст. и чл. 117. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih SR Slovenije, „Uradni list LRS", бр. 15/76 од 4. јуна 1976; чл. 96. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске, „Народне новине", бр. 11/78, од 21. марта 1978. године; чл. 9. ст. 1. и чл. 25. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе, „Службени лист СРЦГ", бр. 54/75 од 31. децембра 1975; чл. 11. и 23. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине, „Службени лист САПВ", бр. 2/75 од 20. фебруара 1975; чл. 18 Закона о односима родитеља и деце САП Косово, „Службени лист САПК", бр. 43/74 од 31. децембра 1974.

[2]) Чл. 15, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Србије; чл. 105. Породичног закона СР Босне и Херцеговине; чл. 47. Закона о односима родитеља и деце СР Македоније; чл. 117, ст. 1. и 2. Закона о браку и породичним односима СР Словеније; чл. 96. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске; чл. 25. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе; чл. 23. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине; чл. 18. Закона о односима родитеља и деце САП Косово.

1. ПРАВНА И ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ

Ако бисмо посматрали пословну способност у ширем смислу и поистоветили је са правном способношћу, правна и пословна способност стичу се у исто време – рођењем. У овом логичком следу, једина разлика је што се потпуна правна способност стиче рођењем, а потпуна пословна способност тек са пунолетством. У нешто ужем смислу, правна способност се стиче рођењем, док се делимична пословна способност стиче постепено, са сазревањем особе и одређеним узрастом, а тек пунолетством се стиче потпуна пословна способност без икаквих ограничења. Може се рећи да поред биолошке, пословна способност поседује и психолошку и социјалну компоненту.

Постоји разлика између физичког и правног лица као носиоца права и дужности. Стога, кад се као правни субјект појављује жива особа, говори се о физичкој особи, физичком лицу, док у ситуацији кад се ради о друштвеној творевини говори се о правној особи, односно правном лицу. Правна способност сматра се основним својством правног субјекта, уколико би се у неком тренутку правном субјекту, односно особи одузела правна способност, он би престао бити правни субјект. Кад би се физичкој особи одузела правна способност, таква особа с правног гледишта би постала ствар, што је данас у савременом добу незамисливо (барем из угла правног поретка, не и психолошко-социјалног!). Кроз историју је познато како су робови били сматрани стварима, а не особама. То је с гледишта модерног права недопустиво и, осим у неким примитивним племенским заједницама, данас није могуће. У случају да се правном лицу одузме правна способност, правно лице би престало да постоји, што није случај са пословном способношћу. Друго својство које, осим правне способности, поседује физичко лице јесте пословна способност – својство да се својим властитим актима и сопственом вољом, дакле сопственим изразима воље, стичу права и обавезе.

Пунолетством, тј. у већини правних система са навршених 18 година живота, престаје заступање деце од стране њихових родитеља односно старалаца, дете це правно осамостаљује, стиче потпуну пословну способност која се назива пуном, потпуном или општом, јер се односи на закључење свих правних послова који се закључују у датом правном поретку. Нема ограничења у погледу правних послова које одређени правни поредак познаје. Ипак, постоје ограничења, јер се пословна способност стиче са узрастом и зрелошћу, односно постепено се увећава како дете одраста.[6] Тако, са одређеним узрастом малолетници стичу

6 Постепеност пословне способности узрокују две околности: 1. способност за расуђивање је предуслов за поседовање пословне способности и, уједно, њен суштински елемент; 2. правни послови могу да имају различита правно-економска дејства по учеснике. О томе, Тодор Ачански, „Ступњевитост пословне способности појединаца", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Vol. XXII, 1–3, 1988, стр. 163.

ник који није у браку а постао је родитељ, о чему одлучује суд[3]).

2. Са одређеним узрастом малолетници стичу ограничену пословну способност, а ограничења могу бити двојака. 1⁰ Један њихов вид састоји се у томе што малолетник доцније може закључивати све правне послове али само уз сагласност законског заступника (органа старатељства), тако да се ова способност може дефинисати као општа али делимична; општа у том смислу што се односи на све правне послове-, делимична у том смислу што за њихову ваљаност воља малолетника није довољна (мада је правно релевантна). 2⁰ Други вид ограничења састоји се у томе што малолетник доцније може самостално закључивати правне послове, али само неке, тако да се ова способност може дефинисати као потпуна али специјална: потпуна у том смислу што је воља малолетника довољна (није потребна сагласност законског заступника односно органа старатељства, као што није потребна ни пунолетном лицу), специјална у том смислу што се односи на тачно одређене послове.

3. Тако је начелно говорећи и посматрано у размерама читаве земље. Али у погледу тачног обима ограничене пословне способности и узраста са којим се стиче влада велико шаренило по републикама односно покрајинама. Јединствена (мада не у потпуности) правила усвојена су само у погледу услова за стицање такозване радне способности и активне тестаменталне способности: 1⁰ малолетник који је навршио петнаест година живота може самостално засновати радни однос и располагати својом зарадом[4]); 2⁰ малолетник који је навршио петнаест (по

[3]) Чл. 117, ст. 3. Закона о браку и породичним односима СР Словеније од 1976. године. Пословна способност (општа и потпуна) овде се не стиче аутоматски, већ на основу одлука суда, а суд одлучује по предлогу органа старатељства (не дакле, по предлогу заинтересованог ни његових законских заступника, али наравно они са своје стране могу у том правцу дати иницијативу код надлежног органа старатељства). С друге стране, предлог органа старатељства не обавезује суд; позитивну олуку суд доноси „ако за то постоје важни разлози" чији релевантни степен цени суд, што чини да његова одлука има конститутиван карактер.

[4]) Чл. 168. ст. 2. Закона о удруженом раду („радни однос може да заснује лице које је навршило петнаест година живота и има општу здравствену способност"); чл. 122 ст. 2. и чл. 267. ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Србије; чл. 9. ст. 2. Закона о односима родитеља и деце САП Косово; чл. 50. ст. 2. Закона о старатељству САП Косово, „Службени лист САПК", бр. 30/76 од 12. јула 1976; чл. 12. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе; чл. 61. Закона о старатељству СР Црне Горе, Службени лист СРЦГ", 11/80 од 21. јуна 1980; чл. 87. ст. 3. и чл. 200. ст. 2. Породичног закона СР Босне и Херцеговине; чл. 73. ст. 2. и чл. 200. ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске; чл. 30. Закона о односима родитеља и деце СР Македоније; чл. 39. ст. 2. Закона о старатељству СР Македоније, „Службен весник на СРМ", бр. 5/73 од 12. фебруара 1973; чл. 112. Закона о браку и породичним односима (o zakonski zvezi in družinskih razmerjih) СР Словеније.

Иначе, терминологија је овде врло неуједначена, чак и у оквиру прописа исте друштвено-политичке заједнице, па и у оквиру истог

посебну, делимичну, ограничену пословну способност, а ограничења могу бити двојака. Један њихов вид састоји се у томе што малолетник може закључивати све правне послове, али само уз сагласност законског заступника (родитеља, органа старатељства, старатеља),[7] тако да се ова способност може дефинисати као општа, али и делимична; општа – јер се односи на све правне послове, а делимична у том смислу што за њихову ваљаност воља малолетника није довољна (мада је правно релевантна). Други сегмент ограничења састоји це у томе што малолетник може самостално закључивати правне послове, али само неке, тако да се ова способност може дефинисати као потпуна, али специјална: потпуна у том смислу што је воља малолетника довољна (није потребна сагласност законског заступника, односно старатеља или органа старатељства, као што није потребна ни пунолетном лицу), а специјална, јер се односи на тачно одређене послове.[8]

Правна способност је основно својство физичког лица које се разматра у оквиру права. Као таква она је од рођења стално присутна, непреносива и није могуће одрећи је се. Ипак, не може се рећи да је правна способност људима урођена, него само да је призната општом нормом. Она, дакле, није природни, већ правни атрибут човека.[9] Правна способност престаје искључиво природном смрћу, али у ситуацији која јој је правно уподобљена – проглашење несталог лица за умрло, иако наступају иста правна дејства као код фактичке смрти правна способност не престаје. Неко лице може бити оглашено преминулим у одговарајућем ванпарничном поступку.[10] Предлог за проглашење несталог лица за умрло може поднети свако лице које за то има непосредни правни интерес, као и јавни тужилац.

7 Истиче се да релативна неспособност уговарања постоји када закон предвиђа да одређена лица могу самостално закључивати само неке уговоре, док је за пуноважност осталих уговора потребна сагласност трећих лица – родитеља или старатеља, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 247.

8 Обрен Станковић, „Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 6, 1982, стр. 1220.

9 Ненад Тешић, О правнопословном осамостаљивању физичких лица, у Вук Радовић, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, Београд, 2013, стр. 405.

10 За умрло може се огласити лице: а) о чијем животу за последњих пет година није било никаквих вести, а од чијег је рођења протекло седамдесет година; б) о чијем животу за последњих пет година није било никаквих вести, а околности под којима је нестало чине вероватним да више није у животу; в) које је нестало у бродолому, саобраћајној несрећи, пожару, поплави, земљотресу или у каквој другој непосредној смртној опасности, а о чијем животу није било никаквих вести за шест месеци од дана престанка опасности; г) које је нестало у току рата у вези са ратним догађајима, а о чијем животу није било никаквих вести за годину дана од дана престанка непријатељства. Наведени рокови се рачунају од дана када је по последњим вестима нестали несумњиво био жив, а ако се тај дан не може тачно утврдити, ти рокови почињу тећи завршетком месеца, односно године у којој је нестали по последњим вестима био жив.

ник који није у браку а постао је родитељ, о чему одлучује суд[3]).

2. Са одређеним узрастом малолетници стичу ограничену пословну способност, а ограничења могу бити двојака. 1⁰ Један њихов вид састоји се у томе што малолетник додуше може закључивати све правне послове али само уз сагласност законског заступника (органа старатељства), тако да се ова способност може дефинисати као општа али делимична; општа у том смислу што се односи на све правне послове-, делимична у том смислу што за њихову ваљаност воља малолетника није довољна (мада је правно релевантна). 2⁰ Други вид ограничења састоји се у томе што малолетник додуше може самостално закључивати правне послове, али само неке, тако да се ова способност може дефинисати као потпуна али специјална: потпуна у том смислу што је воља малолетника довољна (није потребна сагласност законског заступника односно органа старатељства, као што није потребна ни пунолетном лицу), специјална у том смислу што се односи на тачно одређене послове.

3. Тако је начелно говорећи и посматрано у размерама читаве земље. Али у погледу тачног обима ограничене пословне способности и узраста са којим се стиче влада велико шаренило по републикама односно покрајинама. Јединствена (мада не у потпуности) правила усвојена су само у погледу услова за стицање такозване радне способности и активне тестаменталне способности: 1⁰ малолетник који је навршио петнаест година живота може самостално засновати радни однос и располагати својом зарадом[4]); 2⁰ малолетник који је навршио петнаест (по

[3]) Чл. 117, ст. 3. Закона о браку и породичним односима СР Словеније од 1976. године. Пословна способност (општа и потпуна) овде се не стиче аутоматски, већ на основу одлука суда, а суд одлучује по предлогу органа старатељства (не дакле, по предлогу заинтересованог ни његових законских заступника, али наравно они са своје стране могу у том правцу дати иницијативу код надлежног органа старатељства). С друге стране, предлог органа старатељства не обавезује суд; позитивну олуку суд доноси „ако за то постоје важни разлози" чији релевантни степен цени суд, што чини да његова одлука има конститутиван карактер.

[4]) Чл. 168. ст. 2. Закона о удруженом раду („радни однос може да заснује лице које је навршило петнаест година живота и има општу здравствену способност"); чл. 122 ст. 2. и чл. 267. ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Србије; чл. 9. ст. 2. Закона о односима родитеља и деце САП Косово; чл. 50. ст. 2. Закона о старатељству САП Косово, „Службени лист САПК", бр. 30/76 од 12. јула 1976; чл. 12. Закона о односима родитеља и деце СР Црне Горе; чл. 61. Закона о старатељству СР Црне Горе, Службени лист СРЦГ", 11/80 од 21. јуна 1980; чл. 87. ст. 3. и чл. 200. ст. 2. Породичног закона СР Босне и Херцеговине; чл. 73. ст. 2. и чл. 200. ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске; чл. 30. Закона о односима родитеља и деце СР Македоније; чл. 39. ст. 2. Закона о старатељству СР Македоније, „Службен весник на СРМ", бр. 5/73 од 12. фебруара 1973; чл. 112. Закона о браку и породичним односима (o zakonski zvezi in družinskih razmerjih) СР Словеније.

Иначе, терминологија је овде врло неуједначена, чак и у оквиру прописа исте друштвено-политичке заједнице, па и у оквиру истог

ла два закона која су донекле различито регулисала материју пословне способности малолетника под старатељством и малолетника под родитељском заштитом.[33]

Не налазимо за сходно да је могуће разликовати малолетнике, тј. децу која су под родитељским старањем и оне који су под старатељством у погледу закључивања правних послова, тј. заступања малолетника. Наиме, старатељска заштита правно посматрано има исту „правну снагу" и обим као и родитељска, те стога, у погледу заступања, имовинских права детета и пословне способности, не може бити разлике између ове две категорије малолетника. Такав је став и позитивног српског законодавства.[34] Заступање детета од стране родитеља при закључивању правних послова у некадашњем југословенском праву било је схваћено као субјективно право детета којим му се обезбеђује правна заштита и помоћ у вршењу правних послова све док не стекне потпуну пословну способност.[35]

Даље посматрајући историјат пословне способности, према Закону о браку и породичним односима СР Србије (ЗБПО),[36] малолетници су се делили на млађе од четрнаест година и оне који су навршили четрнаест година. Млађи малолетници (који још нису навршили четрнаест година) су потпуно пословно неспособни: њихови правни послови су апсолутно ништави, и као такви не производе никаква правна дејства, без обзира на вредност посла и независно од тога да ли су теретни или доброчини, те да ли их је малолетник предузео сам или уз сагласност свог законског заступника.[37] Не постоји могућност да ови послови конвалидирају накнадно, да буду правно оснажени накнадно датом сагласношћу законског заступника или органа старатељства. Када наврши четрнаест година живота, малолетник стиче ограничену пословну способност[38]

33 О старатељству се каже: „Малолетник који је навршио 14 година може вршити сам своје правне послове, али за пуноважност послова потребно је одобрење његовог стараоца .... „ Члан 23 Основног закона о старатељству и чл. 11 Основног закона о односима родитеља и деце се преплићу у погледу могућности малолетника да сами склапају правне послове. Оно што је изричито речено у чл. 23 Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања. Најзад, ни сам чл. 23 Основног закона о старатељству не говори изричито о малолетнику под старатељством, већ о малолетнику који није навршио 14 година.

34 Чл. 137. ст. 3 Породичног закона предвиђа да старатељ заступа штићеника једнако као што родитељ заступа дете.

35 Марко Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд, 1989, стр. 359.

36 Закон о браку и породичним односима, *Сл. гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 – др. закон и 11/88, *Сл. гласник РС*, бр. 22/93, 25/93 – испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001.

37 Странке које нису пословно и парнично способне, односно које због других разлога нису у могућности да саме поступају пред судом или да у ту сврху именују пуномоћника, заступају пред судом законски заступници који своја овлашћења црпе непосредно из закона. Законски заступник је физичка пословно способна особа која је овлашћена заступати особу пред судом и другим државним органима, стога што та особа нема пословну, али и парничну способност.

38 Тако, у руском праву, малолетници између 14 и 18 година могу да располажу сопственом имовином уз писмену сагласност родитеља, Јурия Федоривич Беспалова,

гу бити оснажени накнадним одобрењем односно сагласношћу законског заступника ни органа старатељства[8]). Са навршетком четрнаест година живота малолетник стиче ограничену пословну способност, која се огледа у следећем: (а) прво, он може самостално (без ичије сагласности) закључивати послове „мањег значаја"; (б) друго, уз сагласност законског заступника (а у неким случајевима уз сагласност органа старатељства) он може предузимати и све остале правне послове. По слову закона ово важи како за малолетнике под родитељским старањем тако и за оне под старатељством[9]). Са навршетком петнаест година живота ограничена пословна способност се проширује утолико што малолетник може самостално учествовати у располагању заједничком имовином стеченом радом у породичној заједници[10]) и наравно засновати радни однос и располагати зарадом.

5. Ово решење прихваћено је још у законодавствима СР Црне Горе, САП Војводине и САП Косово, уз два ограничења: (а) малолетници са навршених четрнаест година (како они под родитељским старањем тако и они под старатељством) немају право (као њихови вршњаци у СР Србији) да самостално закључују послове мањег значаја; (б) малолетницима са навршених четрнаест година под родитељским старањем није признато право да уз сагласност законског заступника (органа старатељства) закључују остале правне послове, како то могу њихови вршњаци под старатељством (СР Црна Гора и САП Војводина)[11]), односно то прово им је признато у мањем обиму (САП Косово)[12]).

[8]) Чл. 33, ст. 3, чл. 122, ст. 1. и чл. 267, ст. 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије.

[9]) Чл. 122, ст. 1. и чл. 267, ст. 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије.

[10]) Чл. 341, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Србије.

[11]) Чл. 9—12. Закона о односима родитеља и деце СР Црне Горе; чл. 60. Закона о старатељству СР Црне Горе; чл. 11—14. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине; чл. 41. Закона о старатељству САП Војводине.

[12]) Чл. 50. Закона о старатељству САП Косово; чл. 8. и 9. Закона о односима родитеља и деце САП Косово. Заправо, прописи садржани у овом последњем закону нису јасни. У чл. 9, ст. 1. стоји: „Дете које је навршило 14 година може вршити своје правне послове само али је за правовађаност тих послова потребно одобрење његових родитеља, односно одобрење органа старатељства *осим у случајевима предвиђеним у чл. 8. ст. 2. овог закона*". А у чл. 8, ст. 2. пак, каже се: „Родитељи у име детета могу са одобрењем надлежног органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свога детета само ради његовог издржавања, васпитања и образовања, или ако то захтева који други његов интерес". Стилизација чл. 9, ст. 1. је таква да би се на основу њега имало закључити како дете може самостално, без одобрења родитеља односно органа старатељства, отуђити или оптеретити своју имовину, што би било бесмислено, јер му је за мање важне послове таква сагласност потребна. Највероватнији смисао чл. 9, ст. 1. је у томе да дете (које је навршило 14 година) уопште не може, ни уз одобрење родитеља односно органа старатељства, закључити правне послове из чл. 8, ст. 2. Закона о односима родитеља и деце; оно би, другим речима, уз ово одобрење могло закључити само правне послове из ст. 1, члана 8 (*располагање приходи-*

која се огледа у томе да он може самостално (без ичије сагласности) закључивати послове „мањег значаја; уз сагласност законског заступника (а у неким случајевима уз сагласност органа старатељства) он може предузимати и све остале правне послове. По слову закона ово важи идентично, како за малолетнике под родитељским старањем, тако и за оне под старатељством. Са навршених петнаест година живота ограничена пословна способност це проширује утолико што малолетник може самостално учествовати у располагању заједничком имовином стеченом радом у породичној заједници и засновати радни однос и располагати зарадом стеченом из тог радног односа.[39] Родитељи су могли да отуђе или оптерете имовину детета само уз одобрење органа старатељства.[40]

Као што можемо приметити према нашем некадашњем праву, малолетник је тек са 14 година могао да закључује правне послове мањег значаја (свакодневне куповине), за разлику од позитивног законодавства које то право признаје и млађим малолетницима – деци испод 14 година. Упркос изричитој законској одредби ЗБПО, свакако да је друштвена реалност и пре неких 40 година била таква да је дете са 12 или 13 година свакодневно закључивало правне послове малог значаја, попут куповина у продавници. Иначе, став теорије током 90-их година XX века је био да су имовинска права детета, осим имовине коју дете стекне из уговора о раду, била занемарена.[41]

Некадашње словеначко право имало је још рестриктивнији приступ пословној способности малолетника. Према праву Словеније, малолетници испод петнаест година живота су потпуно пословно неспособни, а између малолетника који су навршили петнаест година се прави разлика. Најпре, петнаестогодишњи штићеник под старатељством може сам склапати своје правне послове (и то све), само је за њихову ваљаност потребно одобрење његовог стараоца, а за послове које старалац као заступник не може предузети самостално потребно је одобрење органа старатељства. Затим, малолетник под родитељским старањем који је навршио петнаест година, може самостално (без сагласности родитеља) предузимати све правне послове.[42] На овом месту словеначки закон је прибегао једном правном стандарду који је познат и у упоредном праву. Сагласност родитеља као законског заступника потребна му је само за послове од животног значаја, а таквим се сматрају послови који битно утичу на живот детета, односно који су такви да могу утицати на његов

Ольга Александровна Егорова, Ольга Юръевна Ильина, *Семейное йраво*, Москва, 2009, стр. 244.

39 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1218.

40 Војислав Бакић, *Породично йраво*, Београд, 1979, стр. 308.

41 Марина Јањић Комар, Радоје Кораћ, Зоран Поњавић, *Породично йраво*, Београд, 1999, стр. 226.

42 Поводом пословне способности детета старијег од 15 година у словеначком праву, Карел Зупанчић, *Дружинско йраво*, Љубљана, 1999, стр. 143.

гу бити оснажени накнадним одобрењем односно сагласношћу законског заступника ни органа старатељства[8]). Са навршетком четрнаест година живота малолетник стиче ограничену пословну способност, која се огледа у следећем: (а) прво, он може самостално (без ичије сагласности) закључивати послове „мањег значаја"; (б) друго, уз сагласност законског заступника (а у неким случајевима уз сагласност органа старатељства) он може предузимати и све остале правне послове. По слову закона ово важи како за малолетнике под родитељским старањем тако и за оне под старатељством[9]). Са навршетком петнаест година живота ограничена пословна способност се проширује утолико што малолетник може самостално учествовати у располагању заједничком имовином стеченом радом у породичној заједници[10]) и наравно засновати радни однос и располагати зарадом.

5. Ово решење прихваћено је још у законодавствима СР Црне Горе, САП Војводине и САП Косово, уз два ограничења: (а) малолетници са навршених четрнаест година (како они под родитељским старањем тако и они под старатељством) немају право (као њихови вршњаци у СР Србији) да самостално закључују послове мањег значаја; (б) малолетницима са навршених четрнаест година под родитељским старањем није признато право да уз сагласност законског заступника (органа старатељства) закључују остале правне послове, како то могу њихови вршњаци под старатељством (СР Црна Гора и САП Војводина)[11]), односно то прово им је признато у мањем обиму (САП Косово)[12]).

[8]) Чл. 33, ст. 3, чл. 122, ст. 1. и чл. 267, ст. 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије.

[9]) Чл. 122, ст. 1. и чл. 267, ст. 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије.

[10]) Чл. 341, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Србије.

[11]) Чл. 9—12. Закона о односима родитеља и деце СР Црне Горе; чл. 60. Закона о старатељству СР Црне Горе; чл. 11—14. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине; чл. 41. Закона о старатељству САП Војводине.

[12]) Чл. 50. Закона о старатељству САП Косово; чл. 8. и 9. Закона о односима родитеља и деце САП Косово. Заправо, прописи садржани у овом последњем закону нису јасни. У чл. 9, ст. 1. стоји: „Дете које је навршило 14 година може вршити своје правне послове само али је за правоваљаност тих послова потребно одобрење његових родитеља, односно одобрење органа старатељства *осим у случајевима предвиђеним у чл. 8. ст. 2. овог закона*". А у чл. 8, ст. 2. пак, каже се: „Родитељи у име детета могу са одобрењем надлежног органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свога детета само ради његовог издржавања, васпитања и образовања, или ако то захтева који други његов интерес". Стилизација чл. 9, ст. 1. је таква да би се на основу њега имало закључити како дете може самостално, без одобрења родитеља односно органа старатељства, отуђити или оптеретити своју имовину, што би било бесмислено, јер му је за мање важне послове таква сагласност потребна. Највероватнији смисао чл. 9, ст. 1. је у томе да дете (које је навршило 14 година) уопште не може, ни уз одобрење родитеља односно органа старатељства, закључити правне послове из чл. 8, ст. 2. Закона о односима родитеља и деце; оно би, другим речима, уз ово одобрење могло закључити само правне послове из ст. 1, члана 8 (*располагање приходи-*

живот и по стицању пунолетства, правни послови који имају дугорочне последице и значај по малолетника и када постане пунолетан.

Уколико нам се чини да је право Србије имало строга решења, довољно је погледати решења Хрватске и БиХ, да се српско право одједном покаже као врло „либерално". Према праву СР Хрватске и СР БиХ, малолетници су, без обзира на узраст и без обзира на то да ли су под родитељским старањем или под старатељством, били потпуно пословно неспособни.[43]

У Хрватској дете је могло бити власник имовине. Свом имовином детета управљали су родитељи, осим имовином коју се деца стекла радом. Родитељи су приходом од имовине детета могли да располажу без икаквог ограничења, уколико се то чини ради васпитања, издржавања, образовања, и лечења детета.[44] За разлику од свих других република, У хрватској се приход од имовине детета није могао користити за издржавање осталих чланова породичне заједнице, већ искључиво за потребе детета од чије имовине потичу ти приходи.[45]Ако би родитељи хтели отуђити или оптеретити имовину детета, за то је било потребно одобрење органа старатељства. Одлука органа старатељства има у центру интересе детета и овај оорган ће одобрење дати само ако је отуђење или оптерећење имовине било учињено у циљу издржавања, васпитања или образовања детета.[46] Опште је правило да деца са петнаест година стичу радну, а са шеснаест година активну тестаменталну способност. До пунолетства нема других правних послова које могу закључивати самостално, укључујући ту и оне мале вредности. Малолетници нису могли предузимати правне послове, нити самостално нити уз сагласност (одобрење) законског заступника, односно органа старатељства.[47]

43 За право СР Хрватске у оквиру социјалистичког права, М. Денишлић, *op. cit.*, стр. 37.
44 Члан 295 Закона о браку и породичним односима Хрватске.
45 Мира Алинчић, Ана Бакарић, *Породично право*, Загреб, 1989, стр. 325.
46 *Ibid.*, стр. 326.
47 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1221.

ством зрелији од свог вршњака под родитељским старањем, нити је у односу на родитеља старалац већи заштитник малолетникових интереса. Напротив, због већег степена емоционалне блискости и узајамне привржености дете ће пре послушати савет родитеља а родитељ је највећи природни гарант његових интереса. Зато закон треба више да штити малолетног штићеника под старатељством и то кроз већу ингерацију органа старатељства, а то ће рећи: путем већих ограничења овлашћења старалаца као законског заступника и већих ограничења пословне способности самог малолетника. О томе је вођено рачуна у СР Словенији. Према законодавству ове наше социјалистичке републике малолетници испод петнаест година живота су потпуно пословно неспособни а између малолетника са навршених петнаест година се прави разлика. 1⁰ Петнаестогодишњи штићеник под старатељством може сам склапати своје правне послове (и то све), само је за њихову ваљаност потребно одобрење његовог старалаца, а за послове које старалац као заступник не може предузети самостално потребно је одобрење органа старатељства)[15]). 2⁰ Малолетник под родитељским старањем који је навршио петнаест година може самостално (без сагласности родитеља) предузимати све правне послове; сагласност родитеља као законског заступника потребна му је само за послове од животног значаја, а таквим се сматрају послови који битно утичу на живот малолетника или су такви да могу утицати на његов живот по стицању пунолетства([16]).

8. Најзад, према решењу усвојеном у СР Хрватској и СР Босни и Херцеговини малолетници су, без обзира на узраст и без обзира да ли су под родитељским старањем или под старатељством, скоро потпуно пословно неспособни; према општем правилу они са петнаест година стичу радну а са шеснаест активну тестаменталну способност и до пунолетства то је све: остале послове, укључујући ту и оне мале вредности, они не могу предузимати ни самостално ни уз сагласност (одобрење) законског заступника односно органа старатељства[17,18]).

начела којима су прожети оба наша закона"; „оно што је речено у чл. 23. Основног закона о старатељству није речено и у Основном закону о односима родитеља и деце, који је донесен после њега, зато да не би било понављања" (Михаило Ступар, Пословна способност малолетника, Анали Правног факултета у Београду, 1953, бр. 3—4, стр. 358) (на овај други аргумент може се одговорити питањем: а зашто је онда у Основном закону о односима родитеља и деце поновљено правило према коме малолетник са навршених четрнаест година може самостално располагати зарадом?).

[15]) Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (чл. 203, стр. 1).
[16]) Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (чл. 108).
[17]) Чл. 87, ст. 1, чл. 87, ст. 3. и чл. 200. Породичног закона СР БиХ. У одредбама о *продужењу родитељског права* ништа се не каже о томе да ли се дете које је навршило осамнаест година изједначава са малолетником испод или изнад петнаест година, односно који је обим његове пословне способности (чл. 102, ст. 1). С друге стране, старалац лица коме је *потпуно одузета пословна способност* изједначава се у правима и обаве-

тељству СР Црне Горе малолетник под старатељством може располагати својим личним дохотком (чл. 61). Различите формулације имали су и покрајински закони. Тако, према Закону о односима родитеља и деце САП Војводине,[310] малолетник под родитељским старањем може располагати својим приходима оствареним радом (чл. 14), а према Закону о старатељству САП Војводине малолетник под старатељством може располагати својим зарадом (чл. 41, ст. 2). Слично је било и у законодавству САП Косова. Дете под родитељским старањем могло је располагати својим приходима оствареним радом.

У нашем некадашњем праву слобода располагања зарадом била је ограничена утолико што је малолетник био дужан да од тих прихода доприноси за своје издржавање, васпитање и образовање, као и за издржавања породичне заједнице,[311] што је говорило о већем степену одговорности према сопственом развоју и васпитању и мањој слободи располагања. Иако то у позитивним прописима није стајало изричито, треба узети да је огрешење малолетника о ову обавезу могло имати само последице у односима између малолетног примаоца издржавања и његовог даваоца издржавања, у том смислу што давалац издржавања може смањити свој допринос за онолико за колико би малолетник био дужан да своје потребе покрије из сопствене зараде. Тиме је малолетник могао бити ефикасно натеран да се креће у оквирима које му закон поставља, а биће реално очувано и његово право да у тим оквирима зарадом самостално располаже, као и сигурност правног промета. Не би се могло прихватити становиште да огрешење о ову обавезу повлачи неважност правног посла тј. уговора о раду. Уколико би се прихватио такав став, тиме би неоправдано била погођена трећа лица од којих се не може очекивати да знају да ли ће се малолетник у располагању зарадом кретати у дозвољеним оквирима. На тај начин била би угрожена сигурност правног промета, што би одвраћало друге собе да ступају у правне односе са малолетником и заснивају радни однос. Самостално располагање малолетника није било ограничено на располагање оним што се непосредно добије као накнада за рад, већ се протезало на све оно што води порекло од рада. Ту спадају и све ствари, било покретне или непокретне, прибављене из личног дохотка, затим камате, плодови у натуралном облику и остали приходи од тих ствари, као и накнада по основу њиховог оштећења (накнада штете, сума осигурања), као и накнада по основу експропријације. С обзиром на потпуну способност малолетника да управља и располаже свим елементима из ове имовине, законско заступање у односу на ову имовину не постоји. Наравно, по општим правилима заступања родитељ би се могао појавити као малолетников заступник, и то само на основу уговора са њим.[312]

310 Закон о односима родитеља и деце САП Војводине, *Службени лист САП Војводине*, бр. 2/75 и 10/75.

311 В. Бакић, *op. cit.*, стр. 309.

312 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1225.

праву Немачке Демократске Републике са шеснаест (пунолетство са осамнаест)[34]), у мађарском са четрнаест (пунолетство са осамнаест)[35]), у етиопском са петнаест (пунолетство са осамнаест)[36]).

12. У нашем праву слобода располагања зарадом ограничена је утолико што је малолетник дужан да „од тих прихода доприноси за своје издржавање, васпитање и образовање"[37]). Иако то у позитивним прописима не стоји изричито, треба узети да огрешење малолетника о ову обавезу може имати само последице у односима између малолетног примаоца издржавања и његовог даваоца издржавања, у том смислу што давалац издржавања може смањити свој допринос за онолико за колико би малолетник био дужан да своје потребе покрије из сопствене зараде. Тиме ће малолетник бити ефикасно натеран да се креће у оквирима које му закон поставља, а биће реално очувано и његово право да у тим оквирима зарадом самостално располаже, као и сигурност правног промета. Не би се могло прихватити становиште да огрешење о ову обавезу повлачи неважност посла: тиме би неоправдано била погођена трећа лица, од којих се не може очекивати да знају да ли се малолетник у располагању зарадом кретао у дозвољеним оквирима[38]); била би, како смо рекли, угрожена и сигурност промета, што би одвраћало

[34]) § 51. Цивилног законика Немачке ДР.

[35]) § 14. ст. 2. мађарског Грађанског законика.

[36]) Чл. 272. етиопског Грађанског законика.

[37]) Чл. 122. ст. 2. Законика о браку и породичним односима СР Србије. Такође: чл. 12. Закона о односима родитеља и деце СР Црне Горе; чл. 61. Закона о старатељству СР Црне Горе; чл. 87, ст. 3. и чл. 200, ст. 2. Породичног закона СР Босне и Херцеговине; чл. 200, ст. 2. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске (пор. са чл. 73, ст. 2. истог закона); чл. 39, ст. 2. Закона о старатељству СР Македоније (пор. са чл. 30. Закона о односима родитеља и деце СР Македоније); чл. 112. и чл. 203, ст. 2. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih SR Slovenije; чл. 14. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине; чл. 41, ст. 2. Закона о старатељству САП Војводине; чл. 9, ст. 2. Закона о односима родитеља и деце САП Косово; чл. 50, ст. 2. Закона о старатељству САП Косово. — Закон о браку и породичним односима СР Хрватске (чл. 73) и Закон о односима родитеља и деце СР Македоније (чл. 30) не предвиђају изричито да је малолетник под родитељским старањем (за разлику од малолетника под старатељством) дужан да од зараде доприноси за своје васпитање и образовање, ваљда полазећи од тога да се то подразумева и ако се не каже (мада искуство учи да се то боље подразумева ако се каже, посебно с обзиром на околност да је овде то ограничење изричито прописано за малолетнике под старатељством, па се може помислити да треба применити argumentum à contrario).

[38]) Утолико пре што није у питању само необавештеност о прецизним чињеницама и цифрама, већ је реч о *оцени* о томе да ли малолетник за своје издржавање, васпитање и образовање доприноси сразмерно, а као и увек кад је реч о оцени да ли једна чињеница постоји у *правно релевантном степену* (у овом случају то је *сразмерност* доприноса), неслагања су неминовна и не може се унапред знати која је оцена тачна. У тој оцени ће се често разилазити и родитељи (као даваоци издржавања) између себе, као и давалац издржавања, с једне, и сам малолетник, с друге стране.

тељству СР Црне Горе малолетник под старатељством може располагати својим личним дохотком (чл. 61). Различите формулације имали су и покрајински закони. Тако, према Закону о односима родитеља и деце САП Војводине,[310] малолетник под родитељским старањем може располагати својим приходима оствареним радом (чл. 14), а према Закону о старатељству САП Војводине малолетник под старатељством може располагати својом зарадом (чл. 41, ст. 2). Слично је било и у законодавству САП Косова. Дете под родитељским старањем могло је располагати својим приходима оствареним радом.

У нашем некадашњем праву слобода располагања зарадом била је ограничена утолико што је малолетник био дужан да од тих прихода доприноси за своје издржавање, васпитање и образовање, као и за издржавања породичне заједнице,[311] што је говорило о већем степену одговорности према сопственом развоју и васпитању и мањој слободи располагања. Иако то у позитивним прописима није стајало изричито, треба узети да је огрешење малолетника о ову обавезу могло имати само последице у односима између малолетног примаоца издржавања и његовог даваоца издржавања, у том смислу што давалац издржавања може смањити свој допринос за онолико за колико би малолетник био дужан да своје потребе покрије из сопствене зараде. Тиме је малолетник могао бити ефикасно натеран да се креће у оквирима које му закон поставља, а биће реално очувано и његово право да у тим оквирима зарадом самостално располаже, као и сигурност правног промета. Не би се могло прихватити становиште да огрешење о ову обавезу повлачи неважност правног посла тј. уговора о раду. Уколико би се прихватио такав став, тиме би неоправдано била погођена трећа лица од којих се не може очекивати да знају да ли ће се малолетник у располагању зарадом кретати у дозвољеним оквирима. На тај начин била би угрожена сигурност правног промета, што би одвраћало друге собе да ступају у правне односе са малолетником и заснивају радни однос. Самостално располагање малолетника није било ограничено на располагање оним што се непосредно добије као накнада за рад, већ се протезало на све оно што води порекло од рада. Ту спадају и све ствари, било покретне или непокретне, прибављене из личног дохотка, затим камате, плодови у натуралном облику и остали приходи од тих ствари, као и накнада по основу њиховог оштећења (накнада штете, сума осигурања), као и накнада по основу експропријације. С обзиром на потпуну способност малолетника да управља и располаже свим елементима из ове имовине, законско заступање у односу на ову имовину не постоји. Наравно, по општим правилима заступања родитељ би се могао појавити као малолетников заступник, и то само на основу уговора са њим.[312]

310 Закон о односима родитеља и деце САП Војводине, *Службени лист САП Војводине*, бр. 2/75 и 10/75.

311 В. Бакић, *op. cit.*, стр. 309.

312 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1225.

треће од ступања у правне односе са малолетницима, и довело у питање и само малолетниково право да располаже зарадом, које по законским интенцијама мора бити реалност а никако само прокламација.

13. Ова малолетникова способност самосталног предузимања правних послова није ограничена на располагање оним што се непосредно добије као накнада за рад, већ се протеже на све оно што води порекло од рада; ту, према томе, долазе и све ствари (покретне и непокретне) прибављене из личног дохотка, затим камате, плодови у натуралном облику и остали приходи са тих ствари, као и накнада по основу њиховог оштећења (накнада штете, сума осигурања) и по основу експропријације. С обзиром на потпуну способност малолетника да управља и располаже свим елементима из ове имовине, законско заступање у односу на њу не постоји. Наравно, по општим правилима родитељ би се овде могао појавити као малолетников заступник на основу уговора с њим, јер ко посао може предузети самостално, може га предузети и преко заступника.

14. Законско заступање се, дакле, односи на осталу малолетникову имовину, стечену наслеђем, поклоном, згодитком на лутрији, спортској прогнози, учешћем у дозвољеним играма на срећу[39]); овде долази и све оно што је добијено као накнада за ствари прибављене по наведеним основима (накнада штете, сума осигурања, правична накнада у случају експропријације), као и имовина коју је малолетник стекао радом ако још није навршио петнаест година; заступање се, наравно, не односи само на постојећу имовину већ и на могућност њеног увећања, тј. и на саму могућност стицања (давање наследничке изјаве, пријем поклона). У својству законског заступника родитељ неке од ових правних послова предузима самостално, док је за ваљаност других потребна сагласност органа старатељства. Са те тачке гледишта позитивни прописи разликују „управљање" малолетниковом имовином, с једне стране, и „отуђење или оптерећење" те имовине, с друге.

15. Закони прописују да „имовином детета до његовог пунолетства управљају у корист детета његови родитељи"[40]). У тек-

[39]) Али подсетимо: у неким деловима наше земље (Хрватска, Босна и Херцеговина) малолетник уопште не би могао учествовати у играма на срећу (ни на спортској прогнози), ни самостално ни уз сагласност законског заступника. Сходно томе, оно што би по том основу евентуално примио био би дужан да врати даваоцу као неосновано примљено (посао је ништав). По овом основу малолетник би нешто могао стећи само преко родитеља као законског заступника.

[40]) Чл. 119. Закона о браку и породичним односима СР Србије. Такође: чл. 279. Породичног закона СР Босне и Херцеговине; чл. 28. Закона о односима родитеља и деце СР Македоније; чл. 107—109. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih SR Slovenije; чл. 299. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске; чл. 10. Закона о односима родитеља и дјеце СР Црне Горе; чл. 12. Закона о односима родитеља и деце САП Војводине; чл. 7. Закона о односима родитеља и деце САП Косова.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Др Катарина Г. Доловић Бојић

ПРАВНО НЕПОСТОЈЕЋИ УГОВОРИ

БЕОГРАД • 2021

Особа може имати пословну способност, али бити неспособна за расуђивање. Способност за расуђивање представља способност особа да исправно схватају социјалне и економске односе у које ступају и да на основу сазнања о њима предузимају правне радње којима остварују одређене интересе и жељене правне последице. Способност за расуђивање је израз квалитета људске личности и зависи од укупности свих психофизичких особина одређене особе.[50] Уговор је ништав када га је закључила уговорна страна неспособна за расуђивање и то је кумулативни услов који поред пословне способности треба да буде испуњен да би неки правни посао био пуноважан.

Општи услов за закључење уговора, из правила ЗОО, јесте да особа поседује душевно здравље и умни развој, што су фактори од којих зависи способност за расуђивање. Способност за расуђивање није исто што и пословна способност. Особа може имати способност за расуђивање, али да не поседује пословну способност. Тако је и код малолетника где ЗОО наводи да малолетник од навршене седме до навршене четрнаесте године не одговара за штету, осим ако се докаже да је при проузроковању штете био способан за расуђивање. На тај начин ЗОО признаје могућност да дете од седме до четрнаесте године има способност за расуђивање. Као што смо навели, ова способност за расуђивање се разликује од способности за расуђивање код пословне способности. Посматрано на пољу одговорности малолетника за штету и пословне способности, питање односа пословне способности и способности за расуђивање разликује деликтну од пословне способности. Способност за расуђивање се састоји у способности за расуђивање у психолошко-биолошком смислу, тј. у постојању нормалне психичке радње у време извршења недопуштеног дела, која омогућава схватање значаја конкретног учињеног дела и његових последица.

1.2. Изјава воље (способност детета да изјави вољу)

Воља, као психолошка чињеница, садржана је у центру сваког уговорног односа. Воља је суштински елемент сваког уговора, а њено одсуство се санкционише санкцијом ништавости. Оно што субјект изјави као вољу биће, у ствари, правни посао, а пословна способност је услов пуноважности правног посла. Сматра се да је пословно способан онај ко може пуноважно да предузима правне послове, чије изјаве воље доводе до пуноважности правног посла.[51] Изјава воље је најбитнија чињеница која се захтева за настанак и пуноважност правног посла. Без изјаве воље нема ни правног посла. Да би правни посао настао, неопходно је да изјављена воља буде пуноважна, ваљана, да буде стварна, да буде

50 Т. Ачански, *op. cit.*, стр. 164.

51 Владимир Водинелић, „Функције пословне способности малолетника", *Право – теорија и пракса*, бр. 3, 1999, стр. 31.

Глава друга
НЕПОСТОЈАЊЕ ВОЉЕ НА СТРАНИ МАКАР ЈЕДНОГ УГОВОРНИКА

1. УВОД

„Ако уговор настаје сусретом воља две стране и ако се подразумева... да те воље буду 'здраве', недостатак у вољи једне стране представља не само негацију те воље, већ и негацију уговора. Уговору недостаје конститутивни елемент, воља једне од страна."[295]

Воља је суштински елемент сваког уговора, а њено одсуство санкционисано је санкцијом ништавости (по нашем мишљењу, реч је о непостојању уговора).[296] Изјава воље је најбитнија чињеница која се захтева за настанак и пуноважност правног посла. Да би правни посао настао, неопходно је да изјављена воља буде правнорелевантна – подобна да право на њу надовеже одговарајуће правне последице. Различити су разлози због којих изјављена воља неће понети епитет правнорелевантне. Прво, воља може бити изјављена али не са циљем да створи одређене правне последице. Тако договор два лица неће бити увек уговор упркос томе што су се њихове изјаве среле а из њихове подударности настала сагласност о нечему. У оквиру ове прве групе ситуација у којима недостаје намера за закључење уговора било би речи и о вољи која је изјављена, али није стварна и озбиљна. Друго, и када је воља изјављена са циљем да произведе правно дејство, тај циљ неће увек бити остварен уколико изјавилац воље није био способан за расуђивање – ако није могао да схвати значај изјављене воље и последица које право на њу надовезује. Треће, може се десити да недостатак не погађа само вољу, већ да нам недостаје и изјавилац – уговорна страна. Таква је ситуација када једно лице изјављује вољу у име другог и представља се као његов заступник а нема овлашћење за заступање. Тада је у питању привид уговора јер му недостаје једна уговорна страна. И, на крају, четврто, уколико недостатака нема на плану „циљности" воље и пословне способности изјавиоца (ту подразумевамо и способност за расуђивање и старосну доб коју законодавац захтева), може се десити да уговор опет не настане, али због тога што се недостатак поткрао у форми или предмету и каузи. Међутим, и ту се може говорити о недостацима који су у ускоj

295 Д. Хибер, 174.

296 Alfred Rieg, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris 1961, 27.

озбиљна – подобна да произведе одговарајуће правне последице. Оно што је неопходно јесте да изјављена воља буде подударна са стварном вољом особе која заснива правни однос односно закључује правни посао. Прво, воља може бити изјављена, али не са циљем да створи одређене правне последице. Тако договор два лица неће бити увек уговор упркос томе што су се њихове изјаве среле, а из њихове подударности настала сагласност о нечему. Најпре, воља треба да буде изјављена, треба да постоји могућност да особа може уопште да изјави вољу. Тако, особе које имају озбиљне болести и сметње у развоју уопште не могу да изјаве вољу и стога немају способност за расуђивање, независно од пословне способности. У нашем контексту, нпр. дете са годину, две дана (одојче, беба) нема способност да уопште изрази вољу, у правном смислу, те се не може уопште говорити о изјави воље. Даље, са развојем детета, оно стиче способност да изрази вољу, али се поставља питање да ли изјављена воља може да произведе правно дејство, тј. да ли је изјављена воља стварна и озбиљна. Следећи степен развоја малолетника је тај да воља може бити изјављена, међутим, недостаје елемент који говори о способности за расуђивање. Воља може да се изјави, али способност за расуђивање недостаје. Такав је случај када се изјављује воља детета нпр. до 7 година. Дете изјављује вољу, али није свесно последица које та воља може да произведе у правном промету. Ту можемо рећи да уговор не настаје. Међутим, када су у питању млађи и старији малолетници који су способни да изјаве вољу и који су способни за расуђивање, не и пословно способни, ту уговор настаје, али је питање да ли има пуноважност, да ли ће одмах производити правно дејство или ће производити правно дејство тек давањем одобрења од стране особа које филтрирају изјављену вољу малолетника – законских заступника.

Да је воља у самом центру појма уговора, те постојања појма непостојећих уговора у одсуству исте, говоре нам ставови у теорији. Наиме, воља чини саму срж правног посла, а сагласност изјављених воља – суштину уговора – те су сви разлози који могу довести до ненастанка уговора у тесној вези са вољом изјавиоца. Уколико се тежи одређеној систематици те класификацији разлога непостојања уговора, постоји дводелна подела – на узроке који се тичу самог изјавиоца и на друге узроке који се тичу садржине уговора. Ова подела је релативна, јер се заступа став да је извор свих недостатака, то јест разлога непостојања уговора управо у вољи.[52]

1.3. Недостатак способности уговарања

Теорија недвосмислено стоји на становишту да правни послови млађих малолетника и лица која су изједначена са њима спадају у групу апсолутно ништавих правних послова. Када се говори о непостојећим

52 Катарина Доловић Бојић, *Правно непостојећи уговори*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, стр. 104.

Глава друга
НЕПОСТОЈАЊЕ ВОЉЕ НА СТРАНИ МАКАР ЈЕДНОГ УГОВОРНИКА

1. УВОД

„Ако уговор настаје сусретом воља две стране и ако се подразумева... да те воље буду 'здраве', недостатак у вољи једне стране представља не само негацију те воље, већ и негацију уговора. Уговору недостаје конститутивни елемент, воља једне од страна."[295]

Воља је суштински елемент сваког уговора, а њено одсуство санкционисано је санкцијом ништавости (по нашем мишљењу, реч је о непостојању уговора).[296] Изјава воље је најбитнија чињеница која се захтева за настанак и пуноважност правног посла. Да би правни посао настао, неопходно је да изјављена воља буде правнорелевантна – подобна да право на њу надовеже одговарајуће правне последице. Различити су разлози због којих изјављена воља неће понети епитет правнорелевантне. Прво, воља може бити изјављена али не са циљем да створи одређене правне последице. Тако договор два лица неће бити увек уговор упркос томе што су се њихове изјаве среле а из њихове подударности настала сагласност о нечему. У оквиру ове прве групе ситуација у којима недостаје намера за закључење уговора било би речи и о вољи која је изјављена, али није стварна и озбиљна. Друго, и када је воља изјављена са циљем да произведе правно дејство, тај циљ неће увек бити остварен уколико изјавилац воље није био способан за расуђивање – ако није могао да схвати значај изјављене воље и последица које право на њу надовезује. Треће, може се десити да недостатак не погађа само вољу, већ да нам недостаје и изјавилац – уговорна страна. Таква је ситуација када једно лице изјављује вољу у име другог и представља се као његов заступник а нема овлашћење за заступање. Тада је у питању привид уговора јер му недостаје једна уговорна страна. И, на крају, четврто, уколико недостатака нема на плану „циљности" воље и пословне способности изјавиоца (ту подразумевамо и способност за расуђивање и старосну доб коју законодавац захтева), може се десити да уговор опет не настане, али због тога што се недостатак поткрао у форми или предмету и каузи. Међутим, и ту се може говорити о недостацима који су у ускоj

295 Д. Хибер, 174.

296 Alfred Rieg, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris 1961, 27.

озбиљна – подобна да произведе одговарајуће правне последице. Оно што је неопходно јесте да изјављена воља буде подударна са стварном вољом особе која заснива правни однос односно закључује правни посао. Прво, воља може бити изјављена, али не са циљем да створи одређене правне последице. Тако договор два лица неће бити увек уговор упркос томе што су се њихове изјаве среле, а из њихове подударности настала сагласност о нечему. Најпре, воља треба да буде изјављена, треба да постоји могућност да особа може уопште да изјави вољу. Тако, особе које имају озбиљне болести и сметње у развоју уопште не могу да изјаве вољу и стога немају способност за расуђивање, независно од пословне способности. У нашем контексту, нпр. дете са годину, две дана (одојче, беба) нема способност да уопште изрази вољу, у правном смислу, те се не може уопште говорити о изјави воље. Даље, са развојем детета, оно стиче способност да изрази вољу, али се поставља питање да ли изјављена воља може да произведе правно дејство, тј. да ли је изјављена воља стварна и озбиљна. Следећи степен развоја малолетника је тај да воља може бити изјављена, међутим, недостаје елемент који говори о способности за расуђивање. Воља може да се изјави, али способност за расуђивање недостаје. Такав је случај када се изјављује воља детета нпр. до 7 година. Дете изјављује вољу, али није свесно последица које та воља може да произведе у правном промету. Ту можемо рећи да уговор не настаје. Међутим, када су у питању млађи и старији малолетници који су способни да изјаве вољу и који су способни за расуђивање, не и пословно способни, ту уговор настаје, али је питање да ли има пуноважност, да ли ће одмах производити правно дејство или ће производити правно дејство тек давањем одобрења од стране особа које филтрирају изјављену вољу малолетника – законских заступника.

Да је воља у самом центру појма уговора, те постојања појма непостојећих уговора у одсуству исте, говоре нам ставови у теорији. Наиме, воља чини саму срж правног посла, а сагласност изјављених воља – суштину уговора – те су сви разлози који могу довести до ненастанка уговора у тесној вези са вољом изјавиоца. Уколико се тежи одређеној систематици те класификацији разлога непостојања уговора, постоји дводелна подела – на узроке који се тичу самог изјавиоца и на друге узроке који се тичу садржине уговора. Ова подела је релативна, јер се заступа став да је извор свих недостатака, то јест разлога непостојања уговора управо у вољи.[52]

1.3. Недостатак способности уговарања

Теорија недвосмислено стоји на становишту да правни послови млађих малолетника и лица која су изједначена са њима спадају у групу апсолутно ништавих правних послова. Када се говори о непостојећим

52 Катарина Доловић Бојић, *Правно нестојећи уговори*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, стр. 104.

вези са самом вољом изјавиоца – воља није манифестована у одговарајућем облику, односно није изјављена у захтеваној форми, то јест проблем постоји на терену садржине саме воље – усмерена је на нешто што је немогуће или неодређено (и истовремено неодредиво), односно воља нема каузу – нема основа, то јест разлога обавезивања.

Риг (Rieg) је упозоравао да је скоро немогуће одговорити једном формулом на тако сложено питање као што је постојање, односно одсуство воље у конкретном случају.[297] Он је узроке непостојања воље видео у недостатку луцидности (*l'absence de lucidite*) – патолошким или психичким разлозима, с једне стране, и одсуству намере (*l'absence d'intention*) – менталне резерве или шала, с друге стране.[298]

Очигледно је, дакле, да воља чини саму срж правног посла, а сагласност изјављених воља суштину уговора те да су сви разлози који могу довести до ненастанка уговора у тесној вези са вољом изјавиоца/изјавилаца.

Уколико ипак тежимо одређеној систематици те класификацији разлога непостојања уговора, могли бисмо направити дводелну поделу – на узроке који се тичу самог изјавиоца и на друге који се тичу садржине „уговора". Подела је релативна јер остајемо при томе да је извор свих недостатака, то јест разлога непостојања – у вољи.

2. ВОЉА ПОСТОЈИ, ИЗЈАВЉЕНА ВОЉА ОДГОВАРА СТВАРНОЈ ВОЉИ, АЛИ НИЈЕ ПРАВНОРЕЛЕВАНТНА

2.1 Недостатак способности уговарања (уговори млађих малолетника и лица изједначених са њима)

2.1.1 Увод

Већ је постао „стереотип" став у доктрини да послови млађих малолетника и лица њима уподобљених[299] (осим оних које по закону млађи малолетници могу самостално предузимати) спадају у групу апсолутно ништавих правних послова. Истим тим ауторима ипак није страно да, када говоре о непостојећим уговорима, као први пример наведу недостатак пословне способности за предузимање конкретног правног посла као школски пример непостојања правног посла из разлога непостојања

297 A. Rieg, 16.

298 *Ibid.*, 17–21.

299 Породични закон – ПЗ, *Сл. гласник РС* 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015. Члан 146 „Потпуно лишење пословне способности": (1) Пунолетно лице које због болести или сметњи у психо-физичком развоју није способно за нормално расуђивање те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса може бити потпуно лишено пословне способности.
(2) Пословна способност лица из става 1 овог члана једнака је пословној способности млађег малолетника.

слове. ПЗ уопште не помиње децу млађу од 7 година, већ све малолетнике ставља у исту категорију малолетника до 14 година старости. Ова одредба може довести до извесних проблема, како у теорији тако и у пракси. Не може у истом положају бити дете са 12 или 13 година и дете са 5 година по питању закључивања правних послова. Оно што је јасно и очигледно је да након доношења ПЗ категорија лица млађих од 14 година није више потпуно пословно неспособна. Међутим, имајући у виду терминологију самог ПЗ по питању пословне способности, разликују се малолетници до 14 година и малолетници старији од 14 година.

2.1. Правни послови млађих малолетника

При класификацији правних послова које млађи малолетници могу да закључе, у теорији нема спора да су то три групе правних послова. Оно што се разликује у теоријским разматрањима јесте терминолошка конструкција тих правних послова. Ми смо се определили да у поднасловима анализе сваке групе послова наведемо сваку од терминолошких дефиниција. Нека од дефиниција се више односи на правне ефекте послова малолетника, нека на економске. Ипак, имајући у виду да пословна способност обједињује правну и економску сферу, тачније односи се на имовинско право, тј. способност детета, навели смо све постојеће терминолошке одреднице правних послова млађих малолетника.

У наредним редовима ћемо анализирати норме ЗОО посвећене пословној способности малолетника. У чл. 56 и 57 ЗОО говори се о пословно неспособним особама, што имплицира да је реч о лицима потпуно лишеним пословне способности. Ипак, ст. 2 и 3 чл. 56 кажу лица ограничено пословно способна. У чл. 56 законодавац је имао у виду и млађе и старије малолетнике, односно и Закон о браку и породичним односима. У чл. 57 ЗОО, који носи наслов „Право сауговарача пословно неспособне особе", а односи се искључиво на послове старијих малолетника, садржина члана и не би била толико збуњујућа да законодавац у претходном чл. 56 није увео појам „ограничено пословно способне особе", који стоји и у чл. 59 ЗОО. Према члану 57. ЗОО, у случају да сауговарач пословно неспособне особе није знао за његову неспособност, односно за недостатак одобрења законског заступника малолетника, он може одустати од уговора, чак и ако је знао за пословну неспособност малолетника, али је био преварен са његове стране да има одобрење свог законског заступника. Право да одустане од уговора гаси се у року од тридесет дана од сазнања за пословну неспособност малолетника односно непостојања одобрења законског заступника.[54] Неспорно је да пословно неспособно лице (млађи малолетник и лице изједначено са њим), не изјављује вољу те самим тим оно и не предузима правни посао, већ га у положај стране у правном послу

54 С. Перовић, *op. cit.*, стр. 248.

потпуну и ограничену пословну неспособност јер ипак ст. 1 истог члана садржи једну општу одредбу посвећену пословној способности уопште. То се, међутим, не би могло рећи за чл. 57 ЗОО, који носи наслов „Право сауговарача пословно неспособне особе", а односи се искључиво на послове старијих малолетника. Садржина члана и не би била толико збуњујућа да законодавац у претходном чл. 56 није увео појам „ограничено пословно способне особе", који, притом, користи и у чл. 59 ЗОО. Иста замерка може бити упућена и садржини чл. 58 ЗОО.

Упркос поменутој непрецизности у изражавању нашег законодавца, остаје неспорно да пословно неспособно лице (прецизније речено – млађи малолетник и лице изједначено са њим), дакле, не изјављује вољу те самим тим оно и не предузима правни посао већ га у положај стране у правном послу доводи његов законски заступник.[308] То се не односи на онај круг правних послова које, по слову закона, млађи малолетници могу самостално предузимати. С друге стране, старији малолетници (и лица изједначена са њима у пословној способности), пак, сами предузимају правне послове који нису мањег значаја, којима се не стичу искључиво права, као и правне послове који нису неутрални, дакле, сами изјављују вољу[309] (не чине то уместо њих њихови законски заступници). Упркос томе, такви правни послови нису правно ваљани већ им је неопходно одобрење законског заступника.

Дакле, послови предузети од млађих малолетника не производе правно дејство. И даље, такви послови не могу бити „спасени" сагласношћу законског заступника, било претходном дозволом, било накнадним одобрењем. Разлог лежи у ономе што смо већ навели, наиме, да би посао млађег малолетника настао и био пуноважан, неопходно је да у његово име и за његов рачун вољу изјави његов законски заступник који једини за то и има овлашћење, и то по закону. Не постоји ниједан начин да изјављена воља детета млађег од 14 година (изван оне три врсте правних послова) буде оснажена те да производи правно дејство.

Малолетникова воља није правно релевантна јер он не поседује пословну способност, а пословну способност не поседује због тога што нема ону фактичку способност која представља основ пословне способности, а то је способност за расуђивање у пословним односима. Како малолетникова воља није правно релевантна, то ни изјава воље учињена од млађег малолетника не представља правни посао. Чак и ако би се утврдило да је конкретно дете млађе од 14 година способно да у конкретној ситуацији схвати значај и последице изјављене воље, оно подлеже законској одредби по којој се пословна способност везује за старосну доб детета, стварајући необориву законску претпоставку о његовој пословној неспособности за све правне послове изван круга изричито законом дозвољених.

308 В. Водинелић, 357.

309 *Ibid.*

доводи његов законски заступник. То се не односи на онај круг правних послова које, по слову закона, млађи малолетници могу самостално предузимати. С друге стране, старији малолетници (и лица изједначена са њима у пословној способности), сами предузимају правне послове који нису мањег значаја, којима се не стичу искључиво права, као и правне послове који нису неутрални, дакле, сами изјављују вољу и то не чине уместо њих њихови законски заступници. Упркос томе, такви правни послови нису правно ваљани, већ им је неопходно одобрење законског заступника. Дакле, послови предузети од млађих малолетника не производе правно дејство. Такви послови не могу бити оснажени сагласношћу законског заступника, било претходном дозволом, било накнадним одобрењем. Да би посао млађег малолетника настао и био пуноважан, неопходно је да у његово име и за његов рачун вољу изјави његов законски заступник који једини за то и има овлашћење, и то по закону. Не постоји ниједан начин да изјављена воља детета млађег од 14 година (изван оне три врсте правних послова) буде оснажена, те да производи правно дејство. Малолетникова воља није правно релевантна, јер он не поседује пословну способност, а пословну способност не поседује због тога што нема ону фактичку способност која представља основ пословне способности, а то је способност за расуђивање у пословним односима. Како малолетникова воља није правно релевантна, то ни изјава воље учињена од млађег малолетника не представља пуноважан правни посао. За разлику од опште формулације породичног права када се неко право детета везује за узраст и зрелост детета, као нпр. изражавање мишљења пред државним органима и у поступцима у којима се одлучује о његовим правима – 10 година, али је могуће да се и узме и уважи мишљење и млађег детета ако је довољно зрело. Ово не може важити код пословне способности детета без обзира на утврђену зрелост детета у конкретном случају. Изричите законске одредбе о узрасту (не и о зрелости) онемогућавају да дете испод 14 година иде изван законских граница пословне способности. Чак и ако би се утврдило да је конкретно дете млађе од 14 година способно да у конкретној ситуацији схвати значај и последице изјављене воље, оно подлеже законској одредби по којој се пословна способност везује за старосну доб детета, стварајући необориву законску претпоставку о његовој пословној неспособности за све правне послове изван круга изричито законом дозвољених. Како би конкретан случај представљао ситуацију да је вољу изјавило лице које право сматра неспособним за предузимање правног посла, то на такву изјаву воље право не би надовезало правне последице, другим речима, не би дозволило улазак такве изјаве воље у свет права. У теорији се истиче недостатак воље код млађих малолетника, са чиме се не можемо сасвим сложити. Према том схватању уговор малолетника не настаје, јер правни систем не препознаје изјаву воље млађег малолетника. У случају уговора – недостаје му и сагласност воља. Нема разлога, а ни основа да се такав правни посао сматра ништавим, јер он није неморалан,

потпуну и ограничену пословну неспособност јер ипак ст. 1 истог члана садржи једну општу одредбу посвећену пословној способности уопште. То се, међутим, не би могло рећи за чл. 57 ЗОО, који носи наслов „Право сауговарача пословно неспособне особе“, а односи се искључиво на послове старијих малолетника. Садржина члана и не би била толико збуњујућа да законодавац у претходном чл. 56 није увео појам „ограничено пословно способне особе“, који, притом, користи и у чл. 59 ЗОО. Иста замерка може бити упућена и садржини чл. 58 ЗОО.

Упркос поменутој непрецизности у изражавању нашег законодавца, остаје неспорно да пословно неспособно лице (прецизније речено – млађи малолетник и лице изједначено са њим), дакле, не изјављује вољу те самим тим оно и не предузима правни посао већ га у положај стране у правном послу доводи његов законски заступник.[308] То се не односи на онај круг правних послова које, по слову закона, млађи малолетници могу самостално предузимати. С друге стране, старији малолетници (и лица изједначена са њима у пословној способности), пак, сами предузимају правне послове који нису мањег значаја, којима се не стичу искључиво права, као и правне послове који нису неутрални, дакле, сами изјављују вољу[309] (не чине то уместо њих њихови законски заступници). Упркос томе, такви правни послови нису правно ваљани већ им је неопходно одобрење законског заступника.

Дакле, послови предузети од млађих малолетника не производе правно дејство. И даље, такви послови не могу бити „спасени“ сагласношћу законског заступника, било претходном дозволом, било накнадним одобрењем. Разлог лежи у ономе што смо већ навели, наиме, да би посао млађег малолетника настао и био пуноважан, неопходно је да у његово име и за његов рачун вољу изјави његов законски заступник који једини за то и има овлашћење, и то по закону. Не постоји ниједан начин да изјављена воља детета млађег од 14 година (изван оне три врсте правних послова) буде оснажена те да производи правно дејство.

Малолетникова воља није правно релевантна јер он не поседује пословну способност, а пословну способност не поседује због тога што нема ону фактичку способност која представља основ пословне способности, а то је способност за расуђивање у пословним односима. Како малолетникова воља није правно релевантна, то ни изјава воље учињена од млађег малолетника не представља правни посао. Чак и ако би се утврдило да је конкретно дете млађе од 14 година способно да у конкретној ситуацији схвати значај и последице изјављене воље, оно подлеже законској одредби по којој се пословна способност везује за старосну доб детета, стварајући необориву законску претпоставку о његовој пословној неспособности за све правне послове изван круга изричито законом дозвољених.

308 В. Водинелић, 357.
309 *Ibid.*

доводи његов законски заступник. То се не односи на онај круг правних послова које, по слову закона, млађи малолетници могу самостално предузимати. С друге стране, старији малолетници (и лица изједначена са њима у пословној способности), сами предузимају правне послове који нису мањег значаја, којима се не стичу искључиво права, као и правне послове који нису неутрални, дакле, сами изјављују вољу и то не чине уместо њих њихови законски заступници. Упркос томе, такви правни послови нису правно ваљани, већ им је неопходно одобрење законског заступника. Дакле, послови предузети од млађих малолетника не производе правно дејство. Такви послови не могу бити оснажени сагласношћу законског заступника, било претходном дозволом, било накнадним одобрењем. Да би посао млађег малолетника настао и био пуноважан, неопходно је да у његово име и за његов рачун вољу изјави његов законски заступник који једини за то и има овлашћење, и то по закону. Не постоји ниједан начин да изјављена воља детета млађег од 14 година (изван оне три врсте правних послова) буде оснажена, те да производи правно дејство. Малолетникова воља није правно релевантна, јер он не поседује пословну способност, а пословну способност не поседује због тога што нема ону фактичку способност која представља основ пословне способности, а то је способност за расуђивање у пословним односима. Како малолетникова воља није правно релевантна, то ни изјава воље учињена од млађег малолетника не представља пуноважан правни посао. За разлику од опште формулације породичног права када се неко право детета везује за узраст и зрелост детета, као нпр. изражавање мишљења пред државним органима и у поступцима у којима се одлучује о његовим правима – 10 година, али је могуће да се и узме и уважи мишљење и млађег детета ако је довољно зрело. Ово не може важити код пословне способности детета без обзира на утврђену зрелост детета у конкретном случају. Изричите законске одредбе о узрасту (не и о зрелости) онемогућавају да дете испод 14 година иде изван законских граница пословне способности. Чак и ако би се утврдило да је конкретно дете млађе од 14 година способно да у конкретној ситуацији схвати значај и последице изјављене воље, оно подлеже законској одредби по којој се пословна способност везује за старосну доб детета, стварајући необориву законску претпоставку о његовој пословној неспособности за све правне послове изван круга изричито законом дозвољених. Како би конкретан случај представљао ситуацију да је вољу изјавило лице које право сматра неспособним за предузимање правног посла, то на такву изјаву воље право не би надовезало правне последице, другим речима, не би дозволило улазак такве изјаве воље у свет права. У теорији се истиче недостатак воље код млађих малолетника, са чиме се не можемо сасвим сложити. Према том схватању уговор малолетника не настаје, јер правни систем не препознаје изјаву воље млађег малолетника. У случају уговора – недостаје му и сагласност воља. Нема разлога, а ни основа да се такав правни посао сматра ништавим, јер он није неморалан,

Како би конкретан случај представљао ситуацију да је вољу изјавило лице које право сматра неспособним за предузимање правног посла, то на такву изјаву воље право не би надовезало правне последице, другим речима, не би дозволило улазак такве изјаве воље у свет права. Правни систем не препознаје изјаву воље млађег малолетника. Отуда је неспорно да је такав правни посао непостојећи. Он није настао јер му недостаје есенцијални елемент за постојање – правнорелевантна воља. У случају уговора – још више, недостаје му и сагласност воља јер сагласност не може настати у споју једне воље која јесте и друге која није правно релевантна.[310]

Нема разлога, а ни основа да се такав правни посао сматра ништавим јер он није неморалан, а није ни законом забрањен, у смислу забрањености која се захтева за постојање апсолутне ништавости. Отуда је пословна способност услов настанка, а не пуноважности уговора,[311] те њено непостојање не доводи у питање пуноважност уговора, већ и више од тога – уговор је пао на претходном степенику – на испитивању услова за његово постојање. Не може, дакле, свако лице имати својство уговарача.[312]

2.2 Правни послови старијих малолетника (и лица изједначених са њима) предузети без сагласности законског заступника

2.2.1 Уводне и терминолошке напомене

Старији малолетници, односно деца са навршених 14 година могу, уз три групе правних послова које могу самостално предузимати и млађи малолетници – правни послови мањег значаја, послови којима стичу искључиво права и неутрални правни послови, предузимати и све остале правне послове, али уз сагласност законског заступника.[313]

О правним пословима млађих малолетника већ је било речи. Дакле, када су у питању млађи малолетници, правне послове, мимо оне три групе прописане Породичним законом (које могу самостално предузимати), у њихово име и уместо њих предузимају њихови законски заступници. Пословно неспособно лице (прецизније – млађи малолетник и лице изједначено[314] са њим), дакле, не изјављује вољу, те самим тим и не предузима правни посао оно већ га у положај стране у правном

310 Види супротно код Љубиша Милошевић, *Облиīационо йраво*, Београд 1970, 63. Аутор наводи да је пословна способност услов пуноважности уговора, док су, с друге стране, сагласност изјављених воља, предмет и основ уговора услови без којих уговор не може да постоји.

311 С. Перовић, 1980а, 246.

312 Богдан Лоза, *Облиīационо йраво, ойшйи део*, Београд 2000, 99.

313 ПЗ, чл. 64, ст. 2.

314 ПЗ, чл. 147 „Делимично лишење пословне способности": (1) Пунолетно лице које због болести или сметњи у психо-физичком развоју својим поступцима непосред-

а није ни законом забрањен, у смислу забрањености која се захтева за постојање апсолутне ништавости. Отуда је пословна способност услов настанка, а не пуноважности уговора, те њено непостојање не доводи у питање пуноважност уговора, већ и више од тога – уговор је пао на претходном степенику – на испитивању услова за његово постојање.[55] Да закључимо, свако лице може имати својство уговарача, али свако лице не може изјавити вољу самостално, већ ће у случају немогућности изјављивања воље у име те особе законски заступник изјавити вољу. Дакле, дете старосто 3 године може бити уговорна страна, али не може изјавити вољу и то ће у име детета (у)чинити његов законски заступник.

За закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора. Исто важи и за закључење осталих правних послова. Уколико млађи малолетник закључи одређени правни посао ван граница сопствене пословне способности, такав правни посао ће бити апсолутно ништав, са свим последицама које апсолутна ништавост може произвести. Ово управо, стога, јер наш закон не препознаје категорију непостојећих правних послова. Декларативну тужбу (тужбу за утврђење) да је уговор апсолутно ништав моћи ће да поднесе свако заинтересовано лице, а на ту околност суд пази по службеној дужности.[56]

2.1.1. Послови којима малолетник стиче искључиво права – послови који искључиво доносе корист малолетнику

Када су у питању правни послови којим се стичу искључиво права, као најчешћи примери наводе се уговори. Без сумње, први на листи правних послова којима се стичу искључиво права јесте уговор о поклону. Наводе се у теорији као могући, те ћемо се укратко осврнути и на уговор о послузи, уговор о бескаматном зајму, уговор о бесплатној остави и уговор о бесплатном пуномоћству. Основно питање које се у вези са овим уговорима поставља је то да ли се њима стичу само права или они рађају и одређене обавезе. Најпре ћемо извршити поделу на неспорне уговоре којима млађи малолетник стиче искључиво права, и на оне који могу бити предмет анализе, али ипак не спадају у ову категорију. Поклон је неспорно уговор којим малолетник стиче искључиво права, док остали уговори, теоријски посматрано то могу бити, али њих у пракси млађи малолетници уопште не закључују. Они нису у складу са узрастом, зрелошћу и способношћу млађих малолетника.

2.1.1.1. Уговор о поклону

Уговор о поклону је један од најчешћих уговора који млађи малолетници закључују и поводом кога нема већих несугласица у теорији да представља уговор којим малолетник стиче искључиво права.

55 К. Доловић Бојић, *op. cit.*, стр. 108.

56 Катарина Тасић, „Пословна (не)способност млађих малолетника", *Страни правни живот*, Београд, 2013, стр. 318.

Како би конкретан случај представљао ситуацију да је вољу изјавило лице које право сматра неспособним за предузимање правног посла, то на такву изјаву воље право не би надовезало правне последице, другим речима, не би дозволило улазак такве изјаве воље у свет права. Правни систем не препознаје изјаву воље млађег малолетника. Отуда је неспорно да је такав правни посао непостојећи. Он није настао јер му недостаје есенцијални елемент за постојање – правнорелевантна воља. У случају уговора – још више, недостаје му и сагласност воља јер сагласност не може настати у споју једне воље која јесте и друге која није правно релевантна.[310]

Нема разлога, а ни основа да се такав правни посао сматра ништавим јер он није неморалан, а није ни законом забрањен, у смислу забрањености која се захтева за постојање апсолутне ништавости. Отуда је пословна способност услов настанка, а не пуноважности уговора,[311] те њено непостојање не доводи у питање пуноважност уговора, већ и више од тога – уговор је пао на претходном степенику – на испитивању услова за његово постојање. Не може, дакле, свако лице имати својство уговарача.[312]

2.2 Правни послови старијих малолетника (и лица изједначених са њима) предузети без сагласности законског заступника

2.2.1 Уводне и терминолошке напомене

Старији малолетници, односно деца са навршених 14 година могу, уз три групе правних послова које могу самостално предузимати и млађи малолетници – правни послови мањег значаја, послови којима стичу искључиво права и неутрални правни послови, предузимати и све остале правне послове, али уз сагласност законског заступника.[313]

О правним пословима млађих малолетника већ је било речи. Дакле, када су у питању млађи малолетници, правне послове, мимо оне три групе прописане Породичним законом (које могу самостално предузимати), у њихово име и уместо њих предузимају њихови законски заступници. Пословно неспособно лице (прецизније – млађи малолетник и лице изједначено[314] са њим), дакле, не изјављује вољу, те самим тим и не предузима правни посао оно већ га у положај стране у правном

310 Види супротно код Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1970, 63. Аутор наводи да је пословна способност услов пуноважности уговора, док су, с друге стране, сагласност изјављених воља, предмет и основ уговора услови без којих уговор не може да постоји.

311 С. Перовић, 1980а, 246.

312 Богдан Лоза, *Облигационо право, општи део*, Београд 2000, 99.

313 ПЗ, чл. 64, ст. 2.

314 ПЗ, чл. 147 „Делимично лишење пословне способности": (1) Пунолетно лице које због болести или сметњи у психо-физичком развоју својим поступцима непосред-

3. СТАРИЈИ МАЛОЛЕТНИЦИ

3.1. Правни послови старијих малолетника (и лица изједначених са њима) предузети без сагласности законског заступника

Старији малолетници, односно деца са навршених 14 година могу, уз три групе правних послова које могу самостално предузимати и млађи малолетници – правни послови мањег значаја, послови којима стичу искључиво права и неутрални правни послови, предузимати и све остале правне послове, али је за њихову пуноважност неопходна сагласност законског заступника. Старији малолетници (и лица изједначена са њима у пословној способности), пак, сами предузимају правне послове који нису мањег значаја, којима се не стичу искључиво права и правне послове који нису неутрални, дакле, сами изјављују вољу и уместо њих то не чине њихови законски заступници. Упркос томе, такви правни послови нису ваљани, већ је за њихову ваљаност неопходно одобрење законског заступника. Ако је сагласност дата претходно, онда се закључењем правног посла он перфектуира – странке су везане њиме од закључивања. Ако сагласности нема, већ се даје накнадно, онда он не важи од закључења, већ се оснажује када се накнадно да сагласност у законском року. Ови послови се карактеришу и као неизвесни правни послови, они „храмљу" – *negotium claudicans*.[68]

Оно што код старијих малолетника може бити спорно јесте недостатак неопходне сагласности законског заступника. Према ЗОО, за закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора, а ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само оне уговоре чије му је закључивање законом дозвољено.[69]

Старији малолетници могу у правном промету предузимати две врсте послова: самосталне (без било чијег правног надзора) и одобрене (уз претходну или накнадну сагласност онога који процењује њихову целисходност).

Чланом 56, ст. 2 и 3 ЗОО прописано је да ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само уговоре који су предвиђени законом, док ће остали уговори бити рушљиви, уз могућност оснажења накнадним одобрењем. Члан 57 регулише могућност одустанка од закљученог уговора сауговарача лица ограничене пословне способности, док чл. 59. предвиђа право пословно способног лица на поништај уговора који је закључио у време своје пословне неспособности. Формулације поменутих одредаба јасно

68 О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 57.

69 Чл. 56 ЗОО.

послу доводи његов законски заступник.[315] Стога је наш закључак и био да би евентуални правни посао предузет од лица млађег од 14 година (као и лица изједначених са њима) био непостојећи.

Нас на овом месту занимају правни послови предузети од старијих малолетника без сагласности законског заступника. Старији малолетници (и лица изједначена са њима у пословној способности), пак, сами предузимају правне послове који нису мањег значаја, којима се не стичу искључиво права и правне послове који нису неутрални, дакле, сами изјављују вољу[316] (уместо њих то не чине њихови законски заступници). Упркос томе, такви правни послови нису ваљани већ је за њихову ваљаност неопходно одобрење законског заступника.

2.2.2 Пословна способност старијих малолетника у домаћем праву

Чланом 56, ст. 2 и 3 ЗОО прописано је да ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само уговоре који су предвиђени законом, док ће остали уговори бити рушљиви, уз могућност оснажења накнадним одобрењем. Чланом 57 регулисана је могућност „одустанка од закљученог уговора" сауговарача лица ограничене пословне способности, а чл. 59 право пословно способног лица на поништај уговора који је закључио у време своје пословне неспособности. Формулације поменутих одредаба јасно изражавају став законодавца.

Прво, законодавац сматра постојећим уговор који закључи лице ограничене пословне способности без одобрења законског заступника. То је очигледно, имајући у виду да такву уговорну ситуацију законодавац назива рушљивим уговором, затим услове под којим законодавац прописује да се може одустати од закљученог уговора и могућност поништаја тог уговора од лица које је накнадно постало потпуно пословно способно.

Друго, законодавац сматра рушљивим уговор који лице ограничене пословне способности (неспорно је да законодавац овде мисли на старије малолетнике и лица изједначена са њима) закључи без сагласности законског заступника. Законодавац то изричито прописује, а затим и предвиђа могућност евентуалног оснажења рушљивог уговора накнадним одобрењем. На још једном месту законодавац такве уговоре назива

но угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица може бити делимично лишено пословне способности.

(2) Пословна способност лица из става 1 овог члана једнака је пословној способности старијег малолетника.

(3) Судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности одредиће се правни послови које лице делимично лишено пословне способности може односно не може самостално предузети.

315 В. Водинелић, 357.

316 *Ibid.*

изражавају став законодавца. Прво, законодавац сматра да уговор који закључи лице ограничене пословне способности без одобрења законског заступника постоји, тј. да настаје. То је неспорно, имајући у виду да такву ситуацију законодавац назива рушљивим уговором, затим услове под којим законодавац прописује да се може одустати од закљученог уговора и могућност поништаја тог уговора од лица које је накнадно постало потпуно пословно способно. Даље закон сматра рушљивим уговор који лице ограничене пословне способности, тј. старији малолетник и лица изједначена са њима, закључи без сагласности законског заступника. Законодавац то изричито прописује, а затим и предвиђа могућност евентуалног оснажења рушљивог уговора накнадним одобрењем. На још једном месту ЗОО такве уговоре назива рушљивим, и то посредно, када прописује рок у којем након стицања своје потпуне пословне способности лице може захтевати поништење уговора који је закључило у тренутку своје ограничене пословне способности. Наиме, узор за чл. 59 ЗОО законодавцу је била очигледно законска конвалидација рушљивог уговора која наступа *ипсо иуре* протеком рока у којем је страна у чијем је интересу рушљивост установљена могла подићи тужбу за поништај уговора, али то ипак није учинила, тј. пропустила је рок. Пословно способно лице може захтевати да се поништи уговор који је без потребног одобрења закључио за време своје ограничене пословне способности само ако је тужбу поднело у року од три месеца од дана стицања потпуне пословне способности. Слично као код конвалидације брака који склопи малолетник без дозволе суда. Како нема дозволе суда, тако је такав брак рушљив, настао је, али није пуноважан и може бити поништен. Рок у коме може тражити поништење брака јесте годину дана од стицања пунолетства. Ако пак сада пословно способно, а у време закључења уговора (тачније покушаја закључења уговора) ограничено пословно способно лице пропусти да у року од три месеца од стицања пословне способности поднесе захтев за поништај уговора, такав уговор по сили закона постаје пуноважан.

У теорији се наводи да такав уговор није ни настао, јер није било одобрења законског заступника. Тако, у том случају не постоји нешто што би сада пословно способно лице могло да поништава, јер је појам поништаја резервисан само за постојеће уговоре, а законодавац овде пренебрегава чињеницу коју, да апсурд буде већи, наводи у истом члану, а то је да није уследило одобрење законског заступника. Дакле, да је уследило одобрење, уговор би био перфектан и не би могао да се поништава. Супротно, како одобрење није уследило, уговор не може да се поништава. Долази се до парадокса – поништавао би се некакав квазиуговор настао сагласношћу једне правнорелевантне воље сауговарача и једне правнонерелевантне воље лица ограничене пословне способности. Два, дакле, парадокса произлазе из одредбе чл. 59 ЗОО – прво, могућност поништаја нечега што не постоји, па макар рекли

послу доводи његов законски заступник.[315] Стога је наш закључак и био да би евентуални правни посао предузет од лица млађег од 14 година (као и лица изједначених са њима) био непостојећи.

Нас на овом месту занимају правни послови предузети од старијих малолетника без сагласности законског заступника. Старији малолетници (и лица изједначена са њима у пословној способности), пак, сами предузимају правне послове који нису мањег значаја, којима се не стичу искључиво права и правне послове који нису неутрални, дакле, сами изјављују вољу[316] (уместо њих то не чине њихови законски заступници). Упркос томе, такви правни послови нису ваљани већ је за њихову ваљаност неопходно одобрење законског заступника.

2.2.2 Пословна способност старијих малолетника у домаћем праву

Чланом 56, ст. 2 и 3 ЗОО прописано је да ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само уговоре који су предвиђени законом, док ће остали уговори бити рушљиви, уз могућност оснажења накнадним одобрењем. Чланом 57 регулисана је могућност „одустанка од закљученог уговора" сауговарача лица ограничене пословне способности, а чл. 59 право пословно способног лица на поништај уговора који је закључио у време своје пословне неспособности. Формулације поменутих одредаба јасно изражавају став законодавца.

Прво, законодавац сматра постојећим уговор који закључи лице ограничене пословне способности без одобрења законског заступника. То је очигледно, имајући у виду да такву уговорну ситуацију законодавац назива рушљивим уговором, затим услове под којим законодавац прописује да се може одустати од закљученог уговора и могућност поништаја тог уговора од лица које је накнадно постало потпуно пословно способно.

Друго, законодавац сматра рушљивим уговор који лице ограничене пословне способности (неспорно је да законодавац овде мисли на старије малолетнике и лица изједначена са њима) закључи без сагласности законског заступника. Законодавац то изричито прописује, а затим и предвиђа могућност евентуалног оснажења рушљивог уговора накнадним одобрењем. На још једном месту законодавац такве уговоре назива

но угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица може бити делимично лишено пословне способности.

(2) Пословна способност лица из става 1 овог члана једнака је пословној способности старијег малолетника.

(3) Судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности одредиће се правни послови које лице делимично лишено пословне способности може односно не може самостално предузети.

315 В. Водинелић, 357.

316 *Ibid.*

изражавају став законодавца. Прво, законодавац сматра да уговор који закључи лице ограничене пословне способности без одобрења законског заступника постоји, тј. да настаје. То је неспорно, имајући у виду да такву ситуацију законодавац назива рушљивим уговором, затим услове под којим законодавац прописује да се може одустати од закљученог уговора и могућност поништаја тог уговора од лица које је накнадно постало потпуно пословно способно. Даље закон сматра рушљивим уговор који лице ограничене пословне способности, тј. старији малолетник и лица изједначена са њима, закључи без сагласности законског заступника. Законодавац то изричито прописује, а затим и предвиђа могућност евентуалног оснажења рушљивог уговора накнадним одобрењем. На још једном месту ЗОО такве уговоре назива рушљивим, и то посредно, када прописује рок у којем након стицања своје потпуне пословне способности лице може захтевати поништење уговора који је закључило у тренутку своје ограничене пословне способности. Наиме, узор за чл. 59 ЗОО законодавцу је била очигледно законска конвалидација рушљивог уговора која наступа *ипсо иуре* протеком рока у којем је страна у чијем је интересу рушљивост установљена могла подићи тужбу за поништај уговора, али то ипак није учинила, тј. пропустила је рок. Пословно способно лице може захтевати да се поништи уговор који је без потребног одобрења закључио за време своје ограничене пословне способности само ако је тужбу поднело у року од три месеца од дана стицања потпуне пословне способности. Слично као код конвалидације брака који склопи малолетник без дозволе суда. Како нема дозволе суда, тако је такав брак рушљив, настао је, али није пуноважан и може бити поништен. Рок у коме може тражити поништење брака јесте годину дана од стицања пунолетства. Ако пак сада пословно способно, а у време закључења уговора (тачније покушаја закључења уговора) ограничено пословно способно лице пропусти да у року од три месеца од стицања пословне способности поднесе захтев за поништај уговора, такав уговор по сили закона постаје пуноважан.

У теорији се наводи да такав уговор није ни настао, јер није било одобрења законског заступника. Тако, у том случају не постоји нешто што би сада пословно способно лице могло да поништава, јер је појам поништаја резервисан само за постојеће уговоре, а законодавац овде пренебрегава чињеницу коју, да апсурд буде већи, наводи у истом члану, а то је да није уследило одобрење законског заступника. Дакле, да је уследило одобрење, уговор би био перфектан и не би могао да се поништава. Супротно, како одобрење није уследило, уговор не може да се поништава. Долази се до парадокса – поништавао би се некакав квазиуговор настао сагласношћу једне правнорелевантне воље сауговарача и једне правнонерелевантне воље лица ограничене пословне способности. Два, дакле, парадокса произлазе из одредбе чл. 59 ЗОО – прво, могућност поништаја нечега што не постоји, па макар рекли

рушљивим, истина посредно (али недвосмислено јер је појам поништаја резервисан искључиво за рушљиве уговоре), наиме када прописује рок у којем након стицања своје потпуне пословне способности лице може захтевати поништење уговора који је закључило у тренутку своје ограничене пословне способности.

Треће, настојећи да по сваку цену остане веран режиму рушљивих уговора, законодавац упада у још једну замку те ствара један правни *nonsense*. Наиме, узор за чл. 59 ЗОО законодавцу је била очигледно законска конвалидација рушљивог уговора која наступа *ipso iure* протеком рока у којем је страна у чијем је интересу рушљивост установљена могла подићи тужбу за поништај уговора, али то ипак није учинила. Дакле, законодавац прописује да „пословно способно лице може захтевати да се поништи уговор који је без потребног одобрења закључио за време своје ограничене пословне способности само ако је тужбу поднело у року од три месеца од дана стицања потпуне пословне способности". Ако пак сада пословно способно, а у време закључења уговора (тачније покушаја закључења уговора) ограничено пословно способно лице пропусти да у року од три месеца од стицања пословне способности поднесе захтев за поништај уговора, чини се да такав покушај уговора *ipso iure* постаје пуноважан уговор. У супротном не би постојао *ratio* те законске одредбе. Законодавац очигледно заборавља да овде не постоји нешто што би сада пословно способно лице могло да поништава. Другим речима, појам поништаја је резервисан само за постојеће уговоре, а законодавац овде пренебрегава чињеницу коју, да апсурд буде већи, наводи у истом члану, а то је да није уследило одобрење законског заступника. Дакле, да је уследило одобрење, уговор би био перфектан и не би могао да се поништава. Супротно, како одобрење није уследило, не видимо шта би ту могло да се поништава. Долазимо до парадокса – поништавао би се некакав квазиуговор настао сагласношћу једне правнорелевантне воље сауговарача и једне правнонерелевантне воље лица ограничене пословне способности. Два, дакле, парадокса произлазе из одредбе чл. 59 ЗОО – прво, могућност поништаја нечега што не постоји, па макар рекли и нечега што храма, а друго, могућност да протеком одређеног рока нешто што није ни настало постане пуноважан уговор – односно да протек времена надомести недостајући неопходан елемент уговора.

2.2.3 Критика законског решења

2.2.3.1 Правни послови старијих малолетника нису рушљиви

Рушљиви уговори производе правна дејства од тренутка закључења. Њихова непуноважност проистиче из тога што је њихова судбина неизвесна (како се то обично у теорији каже), с обзиром на то да ће такви уговори бити или поништени или оснажени (конвалидирани). Дакле, постављамо питање – да ли наш законодавац сматра, будући да га сврстава у рушљиве, да је уговор закључен од лица ограничене по-

и нечега што храмље, а друго, могућност да протеком одређеног рока нешто што није ни настало постане пуноважан уговор – односно да протек времена надомести недостајући неопходан елемент уговора.[70]

Ипак оваквом појму непостојећих уговора може се упутити критика, јер воља је постојала и уговор јесте закључен, али како недостаје један законски услов, а то је одобрење законског заступника, такав уговор јесте рушљив. Застанимо за тренутак и применимо доктрину брака као уговора на овом примеру. Да ли то значи да брак који малолетник закључи без дозволе суда није ни настао и да не постоји. Да ли брак има мањи значај у односу на уговор о купопродаји, уговор о доживотном издржавању и сличне уговоре Са свим последицама које брак производи, а које су далекосежније од нпр. уговора о купопродаји непокретности старијег малолетника. Склапање брака повлачи и обавезу издржавања и постојање режима заједничке имовине. Смисао одредаба ЗОО јесте управо да деца старија од 14 година имају капацитет за закључивање правних послова и да то могу и треба да чине, али уз одобрење законског заступника који ће ту већ изражену и саглашену вољу потврдити кроз призму најбољег интереса детета. Ако, пак, недостаје сагласност законског заступника, ма колико старији малолетник био „стар", тј. зрео, такав уговор неће бити пуноважан, и моћи ће бити поништен. Мало је строго на пољу пословне способности детета тврдити да дете нема вољу и да је не може изразити, тј. ако је и изрази, да из тога „ништа" не настаје. Тако, законски заступник може малолетнику унапред дати сагласност за одређени посао. Да ли то значи да ни овде нема малолетникове воље и да је уговорна страна уствари законски заступник. Управо супротно. Малолетник овде практично унапред обавештава свог законског заступника о чему ће постићи сагласност воља и овај му то одобрава, али претходно. Ова сагласност се може дати за одређени круг послова, али никако за све послове. Круг послова које родитељ унапред одобрава малолетнику може прецизирати и вредносно, на пример, стављањем на располагање одређеног новчаног износа тако да је овај слободан у његовом трошењу.

У оквиру одобрених послова, законодавац разликује послове правног располагања покретном имовином (мање вредности) за које је довољна само сагласност родитеља од послова располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности где је за предузимање посла, поред сагласности родитеља, неопходна и претходна или накнадна сагласност органа старатељства. У имовини малолетника се поред својине на непокретним и покретним стварима велике вредности могу налазити и друга права од изузетне вредности, на пример, имовинска компонента ауторског права која је резултат наслеђивања. Сагласни смо да би била потребна законска измена ове одредбе, а у не-

70 К. Доловић Бојић, *op. cit.*, стр. 108.

рушљивим, истина посредно (али недвосмислено јер је појам поништаја резервисан искључиво за рушљиве уговоре), наиме када прописује рок у којем након стицања своје потпуне пословне способности лице може захтевати поништење уговора који је закључило у тренутку своје ограничене пословне способности.

Треће, настојећи да по сваку цену остане веран режиму рушљивих уговора, законодавац упада у још једну замку те ствара један правни *nonsense*. Наиме, узор за чл. 59 ЗОО законодавцу је била очигледно законска конвалидација рушљивог уговора која наступа *ipso iure* протеком рока у којем је страна у чијем је интересу рушљивост установљена могла подићи тужбу за поништај уговора, али то ипак није учинила. Дакле, законодавац прописује да „пословно способно лице може захтевати да се поништи уговор који је без потребног одобрења закључио за време своје ограничене пословне способности само ако је тужбу поднело у року од три месеца од дана стицања потпуне пословне способности". Ако пак сада пословно способно, а у време закључења уговора (тачније покушаја закључења уговора) ограничено пословно способно лице пропусти да у року од три месеца од стицања пословне способности поднесе захтев за поништај уговора, чини се да такав покушај уговора *ipso iure* постаје пуноважан уговор. У супротном не би постојао *ratio* те законске одредбе. Законодавац очигледно заборавља да овде не постоји нешто што би сада пословно способно лице могло да поништава. Другим речима, појам поништаја је резервисан само за постојеће уговоре, а законодавац овде пренебрегава чињеницу коју, да апсурд буде већи, наводи у истом члану, а то је да није уследило одобрење законског заступника. Дакле, да је уследило одобрење, уговор би био перфектан и не би могао да се поништава. Супротно, како одобрење није уследило, не видимо шта би ту могло да се поништава. Долазимо до парадокса – поништавао би се некакав квазиуговор настао сагласношћу једне правнорелевантне воље сауговарача и једне правнонерелевантне воље лица ограничене пословне способности. Два, дакле, парадокса произлазе из одредбе чл. 59 ЗОО – прво, могућност поништаја нечега што не постоји, па макар рекли и нечега што храма, а друго, могућност да протеком одређеног рока нешто што није ни настало постане пуноважан уговор – односно да протек времена надомести недостајући неопходан елемент уговора.

2.2.3 Критика законског решења

2.2.3.1 Правни послови старијих малолетника нису рушљиви

Рушљиви уговори производе правна дејства од тренутка закључења. Њихова непуноважност проистиче из тога што је њихова судбина неизвесна (како се то обично у теорији каже), с обзиром на то да ће такви уговори бити или поништени или оснажени (конвалидирани). Дакле, постављамо питање – да ли наш законодавац сматра, будући да га сврстава у рушљиве, да је уговор закључен од лица ограничене по-

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Катарина Тасић
студент докторских студија
Правног факултета у Београду

стипендиста Министарства просвете, науке и технолошког развоја

Прегледни научни рад
UDK: 347.441.11:347.641

ПОСЛОВНА (НЕ)СПОСОБНОСТ МЛАЂИХ МАЛОЛЕТНИКА

Апстракт

Иако се истиче да су млађи малолетници апсолутно пословно неспособни, ипак им се дозвољава да предузимају одређене правне послове који су у складу са њиховим потребама и искуством. Међутим, ова могућност постоји само када су у питању лица старија од седам година због чињенице да се деца до седме године живота сматрају апсолутно неспособним за расуђивање па самим тим не могу преузимати никакве правне послове. У том смислу српски Породични закон предвиђа да млађи малолетници могу самостално предузимати правне послове којима прибављају искључиво права, оне којима се не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја. Може се уочити да важеће решење закона није најбољи избор. Најпре, термин правни послови којима се стичу искључиво права искључује могућност да млађи малолетници закључе уговор о поклону, уговор о послузи, уговор о зајму без камате, уговор о бесплатној остави као и уговор о бесплатном пуномоћству (напред наведени уговори се у литератури обично наводе као пример уговора којима се стичу искључиво права) због тога што сви ови послови стварају или могу створити одређене обавезе на страни млађих малолетника. Затим, као пример правног посла којим се не стичу ни права ни обавезе се

а није ни законом забрањен, у смислу забрањености која се захтева за постојање апсолутне ништавости. Отуда је пословна способност услов настанка, а не пуноважности уговора, те њено непостојање не доводи у питање пуноважност уговора, већ и више од тога – уговор је пао на претходном степенику – на испитивању услова за његово постојање.[55] Да закључимо, свако лице може имати својство уговарача, али свако лице не може изјавити вољу самостално, већ ће у случају немогућности изјављивања воље у име те особе законски заступник изјавити вољу. Дакле, дете старосто 3 године може бити уговорна страна, али не може изјавити вољу и то ће у име детета (у)чинити његов законски заступник.

За закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора. Исто важи и за закључење осталих правних послова. Уколико млађи малолетник закључи одређени правни посао ван граница сопствене пословне способности, такав правни посао ће бити апсолутно ништав, са свим последицама које апсолутна ништавост може произвести. Ово управо, стога, јер наш закон не препознаје категорију непостојећих правних послова. Декларативну тужбу (тужбу за утврђење) да је уговор апсолутно ништав моћи ће да поднесе свако заинтересовано лице, а на ту околност суд пази по службеној дужности.[56]

2.1.1. Послови којима малолетник стиче искључиво права – послови који искључиво доносе корист малолетнику

Када су у питању правни послови којим се стичу искључиво права, као најчешћи примери наводе се уговори. Без сумње, први на листи правних послова којима се стичу искључиво права јесте уговор о поклону. Наводе се у теорији као могући, те ћемо се укратко осврнути и на уговор о послузи, уговор о бескаматном зајму, уговор о бесплатној остави и уговор о бесплатном пуномоћству. Основно питање које се у вези са овим уговорима поставља је то да ли се њима стичу само права или они рађају и одређене обавезе. Најпре ћемо извршити поделу на неспорне уговоре којима млађи малолетник стиче искључиво права, и на оне који могу бити предмет анализе, али ипак не спадају у ову категорију. Поклон је неспорно уговор којим малолетник стиче искључиво права, док остали уговори, теоријски посматрано то могу бити, али њих у пракси млађи малолетници уопште не закључују. Они нису у складу са узрастом, зрелошћу и способношћу млађих малолетника.

2.1.1.1. Уговор о поклону

Уговор о поклону је један од најчешћих уговора који млађи малолетници закључују и поводом кога нема већих несугласица у теорији да представља уговор којим малолетник стиче искључиво права.

55 К. Доловић Бојић, *ор. cit.*, стр. 108.

56 Катарина Тасић, „Пословна (не)способност млађих малолетника", *Страни правни живот*, Београд, 2013, стр. 318.

неспособна за уговарање.[7] Иначе, општа тенденција у упоредном праву је већа поступност у стицању пословне способности и нижа старосна граница која је потребна за обављање појединих правних послова.[8] Тако, у швајцарском праву малолетник, који је способан за расуђивање, може закључивати доброчине правне послове, без обзира на узраст (чл.19. Швајцарског грађансог законика), док у немачком праву малолетник који је старији од 7 година може закључивати све правне послове уз сагласност законског заступника, а самостално може предузимати правне послове којима прибавља неку корист за себе (параграф 104-113 Немачког грађанског законика).[9] У праву енглеске је предвиђено да су пуноважни уговори којима се набављају оне ствари које су малолетнику неопходне за свакодневи живот.[10] Такође је и чланом 389-3 и 450 француског Code civil – а прописано да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делују самостално што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајна и у складу са положајем и стилом живота његове породице.[11]

За закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора.[12] Исто важи и за закључење осталих правних послова. Уколико млађи малолетник закључи одређени правни посао ван граница сопствене пословне способности, такав правни посао ће бити апсолутно ништав, са свим последицама које апсолутна ништавост може произвести.[13] Декларативну тужбу (тужбу за утврђење) да је уговор апсолутно ништав моћи ће да поднесе свако заинтересовано лице, а на ту околност ће и суд пазити по службеној дужности.[14] Право да се захтева утврђење да је уговор апсолутно ништав неће се угасити

7 О. Антић (2009), 237.

8 М.Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2009., 272.

9 *Ibid.*

10 G.H . Treitel., 481.

11 K.Zweigert, H.Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford 1998, 349.

12 Чл.56.ст.1. Закона о облигационим односима

13 О. Антић (2009), 238; М.Почуча, Н.Шаркић, *Породично право и породично правна заштита*, Београд 2011,185.

14 Чл.109. ЗОО

валности. Правни посао може бити неспорно у правном и економском интересу малолетног поклонопримца, али законски заступник не жели да малолетни поклонопримац осети благодарност према поклонодавцу. Ценећи пуноважност поклона с налогом, суд мора имати у виду у чију корист је налог учињен. Ако је налог дат поклонопримцу, по својој природи такав да малолетнику не доноси било какву имовинску корист или је доноси, али је овај терет за конкретног малолетника незнатан (занемарљив), суд може такав посао оценити као посао мањег значаја.

Тешко је замислити да се поклон малолетнику у виду неке некретнине или вредне покретне ствари опозове, тј. раскине услед тога што малолетник не покаже благодармост. У делу монографије који се бави судском праксом наших судова поводом пословне способности детета није било пресуда којима је раскинут уговор о поклону. Даље, развијајући проблематику благодарности малолетника, разлика се јавља по питању старијих и млађих малолетника. Старији малолетници имају развијенију свест и способност расуђивања, те се овде и може поставити питање и доказати непостојање благодарности, док код млађих малолетника где је реч о детету од 8 година, тешко се може говорити о постојању неблагодарности, те могућности за раскид уговора о поклону из овог разлога. Занимљиво је истаћи да у многим европским правним системима, када је реч о поклону, родитељи не могу у име детета, тј. из имовине детета давати поклоне за време док управљају имовином детета.[57]

Да закључимо, према нашем схватању, уговор о поклону представља једини уговор којима млађи малолетник стиче искључиво права, и поред потенцијалне обавезе благодарности, те не сматрамо да таква обавеза постоји у случају уговора о поклону са млађим малолетником.

2.1.1.2. Уговор о послузи

Уговор о послузи представља уговор којим се једна особа која даје одређену ствар на послугу (послугодавац) обавезује да такву једну непотрошну ствар преда особи која узима ту ствар на послугу (послугопримцу) на бесплатну употребу на одређено време. Послугопримац се обавезује да исту ствар, по истеку тог времена, врати послугодавцу без оштећења. Начелно посматрано, уговор о послузи је реалан и последично једнострано обавезан, с обзиром на то да обавезе настају само за послугопримца. Међутим, за разлику од некадашње концепције, у савременим правним системима је заузето становиште да је уговор о послузи консензуалан и двострано обавезан уговор који ствара обавезе за обе уговорне стране.[58] Када је у питању пословна способност млађих

57 Katharina Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Christina Gonzalez Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2007, стр. 149.

58 О овом уговору, К. Тасић, *op. cit.*, стр. 322.

малолетник се не би могао појавити у улози поклонопримца због тога што он може закључивати једино уговоре којима се стичу искључиво права, а уговор о поклону рађа и одређене обавезе које нису занемарљиве посебно уколико поклонодавац западне у оскудицу чиме се на страни поклонопримца рађа обавеза да му пружи неопходна средства за издржавање.[31] Да ли ће поклонопримац испунити напред наведене обавезе које закон предвиђа, остаје у домену његове добре воље. Уколико он те своје обавезе не испуни поклонодавац може раскинути уговор о поклону и захтевати да му поклонопримац врати оно што се од примљеног поклона још увек налази у његовој имовини (у случају ако поклонодавац раскине уговор о поклону због немања нужних средстава за живот)[32] или да врати поклон, односно његову вредност према правилима о стицању без основа (у случају када се уговор о покону раскида због грубе неблагодарности обдареног)[33].

Поред уговора о поклону навели смо још неке уговоре који се у литератури истичу као уговори којима се стиче искључиво право. То су: уговор о послузи, уговор о бескаматном зајму, уговор о бесплатној остави.[34] Такође, и уговор о бесплатном пуномоћству, уколико није било трошкова око обављања посла или штете на страни пуномоћника, може бити једнострано обавезан уговор.[35]

Уговор о послузи је такав уговор којим се давалац на послугу (послугодавац) обавезује да одређену непотрошну ствар преда узимаоцу на послугу (послугопримцу) на бесплатну употребу неко време, а послугопримац се обавезује да исту ствар, по истеку тог времена, врати неоштећену послугодавцу.[36] Према класичној концепцији уговор о послузи је реалан и самим тим једнострано обавезан, с обзиром на то да обавезе настају само за послугопримца.[37] Међутим, у савременим правним системима је заузето становиште да је уговор о послузи консензуалан и двострано обавезан уговор који

31 *Ibid.*

32 М. Константиновић, 193-194. (чл.518. ст.1); *Радна верзија Грађанског законика* РС I књига, 258. (чл.15.ст.1)

33 *Радна верзија Грађанског законика* РС I књига, 257.(чл.14)

34 С.Панов, 211., М. Драшкић, 272.

35 С. Перовић (1986), 743.

36 М. Константиновић, 204 -205. (чл.560)

37 *Лексикон грађанског права*, Београд 1996, 515.

малолетника, чак и ако бисмо пошли од тога да је уговор о послузи једнострано обавезан и реалан уговор, опет не бисмо послугу могли убројати у групу оних уговора који стварају искључиво право на страни послугопримца због тога што би у том случају уговор о послузи створио обавезе само на страни послугопримца. Иако је доброчин, уговор о послузи ствара обавезу на страни малолетника да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, и оно што је изузетно важно без оштећења. То значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања). Обавеза враћања дате ствари у самом појму уговора имплицира да не може бити реч о правном послу којим малолетник прибавља искључиво права. Када послугопримац прими ствар од послугодавца на послугу, ствара се на његовој страни обавеза да ствар чува и да се према њој опходи са пажњом доброг домаћина. Такође, послугопримац је у обавези да ствар која му је предата употребљава у складу са уговором или њеном природом и наменом, да сноси трошкове њеног редовног одржавања (трошкови који су скопчани са редовним одржавањем, чувањем и употребом ствари) и да је по истеку рока врати послугодавцу неоштећену.

И поред неких теоријских дилема, стојимо на становишту да се уговор о послузи не може сврстати у групу оних уговора којима млађи малолетник стиче искључиво права.

2.1.1.3. Уговор о (бескаматном) зајму

Под уговором о зајму сматра се уговор којим се једна уговорна страна (зајмодавац) обавезује да другој уговорној страни (зајмопримцу) преда одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета. Уговор о зајму је двострано обавезан уговор који на страни зајмодавца ствара обавезу да изврши предају одређене количине заменљивих ствари, док на страни зајмоприца настаје обавеза да после извесног времена врати исту количину ствари, исте врсте и квалитета. Оно што уговор о зајму чини предметом разматрања као доброчиног уговора јесте камата. Уговор о зајму може бити конституисан као доброчин уговор само уколико камата није уговорена приликом закључења уговора. Тада је реч о бескаматном зајму. У делу правне теорије се истиче да млађи малолетник може закључити уговор о бескаматном зајму као правни посао којим прибавља искључиво право.[59] Ипак, намеће се слична аргументација као и код уговора о послузи. И када није уговорена обавеза зајмопримца да плати камату, на његовој страни ће постојати обавеза да врати исту количину позајмљених ствари исте вр-

59 О томе, *ibid.*, стр. 323.

ствара обавезе на обе стране.[38] Када је у питању пословна способност млађих малолетника, чак и ако бисмо пошли од тога да је уговор о послузи једнострано обавезан и реалан уговор, опет не бисмо послугу могли убројати у групу оних уговора који стварају искључиво право на страни послугопримца због тога што би у том случају уговор о послузи створио обавезе само на страни послугопримца. Иако је доброчин, уговор о послузи ствара обавезу на страни малолетника да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, што значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања).[39] Када послугопримац прими ствар од послугодавца на послугу у обавези је да ствар чува и да се према њој опходи са пажњом доброг домаћина.[40] Такође, послугопримац је у обавези да ствар која му је предата употребљава у складу са уговором или њеном природом и наменом, да сноси трошкове њеног редовног одржавања (трошкови који су скопчани са редовним одржавањем, чувањем и употребом ствари) и да је по истеку рока врати послугодавцу неоштећену.[41] Из свега што је напред наведено, можемо закључити да се уговор о послузи не може сврстати у групу оних уговора којима би млађи малолетник стекао искључиво права.[42]

Уговор о зајму је уговор којим се један уговорник (зајмодавац) обавезује да другом уговорнику (зајмопримцу) преда одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета.[43] Уговор о зајму је двострано обавезан уговор који на страни зајмодавца ствара обавезу да изврши предају одређене количине заменљивих ствари, док на страни зајмоприца настаје обавеза да после извесног времена врати исту количину ствари, исте врсте и

38 *Ibid.*

39 М.Ђурђевић, „Уговор ограничено пословно способног малолетника", *Правни живот* 10/1996, Београд, 479.

40 С.Огњановић, *Облигационо право – посебан део*, Нови Сад 2010., 179.

41 С. Огњановић, 179-180.

42 Т. Ачански, 168.

43 Чл.557.ЗОО

малолетника, чак и ако бисмо пошли од тога да је уговор о послузи једнострано обавезан и реалан уговор, опет не бисмо послугу могли убројати у групу оних уговора који стварају искључиво право на страни послугопримца због тога што би у том случају уговор о послузи створио обавезе само на страни послугопримца. Иако је доброчин, уговор о послузи ствара обавезу на страни малолетника да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, и оно што је изузетно важно без оштећења. То значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања). Обавеза враћања дате ствари у самом појму уговора имплицира да не може бити реч о правном послу којим малолетник прибавља искључиво права. Када послугопримац прими ствар од послугодавца на послугу, ствара се на његовој страни обавеза да ствар чува и да се према њој опходи са пажњом доброг домаћина. Такође, послугопримац је у обавези да ствар која му је предата употребљава у складу са уговором или њеном природом и наменом, да сноси трошкове њеног редовног одржавања (трошкови који су скопчани са редовним одржавањем, чувањем и употребом ствари) и да је по истеку рока врати послугодавцу неоштећену.

И поред неких теоријских дилема, стојимо на становишту да се уговор о послузи не може сврстати у групу оних уговора којима млађи малолетник стиче искључиво права.

2.1.1.3. Уговор о (бескаматном) зајму

Под уговором о зајму сматра се уговор којим се једна уговорна страна (зајмодавац) обавезује да другој уговорној страни (зајмопримцу) преда одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета. Уговор о зајму је двострано обавезан уговор који на страни зајмодавца ствара обавезу да изврши предају одређене количине заменљивих ствари, док на страни зајмоприца настаје обавеза да после извесног времена врати исту количину ствари, исте врсте и квалитета. Оно што уговор о зајму чини предметом разматрања као доброчиног уговора јесте камата. Уговор о зајму може бити конституисан као доброчин уговор само уколико камата није уговорена приликом закључења уговора. Тада је реч о бескаматном зајму. У делу правне теорије се истиче да млађи малолетник може закључити уговор о бескаматном зајму као правни посао којим прибавља искључиво право.[59] Ипак, намеће се слична аргументација као и код уговора о послузи. И када није уговорена обавеза зајмопримца да плати камату, на његовој страни ће постојати обавеза да врати исту количину позајмљених ствари исте вр-

59 О томе, *ibid.*, стр. 323.

квалитета.[44] Поред тога, уговор о зајму може бити конституисан као доброчин уговор уколико камата није уговорена приликом закључења уговора.[45] У делу правне теорији се истиче да млађи малолетник може закључити уговор о бескаматном зајму као правни посао којим прибавља искључиво право.[46] Међутим, чак и уколико није уговорена обавеза зајмопримца да плати камату, на његовој страни ће постојати обавеза да врати исту количину позајмљених ствари исте врсте и истог квалитета, а може вратити и саму позајмљену ствар.[47] Као што можемо видети ни уговор о бескаматном зајму се не може сврстати у уговоре којима се стичу искључиво права.

Уговор о остави је уговор којим се један уговорник обавезује да, уз награду или без ње, прими покретну ствар од другог уговорника (оставодавца), да је чува и да је врати када је овај буде затражио.[48] Уговор о остави може бити једнострано или двострано обавезан уговор те уколико није била уговорена награда за чување ствари нити је било трошкова око чувања ствари или штете на страни оставопримца услед чувања, онда на страни оставодавца и нема никаквих обавеза.[49] И уговор о бесплатној остави се често наводи као пример уговора којим млађи малолетник може стећи искључиво права.[50] Међутим, чак и када је у питању остава без накнаде, она може на страни оставодавца створити одређене обавезе. Најпре, сам акт чувања ствари може довести до извесних издатака који су неопходни да би се чување обавило те је оставодавац дужан да овакве трошкове сам сноси односно да их надокнади оставопримцу уколико их је овај претходно поднео.[51] Такође, уколико је оставопримац претрпео штету приликом чувања поверене ствари, без своје кривице, онда ће оставодавац бити у обавези да му ту штету надокнади уколико је у питању бесплатна остава.[52] Као што смо видели, у случају да се закључи уговор о бесплатној остави, могуће је да обавезе

44 С. Перовић (1986), 634.

45 *Ibid.*

46 М. Драшкић, 272

47 С. Перовић (1986), 646.

48 Чл. 712. ЗОО

49 С. Перовић (1986), 762.

50 С. Панов, 211.; М. Драшкић, 272.

51 С. Перовић (1986), 762.

52 С. Огњановић, 222.

сте и истог квалитета, а може вратити и саму позајмљену ствар. На тај начин он има обавезу да добијени новац или друге заменљиве ствари врати, што подразумева свест о томе да се не умањи добијена економска вредност. То је уједно и основна разлика, према нашем мишљењу, између уговора о поклону и уговора о послузи и зајму. Код уговора о поклону малолетник добија економску корист коју може отуђити, потрошити, оптеретити, поклонити даље, за шта му није потребна свест о економској вредности и одржању и увећању исте.[60] Код других уговора неопходно је да млађи малолетник има свест савесног поступања према добијеним стварима и враћања истих у истом оном (економском) стању у коме их је и добио. Без дилеме, то нису правни послови који малолетнику и његовој имовини доносе само корист, правни послови којима стиче искључиво права. Неспорне су обавезе, и то конкретне обавезе на чување ствари или забрану умањења вредности, што не постоји код уговора о поклону. Једина, потенцијална обавеза малолетника код уговора о поклону јесте она која има не имовинску, већ личноправну компоненту – благодарност – појам који не може и нема употребну, имовинску, економску вредност.

Стога, ни уговор о бескаматном зајму се не може сврстати у уговоре које малолетник може закључити, а којима се стичу искључиво права.

2.1.1.4. Уговор о бесплатној остави

Још један од уговора око којих постоји дилема да ли малолетник стиче само права јесте и уговор о беспалтној остави. Уговор о остави је уговор којим се једна уговорна страна (оставопримац) обавезује да, уз награду или без награде, прими покретну ствар од друге уговорне стране (оставодавца), да је чува и да је врати када је овај буде затражио. У зависности од постојања награде, уговор о остави може бити једнострано или двострано обавезан. Уколико није била уговорена награда за чување ствари нити је било трошкова око чувања ствари или штете на страни оставопримца услед чувања, онда на страни оставодавца и нема никаквих обавеза. Нема дилеме да чак и када је у питању остава без накнаде, она може на страни малолетног оставодавца створити одређене обавезе: сам акт чувања ствари може довести до издатака који су неопходни да би се чување обавило, те је оставодавац дужан да овакве трошкове сам сноси односно да их надокнади оставопримцу уколико их је овај претходно поднео; ако је оставопримац претрпео штету приликом чувања поверене ствари, без своје кривице, онда ће оставодавац бити у обавези да му ту штету надокнади уколико је у питању бесплатна остава. Закон предвиђа могућност да током извршења уговора о остави за оставодавца настану одређене обавезе уколико настану трошкови

60 Родитељи не могу без одобрења органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свог детета, Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2007, стр. 205.

квалитета.[44] Поред тога, уговор о зајму може бити конституисан као доброчин уговор уколико камата није уговорена приликом закључења уговора.[45] У делу правне теорији се истиче да млађи малолетник може закључити уговор о бескаматном зајму као правни посао којим прибавља искључиво право.[46] Међутим, чак и уколико није уговорена обавеза зајмопримца да плати камату, на његовој страни ће постојати обавеза да врати исту количину позајмљених ствари исте врсте и истог квалитета, а може вратити и саму позајмљену ствар.[47] Као што можемо видети ни уговор о бескаматном зајму се не може сврстати у уговоре којима се стичу искључиво права.

Уговор о остави је уговор којим се један уговорник обавезује да, уз награду или без ње, прими покретну ствар од другог уговорника (оставодавца), да је чува и да је врати када је овај буде затражио.[48] Уговор о остави може бити једнострано или двострано обавезан уговор те уколико није била уговорена награда за чување ствари нити је било трошкова око чувања ствари или штете на страни оставопримца услед чувања, онда на страни оставодавца и нема никаквих обавеза.[49] И уговор о бесплатној остави се често наводи као пример уговора којим млађи малолетник може стећи искључиво права.[50] Међутим, чак и када је у питању остава без накнаде, она може на страни оставодавца створити одређене обавезе. Најпре, сам акт чувања ствари може довести до извесних издатака који су неопходни да би се чување обавило те је оставодавац дужан да овакве трошкове сам сноси односно да их надокнади оставопримцу уколико их је овај претходно поднео.[51] Такође, уколико је оставопримац претрпео штету приликом чувања поверене ствари, без своје кривице, онда ће оставодавац бити у обавези да му ту штету надокнади уколико је у питању бесплатна остава.[52] Као што смо видели, у случају да се закључи уговор о бесплатној остави, могуће је да обавезе

44 С. Перовић (1986), 634.

45 *Ibid.*

46 М. Драшкић, 272

47 С. Перовић (1986), 646.

48 Чл. 712. ЗОО

49 С. Перовић (1986), 762.

50 С. Панов, 211.; М. Драшкић, 272.

51 С. Перовић (1986), 762.

52 С. Огњановић, 222.

сте и истог квалитета, а може вратити и саму позајмљену ствар. На тај начин он има обавезу да добијени новац или друге заменљиве ствари врати, што подразумева свест о томе да се не умањи добијена економска вредност. То је уједно и основна разлика, према нашем мишљењу, између уговора о поклону и уговора о послузи и зајму. Код уговора о поклону малолетник добија економску корист коју може отуђити, потрошити, оптеретити, поклонити даље, за шта му није потребна свест о економској вредности и одржању и увећању исте.[60] Код других уговора неопходно је да млађи малолетник има свест савесног поступања према добијеним стварима и враћања истих у истом оном (економском) стању у коме их је и добио. Без дилеме, то нису правни послови који малолетнику и његовој имовини доносе само корист, правни послови којима стиче искључиво права. Неспорне су обавезе, и то конкретне обавезе на чување ствари или забрану умањења вредности, што не постоји код уговора о поклону. Једина, потенцијална обавеза малолетника код уговора о поклону јесте она која има не имовинску, већ личноправну компоненту – благодарност – појам који не може и нема употребну, имовинску, економску вредност.

Стога, ни уговор о бескаматном зајму се не може сврстати у уговоре које малолетник може закључити, а којима се стичу искључиво права.

2.1.1.4. Уговор о бесплатној остави

Још један од уговора око којих постоји дилема да ли малолетник стиче само права јесте и уговор о беспалтној остави. Уговор о остави је уговор којим се једна уговорна страна (оставопримац) обавезује да, уз награду или без награде, прими покретну ствар од друге уговорне стране (оставодавца), да је чува и да је врати када је овај буде затражио. У зависности од постојања награде, уговор о остави може бити једнострано или двострано обавезан. Уколико није била уговорена награда за чување ствари нити је било трошкова око чувања ствари или штете на страни оставопримца услед чувања, онда на страни оставодавца и нема никаквих обавеза. Нема дилеме да чак и када је у питању остава без накнаде, она може на страни малолетног оставодавца створити одређене обавезе: сам акт чувања ствари може довести до издатака који су неопходни да би се чување обавило, те је оставодавац дужан да овакве трошкове сам сноси односно да их надокнади оставопримцу уколико их је овај претходно поднео; ако је оставопримац претрпео штету приликом чувања поверене ствари, без своје кривице, онда ће оставодавац бити у обавези да му ту штету надокнади уколико је у питању бесплатна остава. Закон предвиђа могућност да током извршења уговора о остави за оставодавца настану одређене обавезе уколико настану трошкови

60 Родитељи не могу без одобрења органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свог детета, Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2007, стр. 205.

настану само на страни оставопримца и у том случају би се уговор о бесплатној остави могао уклопити у појам правног посла којим се стичу искључиво права. Међутим, закон предвиђа могућност да током извршења уговора о остави за оставодавца настану одређене обавезе уколико настану трошкови око чувања ствари или уколико оставодавац претрпи штету без своје кривице.[53] Тада се уговор о бесплатној остави не би могао сматрати уговором на основу кога се стичу искључиво права. С обзиром на то да се пословна способност уговарача цени у тренутку закључења уговора, када није могуће предвидети да ли ће за оставопримца настати неки трошкови поводом чувања ствари или ће он претрпети штету, онда се ни уговор о остави не би могао уклопити у концепцију правног посла којим се стичу искључиво права, зато што бисмо дошли у парадоксалну ситуацију да уговор буде пуноважан уколико оставопримац није имао никакве штете ни трошкова поводом чувања ствари, а да би у супротном био апсолутно ништав тако да би судбина тог уговора били неизвесна све док остава траје.

Све што је напред наведено у вези са уговором о бесплатној остави важи и у случају уговора о бесплатном пуномоћству. Уговором о пуномоћству властодавац овлашћује пуномоћника да у његово име и за његов рачун предузме одређене правне послове.[54] Уговор о пуномоћству може бити доброчин уколико не постоји обавеза властодавца да исплати награду пуномоћнику[55] те се у таквом случају ради о уговору о бесплатном пуномоћству. Поред тога, уговор о бесплатном пуномоћству може бити једнострано обавезан уколико не настану никакви трошкови ни штета на страни пуномоћника током његовог испуњења.[56] Међутим, као што је истакнуто код уговора о остави, у тренутку закључења уговора се не може предвидети да ли ће током испуњења настати одређене обавезе на страни властодавца, у смислу обавезе да пуномоћнику надокнади штету или трошкове које је овај имао приликом предузимања правног посла. Из свега што је напред наведено следи да се ни овај уговор не може сврстати у оне уговоре којима се стичу искључиво права и које би млађи малолетник могао закључити из разлога што се у тренутку његовог закључења,

53 Чл. 719. ЗОО, Т. Ачански, 168.

54 С. Перовић (1986), 731.

55 *Ibid.*,744.

56 *Ibid.*,734.

око чувања ствари или уколико оставодавац претрпи штету без своје кривице. Тада се уговор о бесплатној остави не би могао сматрати уговором на основу кога се стичу искључиво права. Имајући у виду да се пословна способност уговарача цени у тренутку закључења уговора, када није могуће предвидети да ли ће за оставопримца настати неки трошкови поводом чувања ствари или ће он претрпети штету, онда се ни уговор о остави не би могао уклопити у концепцију правног посла којим се стичу искључиво права, зато што бисмо дошли у парадоксалну ситуацију да уговор буде пуноважан уколико оставопримац није имао никакве штете ни трошкова поводом чувања ствари, а да би у супротном био апсолутно ништав тако да би судбина тог уговора била неизвесна све док остава траје.[61]

2.1.1.5. Уговор о бесплатном пуномоћству

Све што је наведено у вези са уговором о бесплатној остави *mutatis mutandis* важи и у случају уговора о бесплатном пуномоћству. Уговором о пуномоћству властодавац овлашћује пуномоћника да у његово име и за његов рачун предузме одређене правне послове. Уговор о пуномоћству може бити доброчин, уколико не постоји обавеза властодавца да исплати награду пуномоћнику, те се у таквом случају ради о уговору о бесплатном пуномоћству. Уговор о бесплатном пуномоћству може бити једнострано обавезан уколико не настану никакви трошкови ни штета на страни пуномоћника током његовог испуњења. Међутим, као што је истакнуто код уговора о остави, у тренутку закључења уговора се не може предвидети да ли ће током испуњења настати одређене обавезе на страни властодавца, у смислу обавезе да пуномоћнику надокнади штету или трошкове које је овај имао приликом предузимања правног посла.[62] Следећи нашу аргументацију, ни овај уговор се не може сврстати у оне уговоре којима се стичу искључиво права и које би млађи малолетник могао закључити. Овај уговор би пре могао бити сврстан у категорију уговора којима малолетник не стиче ни права ни обавезе, јер извршењем налога који му је дало друго лице као властодавац, последице правног посла не настају за малолетника већ за заступаног. О томе ће бити речи у наредним редовима.

2.2. Послови којима малолетник не стиче нити права нити обавезе – послови који не дотичу малолетникову имовину – правно неутрални послови

Млађи малолетник тј. дете до 14 година може предузети посао из кога не стиче ни права ни обавезе. И овде је, дакле, реч о послу из кога права и обавезе настају, али то не дотиче имовинску позицију малолетника. Малолетник таквим послом нити стиче, нити губи у имовин-

61 К. Тасић, *op. cit.*, стр. 325.

62 *Ibid.*, стр. 326.

настану само на страни оставопримца и у том случају би се уговор о бесплатној остави могао уклопити у појам правног посла којим се стичу искључиво права. Међутим, закон предвиђа могућност да током извршења уговора о остави за оставодавца настану одређене обавезе уколико настану трошкови око чувања ствари или уколико оставодавац претрпи штету без своје кривице.[53] Тада се уговор о бесплатној остави не би могао сматрати уговором на основу кога се стичу искључиво права. С обзиром на то да се пословна способност уговарача цени у тренутку закључења уговора, када није могуће предвидети да ли ће за оставопримца настати неки трошкови поводом чувања ствари или ће он претрпети штету, онда се ни уговор о остави не би могао уклопити у концепцију правног посла којим се стичу искључиво права, зато што бисмо дошли у парадоксалну ситуацију да уговор буде пуноважан уколико оставопримац није имао никакве штете ни трошкова поводом чувања ствари, а да би у супротном био апсолутно ништав тако да би судбина тог уговора били неизвесна све док остава траје.

Све што је напред наведено у вези са уговором о бесплатној остави важи и у случају уговора о бесплатном пуномоћству. Уговором о пуномоћству властодавац овлашћује пуномоћника да у његово име и за његов рачун предузме одређене правне послове.[54] Уговор о пуномоћству може бити доброчин уколико не постоји обавеза властодавца да исплати награду пуномоћнику[55] те се у таквом случају ради о уговору о бесплатном пуномоћству. Поред тога, уговор о бесплатном пуномоћству може бити једнострано обавезан уколико не настану никакви трошкови ни штета на страни пуномоћника током његовог испуњења.[56] Међутим, као што је истакнуто код уговора о остави, у тренутку закључења уговора се не може предвидети да ли ће током испуњења настати одређене обавезе на страни властодавца, у смислу обавезе да пуномоћнику надокнади штету или трошкове које је овај имао приликом предузимања правног посла. Из свега што је напред наведено следи да се ни овај уговор не може сврстати у оне уговоре којима се стичу искључиво права и које би млађи малолетник могао закључити из разлога што се у тренутку његовог закључења,

53 Чл. 719. ЗОО, Т. Ачански, 168.

54 С. Перовић (1986), 731.

55 *Ibid.*,744.

56 *Ibid.*,734.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

IGOR KAMBOVSKI

O SUBJEKTIVITETU SUBJEKATA

Ideja o priznavanju pravnog subjektiviteta svim ljudima, bez obzira na njihove razlike, je naročito bila zastupljena u školi prirodnog prava koja je zastupala tezu da su svi ljudi jednaki i imaju, od strane prirode, data prava. Deklaracija o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine proklamuje načelo da se "ljudi rađaju slobodni i jednaki pred zakonom"[1]. Ujedno, etički imperativ o poštovanju ličnosti kao najvišu vrednost, Hegel je podigao na nivou pravnog imperativa: "Budi čovek i poštuj ostale ljude kao ličnosti. Najveća ljudska osobina je biti ličnost!". Tako je i građansko pravo prepoznalo i kodifikovalo ovaj princip i etički imperativ u obliku jednake, opšte pravne sposobnosti fizičkih lica. Građanske kodifikacije, bez isključka, garantuju svim ljudima jednak i potpuni pravni subjektivitet i pravnu sposobnost. Tako, Code Civil obavezuje da su "svi ljudi u granicama zakona jednako sposobni da imaju prava i obaveze".

Svako živo biće, sva fizička lica nakon rođenja postaju subjekti prava i nisu potrebni nikakvi akti (državnih organa i institucija) kojima bi se ozvaničila ili priznala njihova pravna sposobnost[2]. Sa istoriskog aspekta, ne uvek i nije svim fizičkim licima bio priznat pravni subjektivitet. U rimsko doba robovi su bili objekti prava. U srednjevekovnom feudalizmu, subjekti prava, ako se uopšte može govo-

Dr Igor Kambovski, profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet "Goce Delčev", Štip, Makedonija.

[1] Član 1 Deklaracije o pravima čoveka i građanina, usvojena u Francuskoj Nacionalnoj Skupštini 26.08.1789. god.

[2] Slavnić J., Velimirović M., Vukićević S., "Privredno pravo sa osnovana građanskog prava", Viša Poslovna Škola, Beograd, 2001, str. 40.

тим то неће бити предмет нашег разматрања. Тачније, оно може имати психолошки појам воље, али не и воље која је правно релевантна.[12] Пословна способност подразумева правни субјективитет, а исти се стиче (тек) рођењем. Тако да тек рођено дете може имати вољу. Потпуно је јасно да и дете са годину дана или 5 месеци има вољу коју јасно исказује, међутим та воља до одређеног узраста не може бити правно релевантна, односно не може да таква воља доведе до заснивања правних односа, тј. правних послова.[13]

Некада је правна теорија сматрала да, као услов за стицање правне способности, физичко лице треба да испуни три услова: да буде рођено, да буде живо, односно да даје знаке живота и да буде човеколиког облика. У савременом праву ови услови више не постоје. Постоји извесно одступање од овог правила да је дете живо рођено да би било сујект права, и то у ситуацији када је дете зачето, а још није рођено. Још је у римском праву успостављена правна фикција тако да се претпоставља да је зачето, а нерођено дете (*nasciturus)* живо у утроби мајке и да се сматра као да је рођено, ако је то у његовом интересу, и том се детету, без обзира на чињеницу да ли ће се родити живо, признаје правни субјективитет и гарантују му се извесна права.

Ова је фикција прихваћена у већини савремених законодавства, а у Закону о наслеђивању Републике Македоније[14] је предвиђено да се „дете које је већ зачето у тренутку отварања наследства, сматра рођеним, ако се роди живо", и може остваривати сва наследна права, чиме се изједначује са осталим наследницима првог наследног реда. У том правцу је било и предложено решење у члану 24. Радног текста Грађанског Законика Републике Србије, према коме дете још пре рођења има посебну правну способност, дефинисану посебним законом, док је алтернатива предлога слична македонском законском решењу.[15] Према нашем За-

12 Постоје и супротна схватања да деца најмлађег узраста не могу изразити вољу и начинити избор. Оно што је у средишту појма уговора и правног посла. Појам воље и појам људских права неретко се сусрећу, али се истиче да појам (људских) права штити интересе појединаца него што се односи на изражавање њихове воље. Ако би се људска права односила на изражавање воље, тада деца младог узраста не би имала права, јер нису способна да направе самосталан избор и изразе вољу. О томе, John Eekelaar, *Family Law and Personal Rights*, Oxford, 2006, стр. 135.

13 Богате су теоријске дебате о томе да ли деца уопште могу имати права, посебно деца (нај)млађег узраста. Наиме, ако се појам права (детета) везује за то да одређена особа, као носилац права, има капацитет и способност да самостално донесе одлуку, да може извршити избор, такво резоновање повлачи да дете нема посебна права, имајући у виду фактичку ситуацију да не може самостално донети одлуку. О томе, Trevor Buck, *International Child Law*, London, 2014, стр. 24. Истина, дете најмлађег узраста и нема никакву пословну способност, сасвим оправдано, јер није у стању да схвати значај предузете радње. Како дете одраста, тако се и његова пословна способност (као посебно право) повећава.

14 Чл. 122, ст. 2.

15 Игор Камбовски, „О субјективитету субјеката", *Правни живот*, бр. 10, 2015, стр. 344.

riti o fizičkim licima kao o subjektima prava, nisu bili izjednačeni, već je njihova pravna sposobnost zavisila od pripadnosti određenom staležu.Kmet je u izvesnom smislu bio subjekt prava, ali on nile mogao sticati ona prava koja su bila rezervisana za pripadnike viših staleža, Čak je i između staleža i pripadnika jednog istog staleža postojala hijerarhija u pogledu sticanja i ostvarivanja određenih prava[3].

Savremena pravna teorija je ustanovila pravilo da, kao uslov za sticanje pravne sposobnosti, fizičko lice mora biti rođeno živo i čovekoliko[4], odnosno da daje znake života. Postoji izvesno otstupanje od ovog pravila, i to u situaciji kada je dete začeto, a još nije rođeno. Još je u rimskom pravu uspostavljena pravna fikcija infans conceptus pro iam nato habetir, quotiens de commodis eius agitur, tako da se pretpostavlja da je začeto a nerođeno dete(nasciturus) živo u utrobi majke i da se smatra kao da je rođeno, ako je to u njegovom interesu, i tom se detetu, bez obzira na činjenicu dali će se roditi živo, priznaje pravni subjektivitet i garantuju mu se izvesna pravna ovlašćenja[5]. Ova je fikcija prihvaćena u većini savremenih zakonodavstva, a u Zakonu o nasleđuvanju Republike Makedonije(član 122, stav 2) je predvideno da "dete koje je već začeto u trenutku otvaranja nasledstva, smatra rođenim, ako se rodi živo", i može ostvarivati sva nasledna prava čime se izjednačuje sa ostalim naslednicima prvog naslednog reda. U tom pravcu je i predloženo rešenje u članu 24 Radnog teksta Građanskog Zakonika Republike Srbije (29.05.2015 godine), po kome dete još pre rođenja ima posebnu pravnu sposobnost, definisanu posebnim zakonom, dok je alternativa predloga slična makedonskom zakonskom rešenju.

Pravni subjektivitet fizičkog lica traje sve do smrti ili proglašavanja tog lica nestalim. Sam trenutak nastupanja smrti je faktičko pitanje koje prepuštamo pravilima sudske medicine. Proglašavanje nekog lica umrlim je pravna pretpostavka koja ima za cilj saobražavanje faktičkog stanja (otsustnost, nestajanje lica) sa pravnim stanjem (gašenje pravnog subjektiviteta lica), i to u korist pravnog stanja. Ova pretpostavka je rušljiva i svako lice koje ima pravni interes može dokazati suprotno[6]. Neke starije kodifikacije, kao na primer Code Civil, poznavale su i gubljenje pravne sposobnosti pre smrti, preko stanja takozvane "civilne smrti", kod koje se lice koje bi bilo osuđeno na doživotnu robiju smatralo, sa aspekta građanskog prava, mrtvim, iz razloga što to lice ne bi moglo sticati ni ostvarivati

3 Gams A., Đurović Lj., "Uvod u građansko pravo-Opšti deo", Savremena Administracija, Beograd, 1985, str. 101.

4 Bajaldžiev, op. cit., str. 205.

5 Gams, op. cit., str. 102.

6 Pop-Georgiev D., "Osnovi na imotnoto pravo", UKIM, Skopje, 1971, str. 17-18.

пословну способност док није пунолетан. Малолетник има ограничену способност да закључи уговор и та способност се може поделити у три главне категорије: (а) уговори који обавезују малолетника; (б) уговори који обавезују малолетника осим ако се не раскину и (ц) уговори који се сматрају ништавим према Закону о помоћи за инфанте из 1874. године.[111]

Минимална старост за склапање брака је 18 година. Члан 31 Закона о породичном праву из 1995. године подигао је старосну границу са 16 на 18 година. Може се поднети захтев суду да се страна или обе стране прогласе изузетим од старосног ограничења према чл. 33 Закона. Члан 32 Закона о породичном праву из 1995. године захтева од будућег пара да дају обавештење три месеца унапред о датуму када предлажу брак. Налог којим се укида овај захтев може се добити у складу са чл. 33 Закона. Непоштовање ових законских захтева чини сваки брак ништавим.[112]

2.1.9. Литванија

У Литванији, постизањем пунолетства, тј. када физичко лице наврши 18 година, оно својим радњама у потпуности врши сва своја грађанска права и грађанске обавезе. Ограничења активне грађанске способности не могу се никоме наметнути ни на који други начин, осим изричитом одредбом закона. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година закључују уговоре уз сагласност родитеља или старатеља. Уговори закључени без сагласности законских заступника сматрају се пуноважним ако је сагласност законског заступника дата након закључења уговора. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година имају право да располажу својим приходима и имовином стеченом за тај приход, да остварују ауторска права на своја дела, проналаске, индустријски дизајн, као и право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба. Уговоре у име и за рачун малолетника млађег од 14 година закључују њихови родитељи или старатељи. Малолетници млађи од 14 година имају право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба.[113] Ово су у нашем праву такозвани правни послови мале вредности или уобичајени правни послови.

2.1.10. Македонија

У македонском праву лица са ограниченом пословном способношћу су малолетници између 14 и 18 година старости, такозвани старији малолетници. У ову категорију спадају и пунолетна лица која су, судском одлуком, делимично лишена пословне способности. Лица

111 Paul Ward, *IEL Family and Succession Law – Ireland: Suppl. 85*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

112 *Ibid.*, стр. 56.

113 Vida Petrylaite, *IEL Family and Succession Law – Lithuania: Suppl. 70*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 28.

Lica sa ograničenom poslovnom sposobnošću su maloletnici između 14 i 18 godina starosti, takozvani stariji maloletnici. U ovoj kategoriji spadaju i punoletna lica koja su, sudskom odlukom, delimično lišeni poslovne sposobnosti. Lica iz ove kategorije mogu samostalno da zaključuju pravna dela, ali, kako bi ona postala punovažna, osim kod prethodno pomenutih dela manje vrednosti, potrebna je saglasnost (prethodna ili dopunska) njihovih zastupnika. Pravna radnja zaključena bez saglasnosti roditelja ili staratelja je rušljiva, ali se može konvalidirati u zakonskom roku, čime postaje punovažna, smetajući od trenutka njenog zaključenja[16]. Stariji maloletnici raspolažu i posebnom poslovnom sposobnošću, u konkretnim, zakonom opredeljenim slučajevima, i to kada maloletnik zaključuje ugovor o poklonu u kome se javlja kao primalac poklona (član 557, stav 2 Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonije); može svojom voljom raspolagati sopstvenom zaradom i može sastaviti testament sa navršenih 15 godina starosti[17].

Takođe, i punoletnom licu može biti oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost[18] ako to lice postane nesposobno za rasuđivanje ili ako svojim postupcima i ponašanjem ugrožava svoja ili tuđa prava i interese. Razlozi za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti najčešće su: nastupanje duševnog oboljenja, zaostalost, zloupotreba alkohola ili opijata, staračka nemoć i slično. Tako, postoje slučajevi zakasnelog sticanja poslovne sposobnosti, mogućnost privremenog ili trajnog gubljenja, kao i mogućnost vraćanja, uz postupak delimičnog ili potpunog proglašavanja lica poslovno sposobnim[19].

Interesantan primer faktičkog ograničenja poslovne sposobnosti, koja nije vezana za uzrast ili psihičko stanje ličnosti, imamo u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Makedonije iz 2001 godine u kojem se stranci (stranska fizička lica) ograničavaju u pogledu ostvarivanja naslednih prava, na način što je njihovo pravo nasleđivanja uslovljeno postojanjem reciprociteta između Republike Makedonije i njihovezemlje, osim kada je to drugačije uređeno međunarodnim ugovorom. Isti uslov-reciprocitet je postavljen i kod sticanja prava vlasništva stana ili stanbenezgrade, kao i sticanje prava vlasništva ili dugotrajnog zakupa poslovnog prostora na teritoriji Republike Makedonije.

16 član 48 ZOO – "Za zaključivanje punovažnog ugovora potrebno je da ugovarač ima poslovnu sposobnost potrebnu za zaključivanje takvog ugovora. Ograničeno poslovno sposobno lice može, bez odobrenja svog zakonskog zastupnika da zaključuje samo one ugovore koji su mu zakonom dozvoljeni. Ostali ugovori koje će ova kategorija lica zaključiti, ako je to bez odobrenja zakonskog zastupnika, su rušljivi, ali mogu ostati na snazi uz njegovo dopunsko odobrenje.

17 Pop Georgiev, op. cit., str. 20.

18 Georgievski, op. cit., str. 69.

19 Georgievski, idem, str. 68-69.

из ове категорије могу самостално да закључују правне послове, али, како би они постали пуноважни, осим код послова мање вредности, потребна је сагласност (претходна или допунска) њихових заступника. По слову закона, у македонском праву родитељи заступају своју малолетну децу.[114] Правна радња закључена без сагласности родитеља или старатеља је рушљива, али се може конвалидирати у законском року, чиме постаје пуноважна, рачунајући од тренутка њеног закључења. Старији малолетници располажу и посебном пословном способношћу, у конкретним, законом опредељеним случајевима, и то када малолетник закључује уговор о поклону у коме се јавља као прималац поклона[115]; може својом вољом располагати сопственом зарадом и може саставити тестамент са навршених 15 година старости. Малолетник који је са 15 година засновао радни однос и стекао зараду или имовину од прихода из зараде, самостално располаже том имовином.[116] Такође, и пунолетном лицу може бити одузета или ограничена пословна способност ако то лице постане неспособно за расуђивање или ако својим поступцима и понашањем угрожава своја или туђа права и интересе. Разлози за одузимање или ограничење пословне способности најћешће су: наступање душевног обољења, заосталост, злоупотреба алкохола или опијата, старачка немоћ и слично. Тако, постоје случајеви закаснелог стицања пословне способности, могућност привременог или трајног губљења, као и могућност враћања, уз поступак делимичног или потпуног проглашавања лица пословно способним. Интересантан пример фактичког ограничења пословне способности, која није везана за узраст или психичко стање личности, имамо у Закону о власништву и другим стварним правима Републике Македоније из 2001 године у којем се странци (странска физичка лица) ограничавају у погледу остваривања наследних права на начин што је њихово право наслеђивања условљено постојањем реципроцитета између Републике Македоније и њихове земље, осим када је то другачије уређено међународним уговором. Исти услов – реципроцитет је постављен и код стицања права власништва стана или стамбене зграде, као и стицање права власништва или дуготрајног закупа пословног простора на територији Републике Македоније.[117]

Изузетак од правила да се општа пословна способност стиче пунолетством постоји код поступка еманципације, када малолетно лице са навршених 16 година старости жели да ступи у брак. У таквим случајевима, суд је дужан да утврди да ли је малолетно лице спремно и способно да ступи у брак, да разуме правне последице брака и сва права и

114 Љиљана Спириковик Трпеновска, Дејан Мицковик, Ангел Ристов, *Семејно йраво*, Скопје, 2013, стр. 194.

115 Чл. 557, ст. 2 Закона о облигационим односима Републике Македоније.

116 Дејан Мицковик, Ангел Ристов, *Семејно йраво*, Скопје, 2015, стр. 339.

117 И. Камбовски, *op. cit.*, стр. 347.

Lica sa ograničenom poslovnom sposobnošću su maloletnici između 14 i 18 godina starosti, takozvani stariji maloletnici. U ovoj kategoriji spadaju i punoletna lica koja su, sudskom odlukom, delimično lišeni poslovne sposobnosti. Lica iz ove kategorije mogu samostalno da zaključuju pravna dela, ali, kako bi ona postala punovažna, osim kod prethodno pomenutih dela manje vrednosti, potrebna je saglasnost (prethodna ili dopunska) njihovih zastupnika. Pravna radnja zaključena bez saglasnosti roditelja ili staratelja je rušljiva, ali se može konvalidirati u zakonskom roku, čime postaje punovažna, smetajući od trenutka njenog zaključenja[16]. Stariji maloletnici raspolažu i posebnom poslovnom sposobnošću, u konkretnim, zakonom opredeljenim slučajevima, i to kada maloletnik zaključuje ugovor o poklonu u kome se javlja kao primalac poklona (član 557, stav 2 Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonije); može svojom voljom raspolagati sopstvenom zaradom i može sastaviti testament sa navršenih 15 godina starosti[17].

Takođe, i punoletnom licu može biti oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost[18] ako to lice postane nesposobno za rasuđivanje ili ako svojim postupcima i ponašanjem ugrožava svoja ili tuđa prava i interese. Razlozi za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti najčešće su: nastupanje duševnog oboljenja, zaostalost, zloupotreba alkohola ili opijata, staračka nemoć i slično. Tako, postoje slučajevi zakasnelog sticanja poslovne sposobnosti, mogućnost privremenog ili trajnog gubljenja, kao i mogućnost vraćanja, uz postupak delimičnog ili potpunog proglašavanja lica poslovno sposobnim[19].

Interesantan primer faktičkog ograničenja poslovne sposobnosti, koja nije vezana za uzrast ili psihičko stanje ličnosti, imamo u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Makedonije iz 2001 godine u kojem se stranci (stranska fizička lica) ograničavaju u pogledu ostvarivanja naslednih prava, na način što je njihovo pravo nasleđivanja uslovljeno postojanjem reciprociteta između Republike Makedonije i njihovezemlje, osim kada je to drugačije uređeno međunarodnim ugovorom. Isti uslov-reciprocitet je postavljen i kod sticanja prava vlasništva stana ili stanbenezgrade, kao i sticanje prava vlasništva ili dugotrajnog zakupa poslovnog prostora na teritoriji Republike Makedonije.

16 član 48 ZOO – "Za zaključivanje punovažnog ugovora potrebno je da ugovarač ima poslovnu sposobnost potrebnu za zaključivanje takvog ugovora. Ograničeno poslovno sposobno lice može, bez odobrenja svog zakonskog zastupnika da zaključuje samo one ugovore koji su mu zakonom dozvoljeni. Ostali ugovori koje će ova kategorija lica zaključiti, ako je to bez odobrenja zakonskog zastupnika, su rušljivi, ali mogu ostati na snazi uz njegovo dopunsko odobrenje.

17 Pop Georgiev, op. cit., str. 20.

18 Georgievski, op. cit., str. 69.

19 Georgievski, idem, str. 68-69.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

PRIRODNA POSLOVNA NESPOSOBNOST KAO RAZLOG NEVALJANOSTI PRAVNOG POSLA

Dr. sc. Aldo Radolović, izvanredni profesor
zamjenik predsjednice Ustavnog suda RH
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.155
Ur.: 29. listopada 2008.
Pr.: 10. prosinca 2008.
Izvorni znanstveni članak

Počev od rimskih vremena pa sve do prve polovice 19. stoljeća pojam poslovne sposobnosti čovjeka uglavnom se ograničavao na objektivnu stranu te sposobnosti (godine života).
Subjektivno stanje se uvažavalo mnogo manje i ono se uglavnom odnosilo na duševne bolesti i smetnje u duševnom razvoju.
U novije vrijeme (druga polovica 19. i 20. stoljeće) se moguća subjektivna stanja koja izazivaju prirodnu poslovnu nesposobnost, sve više šire i zahvaćaju gotovo sve moguće tjelesne i psihičke smetnje zbog kojih čovjek ne može donositi pravno racionalne odluke u pravnom prometu.
Takvo širenje koncepta učenja o prirodnoj poslovnoj (ne)sposobnosti želi napose zaštiti mlade i neiskusne ali isto tako i stare i nemoćne ljude. To je ujedno najbolja strana tako moderniziranog koncepta.
S druge strane, treba se paziti da to ne dovede do veće pravne nesigurnosti. Moraju se moći naći "osigurači" koji će to spriječiti. Bez toga ovaj hvalevrijedan i moderniziran koncept o prirodnoj poslovnoj sposobnosti ne bi imao svoje opravdanje.

Ključne riječi: *poslovna sposobnost, prirodna poslovna sposobnost, valjanost pravnog posla.*

1. Uvod

Naše početno zanimanje za temu s ovim nazivom bilo je determinirano iskustvenim saznanjem da je riječ o pitanjima koja su na hrvatskom pravnom prostoru dosta rijetko u primjeni.

U poredbenom pravu, međutim, problem je odavno "imenovan", a kako u Hrvatskoj predstoji faza pravne europeizacije i globalizacije, logično je pretpostaviti da će ova materija i nas uskoro dotaći u svojoj punoj dimenziji.

Povijest prava i znanosti civila je u europskim razmjerima gledano, proizvod škole prirodnog prava. Ta je škola, na planu problema kojeg ovdje razmatramo,

лолетника, мењали су се различити степени зрелости. Тако, у класично доба, постојали су следећи узрасти: *infantes* (који су били потпуно пословно неспособни – деца до седме године живота; *impuberes infantia maiores* (дечаци од седме до четрнаесте године, односно девојчице од седме до дванаесте године), који су могли склапати правне послове којима су стицали искључиво права (могли су само примати поклоне, а сви остали послови морали су бити закључивани под надзором тутора); *puberes* су били потпуно пословно способни, односно они су били пословно способни по цивилном праву (у питању су деца са навршених четрнаест година). Што се тиче пола, жене су и након стицања пунолетства доживотно биле под туторством (*tutela mulierum*), те без тутора нису могле предузимати важније послове. Кад се ради о здравственом стању, постојала су одређена ограничења, те тако глувонема особа није могла саставити усмени тестамент, нити друге послове који се склапају усмено. Посебну категорију чинили су душевно болесни (*furiosi, dementes,mente capti*), који су били за време помућења ума потпуно пословно неспособни. Све ове особе су већ од доба Закона XII таблица били под старатељством (*cura furiosi*). Пословна неспособност услед душевне болести почињала је и престајала са болешћу, те се није морала утврђивати судском одлуком као у модерном праву. Стога су правни послови које су предузмали фуриоси за време светлих тренутака (*lucida intervalla*) били ваљани, за разлику од нпр. брака који склопи особа неспособна за расуђивање у светлим тренуцима, који се сматра апсолутно ништавим. Последња прегледна категорија особа лишених пословне способности у римско доба је расипништво. Расипнику (*prodigi*) је било дозвољено да закључује правне послове који су му доносили корист и повећање имовине, а забрањено му је било да закључује правне послове којима је умањивао своју имовину, као и правне послове којима је на себе преузимао обавезе. Расипник је могао склапати брак и наследити заоставштину, али није могао саставити тестамен. Расипник је, такође, био под старатељством (*cura prodigum*).[246]

3. ОПШТИ ПОЈАМ ЛИШЕЊА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ

Ограничење пословне способности одавно се користи као средство заштите особа које због свог здравственог стања нису у могућности да заштите сопствена права и интересе. Појам здравственог стања, у овом контексту, првенствено се односи на питања менталног здравља. Психологија и психијатрија, насупрот школи природног права с концептом човека који поседује апсолутно слободну вољу без које нема правно релевантних послова, у први план стављају рањивог човека који насупрот правним појмовима – правне и пословне способности, који се налази у

246 О. Станојевић, *op. cit.*, стр. 119.

Moderna medicina, psihologija i psihijatrija napose, ne samo da nadopunjuju učenje o pravu osobnosti nego čine njegov sastavni dio.[4] Psihologija i psihijatrija, nasuprot školi prirodnog prava s konceptom čovjeka koji apsolutno gospodari svojom voljom, u prvi plan stavljaju "ranjivog čovjeka", dakle takvog čovjeka, koji unatoč pravom regulirane pravne i poslovne sposobnosti, u sve većoj mjeri biva determiniran čimbenicima koji su izvan njegove volje.

"Geisteskranken anderen Art" (duševne bolesti druge vrste) doista točno i simbolično upućuju na novi problem. U tom smislu uobičajeni koncept poslovne sposobnosti dobiva novu značajnu dimenziju koja ujedno zahtijeva značajno odstupanje od do sada prevladavajućeg modela etički uniformnog čovjeka. Od tzv. predpsihologijskog, prelazi se na čisti psihološki model (u smislu poimanja čovjeka u bezgranično mogućim različitim varijacijama psihološkog stanja).

Nema dvojbe da ovakvo širenje koncepta poslovne sposobnosti otvara mnoge "ranjive bokove". U prvom redu dovodi u ozbiljno preispitivanje općeprihvaćene demokratske standarde pravne sigurnosti.

Postaje doista nužno pomiriti zahtjeve učenja o pravu osobnosti (te psihologije i psihijatrije) sa zahtjevima pune pravne sigurnosti. Ako bi bitni postulati pravne sigurnosti bilo čime bili dovedeni u pitanje, moderni koncept prirodne poslovne (ne)sposobnosti, zapravo ne bi imao svoje pravno opravdanje i trebalo bi ga napustiti kao nerazumnu avanturu.

Za hrvatsku pravnu znanost i praksu građanskog prava problem ipak nije baš posve nov. Neki aspekti problema već su uočeni, ponekad samo sporadično i relativno proturječno, ali ipak u dostatnoj mjeri može se reći da hrvatsko pravo (barem po sadržaju) poznaje institut prirodne poslovne nesposobnosti.

U ovoj najavi (uvodu) ovog rada donosimo, primjerice, neke životne situacije koje izazivaju i aktualiziraju problem prirodne poslovne nesposobnosti. Riječ je o očitovanju volje i sklapanju pravnih poslova u stanjima:

- uznapredovale bolesti,
- depresije,
- anksioznom stanju,
- shizofrenije,
- stresa,
- uzbuđenja i strasti,
- u stanju determiniranom specifičnim karakterološkim osobinama,
- u hipnozi,
- žudnji za novcem,
- pod utjecajem alkohola ili droge i
- akutne teške bolesti i sl.

[4] Vidjeti o tome: Consulenza Tecnica Psichiatrica e/o Psihologia in ambito civile; Le demenze – un approccio multidisciplinare (Ancona, svibanj – lipanj 2004.). Najveća imena znanosti civila (npr. Larenz – Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ruhts, 8. Auflage, München 1997., str. 769) spominju s tim u svezi "psyhische Unterlegenheit", tj. psihički neslobodne pravne radnje koje ne mogu imati pravnu valjanost ("… auch durch eine psyhich unfreie Verhandlungssituation beeinträchtig sein").

позицији да остварује права и изван сопствене воље.[247] Терминолошки посматрано, термин „природна пословна неспособност" је термин из немачке литературе грађанског права, док италијанска теорија користи термин „природна неспособност".

Пунолетну особу која се због душевних сметњи или других разлога није способна бринути о неком од својих права или интереса или која угрожава права и интересе других особа о којима је дужна да се стара, суд ће лишити пословне способности у једном делу. Таква особа не може бити потпуно лишена пословне способности. Решењем о лишењу пословне способности суд одређује радње и правне послове које особа није способна самостално предузимати у односу на лична и имовинска права. У погледу личних права, то су одлуке које се односе на давање изјава или предузимање радњи које се односе на промену личног имена, закључење и престанак брака, признање материнства и очинства, доношење одлуке о медицинским интервенцијама, избору месту пребивалишта, односно боравишта, заснивању радног односа. Радње и правни послови које особа није способна самостално предузимати, а који се односе на имовину су располагање и управљање имовином, зарадом из радног односа или другим сталним новчаним примањима. За послове који нису одређени у одлуци о делимичном лишењу пословне способности особа лишена пословне способности има пословну способност, те их може самостално предузимати.[248] У погледу непостојања формалне одлуке о одузимању пословне способности и могућности за закључење одређених уговора, сматра се да је апсолутно ништав уговор који је закључило потпуно пословно неспособно лице, чак и ако том лицу није формалним решењем одузета пословна способност.[249]

4. ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ КОД ЛИШЕЊА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ

Како је институт лишења пословне способности један традиционални институт који није уважавао различита људска права одређених категорија становништва, која су опет, традиционално била „пододна" за ограничење пословне способности, под утицајем развоја школе људских права у савремено доба, поставило се питање редефинисања овог појма. Наиме, праксом међународних тела, хтело се утицати на домаћа законодавства да признају тзв. „нову реалност" по питању лишења пословне способности. Истина, нека правила и процедуре под којима се одвијало лишење пословне способности заиста су била застарела и захтевала су измене, попут обавезног учешћа особе која се лишава пословне способ-

247 А. Радоловић, *op. cit.*, стр. 189.

248 Л. Росташ Берош, *op. cit.*, стр. 740.

249 О уговорима лица лишених пословне способности у нашем праву, К. Доловић Бојић, *op. cit.*, 2021, стр. 104 и даље.

Moderna medicina, psihologija i psihijatrija napose, ne samo da nadopunjuju učenje o pravu osobnosti nego čine njegov sastavni dio.[4] Psihologija i psihijatrija, nasuprot školi prirodnog prava s konceptom čovjeka koji apsolutno gospodari svojom voljom, u prvi plan stavljaju "ranjivog čovjeka", dakle takvog čovjeka, koji unatoč pravom regulirane pravne i poslovne sposobnosti, u sve većoj mjeri biva determiniran čimbenicima koji su izvan njegove volje.

"Geisteskranken anderen Art" (duševne bolesti druge vrste) doista točno i simbolično upućuju na novi problem. U tom smislu uobičajeni koncept poslovne sposobnosti dobiva novu značajnu dimenziju koja ujedno zahtijeva značajno odstupanje od do sada prevladavajućeg modela etički uniformnog čovjeka. Od tzv. predpsihologijskog, prelazi se na čisti psihološki model (u smislu poimanja čovjeka u bezgranično mogućim različitim varijacijama psihološkog stanja).

Nema dvojbe da ovakvo širenje koncepta poslovne sposobnosti otvara mnoge "ranjive bokove". U prvom redu dovodi u ozbiljno preispitivanje općeprihvaćene demokratske standarde pravne sigurnosti.

Postaje doista nužno pomiriti zahtjeve učenja o pravu osobnosti (te psihologije i psihijatrije) sa zahtjevima pune pravne sigurnosti. Ako bi bitni postulati pravne sigurnosti bilo čime bili dovedeni u pitanje, moderni koncept prirodne poslovne (ne)sposobnosti, zapravo ne bi imao svoje pravno opravdanje i trebalo bi ga napustiti kao nerazumnu avanturu.

Za hrvatsku pravnu znanost i praksu građanskog prava problem ipak nije baš posve nov. Neki aspekti problema već su uočeni, ponekad samo sporadično i relativno proturječno, ali ipak u dostatnoj mjeri može se reći da hrvatsko pravo (barem po sadržaju) poznaje institut prirodne poslovne nesposobnosti.

U ovoj najavi (uvodu) ovog rada donosimo, primjerice, neke životne situacije koje izazivaju i aktualiziraju problem prirodne poslovne nesposobnosti. Riječ je o očitovanju volje i sklapanju pravnih poslova u stanjima:

- uznapredovale bolesti,
- depresije,
- anksioznom stanju,
- shizofrenije,
- stresa,
- uzbuđenja i strasti,
- u stanju determiniranom specifičnim karakterološkim osobinama,
- u hipnozi,
- žudnji za novcem,
- pod utjecajem alkohola ili droge i
- akutne teške bolesti i sl.

4 Vidjeti o tome: Consulenza Tecnica Psichiatrica e/o Psihologia in ambito civile; Le demenze – un approccio multidisciplinare (Ancona, svibanj – lipanj 2004.). Najveća imena znanosti civila (npr. Larenz – Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ruhts, 8. Auflage, München 1997., str. 769) spominju s tim u svezi "psyhische Unterlegenheit", tj. psihički neslobodne pravne radnje koje ne mogu imati pravnu valjanost ("… auch durch eine psyhich unfreie Verhandlungssituation beeinträchtig sein").

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

THE CONTRACTUAL CAPACITY OF MINORS – A NEW APPROACH

*D. J. HARLAND**

There has in recent years been much discussion as to the desirability of reducing the age at which an infant attains full capacity to bind himself by contract and to deal with property. The age of majority has for several centuries[1] been fixed by the common law at 21, and to many this rule has seemed to be one based on historical considerations which bear little relevance to the present day.[2] Thus, in the United Kingdom the Committee on the Age of Majority, under the chairmanship of Mr. Justice Latey, recommended that the age of majority be lowered to 18 years of age, and this recommendation was adopted by Parliament in 1969.[3] In Australia similar legislation has now been passed in South Australia and New South Wales.[4] In New South Wales the Minors (Property and Contracts) Act, 1970 has established 18 years as the age at which full capacity in regard to matters of contract and property is to be attained. The Act, which came into force on 1st July, 1971, adopts, with few alterations, a draft bill prepared by the Law Reform Commission of New South Wales and annexed to its *Report on Infancy in Relation to Contracts and Property*.[5] The New South Wales legislation, however, goes far beyond merely lowering the age of majority and makes a bold attempt to establish a regime which protects those still under incapacity from the results of their own inexperience and lack of judgment, while still ensuring that adults dealing with such persons are not unduly prejudiced. This paper is concerned with the effect of the Act on the law of contract.

Few would be concerned to defend the previous law relating to infants' contracts, for not only was that law uncertain and extremely complex on many points, but it could also operate in an unnecessarily harsh manner. In those Australian states,[6] of which New South Wales was not one, which had

* B.A., LL.B. (Sydney), B.C.L. (Oxon.), Senior Lecturer in Law, University of Sydney.

[1] For an account of the development of the common law rule see James, "The Age of Majority" (1960) 4 *American Journal of Legal History* 22.

[2] See *Report of the Committee on the Age of Majority*, (Cmnd. 3342, Her Majesty's Stationery Office, London, 1967) at 22-23.

[3] Family Law Reform Act 1969; Age of Majority (Scotland) Act 1969.

[4] Age of Majority (Reduction) Act 1970-1971. At the time of writing similar Bills were pending in Tasmania and Western Australia.

[5] L.R.C. 6 (1969).

[6] *Viz.* Tasmania (Infants' Relief Act 1875) and Victoria (Supreme Court Act 1958, ss. 69 and 70).

изричито предвиђено да је раскид уговора направљен током малолетства сам по себи коначан и обавезујући за малолетника. У обичајном праву постојао је извесни ауторитет да, упркос очигледним непријатностима и тешкоћама које би могле бити проузроковане, дете које је раскинуло уговор током детињства може накнадно да повуче тај раскид (било док је још дете или по стицању пунолетства). У обичајном праву, одрасли који склапају уговор са дететом често се налазио у незгодном положају, јер иако у већини случајева није могао да спроведе уговор против детета, није могао безбедно да поступа као да нема обавезујућег уговора, јер је дете обично било у стању да спроведе уговор против одрасле особе. Могло би бити неизвесно током значајног временског периода да ли је он сам био обавезан због дететове моћи, по стицању пунолетства, да га потврди или одбије. Уколико је малолетник склопио грађански акт који за њега није претпостављено обавезујући, ова тешкоћа се сада може превазићи, јер је свако лице заинтересовано за грађански акт омогућено да се обрати суду ради доношења налога којим се потврђује или одбија грађански акт у име малолетника. Питање извршности уговора може се стога једном за свагда решити по тужби одрасле стране. Када се уговор ефективно раскине, јасно је да ниједна страна неће бити обавезана уговором у мери у којој он остаје чисто извршни. Али, настаје сложен проблем у којој мери свака страна може да поврати новац или имовину која је већ предата другој, и у којој мери плаћање може бити извршено у вези са радњама које су већ извршене по уговору. Управо у вези са овим проблемом, правила обичајног права су можда била најмање задовољавајућа. Дискрециono право суда да потврди, било у целини или делимично, уговор или било шта учињено у складу са тим уговором не подлеже никаквим изричитим ограничењима. Међутим, у случају уговора који остаје потпуно ефикасан, може се сумњати да ће се ово овлашћење често користити, јер ће се прилика за његово коришћење појавити само када се не може рећи да је уговор у корист малолетника, било првобитно или у време раскида. Када би имовина, ако би обе стране биле потпуно способне, прешла на основу испоруке или преноса имовине извршеног у складу са уговором, располагање имовином ће често постати превентивно обавезујуће за малолетника, и у таквом случају ниједан налог за враћање имовине не би могао бити донет без сагласности друге стране.[198] У обичајном праву је јасно прописано да је пренос непокретности на или од стране детета ништав са његове стране. Чак ни савесни купац без претходне најаве не би био заштићен од накнадног одбацивања од стране детета заинтересованог за пренос који чини део ланца власништва. Постојало је и извесно, мада чудно мало, овлашћење да се исто правило примењује

198 D. J. Haarland, "The Conctractual Capacity of Minors – A New Approach", *Sidney Law Review*, No. 1, 1973, стр. 52.

subsequently become so by virtue of changed circumstances, his repudiation would be ineffective. An attempted repudiation by a minor of a contract which was presumptively binding on him would, of course, be ineffective.[80]

No formality was required at common law for the repudiation of an infant's contract. The Act requires that a written notice of repudiation, signed by the person making the repudiation or by his agent, must be served.[81] No person is affected by the repudiation unless a notice has been served on him or on a person under whom he claims. The repudiation has effect as if made on the date of service.[82]

The position arising where an ineffective attempt at repudiation has been made must now be considered. The contract will obviously still be unenforceable against him (assuming of course that it was not initially presumptively binding and has not subsequently become so by affirmation). However the minor runs the risk that the contract will ultimately become presumptively binding on him because not repudiated within the time limit fixed for repudiation.[83] And when a repudiation is ineffective because the contract was, at the time of the purported repudiation, for the benefit of the minor, then the other contracting party must be successful if he asks a court to exercise its power[84] to affirm the contract on behalf of the minor. In matters of sufficient importance to justify the expense involved a minor wishing to repudiate would do well to use the procedure whereby a court may repudiate a contract on behalf of a minor at any time during his minority.[85] In this way any uncertainty as to the effect of the repudiation is avoided. It is a procedure which is not, however, available after the minor turns 18.[86]

It is not expressly provided that a repudiation made during minority is itself final and binding on the minor. There was some authority at common law that, despite the obvious inconvenience and hardship which might be caused, an infant who repudiated a contract during his infancy could subsequently withdraw that repudiation (either while still an infant or on attaining his majority).[87] A repudiation would in itself be a civil act[88] and, as a repudiation can be effective only where the contract repudiated is not for the benefit of the minor, it would be arguable that the act of repudiation would be for the benefit of the minor and thus presumptively binding under s. 19. On the other hand, it could well be said that as the contract is in any event not enforceable against him, premature repudiation would not be for his benefit as it would deprive him of the power, should he later wish for some reason to exercise it, of affirming the contract. It is submitted that the difficulty is avoided by reading the provision that "the minor . . . may repudiate" the contract as implying that such a repudiation is irrevocable. Such a construction would seem to be most consonant with the general policy of the Act

[80] S. 35. Note s. 35(2), which makes special provision restricting the effect of repudiation of certain civil acts participated in by a minor who becomes a member of an association.
[81] S. 33(3) provides that service may be effected as provided in s. 170 of the Conveyancing Act 1919-1960.
[82] S. 33(1).
[83] *Supra*, p. 50.
[84] Under s. 30(2).
[85] See s. 34.
[86] See s. 34(1).
[87] *North Western Railway Co.* v. *McMichael* (1850) 5 Exch. 114, 155 E.R. 49; *Slator* v. *Trimble* (1861) 14 Ir. C.L.R. 342.
[88] See the definition of "civil act" in s. 5(1).

изричито предвиђено да је раскид уговора направљен током малолетства сам по себи коначан и обавезујући за малолетника. У обичајном праву постојао је извесни ауторитет да, упркос очигледним непријатностима и тешкоћама које би могле бити проузроковане, дете које је раскинуло уговор током детињства може накнадно да повуче тај раскид (било док је још дете или по стицању пунолетства). У обичајном праву, одрасли који склапају уговор са дететом често се налазио у незгодном положају, јер иако у већини случајева није могао да спроведе уговор против детета, није могао безбедно да поступа као да нема обавезујућег уговора, јер је дете обично било у стању да спроведе уговор против одрасле особе. Могло би бити неизвесно током значајног временског периода да ли је он сам био обавезан због дететове моћи, по стицању пунолетства, да га потврди или одбије. Уколико је малолетник склопио грађански акт који за њега није претпостављено обавезујући, ова тешкоћа се сада може превазићи, јер је свако лице заинтересовано за грађански акт омогућено да се обрати суду ради доношења налога којим се потврђује или одбија грађански акт у име малолетника. Питање извршности уговора може се стога једном за свагда решити по тужби одрасле стране. Када се уговор ефективно раскине, јасно је да ниједна страна неће бити обавезана уговором у мери у којој он остаје чисто извршни. Али, настаје сложен проблем у којој мери свака страна може да поврати новац или имовину која је већ предата другој, и у којој мери плаћање може бити извршено у вези са радњама које су већ извршене по уговору. Управо у вези са овим проблемом, правила обичајног права су можда била најмање задовољавајућа. Дискреционо право суда да потврди, било у целини или делимично, уговор или било шта учињено у складу са тим уговором не подлеже никаквим изричитим ограничењима. Међутим, у случају уговора који остаје потпуно ефикасан, може се сумњати да ће се ово овлашћење често користити, јер ће се прилика за његово коришћење појавити само када се не може рећи да је уговор у корист малолетника, било првобитно или у време раскида. Када би имовина, ако би обе стране биле потпуно способне, прешла на основу испоруке или преноса имовине извршеног у складу са уговором, располагање имовином ће често постати превентивно обавезујуће за малолетника, и у таквом случају ниједан налог за враћање имовине не би могао бити донет без сагласности друге стране.[198] У обичајном праву је јасно прописано да је пренос непокретности на или од стране детета ништав са његове стране. Чак ни савесни купац без претходне најаве не би био заштићен од накнадног одбацивања од стране детета заинтересованог за пренос који чини део ланца власништва. Постојало је и извесно, мада чудно мало, овлашћење да се исто правило примењује

198 D. J. Haarland, "The Conctractual Capacity of Minors – A New Approach", *Sidney Law Review*, No. 1, 1973, стр. 52.

of protecting minors to a reasonable extent while not causing undue hardship to others.

At common law on adult contracting with an infant often found himself in an awkward position in that although in most cases he was unable to enforce the contract against the infant, he could not safely act as though there were no binding contract because the infant was usually[89] able to enforce the contract against the adult. It might be uncertain for a considerable period of time whether or not he himself was to be bound because of the infant's power, on attaining majority, to affirm or repudiate. Where a minor has entered into a civil act which is not presumptively binding on him this difficulty may now be overcome as any person interested in the civil act is enabled to apply to a court to make an order either affirming or repudiating the civil act on behalf of the minor.[90] The issue of the enforceability of a contract may thus be determined once and for all at the suit of an adult party.

Adjustment on repudiation

Once a contract has been effectively repudiated, clearly neither party will be bound by the contract to the extent that it remains purely executory. But the complex problem arises of to what extent each party may recover money or property already handed over to the other, and to what extent payment may be enforced in respect of acts already performed under the contract. It was in regard to this problem that the common law rules were perhaps least satisfactory. Quite apart from the fact that there was very considerable confusion as to just what those rules were,[91] much was left to chance. For example, it seems that where an infant had paid over money pursuant to a contract which was unenforceable against him, he could recover that money on repudiation only if he had received no benefit at all under the contract. So long as he had received some benefit, however slight, he was unable to recover that money.[92] The result was that frequently an infant was given little protection. An attempt to deal with this problem, while ensuring so far as practicable that settled transfers of property are disturbed as little as possible, is made in s. 37.

Under s. 37 the courts are given a very wide discretion as to the adjustment of the rights and obligations of the parties following upon a repudiation. No detailed rules are laid down, on the basis that to do so would often operate unjustly.[93] On the application of any person interested in a contract[94] the court may make orders for the confirmation, wholly or in part, of the contract or anything done under it, or it may make orders for the adjustment of rights arising out of the contract or out of anything done under it. The contract and any act done under it will be presumptively binding on the minor to the extent to which it is confirmed.[95] To the extent to which the contract is not confirmed the court must make orders for the adjustment of the rights of the parties. The basic aim of the court is to ensure, so far as is practicable,

[89] It seems that in some cases a contract was so prejudicial to the infant that it was absolutely void, and thus unenforceable even at the suit of the infant—for a discussion see Simpson, *Law & Practice Relating to Infants*, 4 ed. (1926), at 7-9.
[90] S. 35.
[91] For a discussion see Sutton, *op. cit. supra* n. 32, at 44-57.
[92] See cases cited *supra* n. 30.
[93] See *Report of the Law Reform Commission on Infancy in Relation to Contracts and Property*, *op. cit. supra* n. 5, at 87.
[94] S. 37 applies to civil acts generally, but we are here concerned only with its application to contracts.
[95] S. 37(3).

изричито предвиђено да је раскид уговора направљен током малолетства сам по себи коначан и обавезујући за малолетника. У обичајном праву постојао је извесни ауторитет да, упркос очигледним непријатностима и тешкоћама које би могле бити проузроковане, дете које је раскинуло уговор током детињства може накнадно да повуче тај раскид (било док је још дете или по стицању пунолетства). У обичајном праву, одрасли који склапају уговор са дететом често се налазио у незгодном положају, јер иако у већини случајева није могао да спроведе уговор против детета, није могао безбедно да поступа као да нема обавезујућег уговора, јер је дете обично било у стању да спроведе уговор против одрасле особе. Могло би бити неизвесно током значајног временског периода да ли је он сам био обавезан због дететове моћи, по стицању пунолетства, да га потврди или одбије. Уколико је малолетник склопио грађански акт који за њега није претпостављено обавезујући, ова тешкоћа се сада може превазићи, јер је свако лице заинтересовано за грађански акт омогућено да се обрати суду ради доношења налога којим се потврђује или одбија грађански акт у име малолетника. Питање извршности уговора може се стога једном за свагда решити по тужби одрасле стране. Када се уговор ефективно раскине, јасно је да ниједна страна неће бити обавезана уговором у мери у којој он остаје чисто извршни. Али, настаје сложен проблем у којој мери свака страна може да поврати новац или имовину која је већ предата другој, и у којој мери плаћање може бити извршено у вези са радњама које су већ извршене по уговору. Управо у вези са овим проблемом, правила обичајног права су можда била најмање задовољавајућа. Дискрециono право суда да потврди, било у целини или делимично, уговор или било шта учињено у складу са тим уговором не подлеже никаквим изричитим ограничењима. Међутим, у случају уговора који остаје потпуно ефикасан, може се сумњати да ће се ово овлашћење често користити, јер ће се прилика за његово коришћење појавити само када се не може рећи да је уговор у корист малолетника, било првобитно или у време раскида. Када би имовина, ако би обе стране биле потпуно способне, прешла на основу испоруке или преноса имовине извршеног у складу са уговором, располагање имовином ће често постати превентивно обавезујуће за малолетника, и у таквом случају ниједан налог за враћање имовине не би могао бити донет без сагласности друге стране.[198] У обичајном праву је јасно прописано да је пренос непокретности на или од стране детета ништав са његове стране. Чак ни савесни купац без претходне најаве не би био заштићен од накнадног одбацивања од стране детета заинтересованог за пренос који чини део ланца власништва. Постојало је и извесно, мада чудно мало, овлашћење да се исто правило примењује

198 D. J. Haarland, "The Conctractual Capacity of Minors – A New Approach", *Sidney Law Review*, No. 1, 1973, стр. 52.

that the parties and those claiming under them are restored to their positions before the contract was entered into. This aim is qualified where a party has derived "property, services and other things" under the contract. The court is to make such orders as it thinks fit for the purpose of securing so far as practicable that each adult participant makes just compensation for these and that each minor participant makes just compensation to the extent that the derivation of them is for his benefit.[96]

The court's discretion to confirm, whether in whole or in part, a contract or anything done pursuant to that contract is not subject to any express limitations. However, in the case of a contract which remains wholly executory, it may be doubted whether this power will frequently be exercised, as the occasion for its exercise will arise only when the contract could not be said to be for the benefit of the minor, either originally or at the time of repudiation.[97] Where property would, if both parties had been of full capacity, have passed by virtue of a delivery or conveyance made pursuant to the contract, the disposition of property will often, as shall be shown later, have become presumptively binding on the minor,[98] and in such a case no order for the return of the property could be made without the consent of the other party.[99] Therefore, even if the property could be returned in substantially its original condition the court will usually have no power to order its return. That being so, the court would be obliged either to confirm the contract, and so make its provisions determine any payment to be made, or else to order the making of just compensation under the provisions outlined in the preceding paragraph.

The power to order the payment of just compensation where one party has under the contract derived "property, services and other things" must now be examined. The reference to "other things" seems superfluous in view of the extremely wide definition of "property".[100] The receipt of any benefit arising under the contract would appear to suffice. An adult who has derived such a benefit must make "just compensation" for it and hence it is clear that his liability is not necessarily related to any rate of payment provided for in the contract. Consequently an adult who had contracted to receive services from a minor at less than their fair value could be ordered to pay that fair value, despite the contract price. A minor[101] must pay just compensation for any benefit derived only to the extent that that derivation "is for his benefit". It is important to note that s. 37 here uses the present tense. It would seem to follow that the court must have regard only to the situation as it exists at the time of the hearing. A minor who received money by way of loan but who has since dissipated that money could hardly be said to be presently deriving any benefit from that loan. If however he has spent that money on the purchase of articles which he still retains, he could be said to

[96] S. 37(4).
[97] In the former case the contract would be presumptively binding under s. 19, in the latter the repudiation would be ineffective because of s. 31(2) or s. 32(2).
[98] S. 20.
[99] S. 37(3).
[100] S. 6(1)—"'Property' includes real and personal property and any estate or interest in property real or personal, and money, and any debt, and any cause of action for damages (including damages for personal injury), and any other chose in action, and any other right or interest".
[101] "Minor" here includes one who has turned 18 so far as concerns any contract into which he entered during his minority.

изричито предвиђено да је раскид уговора направљен током малолетства сам по себи коначан и обавезујући за малолетника. У обичајном праву постојао је извесни ауторитет да, упркос очигледним непријатностима и тешкоћама које би могле бити проузроковане, дете које је раскинуло уговор током детињства може накнадно да повуче тај раскид (било док је још дете или по стицању пунолетства). У обичајном праву, одрасли који склапају уговор са дететом често се налазио у незгодном положају, јер иако у већини случајева није могао да спроведе уговор против детета, није могао безбедно да поступа као да нема обавезујућег уговора, јер је дете обично било у стању да спроведе уговор против одрасле особе. Могло би бити неизвесно током значајног временског периода да ли је он сам био обавезан због дететове моћи, по стицању пунолетства, да га потврди или одбије. Уколико је малолетник склопио грађански акт који за њега није претпостављено обавезујући, ова тешкоћа се сада може превазићи, јер је свако лице заинтересовано за грађански акт омогућено да се обрати суду ради доношења налога којим се потврђује или одбија грађански акт у име малолетника. Питање извршности уговора може се стога једном за свагда решити по тужби одрасле стране. Када се уговор ефективно раскине, јасно је да ниједна страна неће бити обавезана уговором у мери у којој он остаје чисто извршни. Али, настаје сложен проблем у којој мери свака страна може да поврати новац или имовину која је већ предата другој, и у којој мери плаћање може бити извршено у вези са радњама које су већ извршене по уговору. Управо у вези са овим проблемом, правила обичајног права су можда била најмање задовољавајућа. Дискрециono право суда да потврди, било у целини или делимично, уговор или било шта учињено у складу са тим уговором не подлеже никаквим изричитим ограничењима. Међутим, у случају уговора који остаје потпуно ефикасан, може се сумњати да ће се ово овлашћење често користити, јер ће се прилика за његово коришћење појавити само када се не може рећи да је уговор у корист малолетника, било првобитно или у време раскида. Када би имовина, ако би обе стране биле потпуно способне, прешла на основу испоруке или преноса имовине извршеног у складу са уговором, располагање имовином ће често постати превентивно обавезујуће за малолетника, и у таквом случају ниједан налог за враћање имовине не би могао бити донет без сагласности друге стране.[198] У обичајном праву је јасно прописано да је пренос непокретности на или од стране детета ништав са његове стране. Чак ни савесни купац без претходне најаве не би био заштићен од накнадног одбацивања од стране детета заинтересованог за пренос који чини део ланца власништва. Постојало је и извесно, мада чудно мало, овлашћење да се исто правило примењује

198 D. J. Haarland, "The Conctractual Capacity of Minors – A New Approach", *Sidney Law Review*, No. 1, 1973, стр. 52.

may make orders for the delivery of goods or the payment of money.[109] The Supreme Court is given much wider consequential powers, including the ordering of a sale and the disposition of the proceeds thereof, and the making of vesting orders.[110] It is also given power to order the rescission or variation of any order of the Supreme Court made in the exercise of this jurisdiction.

Dispositions of property pursuant to contract

It was clearly laid down at common law that a conveyance of real property made to or by an infant was voidable by him. Even a *bone fide* purchaser without notice would not be protected against a subsequent repudiation by an infant interested in a conveyance forming part of the chain of title. There was also some, though curiously little, authority that the same rule applied to a disposition of personal property.[111] As most dispositions of property are made pursuant to contract, the question of the effect of a transfer of property made under an unenforceable infant's contract (and of the effect on that transfer of a later repudiation of that contract) is obviously of some importance, though the problem was usually overlooked in the cases dealing with contract.[112] An attempt to deal with this problem is made in s. 20.

Section 20 is concerned with dispositions of property (real or personal) made by or to a minor. Where a minor makes a disposition of property for a consideration (which is not manifestly inadequate at the time of the disposition) and he actually receives the whole or any part of that consideration, then the disposition is presumptively binding on him.[113] Similarly, where a disposition of property is made to a minor for a consideration (which is not manifestly excessive at the time of the disposition) given or to be given by him, then the disposition is presumptively binding on him.[114]

Where a minor participates in a civil act pursuant to a contractual or other duty binding on him, s. 22 renders that civil act presumptively binding on him. Therefore s. 20 will apply only where a disposition of property is made pursuant to a contract which is not presumptively binding on the minor. In such a case the contract itself may be repudiated by or on behalf of the minor,[115] and the court's jurisdiction under s. 37 to adjust the relationship of the parties following repudiation would arise. Where, however, a particular disposition of property has become presumptively binding the court has no power to order the re-transfer of that property.[116]

This provision of the Act may be illustrated by considering the position of a minor who agrees to sell goods under a contract which is for some reason not presumptively binding on him. Once he has done some act which would, in the absence of any question of incapacity, effectively transfer his

[109] S. 37(5).
[110] S. 37(6).
[111] See, *e.g.*, Williams, *Treatise on the Law of Vendor and Purchaser*, 4 ed. (1936), at 847-850.
[112] In the modern cases this may no doubt be largely explained by a pre-occupation with the question of whether, following the English Infants Relief Act 1874 (never adopted in N.S.W.), even a voidable title will pass where a disposition is made pursuant to a contract declared by that Act to be "absolutely void"—see Cheshire & Fifoot, *op. cit. supra* n. 24, at 524-525.
[113] S. 20(1).
[114] S. 20(2).
[115] Under s. 31, s. 32 or s. 34.
[116] It is otherwise of course if the person adversely affected consents to the order—see s. 37(3).

на располагање личном имовином. Једноставнији проблем настаје када је малолетник пристао да купи имовину. У овом случају, располагање постаје претпостављено обавезујуће за њега чим власништво пређе на њега, без обзира на то да ли је малолетник платио било који део купопродајне цене. Малолетник стога не може касније инсистирати на враћању имовине и повраћају новца (ако га има) који је већ платио. Могло би се очекивати да би продавац, ако малолетник задржи имовину, али не плати купопродајну цену, могао тужити малолетника за било који преостали износ купопродајне цене који је још увек неплаћен.[199] Иако располагање имовином у почетку није претпостављено обавезујуће за малолетника, оно може накнадно постати претпостављено обавезујуће за њега у корист трећег лица. Члан 24 предвиђа да када малолетник учествује у грађанском чину и лице које није страна у том грађанском чину стекне имовину погођену тим грађанским чином, или било који удео у имовини погођеној тако, за вредну накнаду и без обавештења да је малолетник, у време свог учешћа у грађанском чину, био малолетник, грађански акт је претпостављено обавезујући за малолетника у корист тог лица и било ког лица које полаже право на његово име.

Индијско уговорно право генерално не признаје уговоре са малолетницима као валидне, обавезујуће или извршне, док у Аустралији и Великој Британији такви уговори могу бити валидни, обавезујући и правно извршни против малолетника у одређеним случајевима.[200] Међутим, уговор у корист малолетника је обавезујући за малолетника.[201] Насупрот томе, закон сматра да веома мала деца немају менталну способност да закључују уговоре, односно, малолетници који су премлади да би разумели природу и контекст уговора сматрају се да немају способност да обавежу било коју страну. Такви уговори ће се сматрати ништавим.[202]

У оквиру индијског права поменућемо само опште норме пакистанског права. Према Закону о наслеђивању из 1925. године, „малолетник" подразумева сваку особу на коју се примењује Закон о пунолетству из 1875. године, а која није достигла пунолетство у смислу тог закона, и свака друга особа која није навршила 18 година; а „малолетник" значи статус било које такве особе. Према чл. 2(д) Закона о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, „малолетник" означава особу било ког пола која је млађа од 18 година. Према Закону о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, чл. 2(а) „дете" значи особа која је, ако је мушкарац, млађа од 18 година, а ако је жена, млађа од 16 година.[203]

199 *Ibid.*, стр. 55.

200 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 204.

201 О томе је одлучивао и Врховни суд.

202 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 205.

203 Muhammad Shahid Malik, Muhammad Ayub Khan Alizai, *IEL Family and Succession Law – Pakistan: Suppl. 83*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 53.

may make orders for the delivery of goods or the payment of money.[109] The Supreme Court is given much wider consequential powers, including the ordering of a sale and the disposition of the proceeds thereof, and the making of vesting orders.[110] It is also given power to order the rescission or variation of any order of the Supreme Court made in the exercise of this jurisdiction.

Dispositions of property pursuant to contract

It was clearly laid down at common law that a conveyance of real property made to or by an infant was voidable by him. Even a *bona fide* purchaser without notice would not be protected against a subsequent repudiation by an infant interested in a conveyance forming part of the chain of title. There was also some, though curiously little, authority that the same rule applied to a disposition of personal property.[111] As most dispositions of property are made pursuant to contract, the question of the effect of a transfer of property made under an unenforceable infant's contract (and of the effect on that transfer of a later repudiation of that contract) is obviously of some importance, though the problem was usually overlooked in the cases dealing with contract.[112] An attempt to deal with this problem is made in s. 20.

Section 20 is concerned with dispositions of property (real or personal) made by or to a minor. Where a minor makes a disposition of property for a consideration (which is not manifestly inadequate at the time of the disposition) and he actually receives the whole or any part of that consideration, then the disposition is presumptively binding on him.[113] Similarly, where a disposition of property is made to a minor for a consideration (which is not manifestly excessive at the time of the disposition) given or to be given by him, then the disposition is presumptively binding on him.[114]

Where a minor participates in a civil act pursuant to a contractual or other duty binding on him, s. 22 renders that civil act presumptively binding on him. Therefore s. 20 will apply only where a disposition of property is made pursuant to a contract which is not presumptively binding on the minor. In such a case the contract itself may be repudiated by or on behalf of the minor,[115] and the court's jurisdiction under s. 37 to adjust the relationship of the parties following repudiation would arise. Where, however, a particular disposition of property has become presumptively binding the court has no power to order the re-transfer of that property.[116]

This provision of the Act may be illustrated by considering the position of a minor who agrees to sell goods under a contract which is for some reason not presumptively binding on him. Once he has done some act which would, in the absence of any question of incapacity, effectively transfer his

109 S. 37(5).

110 S. 37(6).

111 See, *e.g.*, Williams, *Treatise on the Law of Vendor and Purchaser*, 4 ed. (1936), at 847-850.

112 In the modern cases this may no doubt be largely explained by a pre-occupation with the question of whether, following the English Infants Relief Act 1874 (never adopted in N.S.W.), even a voidable title will pass where a disposition is made pursuant to a contract declared by that Act to be "absolutely void"—see Cheshire & Fifoot, *op. cit. supra* n. 24, at 524-525.

113 S. 20(1).

114 S. 20(2).

115 Under s. 31, s. 32 or s. 34.

116 It is otherwise of course if the person adversely affected consents to the order—see s. 37(3).

на располагање личном имовином. Једноставнији проблем настаје када је малолетник пристао да купи имовину. У овом случају, располагање постаје претпостављено обавезујуће за њега чим власништво пређе на њега, без обзира на то да ли је малолетник платио било који део купопродајне цене. Малолетник стога не може касније инсистирати на враћању имовине и повраћају новца (ако га има) који је већ платио. Могло би се очекивати да би продавац, ако малолетник задржи имовину, али не плати купопродајну цену, могао тужити малолетника за било који преостали износ купопродајне цене који је још увек неплаћен.[199] Иако располагање имовином у почетку није претпостављено обавезујуће за малолетника, оно може накнадно постати претпостављено обавезујуће за њега у корист трећег лица. Члан 24 предвиђа да када малолетник учествује у грађанском чину и лице које није страна у том грађанском чину стекне имовину погођену тим грађанским чином, или било који удео у имовини погођеној тако, за вредну накнаду и без обавештења да је малолетник, у време свог учешћа у грађанском чину, био малолетник, грађански акт је претпостављено обавезујући за малолетника у корист тог лица и било ког лица које полаже право на његово име.

Индијско уговорно право генерално не признаје уговоре са малолетницима као валидне, обавезујуће или извршне, док у Аустралији и Великој Британији такви уговори могу бити валидни, обавезујући и правно извршни против малолетника у одређеним случајевима.[200] Међутим, уговор у корист малолетника је обавезујући за малолетника.[201] Насупрот томе, закон сматра да веома мала деца немају менталну способност да закључују уговоре, односно, малолетници који су премлади да би разумели природу и контекст уговора сматрају се да немају способност да обавежу било коју страну. Такви уговори ће се сматрати ништавим.[202]

У оквиру индијског права поменућемо само опште норме пакистанског права. Према Закону о наслеђивању из 1925. године, „малолетник" подразумева сваку особу на коју се примењује Закон о пунолетству из 1875. године, а која није достигла пунолетство у смислу тог закона, и свака друга особа која није навршила 18 година; а „малолетник" значи статус било које такве особе. Према чл. 2(д) Закона о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, „малолетник" означава особу било ког пола која је млађа од 18 година. Према Закону о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, чл. 2(а) „дете" значи особа која је, ако је мушкарац, млађа од 18 година, а ако је жена, млађа од 16 година.[203]

199 *Ibid.*, стр. 55.
200 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 204.
201 О томе је одлучивао и Врховни суд.
202 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 205.
203 Muhammad Shahid Malik, Muhammad Ayub Khan Alizai, *IEL Family and Succession Law – Pakistan: Suppl. 83*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 53.

title in the goods to the purchaser, then, provided that the purchase price is not manifestly inadequate and that he has received part at least of that purchase price, the transfer of title is presumptively binding on him. He may still repudiate the contract but that repudiation will not be effective to revest the title in him. In this situation an infant at common law probably could not, as has been shown above,[117] recover back the property. He could clearly however sue for the balance of the purchase price if the sale had been on credit. Under the Act the position of the minor is not so clear. Because of s. 39 he cannot directly enforce the contract. Although the disposition of property has become presumptively binding on him, the contract itself is not presumptively binding, as the language of s. 20 is carefully confined to dispositions of property. Consequently the contract must either be affirmed, in which case he may then sue on the contract, or it must be repudiated, in which case the court must under s. 37 either confirm the contract (in whole or in part) or order the payment of just compensation. In either case a just result may be reached, but by a rather circuitous route.

A more complex problem arises where a minor has agreed to purchase property. In this case the disposition becomes presumptively binding on him as soon as title passes to him, whether or not the minor has paid any part of the purchase price. (This result does not of course follow if the contractually agreed purchase price is manifestly excessive.) The minor may not therefore later insist on returning the property and recovering the money (if any) which he has already paid. One might expect that the seller could, if the minor keeps the property but does not pay the purchase price, sue the minor for any balance of purchase price still unpaid. However it is provided that save to the extent to which, under the Sale of Goods Act[118] or otherwise,[119] a promise may operate as a disposition of property, s. 20 does not make presumptively binding on a minor a promise by him which is the whole or part of the consideration for a disposition of property to him.[120] The seller must therefore apply to a court asking it either to affirm or repudiate the contract on behalf of the minor. In most cases the court will no doubt repudiate as an affirmation may be made only where the affirmation would be for the benefit of the minor, and it is here being assumed that the contract was not originally for the benefit of the minor. If the court repudiates it must then exercise its jurisdiction under s. 37. If the seller consents, the court has power to order the minor to transfer the property back to the seller.[121] Otherwise it must, unless it elects to confirm the contract in whole or in part, order the minor to make just compensation to the seller to the extent that the derivation of the property is for his benefit.[122] The factors to be considered here have already been discussed.[123] The result once again is a reasonable one, but it is reached only by a procedure which is not at first obvious.

When considering the effect of s. 20 it should be remembered that

[117] *Supra*, p. 44.
[118] See Sale of Goods Act 1923-1953, s. 23, Rule 1.
[119] An example might be a promise to hold property belonging to the promisor on trust for the promisee.
[120] S. 20(3).
[121] S. 37(3).
[122] S. 37 (4).
[123] *Supra*, pp. 52-55.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

ZASTUPANJE STRANKE U UPRAVNOM SPORU

Lidija Rostaš-Beroš, sutkinja
Visoki upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 35.077.2
Ur.: 15. siječnja 2016.
Pr.: 8. ožujka 2016.
Stručni rad

Sažetak

U ovom radu razmatra se tko sve može sudjelovati kao stranka u upravnom sporu. Ukazuje se koje osobe mogu u ime stranaka poduzimati radnje u postupku te koje su osobe ovlaštene za zastupanje tužitelja i zainteresirane osobe, kao i na pitanja valjanosti zastupanja stranaka u upravnosudskom te u parničnom postupku koji se u upravnom sporu primjenjuje na odgovarajući način.

Ključne riječi: *upravni spor, stranka, zastupanje, parnični postupak, postupovna sposobnost, poslovna sposobnost.*

1. UVODNE NAPOMENE

U ovom radu autorica je razmatrala dio upravnosudskog postupka koji se odnosi na stranke u upravnom sporu i njihovo zastupanje. U prvom dijelu se iznosi koje stranke mogu sudjelovati u sporu te, tko sve može biti tužitelj i tuženik, a tko zainteresirana osoba dodajući pritom i položaj jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave kao stranaka u sporu.

Zatim se izlaže tko je ovlašten poduzimati radnje za tužitelja i zainteresiranu osobu, a tko za tuženika nakon zadnjih zakonskih intervencija. Iznosi se koja svojstva treba imati postupovno sposobna osoba, s posebnim osvrtom na propisanu odgovarajuću primjenu odredbi parničnog postupka kojima je uređena poslovna sposobnost fizičke osobe.

Nadalje se iznosi tko je sve ovlašten zastupati tužitelja i zainteresiranu osobu u sporu, posebice nakon izmjena i dopuna zakonskog uređenja koje na pitanja valjanosti zastupanja koja nisu uređena Zakonom o upravnim sporovima[1] upućuju na odgovarajuću primjenu odredaba kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku. Pobliže se iznose i odredbe parničnog postupka kojima je uređeno zastupanje stranaka u tom postupku.

1 Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10., 143/12. i 152/14. – dalje u tekstu: ZUS.

онај који склопи потпуно пословно неспособна особа је ништав.[107] Деца су до пунолетства потпуно пословно неспособна. Стога, правне радње које предузимају су правно неваљане и као такве не производе никакав правни учинак у правном промету. Малолетнике у правном промету заступају њихови законски заступници који исказују правну вољу коју малолетници нису способни сами обликовати (родитељи, усвојитељи, старатељи). Имајући у виду да се парнична способност правних субјеката веже уз њихову пословну способност, последично, малолетници немају парничну способност. То значи да они не могу самостално покренути породичне судске поступке и предузимати радње у њима. У том процесном делу их такође заступају њихови законски заступници, који у њихово име и за њихов рачун предузимају све радње у поступцима.

Према одредбама чл. 18 Закона о обвезним односима,[108] пословно способна особа може властитим делима воље стварати правне послове, а притом је важно знати да пословну способност физичка особа стиче пунолетством. Особа која није пунолетна може закључивати само правне послове који су одређени законом. Уместо особе која нема пословну способност њену вољу ће остварити њен законски заступник или старатељ. У хрватском правном систему, за разлику од српског у коме постоји систем двостепености пословне способности, постоји систем тростепености. Наиме, особа може бити потпуно пословно способна, пословно неспособна и ограничено пословно способна. Стицање пословне способности физичке особе регулисано је одредбом чл. 117 Обитељског закона који прописује да дете потпуну пословну способност стиче пунолетством или склапањем брака прије пунолетства, а да је пунолетна особа која је навршила осамнаест година живота.[109]

Потпуну пословну способност, а самим тим и парничну способност, стиче свака особа када постане пунолетна или када склопи брак пре пунолетства, а исто важи и за дете. Дете је до навршене 18. године живота пословно неспособно и не може самостално предузимати правне послове, већ то у његово име могу вршити законски заступници детета. Дете са навршених 15 година, ако је запослено, има ограничену пословну способност у погледу имовинских права, односно са навршених 16 година има исто, али у погледу личних права, као пацијената (нпр. предузимање медицинских захвата, прегледи и медицинске анализе). Ако дете предузме правни посао – он је ништав. Слично као и у нашем праву, дете има парничну способност само у оквиру своје пословне спо-

107 Алдо Радоловић, „Природна пословна неспособност као разлог неваљаности правног посла", *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, 1991, вол. 30, бр. 1, стр. 196.

108 Закон о обвезним односима, *Народне Новине*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22.

109 Лидија Росташ Берош, „Заступање странке у управном спору", *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, вол. 37, бр. 1, 1991, стр. 739.

Svojstvo određene osobe da poduzima postupovne radnje u sporu (pokretanje spora, sudjelovanje u raspravi, predlaganje dokaza, izjavljivanje pravnih lijekova) predstavlja postupovnu sposobnost te osobe.

ZUS propisuje da tužitelj i zainteresirana osoba mogu poduzimati radnje u sporu ako su potpuno poslovno sposobni, odnosno u granicama svoje poslovne sposobnosti. Za tužitelja ili zainteresiranu osobu radnje u sporu može poduzimati osoba ovlaštena za zastupanje, zajednički predstavnik i zajednički opunomoćenik skupine osoba.[15]

Postupovnu sposobnost imaju sve osobe kojima poslovna sposobnost nije ograničena, a osobe kojima je poslovna sposobnost djelomično ograničena, postupovno su sposobne u granicama svoje poslovne sposobnosti. Osobe kojima je poslovna sposobnost potpuno oduzeta nemaju postupovnu sposobnost, već za njih radnje u postupku poduzimaju njihovi zakonski zastupnici.

Poslovnu sposobnost imaju fizičke i pravne osobe. Na pitanje poslovne sposobnosti fizičke osobe ZUS upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba kojima je uređena poslovna sposobnost fizičke osobe u parničnom postupku.[16]

Poslovna sposobnost je svojstvo određene osobe da može vlastitim očitovanjima volje stvarati pravne učinke. Fizička osoba stječe poslovnu sposobnost punoljetnošću, a pravna danom nastanka, ako zakonom nije drukčije određeno. Osoba koja nije punoljetna može stvarati samo pravne učinke određene zakonom. Umjesto osobe koja nema poslovnu sposobnost očitovat će svoju volju njezin zakonski zastupnik ili skrbnik, a za pravnu osobu volju očituju njezina tijela u pravnim poslovima i postupcima koje poduzimaju u tome svojstvu.[17]

Stjecanje poslovne sposobnosti fizičke osobe regulirano je odredbom članka 117. Obiteljskog zakona[18] koji propisuje da dijete potpunu poslovnu sposobnost stječe punoljetnošću ili sklapanjem braka prije punoljetnosti, a da je punoljetna osoba koja je navršila osamnaest godina života.

Dakle, svaka punoljetna osoba ili osoba koja je sklopila brak prije punoljetnosti, poslovno i postupovno je sposobna te može samostalno u ulozi tužitelja ili zainteresirane osobe poduzimati radnje u upravnom sporu. Međutim, svaka postupovno sposobna osoba ne mora biti istodobno i potpuno poslovno sposobna, već to može biti i osoba kojoj je poslovna sposobnost djelomično ograničena u kojem slučaju radnje u sporu može poduzimati samo u granicama svoje poslovne sposobnosti.

Osoba kojoj je poslovna sposobnost djelomično ograničena je osoba koja je nakon punoljetnosti djelomično lišena poslovne sposobnosti i maloljetnik s navršenih 15 godina života koji stupi u radni odnos. Takav maloljetnik može samostalno poduzimati pravne radnje, odnosno sklapati pravne poslove i preuzimati

15 Čl. 20. st. 1. i 2. ZUS-a.

16 Čl. 20. st. 6. ZUS-a.

17 Čl. 18. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15., dalje u tekstu: ZOO.

18 Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15., dalje u tekstu: OZ.

позицији да остварује права и изван сопствене воље.[247] Терминолошки посматрано, термин „природна пословна неспособност" је термин из немачке литературе грађанског права, док италијанска теорија користи термин „природна неспособност".

Пунолетну особу која се због душевних сметњи или других разлога није способна бринути о неком од својих права или интереса или која угрожава права и интересе других особа о којима је дужна да се стара, суд ће лишити пословне способности у једном делу. Таква особа не може бити потпуно лишена пословне способности. Решењем о лишењу пословне способности суд одређује радње и правне послове које особа није способна самостално предузимати у односу на лична и имовинска права. У погледу личних права, то су одлуке које се односе на давање изјава или предузимање радњи које се односе на промену личног имена, закључење и престанак брака, признање материнства и очинства, доношење одлуке о медицинским интервенцијама, избору месту пребивалишта, односно боравишта, заснивању радног односа. Радње и правни послови које особа није способна самостално предузимати, а који се односе на имовину су располагање и управљање имовином, зарадом из радног односа или другим сталним новчаним примањима. За послове који нису одређени у одлуци о делимичном лишењу пословне способности особа лишена пословне способности има пословну способност, те их може самостално предузимати.[248] У погледу непостојања формалне одлуке о одузимању пословне способности и могућности за закључење одређених уговора, сматра се да је апсолутно ништав уговор који је закључило потпуно пословно неспособно лице, чак и ако том лицу није формалним решењем одузета пословна способност.[249]

4. ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ КОД ЛИШЕЊА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ

Како је институт лишења пословне способности један традиционални институт који није уважавао различита људска права одређених категорија становништва, која су опет, традиционално била „пододна" за ограничење пословне способности, под утицајем развоја школе људских права у савремено доба, поставило се питање редефинисања овог појма. Наиме, праксом међународних тела, хтело се утицати на домаћа законодавства да признају тзв. „нову реалност" по питању лишења пословне способности. Истина, нека правила и процедуре под којима се одвијало лишење пословне способности заиста су била застарела и захтевала су измене, попут обавезног учешћа особе која се лишава пословне способ-

247 А. Радоловић, *op. cit.*, стр. 189.

248 Л. Росташ Берош, *op. cit.*, стр. 740.

249 О уговорима лица лишених пословне способности у нашем праву, К. Доловић Бојић, *op. cit.*, 2021, стр. 104 и даље.

obveze u visini iznosa koji zarađuje te raspolagati svojom zaradom pod uvjetom da ne ugrožava svoje uzdržavanje.[19]

Punoljetnu osobu koja se zbog duševnih smetnji ili drugih razloga nije sposobna brinuti o nekom od svojih prava potreba ili interesa, ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba o kojima je dužna skrbiti se, sud će u tom dijelu lišiti poslovne sposobnosti. Takva osoba ne može biti potpuno lišena poslovne sposobnosti. Rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti sud određuje radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti u odnosu na osobno stanje te imovinu. To su na primjer odluke koje se odnose na davanje izjava ili poduzimanje radnji koje se odnose na promjenu osobnog imena, sklapanje i prestanak braka, roditeljstvo, donošenje odluke o zdravlju, mjestu prebivališta, odnosno boravišta, zapošljavanju i drugo, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Radnje i poslovi koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti i koji se odnose na imovinu su raspolaganje i upravljanje imovinom, plaćom ili drugim stalnim novčanim primanjima, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Za poslove koji nisu određeni u odluci o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti osoba lišena poslovne sposobnosti ima poslovnu sposobnost te ih može samostalno poduzimati.[20]

3.2. Poduzimanje radnji za tuženika

Odredba članka 20. stavka 3. ZUS-a propisuje da za tuženika u sporu, koji je uvijek javnopravno tijelo, radnje može poduzimati u prvom redu službena osoba javnopravnog tijela koja je donijela ili propustila donijeti odluku, postupila ili propustila postupiti te druga osoba određena propisima o unutarnjem ustrojstvu javnopravnog tijela.

Nadalje, radnje u sporu za tuženika može poduzimati i službena osoba javnopravnog tijela čija je odluka potvrđena osporavanom odlukom te druga osoba određena propisima o unutarnjem ustrojstvu javnopravnog tijela.

Naime, zadnjim izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine br. 20/10. i 143/12.) iz prosinca 2014.[21] za poduzimanje radnji u sporu za tuženika dano je ovlaštenje i službenoj osobi prvostupanjskog tijela čija je odluka potvrđena tuženikovom odlukom.

U Obrazloženju Konačnog prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima navedeno je sljedeće: „Normiranim rješenjem doprinijet će se poštivanju načela učinkovitosti budući da će se troškovi postupka (ponajprije putni troškovi), s obzirom na manju prostornu udaljenost ovih tijela od sjedišta suda, bitno smanjiti, a također će se i skratiti trajanje spora, budući da će se skratiti vrijeme potrebno za dostavu podnesaka i akata, kao i rokovi u kojima se može zakazati rasprava te rokovi za očitovanje na navode protivne stranke. Pritom će se

19 Čl. 85. OZ-a.

20 Čl. 234. OZ-a.

21 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 152/14., dalje u tekstu: ZIDZUS.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Liverpool Law Review
https://doi.org/10.1007/s10991-022-09308-4

Major Differences in Minors' Contracts: A Comparative Analysis into the Validity of Contracts with Minors in the Sport and Entertainment Industry

Shaun Star[1,2] · Divyangana Dhankar[1]

Accepted: 29 April 2022
© The Author(s) 2022

Abstract
In Australia and the UK, contracts with minors in sports and entertainment are not uncommon. Generally, such contracts are voidable at the option of the minor. However, when contracts fall within the category of beneficial service, as is the case with most professional sports or entertainment contracts, they will be enforceable against the minor. Indian courts do not prescribe to this view holding contracts with minors, *void ab initio* and unenforceable against contractual parties, with few exceptions. The policy rationale is embedded in protecting minors from their own rash decisions and preventing unscrupulous parties from taking advantage of a minor's nascent mental capacity. By analysing divergent approaches on the validity of minors' contracts in three common law jurisdictions—Australia, India and the UK—the authors highlight inadequacies in legal pronouncements by Indian courts. In India, the legal non-existence and unenforceability of service contracts with minors renders it futile for them or their representatives from negotiating favourable contractual terms beyond welfare measures provided by law as these are unlikely to be upheld. This paper argues that India's narrow approach fails to acknowledge practical realities of minors' participation in the increasingly commercialised sports and entertainment industry. In light of more practical approaches in other common law jurisdictions, the authors set out policy recommendations and suggest reforms to the legal position on minors' capacity to contract in India.

Keywords Minors · Contract · UK · Australia · India · Sports · Entertainment

✉ Shaun Star
sstar@jgu.edu.in

Divyangana Dhankar
ddhankar@jgu.edu.in

[1] Jindal Global Law School, O.P. Jindal Global University, Sonipat, Haryana, India

[2] University of Queensland, Brisbane, QLD, Australia

Published online: 27 August 2022

позајми новац на основу хипотеке, уговор ће бити ништав од самог почетка. Када особа свесно склопи уговор са малолетницима, именујући их заступницима, и уговор о заступању траје неко време, прво лице не може накнадно тврдити да је уговор ништав јер је склопљен са малолетницима. Утврђено је да је дужност суда да се увери да су интереси малолетника адекватно заштићени. Када се постигне компромис у коме је малолетник страна, од велике је важности да суд буде уверен да је компромис заиста у интересу малолетника. Споразум малолетника је ништав од самог почетка. Будући да је ништав, он не постоји у очима закона, те је, стога, неспособан за ратификацију и не може подржати ново обећање детета након што је постало пунолетно. Доктрина естопела, као опште правило, обично се не примењује на малолетно лице. Када закон прогласи уговор малолетника ништавим, он не може бити одговоран на основу естопела, јер естопел не може изменити закон. Малолетно лице, дакле, које се лажно представља као пунолетно и закључи уговор није лишено права да успостави право малолетника на основу исказа. Пошто је уговор малолетника ништав, сам споразум је ништав; стога, не може се поставити питање конкретног испуњења. Међутим, ако уговор у име малолетника закључи неко ко је способан да делује, на пример, овлашћени старатељ, и ако је уговор у корист малолетника, биће дозвољено конкретно извршење. Малолетни члан заједничке породице, када достигне пунолетство, може тужити за конкретно извршење уговора о продаји земљишта који је закључио члан породице. Иако је продаја или хипотека његове имовине од стране малолетника ништава, уредно извршен пренос путем продаје или хипотеке у корист малолетника који је платио накнаду није ништав, већ га може извршити он или било која друга особа у његово име.[195]

Закон о облигацијама регулише спорове који произлазе из уговорних обавеза у Индији, укључујући уговоре са малолетницима. Према закону, малолетницима недостаје правна компетентност или способност да закључе ваљани уговор. Особе су способне да склапају уговоре када достигну пунолетство. Пунолетство је са 18 година и особа испод овог узраста се сматра малолетником. Иако Закон о облигацијама јасно наводи да малолетници немају способност да склапају уговоре, не говори ништа о томе да ли су уговори са малолетницима рушљиви, ништави или непостојећи.[196] Сматрао је да фразеологија одабраних одредби Закона о полицајцима одступа од установљених принципа у Аустралији и Великој Британији где су уговори са малолетницима ништави по њиховом избору, иако су се ови принципи доследно примењивали у Индији пре овог случаја.[197] Није

195 *Ibid.*, стр. 87.

196 Тајни савет је у случају *Mohori Bibi* утврдио да су уговори са малолетницима ништави од почетка.

197 Shaun Star, Divyangana Dhankar, "Major Differences in Minors' Contracts: A Comparative Analysis into the Validity of Contracts with Minors in the Sport and Entertainment Industry", *Liverpool Law Review*, Vol. 42, 2022, стр. 210.

Minors and Contractual Capacity in India

The General Rule

The ICA regulates disputes arising from contractual obligations in India, including contracts with minors.[28] According to the statute, minors lack legal 'competence', or 'capacity', to enter a valid contract.[29] Persons are competent to contract on reaching the age of majority.[30] The age of majority is 18 years and below this age, a person is considered a minor.[31]

While the ICA clearly states that minors lack competence to contract, it is silent on whether contracts with minors are- voidable, void or *void ab initio*. However, the Privy Council in *Mohori Bibee*[32] held that contracts with minors are *void ab initio*. It considered the phraseology of select provisions in the ICA to depart from established principles in Australia and the UK where contracts with minors are voidable at their option, even though, these principles applied consistently in India prior to this case (Vardhan 2019: para 11.5).[33]

The Privy Council noted that 'competence' was made an essential element of a valid contract by the ICA.[34] Minors by virtue of infancy were incompetent to contract which meant they could not form contracts at all, let alone contracts void or voidable at their option. Support was garnered from the language of sect. 68 ICA where minors were included in the category of persons incapable of contracting. Minors were neither personally liable to reimburse for supply of necessaries nor could such a demand be made against them. Similarly, minors could not employ agents or be one themselves[35] nor could they be held personally liable for obligations of partnerships.[36] A cumulative reading of these provisions caused the Privy Council to conclude that contracts with minors could not exist.[37] Consequently, a contract could not be enforced against a minor for repayment of mortgage. This

28 In certain common law jurisdictions such as Myanmar (Myanmar Contract Act 1872) and Malaysia (Contracts Act 1950), statutes on general principles of contract have been enacted. Codification of contractual principles through statutes makes these jurisdictions different from Australia and the UK that rely on common law embodied in commentaries and precedents. The blueprint and inspiration for statutes in contract law has been the ICA, the first legislation of its kind. For example, the Contracts Act 1950 (Malaysia) has been held *pari materia* with the ICA by the Federal Court of Malaysia in *Leha Binte Jusoh v Awang Johari Bin Hashim* [1978] 1 MLJ 202 (Malaysia) ('*Leha Binte Jusoh v Awang*').

29 Section 10, ICA.

30 Provided by the Indian Majority Act 1875 (India) ('IMA'). It should be noted that sect. 11, ICA requires a person to (i) have reached the age of majority, (ii) be of sound mind, and (iii) not be disqualified by any other applicable law.

31 Section 3, IMA.

32 *Mohori Bibee v Dharmodas Ghose* (1903) 30 ILR Cal. 539 (India) ('*Mohori Bibee*').

33 See *Sashi Bhusan Dutt, Minor v Jadu Nath Dutt* (1885) 11 ILR Cal. 552 (India); *Raj Coomary Dassee v Preo Madhub Nundy* (1897) 1 CWN 453 (India).

34 Sections 10-11, ICA.

35 Sections 183–184, ICA.

36 Sections 247–248, ICA. These sections have been repealed from the ICA by sect. 73 and Schedule II, Indian Partnership Act 1932 (India) ('Partnership Act').

37 *Mohori Bibee*, p. 548.

на располагање личном имовином. Једноставнији проблем настаје када је малолетник пристао да купи имовину. У овом случају, располагање постаје претпостављено обавезујуће за њега чим власништво пређе на њега, без обзира на то да ли је малолетник платио било који део купопродајне цене. Малолетник стога не може касније инсистирати на враћању имовине и повраћају новца (ако га има) који је већ платио. Могло би се очекивати да би продавац, ако малолетник задржи имовину, али не плати купопродајну цену, могао тужити малолетника за било који преостали износ купопродајне цене који је још увек неплаћен.[199] Иако располагање имовином у почетку није претпостављено обавезујуће за малолетника, оно може накнадно постати претпостављено обавезујуће за њега у корист трећег лица. Члан 24 предвиђа да када малолетник учествује у грађанском чину и лице које није страна у том грађанском чину стекне имовину погођену тим грађанским чином, или било који удео у имовини погођеној тако, за вредну накнаду и без обавештења да је малолетник, у време свог учешћа у грађанском чину, био малолетник, грађански акт је претпостављено обавезујући за малолетника у корист тог лица и било ког лица које полаже право на његово име.

Индијско уговорно право генерално не признаје уговоре са малолетницима као валидне, обавезујуће или извршне, док у Аустралији и Великој Британији такви уговори могу бити валидни, обавезујући и правно извршни против малолетника у одређеним случајевима.[200] Међутим, уговор у корист малолетника је обавезујући за малолетника.[201] Насупрот томе, закон сматра да веома мала деца немају менталну способност да закључују уговоре, односно, малолетници који су премлади да би разумели природу и контекст уговора сматрају се да немају способност да обавежу било коју страну. Такви уговори ће се сматрати ништавим.[202]

У оквиру индијског права поменућемо само опште норме пакистанског права. Према Закону о наслеђивању из 1925. године, „малолетник" подразумева сваку особу на коју се примењује Закон о пунолетству из 1875. године, а која није достигла пунолетство у смислу тог закона, и свака друга особа која није навршила 18 година; а „малолетник" значи статус било које такве особе. Према чл. 2(д) Закона о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, „малолетник" означава особу било ког пола која је млађа од 18 година. Према Закону о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, чл. 2(а) „дете" значи особа која је, ако је мушкарац, млађа од 18 година, а ако је жена, млађа од 16 година.[203]

199 *Ibid.*, стр. 55.
200 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 204.
201 О томе је одлучивао и Врховни суд.
202 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 205.
203 Muhammad Shahid Malik, Muhammad Ayub Khan Alizai, *IEL Family and Succession Law – Pakistan: Suppl. 83*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 53.

Introduction

World renowned heptathlon athlete, Jacqueline Joyner-Kersee, believed, "Age is no barrier. It's a limitation you put on your mind" (Chang 2006: 46)—however, it would appear that age is a barrier for minors in sports and entertainment in some jurisdictions. Minors are no strangers to professional and elite sport. At age sixteen, Sachin Tendulkar became one of India's youngest international test cricketers (The Editors of Encyclopaedia Britannica 2021). Leading football player, Cristiano Ronaldo was signed by professional football team, Sporting CP, at age twelve (Porterfield 2019: 11). Fifteen-year-old Michael Phelps made history by becoming the youngest American swimmer to qualify for the 2000 Summer Olympics in almost 68 years (See e.g., Phelps & Abrahamson 2008; Phelps & Cazeneuve 2016). The same is true for young movie stars entering the limelight as children. Emma Watson was ten and Daniel Radcliffe was eleven years when they starred in the first Harry Potter movie (See e.g., Lyons & Shakhnazarova 2021; The Wall Street Journal 2011). Drew Barrymore was six years old when she acted in E.T (Nankervis 2017). The youngest member of the Backstreet Boys, Nick Carter, was twelve when he joined the band (Press Trust of India 2015). Evidently, minors are regular participants in sports and entertainment.

Consequently, minors seem to have obligations on movie sets, with professional sporting organisations, and companies they endorse. Common law has sought to find a balance between protecting minors and commercial interests of the other party. Despite participation in sports and entertainment, the jurisprudence on capacity of minors to enter contracts differs across jurisdictions. For instance, Indian contract law does not, generally, recognise contracts with minors as valid, binding or enforceable. Whereas, in Australia and the UK, such contracts may be valid, binding and legally enforceable against the minor in certain instances. The purpose of this paper is first, to examine general contractual principles involving minors in Australia, India and the UK, second, to explain the application of these identified principles in sports and entertainment, and third, to undertake a comparative critical analysis on the practicality of India's contractual framework, given the widespread participation of minors in the sport and entertainment industry.

The paper concludes by suggesting two potential areas of reform for India. First, a judicial reinterpretation from the apex court declaring contracts with minors voidable at their option and considering beneficial contracts with minors as binding and enforceable. The advantages of such a reinterpretation are manyfold; namely: (i) the ability of minors or their representatives to enter enforceable service contracts on mutually beneficial terms; (ii) the alignment of Indian contract law with other common law jurisdictions such as Australia and the UK on voidable contracts; (iii) the elimination of inconsistencies between Indian contract law and employment law; and (iv) providing minors with effective dispute resolution mechanisms with an option of claiming breach of contract before a civil court, rather than the current practice of invoking the writ jurisdiction under constitutional law for fundamental right violations by contending sporting rules as arbitrary or harsh. The second

на располагање личном имовином. Једноставнији проблем настаје када је малолетник пристао да купи имовину. У овом случају, располагање постаје претпостављено обавезујуће за њега чим власништво пређе на њега, без обзира на то да ли је малолетник платио било који део купопродајне цене. Малолетник стога не може касније инсистирати на враћању имовине и повраћају новца (ако га има) који је већ платио. Могло би се очекивати да би продавац, ако малолетник задржи имовину, али не плати купопродајну цену, могао тужити малолетника за било који преостали износ купопродајне цене који је још увек неплаћен.[199] Иако располагање имовином у почетку није претпостављено обавезујуће за малолетника, оно може накнадно постати претпостављено обавезујуће за њега у корист трећег лица. Члан 24 предвиђа да када малолетник учествује у грађанском чину и лице које није страна у том грађанском чину стекне имовину погођену тим грађанским чином, или било који удео у имовини погођеној тако, за вредну накнаду и без обавештења да је малолетник, у време свог учешћа у грађанском чину, био малолетник, грађански акт је претпостављено обавезујући за малолетника у корист тог лица и било ког лица које полаже право на његово име.

Индијско уговорно право генерално не признаје уговоре са малолетницима као валидне, обавезујуће или извршне, док у Аустралији и Великој Британији такви уговори могу бити валидни, обавезујући и правно извршни против малолетника у одређеним случајевима.[200] Међутим, уговор у корист малолетника је обавезујући за малолетника.[201] Насупрот томе, закон сматра да веома мала деца немају менталну способност да закључују уговоре, односно, малолетници који су премлади да би разумели природу и контекст уговора сматрају се да немају способност да обавежу било коју страну. Такви уговори ће се сматрати ништавим.[202]

У оквиру индијског права поменућемо само опште норме пакистанског права. Према Закону о наслеђивању из 1925. године, „малолетник" подразумева сваку особу на коју се примењује Закон о пунолетству из 1875. године, а која није достигла пунолетство у смислу тог закона, и свака друга особа која није навршила 18 година; а „малолетник" значи статус било које такве особе. Према чл. 2(д) Закона о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, „малолетник" означава особу било ког пола која је млађа од 18 година. Према Закону о ограничењу дечјих бракова из 1929. године, чл. 2(а) „дете" значи особа која је, ако је мушкарац, млађа од 18 година, а ако је жена, млађа од 16 година.[203]

199 *Ibid.*, стр. 55.
200 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 204.
201 О томе је одлучивао и Врховни суд.
202 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 205.
203 Muhammad Shahid Malik, Muhammad Ayub Khan Alizai, *IEL Family and Succession Law – Pakistan: Suppl. 83*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 53.

possible area of reform is by amending the ICA,[1] and adopting a position similar to the USA. Specific statutory provisions can be incorporated in the ICA for sports and entertainment contracts with minors where Indian courts decide whether a minor can or cannot disaffirm a contract depending on facts and circumstances of the case.

Minors and Contractual Capacity in Australia and the UK

The General Rule

Australia and the UK have developed similar jurisprudence on capacity of minors to contract. The age of majority to contract was 21 years[2] under common law but it was changed to 18 years by statute in both jurisdictions.[3] A person attains the age of majority on their 18th birthday. Anyone who has not attained the age of majority is considered a minor. Generally, in both jurisdictions, such contracts are voidable at the option of the minor[4] and not *void ab initio*, but they are binding on the other party. This means, minors have the freedom to choose whether to repudiate or be bound by the contract. However, a contract for the minor's benefit is binding on the minor. In contrast, the law holds that very young children lack the mental capacity to enter contracts, that is, minors too young to understand the nature and context of contracts are deemed to lack capacity for binding either party. Such contracts will be considered void.[5]

Contracts by minors can be ratified by them upon reaching the age of majority. At that time, the contract is binding on both parties.[6] In some jurisdictions, ratification must be in writing,[7] while in others, ratification can be either express or implied, taking into consideration the minor's conduct who has since reached the age of majority (Beale 2015: 862). However, in certain Australian states, the common law position on ratification of minors' contracts has been abolished (Heydon 2019: para

1 Indian Contract Act 1872 (India) ('ICA').
2 See e.g., *Prowse v McIntyre* (1961) 111 CLR 264 (Australia).
3 In the UK, see sect. 1, Family Law Reform Act 1969 (UK). In Australia, all states have set an age of majority at 18 under their respective legislation. See e.g., sect. 8–9, Minors (Property and Contracts) Act 1970 (NSW) ('Minors Property Act'); sect. 17, Law Reform Act 1995 (Qld); sect. 3, Age of Majority Act 1977 (Vic); sect. 5, Age of Majority Act 1972 (WA).
4 See *Proform Sports Management Ltd v Proactive Sports Management Ltd* [2007] Bus. L.R. 93 (UK) ('*Proform Sports Management Ltd v Proactive Sports Management Ltd*').
5 *R. v Oldham Metropolitan BC Ex p. Garlick* [1993] 1 FLR 645 (UK), p. 662; *Johnson v Clark* [1908] 1 Ch 303 (UK), p. 312. In New South Wales, see sect. 18 and sect. 19 of the Minors Property Act which provide that contracts are enforceable against minors provided they are able to understand the nature of their contractual obligations at the time of contract formation. However, for beneficial contracts there is a presumption that contractual terms are enforceable against that minor.
6 *Williams v Moor* (1843) 152 ER 798 (UK): In this case, a minor had incurred a debt and upon reaching the age of majority at twenty-one years, signed a declaration in writing accepting the debt as due and payable. The acceptance of debt by a minor upon reaching the age of majority is called ratification. Ratifying a debt makes it binding and enforceable against such person.
7 See e.g., sect. 15, Mercantile Law Act, 1962 (ACT); sect. 4 Minors Contracts (Miscellaneous Provisions) Act 1979 (SA).

принудног рада. Ове одредбе о забрани принудног рада изричито се односе на заштиту деце и посебна права деце.[390] Однос државе према томе да ли дете треба да се образује или да ради умногоме зависи од датог економско социјалног окружења, као и историјског контекста.[391] О односу ова два права биће речи у посебном делу овог поглавља. На овом месту истичемо да тај однос може видети на примеру Индије где се потреба за дечијим радом фаворизује у односу на право детета на образовање.[392] Иако према индијском праву сва деца до четрнаест година треба да буду у школи, економске потребе државе намећу да деца много раније од наведеног узраста траже посао, те се стога фактички ставља акценат на то да деца могу бити запослена од најранијег доба.[393]

Значај овог питања у Индији огледа се у томе да се у великом броју случајева и Уставни суд Индије бавио проценом повреде најбољег интереса детета и права детета на рад. Таква пракса Уставног суда Индије утицала је и на праксу уставних судова у Бангладешу и Пакистану.

У Индији велики број закона регулише радноправни статус и уговоре са малолетницима у одређеним ограниченим околностима. Фокусирани на заштиту добробити деце, такви закони претпостављају важење правно обавезујућих уговора са малолетницима. На пример, према Закону о залози, уговори старатеља којима се уговара рад детета су ништави, осим под ограниченим условима. Према *OSHWC* Кодексу, адолесцентима старијим од четрнаест година и млађим од осамнаест година, дозвољено је да раде у фабрици само тамо где се поштују строге процедуре. У Индији је посебно регулисан рад деце у уметничкој (филмској) индустрији. Закон у вези са децом уметницима значајно је измењен 2016. године и после те новеле измењен је и Закон о дечијем раду и његова пратећа правила. Закон о дечјем раду поставља општу забрану запошљавања или дозвољавања детету да ради у било ком занимању, осим као дете уметник у аудио-визуелној индустрији, укључујући филмове или телевизијске програме, или учешће у спорту као спортиста. Чак и ако уговор са малолетником садржи одредбе које штите добробит и безбедност детета, такав уговор ће се сматрати ништавим од почетка и неизвршивим осим ако се не примене изузеци. Нова правила о дечјем раду направила су корак напред у заштити деце уметника захтевајући од продукцијских кућа и организатора догађаја да поштују минималне стандарде како би се осигурала добробит детета у спорту и забави. Регу-

390 Savitri Goonesekere, "The Best Interests of the Child: A South Asian Perspective", *International Journal of Law and the Family*, Vol. 8, No. 1, April 1994, стр. 140.

391 О праву детета на образовање у Индији, Jan CM Willems, *Children's Rights and Human Develompent*, Anwerpen, 2010, стр. 790.

392 Имамо чувени индијски филм Милионер из блата (*Slumdog millionaire*), као пример како деца у Индији живе од најранијег детињства, како привређују на најсуровије начине, те како се не испуњавају ни минимални стандарди из законских норми о заштити деце од експлоатације и злостављања.

393 S. Goonesekere, *op. cit.*, стр. 142.

stipend agreements with minors in the sports industry in India (See further, Rathore 2018).[76]

While contracts of service with minors are void, children may voluntarily participate in competition-like arrangements on reality television shows without remuneration. In some events, prize money may be awarded to the winner. The case of *Zee Entertainment v Sony Pictures Networks India Pvt Ltd*,[77] although a copyright infringement case, is an illustration of how this works in practice. This case involved a group of children (between 5 and 12 years old) participating in a talent competition on a television show called 'India's Best Dramebaaz'. The children performed before a panel of judges who ultimately declared the winner. Interestingly, the television channel required "contestants" (who were children) to execute contracts with them. However, if challenged, contracts with minors are unlikely to be enforceable unless brought within an 'exception' or a statute.

Statutory and Regulatory Provisions

In addition to the ICA, other statutes govern contracts with minors in certain limited circumstances. Focused on protecting the welfare of children, such statutes presuppose the validity of legally binding contracts with minors. For instance, under the Pledging Act, contracts by guardians pledging the labour of a child are void, except in limited circumstances.[78] Under the OSHWC Code[79] adolescents fourteen years and over but below eighteen years are permitted to work in a factory only where strict procedures are followed.[80] Departments without a manufacturing process where wages are ordinarily payable to a certain number of workers in film studios were unlikely to be classified as factories according to the High Court of Madras which considered the argument that if film studios were factories, films with roles for children below the age of fourteen could not be undertaken and "a Shirley Temple could never act in a studio".[81]

76 Including schemes led by the Sports Authority of India (SAI) such as the National Sports Talent Contest (NSTC) Scheme, and the SAI Training Centre, under which a stipend is received by minors. The stipend offered to the minor in *Sheri Rusi Crawford v Mumbai City Table Tennis Association* was pursuant to a joint scheme between Dena Bank and the Central Government.

77 *Zee Entertainment Enterprises Ltd v Sony Pictures Networks India Pvt Ltd* AIR 2017 Bom 221 (India) ('*Zee Entertainment v Sony Pictures Networks India Pvt Ltd*').

78 Sections 2–3, Children (Pledging of Labour) Act 1933 (India) ('Pledging Act'). The Pledging Act has been repealed by the Repealing and Amending Act 2016 (India): contracts are void unless (i) they are not detrimental to the child, and (ii) the only benefit received under the contract is reasonable wages for the services provided.

79 Occupational Safety, Health and Working Conditions Code, 2020 (India) ('OSHWC Code').

80 Sections 25(4), 32(1),33, 42(2) 93(2) OSHWC Code.

81 *K.Y.V. Sarma, In re. Appellant Versus* (1953) 1 LLJ 29 (India).

принудног рада. Ове одредбе о забрани принудног рада изричито се односе на заштиту деце и посебна права деце.[390] Однос државе према томе да ли дете треба да се образује или да ради умногоме зависи од датог економско социјалног окружења, као и историјског контекста.[391] О односу ова два права биће речи у посебном делу овог поглавља. На овом месту истичемо да тај однос може видети на примеру Индије где се потреба за дечијим радом фаворизује у односу на право детета на образовање.[392] Иако према индијском праву сва деца до четрнаест година треба да буду у школи, економске потребе државе намећу да деца много раније од наведеног узраста траже посао, те се стога фактички ставља акценат на то да деца могу бити запослена од најранијег доба.[393]

Значај овог питања у Индији огледа се у томе да се у великом броју случајева и Уставни суд Индије бавио проценом повреде најбољег интереса детета и права детета на рад. Таква пракса Уставног суда Индије утицала је и на праксу уставних судова у Бангладешу и Пакистану.

У Индији велики број закона регулише радноправни статус и уговоре са малолетницима у одређеним ограниченим околностима. Фокусирани на заштиту добробити деце, такви закони претпостављају важење правно обавезујућих уговора са малолетницима. На пример, према Закону о залози, уговори старатеља којима се уговара рад детета су ништави, осим под ограниченим условима. Према *OSHWC* Кодексу, адолесцентима старијим од четрнаест година и млађим од осамнаест година, дозвољено је да раде у фабрици само тамо где се поштују строге процедуре. У Индији је посебно регулисан рад деце у уметничкој (филмској) индустрији. Закон у вези са децом уметницима значајно је измењен 2016. године и после те новеле измењен је и Закон о дечијем раду и његова пратећа правила. Закон о дечјем раду поставља општу забрану запошљавања или дозвољавања детету да ради у било ком занимању, осим као дете уметник у аудио-визуелној индустрији, укључујући филмове или телевизијске програме, или учешће у спорту као спортиста. Чак и ако уговор са малолетником садржи одредбе које штите добробит и безбедност детета, такав уговор ће се сматрати ништавим од почетка и неизвршивим осим ако се не примене изузеци. Нова правила о дечјем раду направила су корак напред у заштити деце уметника захтевајући од продукцијских кућа и организатора догађаја да поштују минималне стандарде како би се осигурала добробит детета у спорту и забави. Регу-

390 Savitri Goonesekere, "The Best Interests of the Child: A South Asian Perspective", *International Journal of Law and the Family*, Vol. 8, No. 1, April 1994, стр. 140.

391 О праву детета на образовање у Индији, Jan CM Willems, *Children's Rights and Human Develompent*, Anwerpen, 2010, стр. 790.

392 Имамо чувени индијски филм Милионер из блата (*Slumdog millionaire*), као пример како деца у Индији живе од најранијег детињства, како привређују на најсуровије начине, те како се не испуњавају ни минимални стандарди из законских норми о заштити деце од експлоатације и злостављања.

393 S. Goonesekere, *op. cit.*, стр. 142.

The law with respect to child artists substantially changed in, and after 2016 when the Child Labour Act and its accompanying rules were amended.[82] The Child Labour Act places a general prohibition on employing or permitting a child to work in any occupation except a child artist in an audio-visual industry, including films or television programmes, or participating in sports as an athlete.[83]

Even if a contract includes provisions safeguarding a child's welfare and safety, the contract will be considered *void ab initio* and unenforceable unless exceptions apply. Rather, Child Labour Rules appear to have taken a step in protecting child artists by requiring production houses and event organisers to follow minimum standards to ensure welfare of the child in sports and entertainment.[84]

Australia[85] and the UK[86] regulate the employment of children in creative processes similar to India. However, in India a number of anomalies arise where jurisprudence from cases on contract law appears to contradict existing practice, and legislative frameworks. For instance, an anomaly arises between the *Cine Star* case and Child Labour Rules. Given the interpretation of the ICA by Indian courts, service contracts with minors are not recognised under general contract law and there can be no agreement governing the minor's income or terms of work. On the other hand, the Child Labour Rules require 20% of the income earned by a child from the production or (sporting) event to be deposited in the minor's bank account.[87] In such a case, the income could be minimum wages or as agreed by the parties. However, the production house or sporting event organiser could contend that service contracts with minors (or their guardians) are unenforceable and consequently, only minimum wages are payable under law. This is not the case in Australia and the UK that allow minors to claim remuneration as agreed between the parties under beneficial service contracts which are valid.

A second anomaly arises between the Pledging Act and the decision in the *Cine Star* case. Under the Pledging Act, guardians may enter agreements pledging the services of their child if the benefit received under contract is wages for child's service. However, the *Cine Star* case holds service contracts entered by guardians as void due to lack of consideration. Here, the statute assumes that guardians can

82 Child and Adolescent Labour (Prohibition and Regulation) Act 1986 (India) ('Child Labour Act'), amended by the Child Labour (Prohibition and Regulation) Amendment Act 2016 (India); Child Labour (Prohibition and Regulation) Rules 1988 (India) ('Child Labour Rules'), amended by the Child Labour (Prohibition and Regulation) Amendment Rules 2017 (India). Section 2(ii), Child Labour Act defines a child as a person who has not completed the age of fourteen years or an age prescribed under the Right of Children to Free and Compulsory Education Act 2009 (India), whichever is more.

83 Section 3, Child Labour Act.

84 Including (i) taking responsibility for a child's safety and security (Rule 2C(1)(b), Child Labour Rules); (ii) ensuring prescribed maximum working hours are adhered to and school attendance is not significantly impeded (Rule 2C(1) (a) & (d), Child Labour Rules); and (iii) requiring a certain proportion of a child's income to be placed in a fixed deposit in their favour (Rule 2C(1)(f), Child Labour Rules.

85 In Australia, children in creative processes are regulated by State-specific legislations. See e.g., Children and Young Persons (Care and Protection) Act 1998 (NSW) and Child Protection (Working with Children) Act 2012 (NSW).

86 In UK, see e.g., Children and Young Persons Act 1933 (UK), Children and Young Persons Act 1963 (UK), and The Children (Performances and Activities) (England) Regulations 2014 (UK).

87 Rule 2C(1)(f), Child Labour Rules.

лисање запошљавања деце у филмској индустрији и индустрији забаве, није својствено само Индији, која поседује велике забавне системе попут *Болиwood-а*, већ и западним развијеним државама. Тако, Аустралија и Велика Британија регулишу, такође, запошљавање деце у креативним процесима слично као у Индији.[394] Међутим, у Индији се јавља низ аномалија где се чини да је судска пракса из случајева о уговорном праву у супротности са постојећом праксом и законским оквирима. На пример, јавља се аномалија између случаја *Сине Стар* и Правила о дечјем раду. С обзиром на тумачење од стране индијских судова, уговори о делу са малолетницима нису признати према општем уговорном праву и не може постојати споразум којим се регулише приход или услови рада малолетника. Са друге стране, Правила о дечјем раду захтевају да се 20% прихода који дете оствари од продукције или другог (спортског) догађаја, уплати на банковни рачун малолетника. У таквом случају, приход малолетника се може сматрати минималном зарадом или како су се уговорне стране договориле. Међутим, продукцијска кућа или организатор спортског догађаја могли би тврдити да уговори о делу са малолетницима (или њиховим старатељима) нису извршни и да се сходно томе исплаћују само минималне зараде према закону. Друга аномалија јавља се у односу између Закона о залози и одлуке у случају *Сине Стар*. Према Закону о залози, старатељи могу закључити уговоре којима се залажу услуге свог детета, ако је корист коју примају по уговору зарада за дететов рад. Овакве одредбе о залагању детета, тј. услуга које оно пружа, имплицирају да се дете сматра објектом, а не субјектом, тим пре, јер је предмет уговора о залози ствар. Ово је недопустив став који враћа ниво заштите права детета у доба од пре 100 година. Међутим, овде наводимо случај *Sine Star* који има велики значај у анулирању става да дете може бити предмет уговора о залози. Суд је у овом случају сматрао уговоре о услугама које су закључили старатељи ништавим због недостатка накнаде. Овде закон претпоставља да старатељи могу закључивати уговор о раду у име малолетника, али тумачење Закона о полицајцима истиче да су такви уговори често ништави. Не налазимо могућим да у име малолетника његови старатељи могу у његово име закључити уговор о раду. Давање сагласности или одобрења представља довољан ниво заштите детета, док би уговарање у име детета, представљало гашење његове пословне способности која се манифестује кроз самостално одлучивање да закључи или не закључи уговор о раду. Даље, Правила о дечјем раду захтевају од продукцијске куће или организатора догађаја да обезбеди одређене мере добробити и безбедности, али малолетни спортиста који жели да преговара о одређеним клаузулама о спортској опреми, храни

394 У Енглеској дете може да напусти школу и да заснује радни однос са пуним радним временом. Рад са непуним радним временом (*part time job*) регулисан је Законом о деци и младима из 1933. године, где је у зависности од узраста деце (13, 14 или 15 година) регулисана врста посла коју могу да обављају, као и радно време, J. Fortin, *op. cit.*, стр. 111.

The law with respect to child artists substantially changed in, and after 2016 when the Child Labour Act and its accompanying rules were amended.[82] The Child Labour Act places a general prohibition on employing or permitting a child to work in any occupation except a child artist in an audio-visual industry, including films or television programmes, or participating in sports as an athlete.[83]

Even if a contract includes provisions safeguarding a child's welfare and safety, the contract will be considered *void ab initio* and unenforceable unless exceptions apply. Rather, Child Labour Rules appear to have taken a step in protecting child artists by requiring production houses and event organisers to follow minimum standards to ensure welfare of the child in sports and entertainment.[84]

Australia[85] and the UK[86] regulate the employment of children in creative processes similar to India. However, in India a number of anomalies arise where jurisprudence from cases on contract law appears to contradict existing practice, and legislative frameworks. For instance, an anomaly arises between the *Cine Star* case and Child Labour Rules. Given the interpretation of the ICA by Indian courts, service contracts with minors are not recognised under general contract law and there can be no agreement governing the minor's income or terms of work. On the other hand, the Child Labour Rules require 20% of the income earned by a child from the production or (sporting) event to be deposited in the minor's bank account.[87] In such a case, the income could be minimum wages or as agreed by the parties. However, the production house or sporting event organiser could contend that service contracts with minors (or their guardians) are unenforceable and consequently, only minimum wages are payable under law. This is not the case in Australia and the UK that allow minors to claim remuneration as agreed between the parties under beneficial service contracts which are valid.

A second anomaly arises between the Pledging Act and the decision in the *Cine Star* case. Under the Pledging Act, guardians may enter agreements pledging the services of their child if the benefit received under contract is wages for child's service. However, the *Cine Star* case holds service contracts entered by guardians as void due to lack of consideration. Here, the statute assumes that guardians can

82 Child and Adolescent Labour (Prohibition and Regulation) Act 1986 (India) ('Child Labour Act'), amended by the Child Labour (Prohibition and Regulation) Amendment Act 2016 (India); Child Labour (Prohibition and Regulation) Rules 1988 (India) ('Child Labour Rules'), amended by the Child Labour (Prohibition and Regulation) Amendment Rules 2017 (India). Section 2(ii), Child Labour Act defines a child as a person who has not completed the age of fourteen years or an age prescribed under the Right of Children to Free and Compulsory Education Act 2009 (India), whichever is more.

83 Section 3, Child Labour Act.

84 Including (i) taking responsibility for a child's safety and security (Rule 2C(1)(b), Child Labour Rules); (ii) ensuring prescribed maximum working hours are adhered to and school attendance is not significantly impeded (Rule 2C(1) (a) & (d), Child Labour Rules); and (iii) requiring a certain proportion of a child's income to be placed in a fixed deposit in their favour (Rule 2C(1)(f), Child Labour Rules.

85 In Australia, children in creative processes are regulated by State-specific legislations. See e.g., Children and Young Persons (Care and Protection) Act 1998 (NSW) and Child Protection (Working with Children) Act 2012 (NSW).

86 In UK, see e.g., Children and Young Persons Act 1933 (UK), Children and Young Persons Act 1963 (UK), and The Children (Performances and Activities) (England) Regulations 2014 (UK).

87 Rule 2C(1)(f), Child Labour Rules.

лисање запошљавања деце у филмској индустрији и индустрији забаве, није својствено само Индији, која поседује велике забавне системе попут *Болливоод-а*, већ и западним развијеним државама. Тако, Аустралија и Велика Британија регулишу, такође, запошљавање деце у креативним процесима слично као у Индији.[394] Међутим, у Индији се јавља низ аномалија где се чини да је судска пракса из случајева о уговорном праву у супротности са постојећом праксом и законским оквирима. На пример, јавља се аномалија између случаја *Сине Стар* и Правила о дечјем раду. С обзиром на тумачење од стране индијских судова, уговори о делу са малолетницима нису признати према општем уговорном праву и не може постојати споразум којим се регулише приход или услови рада малолетника. Са друге стране, Правила о дечјем раду захтевају да се 20% прихода који дете оствари од продукције или другог (спортског) догађаја, уплати на банковни рачун малолетника. У таквом случају, приход малолетника се може сматрати минималном зарадом или како су се уговорне стране договориле. Међутим, продукцијска кућа или организатор спортског догађаја могли би тврдити да уговори о делу са малолетницима (или њиховим старатељима) нису извршни и да се сходно томе исплаћују само минималне зараде према закону. Друга аномалија јавља се у односу између Закона о залози и одлуке у случају *Сине Стар*. Према Закону о залози, старатељи могу закључити уговоре којима се залажу услуге свог детета, ако је корист коју примају по уговору зарада за дететов рад. Овакве одредбе о залагању детета, тј. услуга које оно пружа, имплицирају да се дете сматра објектом, а не субјектом, тим пре, јер је предмет уговора о залози ствар. Ово је недопустив став који враћа ниво заштите права детета у доба од пре 100 година. Међутим, овде наводимо случај *Sine Star* који има велики значај у анулирању става да дете може бити предмет уговора о залози. Суд је у овом случају сматрао уговоре о услугама које су закључили старатељи ништавим због недостатка накнаде. Овде закон претпоставља да старатељи могу закључивати уговор о раду у име малолетника, али тумачење Закона о полицајцима истиче да су такви уговори често ништави. Не налазимо могућим да у име малолетника његови старатељи могу у његово име закључити уговор о раду. Давање сагласности или одобрења представља довољан ниво заштите детета, док би уговарање у име детета, представљало гашење његове пословне способности која се манифестује кроз самостално одлучивање да закључи или не закључи уговор о раду. Даље, Правила о дечјем раду захтевају од продукцијске куће или организатора догађаја да обезбеди одређене мере добробити и безбедности, али малолетни спортиста који жели да преговара о одређеним клаузулама о спортској опреми, храни

394 У Енглеској дете може да напусти школу и да заснује радни однос са пуним радним временом. Рад са непуним радним временом (*part time job*) регулисан је Законом о деци и младима из 1933. године, где је у зависности од узраста деце (13, 14 или 15 година) регулисана врста посла коју могу да обављају, као и радно време, J. Fortin, *op. cit.*, стр. 111.

contract for employment on behalf of minors, but interpretation of the ICA highlights that such contracts are often void. Further, the Child Labour Rules require the production house or event organiser to provide certain welfare and safety measures but a minor sportsperson seeking to negotiate specific clauses on sporting equipment, food or energy drinks may find such clauses unenforceable and confined to basic requirements provided by employment law.

A third anomaly arises between the Child Labour Rules which recognise that a child is capable of providing legal consent to participate in an audio-visual or sporting activity[88] and the ICA where a child lacks legal capacity and understanding to provide valid consent.

A fourth anomaly arises between *Mathai Mathai v Joseph Mary* and the *Cine Star* case. Pursuant to the decision in the *Cine Star* case, service contracts executed by guardians on behalf of minors were void due to the absence of good consideration. Conversely, in *Mathai Mathai v Joseph Mary*, although a case on mortgage, contracts executed by guardians on behalf of minors may be valid. This means *Mathai Mathai v Joseph Mary* recognises the ability of guardians to provide valid consideration. However, *Mathai Mathai v Joseph Mary* neither discusses the general issue of consideration observed in the *Cine Star* case nor mentions the case itself. This is also true for the *Cine Star* case where the Pledging Act is neither cited nor considered requiring a revisitation for being *per incurium.*

Other Exceptions

Other exceptions to the rule that contracts with minors are *void ab initio* include marriage contracts, and (historically) contracts for transfers that benefit minors.

Marriage contracts under special custom[89] and personal law[90] can be enforced in India.[91] In cases of marriage under specific customs, guardians are permitted to contractually bind minors but in commercial matters[92] on contract of sale for immovable property, they are not competent to bind the minor or his estate. While various High Courts[93]

88 Rule 2C(1)(g), Child Labour Rules.

89 Notwithstanding, Prohibition of Child Marriage Act 2006 (India) ('Child Marriage Act') where a marriage between a male below the age of twenty-one years and a female below the age of eighteen years is a punishable offence, Indian courts have permitted minors (upon attaining the age of majority) to enforce a marriage arrangement entered by their guardians. See e.g., *Rose Fernandez v Joseph Gonsalves* AIR 1925 Bom 97 (India); *Khimji Kuverji v Lalji Karamsi* AIR 1941 Bom 129 (India) and *Tulshiram S/O Maroti Kohad v Roopchand S/O Laxman Ninawe* AIR 2006 Bom 183 (India). The Child Marriage Act makes a child marriage voidable at the option of the contracting party, that is, the minor at the time of marriage but these marriages can be declared void in certain circumstances.

90 *Abdul Razak v Mahomed Hussen* (1916) 19 Bom. L.R. 164 (India).

91 *Cine Star* case, p. 270.

92 *Mir Sarwarjan v Fakhruddin Chowdhuri* (1912) 39 Ind App 1 (PC) (India).

93 See e.g., *A.T. Raghava Chariar v O.A. Srinivasa Raghava Chariar* (1917) 40 ILR Mad 308 (India) where a minor was permitted to enforce a transfer under a mortgage where the entire mortgage amount had been advanced by him.

или енергетским напицима може сматрати да су такве клаузуле неизвршиве и ограничене на основне захтеве предвиђене законом о раду. Још једна аномалија настаје између Правила о дечјем раду која признају да је дете способно да да законски пристанак за учешће у аудио-визуелној или спортској активности и Закона о полицајцима, где детету недостаје правни капацитет и разумевање да да валидан пристанак. И поред става суда у случају *Sine Star* који је стао на страну заштите права детета, постоје и супротни примери – случај *Matai Matai против Džozefa Meri*. Према одлуци у случају *Sine Star*, уговори о услугама које су потписали старатељи у име малолетника били су ништави због недостатка адекватне и правичне накнаде. Супротно томе, у случају *Matai Matai против Džozefa Meri*, иако је случај о хипотеци, уговори које су потписали старатељи у име малолетника могу бити важећи. То значи да *Matai Matai против Džozefa Meri* признаје способност старатеља да наметну обавезу малолетнику.[395]

2.2. Боливија

Боливија је још једна од држава у Јужној Америци где постоји дуга традиција укључивања деце на црно тржиште радне снаге још од најранијег детињства. У Боливији су млађи малолетници редовно били радно активни. Влада Боливије је на иницијативу деце,[396] те њихових жеља, изменила 2014. године Закон о деци, тј. донела је нов закон[397] и омогућила деци да раде под специфичним условима већ са 10 година.[398] Тотално другачији приступ, по питању дечијег рада, заузет је у овом закону. Одступило се од дотадашње праксе да се до одређеног узраста детета забрани рад, што се сматра револуционарним приступом у овој области. Наиме, закон иде логиком да деца одређеног узраста (10–14 година) могу радити на одређеним врстама послова. Ово је изузетно добар приступ проблему дечијег рада, који посматра дете кроз развојни концепт и не узима искључиво узраст детета као одлучујући критеријум код забране дечијег рада, већ посматра врсту рада у садејству са узрастом детета. По овом схватању, нека врста рада ће бити апсолутно штетна по дете, од нпр. 12 година, док друга врста рада може бити корисна за дете истог узраста. Корисност, односно штетност рада је потребно утврдити у сваком конкретном случају. Приступа се детету као индивидуии из угла радног законодавства. Такође, нека врста рада могућа је без обзи-

395 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 218.

396 Доношењу законодавних измена претходили су немири и сукоби деце са полицијом. Занимљива је чињеница да је председник Боливије Уго Моралес стао на страну деце, јер је као дете био радник, те су на тај начин окончани сукоби.

397 Закон за децу и адолесценте (*Ley 548 Código Niño, Niña y Adolescentes*) усвојила је 3. јула 2014. године, Законодавна Скупштина Вишенационалне државе Боливије. Након проглашења закона, 17. јула 2014. године у јавној церемонији у Председничкој палати, закон је ступио на снагу дана 4. августа 2014. године.

398 D. Aufseeser, M. Bourdillon, R. Carothers, O. Lecoufle, *op. cit.*, стр. 254.

contract for employment on behalf of minors, but interpretation of the ICA highlights that such contracts are often void. Further, the Child Labour Rules require the production house or event organiser to provide certain welfare and safety measures but a minor sportsperson seeking to negotiate specific clauses on sporting equipment, food or energy drinks may find such clauses unenforceable and confined to basic requirements provided by employment law.

A third anomaly arises between the Child Labour Rules which recognise that a child is capable of providing legal consent to participate in an audio-visual or sporting activity[88] and the ICA where a child lacks legal capacity and understanding to provide valid consent.

A fourth anomaly arises between *Mathai Mathai v Joseph Mary* and the *Cine Star* case. Pursuant to the decision in the *Cine Star* case, service contracts executed by guardians on behalf of minors were void due to the absence of good consideration. Conversely, in *Mathai Mathai v Joseph Mary*, although a case on mortgage, contracts executed by guardians on behalf of minors may be valid. This means *Mathai Mathai v Joseph Mary* recognises the ability of guardians to provide valid consideration. However, *Mathai Mathai v Joseph Mary* neither discusses the general issue of consideration observed in the *Cine Star* case nor mentions the case itself. This is also true for the *Cine Star* case where the Pledging Act is neither cited nor considered requiring a revisitation for being *per incurium.*

Other Exceptions

Other exceptions to the rule that contracts with minors are *void ab initio* include marriage contracts, and (historically) contracts for transfers that benefit minors.

Marriage contracts under special custom[89] and personal law[90] can be enforced in India.[91] In cases of marriage under specific customs, guardians are permitted to contractually bind minors but in commercial matters[92] on contract of sale for immovable property, they are not competent to bind the minor or his estate. While various High Courts[93]

88 Rule 2C(1)(g), Child Labour Rules.

89 Notwithstanding, Prohibition of Child Marriage Act 2006 (India) ('Child Marriage Act') where a marriage between a male below the age of twenty-one years and a female below the age of eighteen years is a punishable offence, Indian courts have permitted minors (upon attaining the age of majority) to enforce a marriage arrangement entered by their guardians. See e.g., *Rose Fernandez v Joseph Gonsalves* AIR 1925 Bom 97 (India); *Khimji Kuverji v Lalji Karamsi* AIR 1941 Bom 129 (India) and *Tulshiram S/O Maroti Kohad v Roopchand S/O Laxman Ninawe* AIR 2006 Bom 183 (India). The Child Marriage Act makes a child marriage voidable at the option of the contracting party, that is, the minor at the time of marriage but these marriages can be declared void in certain circumstances.

90 *Abdul Razak v Mahomed Hussen* (1916) 19 Bom. L.R. 164 (India).

91 *Cine Star* case, p. 270.

92 *Mir Sarwarjan v Fakhruddin Chowdhuri* (1912) 39 Ind App 1 (PC) (India).

93 See e.g., *A.T. Raghava Chariar v O.A. Srinivasa Raghava Chariar* (1917) 40 ILR Mad 308 (India) where a minor was permitted to enforce a transfer under a mortgage where the entire mortgage amount had been advanced by him.

ла и претежно уговорно регулисање говори да су малолетници угрожени ако њихови уговори који садрже клаузуле о заштити и добробити спортиста нису признати од стране правних система услед пословне неспособности. Поред традиционалних спортова и учешћа малолетника у њима, све је већа популарност спортова у електронској форми. У тој области влада потпуно одсуство регулације и злоупотребе су велике.

Правни системи пружају различите нивое заштите за малолетнике, а спорт је специфична грана уговорног права, приватна међународна управна тела и спортске институције су успоставиле сопствене скупове правила за заштиту малолетника. Логично је да најпопуларнији спорт на свету повлачи и највеће учешће малолетника. Тако, међународно управно тело за фудбал је успоставило *FIFA* Правилник о статусу и трансферима играча (*RTSP*), којим се забрањује међународни трансфер малолетника, осим у одређеним ограниченим околностима. *FIFA* је имплементирала *RTSP* како би спречила изложеност младих играча емоционалној и физичкој штети, финансијској експлоатацији и трговини људима кроз бављење фудбалом.[432]

Примењујући члан 19. *RTSP*-а, *FIFA* је санкционисала бројне међународне клубове због кршења правила о међународним трансферима малолетника. Неки облици уговора о професионалном пружању услуга са малолетницима признати су у Аустралији и Великој Британији, али уговори са међународним клубовима неће бити дозвољени док фудбалер не достигне пунолетство. Један од разлога могу бити строга правила о међународним трансферима за малолетне фудбалере према политикама *FIFA*.

Склапање уговора о професионалном пружању услуга са спортским клубовима или уговора о подршци брендовима ради примања накнаде, доступно је малолетницима у Аустралији и Великој Британији. Ови уговори се сматрају, према доктрини о пословној способности малолетника, корисним уговорима по малолетнике о пружању услуга, под претпоставком да њихови услови нису оптерећујући за малолетног спортисту. Малолетни спортисти преузимају ризик који представља непостојање уговора о услугама тако што верују другој страни да ће испунити своју уговорну обавезу. Накнада из уговора није доступна малолетницима због њиховог недостатка пословне способности, али само испод законског узраста за заснивање радног односа. Даље, квази-уговорна средства, слична реституцији, могу се користити од стране малолетника само ако су завршили промоцију бренда или су учествовали у спортском догађају.

Разлог за неспособност малолетника да склопи уговор произилази из недостатка разумевања правних норми у уговору. У Индији, *WADA* Кодекс ставља одговорност на малолетне спортисте да буду упознати

[432] S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 224.

or recognise their ability to work as child artists, on one hand, and contract law, on the other, that holds minors need protection from making decisions they are legally incapable of understanding and as a consequence, they cannot enter contracts.

General Application for Minors in Sport and Entertainment

The business of sport and entertainment has evolved into a global industry. Child actors and young athletes are an important part of the sport and entertainment ecosystem. Even though, sporting rules present complex challenges, many, envisage welfare measures protecting players. However, in emerging sports with little or no rules, minors are left vulnerable if their contracts containing consumer protection and athlete welfare clauses are not recognised by jurisdictions due to legal incapacity (See e.g., Kelly et al. 2021; Derrington et al. 2021: 302–332). For instance, esports has become popular with younger demographics (Star and Bakshi, 2021). Due to the lack of a global governing body (Kelly et al. 2021), esports players can only rely on the protection afforded by domestic legislation and common law.

In Australia and the UK, youth engaged in esports tournaments can form professional service contracts and claim contractual protection whereas in India, such contracts would not be recognised under general contract law. In practice, guardians of esports players are likely to sign contracts in India and if such contracts are in the nature of service contracts, they will be void by application of the *Cine Star* case, although, they may receive validity under personal law. Other options are to demonstrate e-sports arrangements as apprenticeships or necessaries which may not be easy to prove as e-sports is not recognised as a designated or optional trade for the purpose of apprenticeships in India; nor could it be claimed as a necessary. As such, there is very little protection available to minor esports players or teams seeking to retain them in India unless they bring their case under an exception. Similar concerns of contracts rendered *void ab initio* emerge for the other party when minors accept terms and services on e-commerce websites and social media (See e.g., Gangwar 2022).

With legal systems presenting different levels of protection for minors; private international governing bodies and sporting institutions have established their own sets of rules to protect minors. For instance, the international governing body for football, has established the FIFA Regulations on the Status and Transfers of Players (RSTP), prohibiting the international transfer of minors,[124] except in certain limited circumstances.[125] The RSTP were implemented by FIFA to prevent "… the exposure of young players to emotional and physical harm, financial exploitation, and human trafficking through engaging with football has been documented" (Yilmaz 2018: 15–28; Esson 2015: 1383–1397; Stafford et al., 2015: 121–137; Eliasson 2017: 470–496).

[124] Article 19(1), FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players 2021.
[125] Ibid., Art. 19(2).

ла и претежно уговорно регулисање говори да су малолетници угрожени ако њихови уговори који садрже клаузуле о заштити и добробити спортиста нису признати од стране правних система услед пословне неспособности. Поред традиционалних спортова и учешћа малолетника у њима, све је већа популарност спортова у електронској форми. У тој области влада потпуно одсуство регулације и злоупотребе су велике.

Правни системи пружају различите нивое заштите за малолетнике, а спорт је специфична грана уговорног права, приватна међународна управна тела и спортске институције су успоставиле сопствене скупове правила за заштиту малолетника. Логично је да најпопуларнији спорт на свету повлачи и највеће учешће малолетника. Тако, међународно управно тело за фудбал је успоставило *FIFA* Правилник о статусу и трансферима играча (*RTSP*), којим се забрањује међународни трансфер малолетника, осим у одређеним ограниченим околностима. *FIFA* је имплементирала *RTSP* како би спречила изложеност младих играча емоционалној и физичкој штети, финансијској експлоатацији и трговини људима кроз бављење фудбалом.[432]

Примењујући члан 19. *RTSP*-а, *FIFA* је санкционисала бројне међународне клубове због кршења правила о међународним трансферима малолетника. Неки облици уговора о професионалном пружању услуга са малолетницима признати су у Аустралији и Великој Британији, али уговори са међународним клубовима неће бити дозвољени док фудбалер не достигне пунолетство. Један од разлога могу бити строга правила о међународним трансферима за малолетне фудбалере према политикама *FIFA*.

Склапање уговора о професионалном пружању услуга са спортским клубовима или уговора о подршци брендовима ради примања накнаде, доступно је малолетницима у Аустралији и Великој Британији. Ови уговори се сматрају, према доктрини о пословној способности малолетника, корисним уговорима по малолетнике о пружању услуга, под претпоставком да њихови услови нису оптерећујући за малолетног спортисту. Малолетни спортисти преузимају ризик који представља непостојање уговора о услугама тако што верују другој страни да ће испунити своју уговорну обавезу. Накнада из уговора није доступна малолетницима због њиховог недостатка пословне способности, али само испод законског узраста за заснивање радног односа. Даље, квази-уговорна средства, слична реституцији, могу се користити од стране малолетника само ако су завршили промоцију бренда или су учествовали у спортском догађају.

Разлог за неспособност малолетника да склопи уговор произилази из недостатка разумевања правних норми у уговору. У Индији, *WADA* Кодекс ставља одговорност на малолетне спортисте да буду упознати

432 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 224.

Applying Article 19 of the RSTP, a number of international clubs have been sanctioned by FIFA for violating international transfer rules for minors (for further reading, see e.g., Yilmaz 2018: 15–18).[126] Some form of professional service contracts with minors are recognised in jurisdictions like Australia and the UK but contracts with international clubs might not be permitted until the footballer reaches the age of majority. One reason could be strict rules on international transfers for minor footballers under FIFA's policies. In India, the question of professional service contracts with minors for purpose of international transfers does not arise.

Entering professional service contracts with sporting clubs or endorsement contracts with brands for receiving remuneration is available to minors in Australia and UK. These contracts are likely to be considered beneficial contracts of service, assuming their terms and conditions are not onerous for the athlete. However, in India, such contracts are unlikely to be valid- beneficial or not. Despite this, minors have commenced professional careers and endorsed brands in arrangements that would, ordinarily, be considered contracts had they been adults. For example, at the age of sixteen, Sachin Tendulkar endorsed Johnson & Johnson's, BAND-AID® product line (Hector & Mithel 2013; Dasgupta 2013). He also commenced his cricket career before reaching the age of majority. Minor sports players take the risk posed by the non-existence of service contracts by trusting the other party to fulfil their bargain. Contractual remedies may not be available to minors due to their lack of capacity that prevents contract formation and consequently, prevents the availability of contractual remedies. Further, quasi-contractual remedies similar to restitution may be availed by minors only where they have completed the brand endorsement or participated in the sporting event.

The rationale for a minor's incompetence to contract stems from the lack of understanding legal and other nuances in contract. Yet, the High Court of Bombay in *Sagar Prakash v BCCI* considered evidence that was "sufficient to indicate that the Petitioner [minor] had knowledge of these rules and the policy."[127] The WADA Code takes a step further by placing the responsibility on minor athletes to be knowledgeable about the anti-doping rules and ensure compliance personally and from medical practitioners treating them. If minors are capable of having knowledge that leads them to be bound by sporting rules and policies, it is an axiomatic anomaly for Indian courts to insist their contracts are non-existent by virtue of incapability of understanding legal nuances. It has been acknowledged that protecting minors is the aim of Indian law, but like other jurisdictions, strict liability of sporting rules applies where the defence to an allegation of doping is on the balance of probabilities equally for adults and minors (Kleiderman et al., 2020: 179–187).

The current contractual regime in India tips the balance away from minors in *Sagar Prakash v BCCI* seeking to pursue cricket as a profession at an early age[128]

126 Examples include allegations against Manchester City (2019) and other franchises which were found to have violated rules with respect to international transfer of minors - Real Madrid (2015); FC Barcelona (2014); B. FC Midtjylland (2009); FC Cadiz (2005).

127 *Sagar Prakash v BCCI*, para. 10.

128 *Sagar Prakash v BCCI*, para. 5.

са антидопинг правилима и да обезбеде њихово поштовање лично и од стране лекара који их лече. Ако су малолетници способни да имају знање које их води ка томе да буду обавезни спортским правилима о допингу аномалија је да индијски судови инсистирају да њихови уговори не постоје због немогућности разумевања правних прописа. Сукоб додатно настаје у вези са континуитетом школовања који потврђују Правила о дечјем раду, која стављају одговорност на организаторе догађаја или турнира да осигурају да ниједно дете не прекине образовање или не ради више од 27 узастопних дана или дуже од пет сати дневно.

Професионални уговори о забави или спорту које су закључили малолетници који спадају у категорију корисних услуга сматрају се важећим и извршним против малолетника. Међутим, постоје бројни случајеви у којима уговори о услугама са малолетницима не потпадају под овај изузетак и нису могли бити спроведени против малолетника. Такви случајеви могу настати када се уговор не сматра корисним, или чак и ако је уговор користан за малолетника, али уговор није неопходан да би малолетник зарађивао за живот.

Учешће малолетника није својствено само за популарне спортове. Следећи примери сведоче да су малолетници ангажовани и у мање популарним спортовима. На пример, у случају *Dojl против стадиона Vajt Siti*, малолетник је закључио уговор са Британским одбором за контролу бокса, према којем је имао право да добије лиценцу за бокс под условом да пристане да поштује правила која је прописао Одбор. У једној конкретној борби, Дојл је дисквалификован због ударања противника испод појаса. Према правилима која је прописао Одбор, због дисквалификације, Дојл је морао да се одрекне исплате од 3000 фунти коју би иначе добио учешћем у борби. Дојл је тврдио да су ова правила неповољна (нису корисна за њега) и да не би требало да буду извршна. Међутим, Суд је појаснио да је уговор био користан по малолетника у целини. Дојл није могао да зарађује за живот од бокса без лиценце Одбора (услов за добијање лиценце био је да се поштују правила Одбора, укључујући и она неповољна правила).

У случају *Робертс против Греја*, малолетник Грај је уговорио да учи билијар од Робертса, угледног играча билијара, док је путовао са њим на турнеју. Међутим, Грај је прекршио одредбе уговора и није путовао са Робертсом. Суд је сматрао да је уговор образовни и да спада у домен уговора о неопходним стварима, а не у користан уговор по малолетника, којим се пружају професионалне услуге. Малолетник је морао да надокнади штету Робертсу за трошкове настале организовањем турнеје за Греја.

Слични примери постоје у индустрији забаве, као што је случај *Denmark Productions Limited против Bascobel Productions Limited*, где је група малолетника формирала бенд под називом *The Kinks* и закључила

Applying Article 19 of the RSTP, a number of international clubs have been sanctioned by FIFA for violating international transfer rules for minors (for further reading, see e.g., Yilmaz 2018: 15–18).[126] Some form of professional service contracts with minors are recognised in jurisdictions like Australia and the UK but contracts with international clubs might not be permitted until the footballer reaches the age of majority. One reason could be strict rules on international transfers for minor footballers under FIFA's policies. In India, the question of professional service contracts with minors for purpose of international transfers does not arise.

Entering professional service contracts with sporting clubs or endorsement contracts with brands for receiving remuneration is available to minors in Australia and UK. These contracts are likely to be considered beneficial contracts of service, assuming their terms and conditions are not onerous for the athlete. However, in India, such contracts are unlikely to be valid- beneficial or not. Despite this, minors have commenced professional careers and endorsed brands in arrangements that would, ordinarily, be considered contracts had they been adults. For example, at the age of sixteen, Sachin Tendulkar endorsed Johnson & Johnson's, BAND-AID® product line (Hector & Mithel 2013; Dasgupta 2013). He also commenced his cricket career before reaching the age of majority. Minor sports players take the risk posed by the non-existence of service contracts by trusting the other party to fulfil their bargain. Contractual remedies may not be available to minors due to their lack of capacity that prevents contract formation and consequently, prevents the availability of contractual remedies. Further, quasi-contractual remedies similar to restitution may be availed by minors only where they have completed the brand endorsement or participated in the sporting event.

The rationale for a minor's incompetence to contract stems from the lack of understanding legal and other nuances in contract. Yet, the High Court of Bombay in *Sagar Prakash v BCCI* considered evidence that was "sufficient to indicate that the Petitioner [minor] had knowledge of these rules and the policy."[127] The WADA Code takes a step further by placing the responsibility on minor athletes to be knowledgeable about the anti-doping rules and ensure compliance personally and from medical practitioners treating them. If minors are capable of having knowledge that leads them to be bound by sporting rules and policies, it is an axiomatic anomaly for Indian courts to insist their contracts are non-existent by virtue of incapability of understanding legal nuances. It has been acknowledged that protecting minors is the aim of Indian law, but like other jurisdictions, strict liability of sporting rules applies where the defence to an allegation of doping is on the balance of probabilities equally for adults and minors (Kleiderman et al., 2020: 179–187).

The current contractual regime in India tips the balance away from minors in *Sagar Prakash v BCCI* seeking to pursue cricket as a profession at an early age[128]

[126] Examples include allegations against Manchester City (2019) and other franchises which were found to have violated rules with respect to international transfer of minors - Real Madrid (2015); FC Barcelona (2014); B. FC Midtjylland (2009); FC Cadiz (2005).

[127] *Sagar Prakash v BCCI*, para. 10.

[128] *Sagar Prakash v BCCI*, para. 5.

са антидопинг правилима и да обезбеде њихово поштовање лично и од стране лекара који их лече. Ако су малолетници способни да имају знање које их води ка томе да буду обавезни спортским правилима о допингу аномалија је да индијски судови инсистирају да њихови уговори не постоје због немогућности разумевања правних прописа. Сукоб додатно настаје у вези са континуитетом школовања који потврђују Правила о дечјем раду, која стављају одговорност на организаторе догађаја или турнира да осигурају да ниједно дете не прекине образовање или не ради више од 27 узастопних дана или дуже од пет сати дневно.

Професионални уговори о забави или спорту које су закључили малолетници који спадају у категорију корисних услуга сматрају се важећим и извршним против малолетника. Међутим, постоје бројни случајеви у којима уговори о услугама са малолетницима не потпадају под овај изузетак и нису могли бити спроведени против малолетника. Такви случајеви могу настати када се уговор не сматра корисним, или чак и ако је уговор користан за малолетника, али уговор није неопходан да би малолетник зарађивао за живот.

Учешће малолетника није својствено само за популарне спортове. Следећи примери сведоче да су малолетници ангажовани и у мање популарним спортовима. На пример, у случају *Dojl против стадиона Vajt Siti*, малолетник је закључио уговор са Британским одбором за контролу бокса, према којем је имао право да добије лиценцу за бокс под условом да пристане да поштује правила која је прописао Одбор. У једној конкретној борби, Дојл је дисквалификован због ударања противника испод појаса. Према правилима која је прописао Одбор, због дисквалификације, Дојл је морао да се одрекне исплате од 3000 фунти коју би иначе добио учешћем у борби. Дојл је тврдио да су ова правила неповољна (нису корисна за њега) и да не би требало да буду извршна. Међутим, Суд је појаснио да је уговор био користан по малолетника у целини. Дојл није могао да зарађује за живот од бокса без лиценце Одбора (услов за добијање лиценце био је да се поштују правила Одбора, укључујући и она неповољна правила).

У случају *Робертс против Греја*, малолетник Грај је уговорио да учи билијар од Робертса, угледног играча билијара, док је путовао са њим на турнеју. Међутим, Грај је прекршио одредбе уговора и није путовао са Робертсом. Суд је сматрао да је уговор образовни и да спада у домен уговора о неопходним стварима, а не у користан уговор по малолетника, којим се пружају професионалне услуге. Малолетник је морао да надокнади штету Робертсу за трошкове настале организовањем турнеје за Греја.

Слични примери постоје у индустрији забаве, као што је случај *Denmark Productions Limited против Bascobel Productions Limited*, где је група малолетника формирала бенд под називом *The Kinks* и закључила

by rendering their service contract with sporting bodies- *void ab initio*. This means specific clauses on remuneration, health and sporting equipment, which may benefit a minor but, may not be classified as a necessity, are unenforceable. A conflict further arises in continuity of schooling endorsed by the Child Labour Rules that places a responsibility on the event or tournament organisers to ensure no child faces discontinuity in education or works more than 27 consecutive days beyond five hours a day.[129] There are serious concerns that if a minor 'works' in a sporting tournament for more than five hours the tournament organiser could be in violation of Child Labour Rules. In this background, there is a pressing need for India to consider reform. For instance, if a minor receives remuneration similar to junior sports players in Australia and the UK under a voidable contract, the minor could direct remuneration for building sporting skills, spending funds on better sporting equipment and taking care of family.

Concluding Remarks: Considering an Agenda for Reform

Indian contract law fails to acknowledge that minors participate in society, while the Child Labour Act and accompanying rules accept that minors work in the sports and entertainment industry. Rather, it has made it more onerous for minors to hold the other party to their promise and be bound by it, made it easier for the other party to renege their promise to the detriment of the minor, and made it harder for willing minors to enforce their promise, even if the arrangement was for their benefit.

Regardless of one's views on the Privy Council's decision, legislation, particularly in Indian employment law has sought to provide some welfare protection to minors that 'beneficial contracts' might have otherwise provided. Yet, welfare protections and minimum wages cover only a portion of the terms in a professional contract, whereas other important terms such as nature of the work, equipment and other specialised needs are not covered by legislation.

India's deviation can be explained better through a historical journey of British India. Sir Henry Maine[130] (See Stokes 1887–1888: ix–xxviii) described the purpose of the ICA as enacting a code of substantive law based on English contractual principles but modified to accommodate the people of India (House of Commons UK 1867: 86). Apart from statutory interpretation in *Mohori Bibee* described by Pollock & Mulla as "their Lordships considered themselves free to act on their own view" (Pollock & Mulla 1909: 55), the deviation can be credited to its consistency with personal law.[131] Commentaries on the ICA written after its enactment and before *Mohori Bibee* demonstrate that seeds for holding the non-existence of contracts with minors due to incapacity were sown much earlier than the Privy Council's decision in 1903. A commentary from 1879 stated that under Hindu law, minors could not form contracts themselves nor have one entered for them unless authorised by law

[129] Rule 2C(1)(a) &(d) Child Labour Rules.
[130] Member of the Council of India credited with laying the groundwork for the ICA.
[131] *Mohori Bibee*, p. 549–550.

са антидопинг правилима и да обезбеде њихово поштовање лично и од стране лекара који их лече. Ако су малолетници способни да имају знање које их води ка томе да буду обавезни спортским правилима о допингу аномалија је да индијски судови инсистирају да њихови уговори не постоје због немогућности разумевања правних прописа. Сукоб додатно настаје у вези са континуитетом школовања који потврђују Правила о дечјем раду, која стављају одговорност на организаторе догађаја или турнира да осигурају да ниједно дете не прекине образовање или не ради више од 27 узастопних дана или дуже од пет сати дневно.

Професионални уговори о забави или спорту које су закључили малолетници који спадају у категорију корисних услуга сматрају се важећим и извршним против малолетника. Међутим, постоје бројни случајеви у којима уговори о услугама са малолетницима не потпадају под овај изузетак и нису могли бити спроведени против малолетника. Такви случајеви могу настати када се уговор не сматра корисним, или чак и ако је уговор користан за малолетника, али уговор није неопходан да би малолетник зарађивао за живот.

Учешће малолетника није својствено само за популарне спортове. Следећи примери сведоче да су малолетници ангажовани и у мање популарним спортовима. На пример, у случају *Дојл против стадиона Vajt Siti*, малолетник је закључио уговор са Британским одбором за контролу бокса, према којем је имао право да добије лиценцу за бокс под условом да пристане да поштује правила која је прописао Одбор. У једној конкретној борби, Дојл је дисквалификован због ударања противника испод појаса. Према правилима која је прописао Одбор, због дисквалификације, Дојл је морао да се одрекне исплате од 3000 фунти коју би иначе добио учешћем у борби. Дојл је тврдио да су ова правила неповољна (нису корисна за њега) и да не би требало да буду извршна. Међутим, Суд је појаснио да је уговор био користан по малолетника у целини. Дојл није могао да зарађује за живот од бокса без лиценце Одбора (услов за добијање лиценце био је да се поштују правила Одбора, укључујући и она неповољна правила).

У случају *Робертс против Греја*, малолетник Грej је уговорио да учи билијар од Робертса, угледног играча билијара, док је путовао са њим на турнеју. Међутим, Грej је прекршио одредбе уговора и није путовао са Робертсом. Суд је сматрао да је уговор образовни и да спада у домен уговора о неопходним стварима, а не у користан уговор по малолетника, којим се пружају професионалне услуге. Малолетник је морао да надокнади штету Робертсу за трошкове настале организовањем турнеје за Греја.

Слични примери постоје у индустрији забаве, као што је случај *Denmark Productions Limited против Bascobel Productions Limited*, где је група малолетника формирала бенд под називом *The Kinks* и закључила

Contracts Concluded with a Minor in the Sport and Entertainment Industry

Professional entertainment or sporting contracts entered by minors falling under the category of beneficial services have been deemed to be valid and enforceable against the minor. For instance, in *Doyle v White City Stadium,*[21] a minor entered a contract with the British Boxing Board of Control ('Board'), under which he was entitled to receive a license to box on the condition of agreeing to follow the rules prescribed by the Board. In one particular bout, Doyle was disqualified for hitting his opponent below the belt. According to the rules prescribed by the Board, due to the disqualification, Doyle had to forgo the payment of £3000 which he would have otherwise received from participating in the bout. Doyle argued that these rules were disadvantageous (not beneficial to him) and should not be enforceable. However, the court clarified that the contract was beneficial overall. Doyle could not have made a living from boxing without a license from the Board (a condition for grating the license was to abide by Board rules, including the unfavourable ones).[22]

In *Roberts v Gray,* Gray, a minor, contracted to learn billiards from Roberts, a reputable billiards player, while traveling with him on tour. However, Gray breached the terms of the contract and did not travel with Roberts. The court considered the agreement as educational and falling under the ambit of a contract of necessaries, rather than, a beneficial contract for professional services. Damages were payable by the minor to Roberts for cost incurred in organising the tour for Gray.

Similar examples exist in the entertainment industry, such as *Denmark Productions Limited v Boscobel Productions Limited,*[23] where a group of minors formed a band called "The Kinks" and in doing so entered a contract with an agent. This agreement was held to be binding as it was akin to an employment agreement that was beneficial to the minors.

However, there are numerous cases where service contracts with minors do not to fall under this exception and could not be enforced against the minor. Such cases might arise when (i) the contract is not considered beneficial,[24] or (ii) even if the contract is beneficial to the minor, the contract is not necessary for the minor to make a living.[25]

The court in *De Francesco v Barnum* held that if the contract is not considered beneficial, it will not be legally binding on the minor. Here, a fourteen-year-old girl entered into a seven-year contract for an apprenticeship in choreography and dance. There were a number of onerous provisions within the contract, including not having to pay the dancer unless she was eventually employed, prohibiting her from accepting any professional contracts without prior consent, and forbidding her from getting married during the apprenticeship. The court balanced the benefits received by the

[21] *Doyle v White City Stadium* [1935] 1 KB 110 (UK) ('*Doyle v White City Stadium*').
[22] Ibid.
[23] *Denmark Productions Limited v Boscobel Productions Limited* [1969] 1 QB 699 (UK) ('*Denmark Productions Limited v Boscobel Productions Limited*').
[24] *De Francesco v Barnum.*
[25] *Proform Sports Management Ltd v Proactive Sports Management Ltd.*

уговор са агентом. Овај уговор је сматран обавезујућим јер је био сличан уговору о раду који је био користан за малолетнике.

Суд је у предмету *De Francesco против Barnuma* утврдио да ако се уговор не сматра корисним по малолетника, он неће бити правно обавезујући за малолетника. Овде је четрнаестогодишња девојчица закључила седмогодишњи уговор за шегртовање у кореографији и плесу. У уговору је постојао низ теретних одредби, укључујући обавезу да се плесачици не плаћа накнада, осим ако на крају буде запослена, забрану да прихвати било какве професионалне уговоре без претходне сагласности, као и забрану да се уда током шегртовања. Суд је ценио користи које је малолетна плесачица добила, у односу на обавезе које је имала и одлучио да уговор није био користан за малолетницу, те да се не може бити обавезујући за њу.

Судови су утврдили, иако су уговори са малолетницима корисни за њих, да такви уговори нису правно извршни против малолетника, осим ако нису неопходни да би зарађивали за живот. Неретко се дешава да се више компанија такмичи да „добије" малолетника у свој тим, те да касније туже једна другу. Ово је примењено у случају *Proform Sports Menagment Ltd против Proactive Sports Menagment Ltd*, у којем је учествовао познати енглески фудбалер Вејн Руни. Он је закључио уговор са својим агентом. *Proform* је закључио ексклузивни уговор о управљању са Руније м на период од две године када је имао петнаест година. Након извесног времена, Руни је раскинуо уговор јер је намеравао да закључи уговор са *Proactivom* за заступање. Рунијев адвокат га је саветовао да у суштини може да раскине *Proform* уговор због свог малолетства. Међутим, *Proform* је тврдио да му није дозвољено да именује друге агенте током трајања његовог уговора, и тужили су другу компанију због деликтног ометања уговорних односа. Суд је разматрао да ли је уговор о заступању између Руније и *Proforma* био применљив против малолетника. Да би утврдио да ли је Руни био обавезан условима уговора, Суд је размотрио да ли је тај уговор сличан уговорима о шегртовању и раду и да ли је уговор био користан за Руније. На крају је утврђено да Рунијев уговор са његовим агентом није аналоган уговору о неопходним услугама, јер је то био једноставно уговор о заступању, а Руни се већ регистровао у Фудбалском клубу Евертон, пре него што је склопио уговор са *Proformom*. У сваком случају, Суд је образложио да такви посреднички уговори нису аналогни уговорима о раду или шегртовању јер представници играча не предузимају послове који су неопходни за егзистенцију играча. Они не омогућавају малолетнику да зарађује за живот или да унапређује своје вештине као професионални фудбалер. Уговор о заступању, а не уговор којим се зарађује за живот, није обавезујући за малолетника.[433]

433 О наведеним уговорима, S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 209.

Contracts Concluded with a Minor in the Sport and Entertainment Industry

Professional entertainment or sporting contracts entered by minors falling under the category of beneficial services have been deemed to be valid and enforceable against the minor. For instance, in *Doyle v White City Stadium,*[21] a minor entered a contract with the British Boxing Board of Control ('Board'), under which he was entitled to receive a license to box on the condition of agreeing to follow the rules prescribed by the Board. In one particular bout, Doyle was disqualified for hitting his opponent below the belt. According to the rules prescribed by the Board, due to the disqualification, Doyle had to forgo the payment of £3000 which he would have otherwise received from participating in the bout. Doyle argued that these rules were disadvantageous (not beneficial to him) and should not be enforceable. However, the court clarified that the contract was beneficial overall. Doyle could not have made a living from boxing without a license from the Board (a condition for grating the license was to abide by Board rules, including the unfavourable ones).[22]

In *Roberts v Gray,* Gray, a minor, contracted to learn billiards from Roberts, a reputable billiards player, while traveling with him on tour. However, Gray breached the terms of the contract and did not travel with Roberts. The court considered the agreement as educational and falling under the ambit of a contract of necessaries, rather than, a beneficial contract for professional services. Damages were payable by the minor to Roberts for cost incurred in organising the tour for Gray.

Similar examples exist in the entertainment industry, such as *Denmark Productions Limited v Boscobel Productions Limited,*[23] where a group of minors formed a band called "The Kinks" and in doing so entered a contract with an agent. This agreement was held to be binding as it was akin to an employment agreement that was beneficial to the minors.

However, there are numerous cases where service contracts with minors do not to fall under this exception and could not be enforced against the minor. Such cases might arise when (i) the contract is not considered beneficial,[24] or (ii) even if the contract is beneficial to the minor, the contract is not necessary for the minor to make a living.[25]

The court in *De Francesco v Barnum* held that if the contract is not considered beneficial, it will not be legally binding on the minor. Here, a fourteen-year-old girl entered into a seven-year contract for an apprenticeship in choreography and dance. There were a number of onerous provisions within the contract, including not having to pay the dancer unless she was eventually employed, prohibiting her from accepting any professional contracts without prior consent, and forbidding her from getting married during the apprenticeship. The court balanced the benefits received by the

21 *Doyle v White City Stadium* [1935] 1 KB 110 (UK) ('*Doyle v White City Stadium*').
22 Ibid.
23 *Denmark Productions Limited v Boscobel Productions Limited* [1969] 1 QB 699 (UK) ('*Denmark Productions Limited v Boscobel Productions Limited*').
24 *De Francesco v Barnum.*
25 *Proform Sports Management Ltd v Proactive Sports Management Ltd.*

уговор са агентом. Овај уговор је сматран обавезујућим јер је био сличан уговору о раду који је био користан за малолетнике.

Суд је у предмету *De Francesco против Barnuma* утврдио да ако се уговор не сматра корисним по малолетника, он неће бити правно обавезујући за малолетника. Овде је четрнаестогодишња девојчица закључила седмогодишњи уговор за шегртовање у кореографији и плесу. У уговору је постојао низ теретних одредби, укључујући обавезу да се плесачици не плаћа накнада, осим ако на крају буде запослена, забрану да прихвати било какве професионалне уговоре без претходне сагласности, као и забрану да се уда током шегртовања. Суд је ценио користи које је малолетна плесачица добила, у односу на обавезе које је имала и одлучио да уговор није био користан за малолетницу, те да се не може бити обавезујући за њу.

Судови су утврдили, иако су уговори са малолетницима корисни за њих, да такви уговори нису правно извршни против малолетника, осим ако нису неопходни да би зарађивали за живот. Неретко се дешава да се више компанија такмичи да „добије" малолетника у свој тим, те да касније туже једна другу. Ово је примењено у случају *Proform Sports Menagment Ltd против Proactive Sports Menagment Ltd*, у којем је учествовао познати енглески фудбалер Вејн Руни. Он је закључио уговор са својим агентом. *Proform* је закључио ексклузивни уговор о управљању са Рунијем на период од две године када је имао петнаест година. Након извесног времена, Руни је раскинуо уговор јер је намеравао да закључи уговор са *Proactivom* за заступање. Рунијев адвокат га је саветовао да у суштини може да раскине *Proform* уговор због свог малолетства. Међутим, *Proform* је тврдио да му није дозвољено да именује друге агенте током трајања његовог уговора, и тужили су другу компанију због деликтног ометања уговорних односа. Суд је разматрао да ли је уговор о заступању између Рунија и *Proforma* био применљив против малолетника. Да би утврдио да ли је Руни био обавезан условима уговора, Суд је размотрио да ли је тај уговор сличан уговорима о шегртовању и раду и да ли је уговор био користан за Рунија. На крају је утврђено да Рунијев уговор са његовим агентом није аналоган уговору о неопходним услугама, јер је то био једноставно уговор о заступању, а Руни се већ регистровао у Фудбалском клубу Евертон, пре него што је склопио уговор са *Proformom*. У сваком случају, Суд је образложио да такви посреднички уговори нису аналогни уговорима о раду или шегртовању јер представници играча не предузимају послове који су неопходни за егзистенцију играча. Они не омогућавају малолетнику да зарађује за живот или да унапређује своје вештине као професионални фудбалер. Уговор о заступању, а не уговор којим се зарађује за живот, није обавезујући за малолетника.[433]

433 О наведеним уговорима, S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 209.

minor against any inconveniences and declared, the contract was not beneficial to the minor and could not be enforced against her.

Courts have held, even though, contracts with minors are beneficial to them such contracts are not legally enforceable against minors unless, necessary for them to make a living. This has been applied in *Proform Sports Management Ltd v Proactive Sports Management Ltd* involving famous English footballer, Wayne Rooney's contract with his agent. Proform had entered into an exclusive management and agency agreement with Rooney for a term of two years when he was fifteen years old. After a period of time, Rooney terminated the contract as he intended to contract with Proactive for representation. Rooney's counsel advised him that he could essentially repudiate the Proform contract by virtue of his minority. However, Proform argued that he was not permitted to appoint any other agents during the term of his contract, and they sued for the tort of interference of contractual relations. The court considered whether the representation agreement between Rooney and Proform was enforceable against the minor. To determine whether Rooney was bound to the terms of the contract, the court considered whether (i) the contract was similar to apprenticeship and employment contracts, and (ii) whether it was beneficial to Rooney. It was ultimately held that Rooney's contract with his agent was not analogous to a contract for necessary services as it was simply a representation agreement and Rooney had already registered with Everton Football Club prior to contracting with Proform. In any event, the court reasoned that such intermediary agreements are not analogous to employment or apprenticeship contracts because:

> "Players' representatives do not undertake matters that are essential to the player's livelihood. They do not enable the minor to earn a living or to advance his skills as a professional footballer..."[26]

Proform Sports Management Ltd v Proactive Sports Management Ltd can be distinguished from *Denmark Productions Limited v Boscobel Productions Limited* on the basis that representation agreements for athletes with agents and intermediaries are significantly different to agreements with music group managers responsible for matters essential to the business of artists. It was further clarified that "… merely because a contract is beneficial to a minor, if such is the case, it is not binding on him unless it falls within a particular category."[27] A representation agreement, rather than, a contract that earns a living is not binding on the minor.

26 Ibid, 40.
27 Ibid.

Иако су уговори о раду са малолетницима ништави, деца могу добровољно учествовати у такмичарским аранжманима у ријалити телевизијским емисијама без накнаде. У неким случајевима, победнику се може доделити новчана награда. Случај *Zee Entertaintment против Sony Pictures Networks India Pvt Ltd,* иако је случај кршења ауторских права, илустрација је како ово функционише у пракси. Овај случај је укључивао групу деце (између 5 и 12 година) која су учествовала у такмичењу талената у телевизијској емисији под називом *Најбољи индијски drumandbase.* Деца су наступала пред жиријем који је на крају прогласио победника. Занимљиво је да је телевизијски канал захтевао од такмичара, који су била деца, да потпишу уговоре са њима. Међутим, ако се оспоре, мало је вероватно да ће овакви уговори са малолетницима бити извршни осим ако нису предмет наведених изузетака или закона.[434]

Спортска правила представљају алтернативни облик у односу на уговоре који захтевају „уговорну покорност" од малолетних спортиста када пристану да учествују у спортској активности, нека врста уговора по приступу. Ова правила садрже сопствени скуп услова и одредби који обавезују спортисте самим учешћем у спорту – слично једностраном уговору. Приступ обичајног права који проглашава уговор малолетника неважећим ради њихове заштите делује контрадикторно дозвољавању примене спортских правила. Ако малолетници немају способност да разумеју правну природу уговора, исто тако не би требало да имају способност да разумеју спортска правила. Судови су изгледа спремни да прихвате да малолетници нису везани уговорима са спортским телима, већ подлежу приватним правилима које су формулисали спортски савези ако су у складу са важећим законским одредбама.

У неким случајевима, правила приватних спортских тела називају се „законима". Индија дозвољава примену таквих правила, без обзира на намеру стварања правних односа, јер се правила примењују чак и без икаквог постојања уговора. У Аустралији ако је тело за доношење правила непризнато добровољно удружење у аматерском спорту, судови нерадо проналазе уговор између спортског удружења и спортисте због одсуства јасне позитивне индикације од спортског удружења да се створе правни односи за извршни уговор. Међутим, ако тело за доношење правила има монопол над правом спортисте да учествује у спорту и да предузме дисциплинске мере, судови ће вероватно утврдити да су стране намеравале да закључе правно извршни уговор. У том случају општа правила приватних удружења сматрају се уговором.[435]

434 *Ibid.*, стр. 216.

435 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 220 и даље.

stipend agreements with minors in the sports industry in India (See further, Rathore 2018).[76]

While contracts of service with minors are void, children may voluntarily participate in competition-like arrangements on reality television shows without remuneration. In some events, prize money may be awarded to the winner. The case of *Zee Entertainment v Sony Pictures Networks India Pvt Ltd*,[77] although a copyright infringement case, is an illustration of how this works in practice. This case involved a group of children (between 5 and 12 years old) participating in a talent competition on a television show called 'India's Best Dramebaaz'. The children performed before a panel of judges who ultimately declared the winner. Interestingly, the television channel required "contestants" (who were children) to execute contracts with them. However, if challenged, contracts with minors are unlikely to be enforceable unless brought within an 'exception' or a statute.

Statutory and Regulatory Provisions

In addition to the ICA, other statutes govern contracts with minors in certain limited circumstances. Focused on protecting the welfare of children, such statutes presuppose the validity of legally binding contracts with minors. For instance, under the Pledging Act, contracts by guardians pledging the labour of a child are void, except in limited circumstances.[78] Under the OSHWC Code[79] adolescents fourteen years and over but below eighteen years are permitted to work in a factory only where strict procedures are followed.[80] Departments without a manufacturing process where wages are ordinarily payable to a certain number of workers in film studios were unlikely to be classified as factories according to the High Court of Madras which considered the argument that if film studios were factories, films with roles for children below the age of fourteen could not be undertaken and "a Shirley Temple could never act in a studio".[81]

76 Including schemes led by the Sports Authority of India (SAI) such as the National Sports Talent Contest (NSTC) Scheme, and the SAI Training Centre, under which a stipend is received by minors. The stipend offered to the minor in *Sheri Rusi Crawford v Mumbai City Table Tennis Association* was pursuant to a joint scheme between Dena Bank and the Central Government.

77 *Zee Entertainment Enterprises Ltd v Sony Pictures Networks India Pvt Ltd* AIR 2017 Bom 221 (India) ('*Zee Entertainment v Sony Pictures Networks India Pvt Ltd*').

78 Sections 2–3, Children (Pledging of Labour) Act 1933 (India) ('Pledging Act'). The Pledging Act has been repealed by the Repealing and Amending Act 2016 (India): contracts are void unless (i) they are not detrimental to the child, and (ii) the only benefit received under the contract is reasonable wages for the services provided.

79 Occupational Safety, Health and Working Conditions Code, 2020 (India) ('OSHWC Code').

80 Sections 25(4), 32(1),33, 42(2) 93(2) OSHWC Code.

81 *K.Y.V. Sarma, In re. Appellant Versus* (1953) 1 LLJ 29 (India).

Иако су уговори о раду са малолетницима ништави, деца могу добровољно учествовати у такмичарским аранжманима у ријалити телевизијским емисијама без накнаде. У неким случајевима, победнику се може доделити новчана награда. Случај *Zee Entertaintment против Sony Pictures Networks India Pvt Ltd,* иако је случај кршења ауторских права, илустрација је како ово функционише у пракси. Овај случај је укључивао групу деце (између 5 и 12 година) која су учествовала у такмичењу талената у телевизијској емисији под називом *Најбољи индијски drumandbase.* Деца су наступала пред жиријем који је на крају прогласио победника. Занимљиво је да је телевизијски канал захтевао од такмичара, који су била деца, да потпишу уговоре са њима. Међутим, ако се оспоре, мало је вероватно да ће овакви уговори са малолетницима бити извршни осим ако нису предмет наведених изузетака или закона.[434]

Спортска правила представљају алтернативни облик у односу на уговоре који захтевају „уговорну покорност" од малолетних спортиста када пристану да учествују у спортској активности, нека врста уговора по приступу. Ова правила садрже сопствени скуп услова и одредби који обавезују спортисте самим учешћем у спорту – слично једностраном уговору. Приступ обичајног права који проглашава уговор малолетника неважећим ради њихове заштите делује контрадикторно дозвољавању примене спортских правила. Ако малолетници немају способност да разумеју правну природу уговора, исто тако не би требало да имају способност да разумеју спортска правила. Судови су изгледа спремни да прихвате да малолетници нису везани уговорима са спортским телима, већ подлежу приватним правилима које су формулисали спортски савези ако су у складу са важећим законским одредбама.

У неким случајевима, правила приватних спортских тела називају се „законима". Индија дозвољава примену таквих правила, без обзира на намеру стварања правних односа, јер се правила примењују чак и без икаквог постојања уговора. У Аустралији ако је тело за доношење правила непризнато добровољно удружење у аматерском спорту, судови нерадо проналазе уговор између спортског удружења и спортисте због одсуства јасне позитивне индикације од спортског удружења да се створе правни односи за извршни уговор. Међутим, ако тело за доношење правила има монопол над правом спортисте да учествује у спорту и да предузме дисциплинске мере, судови ће вероватно утврдити да су стране намеравале да закључе правно извршни уговор. У том случају општа правила приватних удружења сматрају се уговором.[435]

434 *Ibid.*, стр. 216.

435 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 220 и даље.

have considered transfers of property that benefit a minor to be valid, this was overruled in 2014 by the Supreme Court in *Mathai Mathai v Joseph Mary*.[94]

Sporting Rules as Contracts: Analysis From India

Despite courts refusing to recognise the validity of contracts with minors in India, they enter arrangements with sports organisations while playing tournaments. In the absence of contracts, rules of sports organisations formulated privately and without legislative or executive force have been found to govern minor sports players. Some commentators have argued that sporting rules are an alternate form of contracts requiring 'contractual submission' (Sullivan 2016: 66) from minor athletes when they consent to participate in the sporting activity. These rules embed their own set of terms and conditions that bind athletes by virtue of their participation in a sport– akin to a unilateral contract.[95]

Indian courts have considered rules established by sporting bodies as binding on minors, such as mandatory medical tests to determine age of an athlete, rather than declaring such rules *void ab initio* like contracts. However, the common law approach of finding minors' contract invalid in order to protect them seems contradictory to permitting sporting rules to apply. If minors lack the ability to understand the legal nature of contracts, by the same token, they should lack the ability to comprehend sporting rules that are often written with the same complexity and flair for legalese.

Interestingly, while deciding cases on validity of medical tests in age disputes of minors, High Courts have held that national sport federations have the power to make rules with respect to eligibility and selection of athletes, including minors.[96] In *Sagar Prakash v BCCI,*[97] a minor (represented by his father), raised concerns on scientific tests performed pursuant to rules formulated by the Board of Control for Cricket in India ('BCCI'), a private society rather than any government authority. The High Court of Bombay held that such rules were not arbitrary or discriminatory, and tests conducted under the rules were "valid and binding".[98] There were two reasons for the decision, first, adoption of a 'National Code Against Age Frauds in

94 *Mathai Mathai v Joseph Mary*, para. 18: The Supreme Court of India observed that it was an erroneous position of law to find minors as mortgagees despite transfer of property being in their interest. Contracts with minors were *void ab initio* and consequently, no rights (presumably, rights to transfer) could be claimed under the mortgage deed.

95 An analogy can be drawn with *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.* [1893] 1 QB 256 (UK) where an offer made to the world at large (such as an offer to participate in a sporting competition for a reward) leads to a valid contract called a unilateral contract by performing conditions contained in the offer without communicating express acceptance to the other party. While a unilateral contract can be formed between an adult athlete and organisers of a sports competition, it cannot be formed with minors due to their lack of capacity to contract in India.

96 See Judge (2020).

97 *Master Sagar Prakash Chhabria v The Board of Control for Cricket in India (BCCI)* 2015 Indlaw Mum 1606 (India) ('*Sagar Prakash v BCCI*').

98 Ibid., para. 16 & 24.

Иако су уговори о раду са малолетницима ништави, деца могу добровољно учествовати у такмичарским аранжманима у ријалити телевизијским емисијама без накнаде. У неким случајевима, победнику се може доделити новчана награда. Случај *Zee Entertaintment против Sony Pictures Networks India Pvt Ltd*, иако је случај кршења ауторских права, илустрација је како ово функционише у пракси. Овај случај је укључивао групу деце (између 5 и 12 година) која су учествовала у такмичењу талената у телевизијској емисији под називом *Најбољи индијски drumandbase*. Деца су наступала пред жиријем који је на крају прогласио победника. Занимљиво је да је телевизијски канал захтевао од такмичара, који су била деца, да потпишу уговоре са њима. Међутим, ако се оспоре, мало је вероватно да ће овакви уговори са малолетницима бити извршни осим ако нису предмет наведених изузетака или закона.[434]

Спортска правила представљају алтернативни облик у односу на уговоре који захтевају „уговорну покорност" од малолетних спортиста када пристану да учествују у спортској активности, нека врста уговора по приступу. Ова правила садрже сопствени скуп услова и одредби који обавезују спортисте самим учешћем у спорту – слично једностраном уговору. Приступ обичајног права који проглашава уговор малолетника неважећим ради њихове заштите делује контрадикторно дозвољавању примене спортских правила. Ако малолетници немају способност да разумеју правну природу уговора, исто тако не би требало да имају способност да разумеју спортска правила. Судови су изгледа спремни да прихвате да малолетници нису везани уговорима са спортским телима, већ подлежу приватним правилима које су формулисали спортски савези ако су у складу са важећим законским одредбама.

У неким случајевима, правила приватних спортских тела називају се „законима". Индија дозвољава примену таквих правила, без обзира на намеру стварања правних односа, јер се правила примењују чак и без икаквог постојања уговора. У Аустралији ако је тело за доношење правила непризнато добровољно удружење у аматерском спорту, судови нерадо проналазе уговор између спортског удружења и спортисте због одсуства јасне позитивне индикације од спортског удружења да се створе правни односи за извршни уговор. Међутим, ако тело за доношење правила има монопол над правом спортисте да учествује у спорту и да предузме дисциплинске мере, судови ће вероватно утврдити да су стране намеравале да закључе правно извршни уговор. У том случају општа правила приватних удружења сматрају се уговором.[435]

434 *Ibid.*, стр. 216.

435 S. Star, D. Dhankar, *op. cit.*, стр. 220 и даље.

such matters. It noted that indiscipline could not be tolerated under federations rules and may result in sanction but the inability of minors to participate in chess tournaments for two years was enough for the matter to rest and for suspension to be lifted.

National and state sport federations establish rules that govern what participants in a sport can (and cannot) do. By participating in a sport, all players (including minors) consent to rules formulated by these federations. The High Court of Bombay has found federations to have 'monopolistic status' and.

> "[w]ithout the approval of the Federation, no-one in India can play in any recognised tournaments or even represent India abroad in any of the tournaments".[105]

In some instances, rules of private sporting bodies like the BCCI and tennis associations have been referred as "laws".[106] India allows the application of such rules, regardless of intention to create legal relations since the rules apply without any existence of a contract. On the other hand, in Australia if the rule-making body is an unincorporated voluntary association in amateur sports, courts are reluctant to find a contract between the sports association and an athlete due to the absence of a clear positive indication from the sporting association to create legal relations for an enforceable contract.[107] However, if the rule making body has a monopoly over an athlete's right to participate in a sport and takes disciplinary action, the courts are likely to find that parties intended to enter a legally enforceable contract.[108]

In Australia and the UK, if a minor is aggrieved with a contractual matter, the recourse available is easier to obtain. The minor can file a civil suit. With non-existence of their contract in India and limitations on forming arrangements with federation or professional sporting bodies, it follows that minors have limited recourse to challenge decisions of these organisations, and instead, rely on internal dispute resolution procedures. Occasionally, a minor athlete may seek redressal from sporting rules or codes by invoking the court's writ jurisdiction under constitutional law, claiming sporting rules violate their constitutional rights.[109]

Constitutional writs are perceived as time consuming and confined to a narrow scope of cases or relief (see Rigozzi et al. 2003).[110] To qualify for meeting the writ jurisdiction, the minor needs to prove that the sporting organisation is either a state or performs a public function. While sport federations have been found to fall within the writ jurisdiction of Indian courts due their monopolistic control and public function, it may be difficult for a minor to bring legal action against private leagues not

105 *Sheri Rusi Crawford v Mumbai City Table Tennis Association*, para. 22.

106 *Sheri Rusi Crawford v Mumbai City Table Tennis Association*, paras 13–15.

107 *Cameron v Hogan* (1934) 51 CLR 358 (Australia) cited in Sullivan (2010: 5).

108 *Rush v W A Amateur Football Club Inc* [2001] WASC 154 (Australia) cited in Sullivan (2010:7).

109 Often, minors seek a writ against the sporting organisation for violating Art. 14 of the Indian Constitution guaranteeing them equality and equal protection of the law under Art. 32 or 226 from the Supreme Court or High Court, respectively.

110 It should be noted that athletes (including minors) across the world have access to domestic courts if they allege that their human rights have been violated. In Europe, the European Court of Human Rights is another forum often used by athletes who have accused sporting bodies, including WADA.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Greece

by

Ismene Androulidakis-Dimitriadis (†) & Elisabeth Poulou
University of Athens, Greece

This monograph has been reviewed by Elisabeth Poulou and is up-to-date as of January 2015

2015

Wolters Kluwer
Law & Business

предузима све правне послове, али уз претходну или накнадну сагласност законског заступника.[81] Идентично решење по питању одобрења органа старатељства задржано је ако је предмет уговора непокретна имовина детета или покретна имовина велике вредности.[82] У теорији се истиче да овакво решење иде за тиме да пуноважност правног посла зависи од воље детета.[83]

Црногорски законодавац је укинуо старосну границу по питању опште пословне способности детета, али је задржао старосне границе у погледу посебних пословних способности детета. Ту су решења слична као у нашем праву: дете са 15 година (одлучује са којим родитељем ће живети, одлучује о начину одржавања личних односа са родитељем са којим не живи, одлучује о избору средње школе, саставља тестамент, самостално извршава увид у матичне књиге, закључује уговор о раду), дете са 16 година (може поднети захтев за закључење брака, признати очинство), дете са 10 година (даје сагласност за промену личног имена, може затражити постављање колизијског старатеља, саглашава се са усвојењем и старатељством).

2.1.2. Грчка

У погледу старосне границе, грчко право има слична решења као и наше право – поставља различите старосне границе по питању посебних пословних способности детета. Грчки законодавац разликује малолетнике са 10, са 14 и са 15 година.

Најпре, малолетници старији од 10 година способни су да закључују правне послове из којих могу имати само правну корист (чл. 134 Законика о слободи), на пример, поклон или стицање својине на покретним стварима. Малолетници старији од 14 година могу слободно располагати приходима од свог личног рада или покретном имовином. У погледу непокретне имовине, постоји могућност стицања, али само ако им је дата на коришћење или на бесплатно располагање (чл. 135 Законика о слободи). Малолетници старији од 15 година способни су, уз општу сагласност лица којима је поверено њихово старање (родитеља или старатеља), да закључе уговор о раду (чл. 136 Законика о слободи). Према чл. 137 истог Законика, дозвољава се малолетницима у браку да покушају било коју правну радњу неопходну за одржавање или увећање њихове имовине, за задовољавање потреба њиховог личног издржавања, чувања и образовања, као и текућих потреба њихове породице. Правне радње предузете под условима из чл. 134–137 Законика о слободи су пуноважне. У одсуству ових услова, правни послови које покушају или остваре малолетници са ограниченим капацитетом су ништави. Према ставу у грчкој судској пракси, ништавост радњи малолетника са ограни-

81 Чл. 66, ст. 1 Породичног закона.

82 Чл. 308, ст. 2 Породичног закона.

83 Р. Корах, В. Корах, *op. cit.*, стр. 341.

Minors above the age of 10 are capable of attempting juridical acts from which they can derive only a legal benefit (Article 134 AK), for example donation or acquisition of ownership over a movable. Minors above 14 may freely dispose of the revenues from their personal work or of movable property or, according to an opinion, also immovable property, that was given to them for use or for free disposal (Article 135 AK). Minors above 15 are capable, with the general consent of the persons to whom their care is entrusted, of concluding a contract of work as employees (Article 136 AK). Article 137 of the AK allows married minors to attempt any juridical act necessary for the maintenance or improvement of their fortune, for the confronting of the needs of their personal maintenance preservation and education, as well as the current needs of their family. Juridical acts attempted under the conditions of Articles 134–137 of the AK are valid. In the absence of these conditions, juridical acts attempted by minors of limited capacity are void. According to Greek judicial decisions, nullity of the acts of minors of limited capacity is absolute. It can be invoked by anyone having a legal interest.[28] The majority of Greek legal authors, however, consider these acts as relatively null, which means that only minors, their representatives and the minors' successors can invoke such nullity.[29]

37. As to the capacity of a legal person to attempt juridical acts, it could be said that legal persons are fully capable for legal relations for which they have juridical capacity. Thus, a legal person is bound by the juridical acts attempted by the persons charged with the management of its affairs, on the condition that they have acted within the limits of their authority (Article 70 AK). As to a legal person's responsibility for acts or omissions attempted by its organs and generating liability for compensation, the legal person may be liable, if there is adequate connection between the act and the duties entrusted to the organ (Article 71 AK).

III. Consent to Undergo Medical Treatment

38. Different rules apply where the person's consent to undergo medical treatment is concerned. Article 12 L. 3418/2005 (Code of Medical Ethics) regulates in detail the patient's consent to medical acts. However this regulation presents significant interpretative difficulties. The Law lays down that in case of a minor patience consent may be given by the parents, but the minor's opinion is taken under consideration if the latter has the spiritual and emotional maturity to understand the condition of his health (§2b aa). A person under care or judicial assistance may have the necessary understanding to consent to medical treatment himself; otherwise the consent is given by his judicial assistant. In any case the doctor has to attempt to ensure that the patient will collaborate and especially if the patient is aware of the

28. AP 1493/1995 *EllDni* 38, 1546; AP 463/1983 *NoV* 32, 267; AP 419/1971, *NoV* 19, 1118.

29. I. Spyridakis, *I Akyrotis ton en Zoi Periousiakon Dikaiopraxion ton Anikanon Pros Dikaiopraxian Prosopon* (Nullity of Juridical Acts Inter Vivos Attempted by Persons Incapable to Enter into Juridical Acts) (1974) 107f.

ченим капацитетом је апсолутна и на њу се може позвати свако ко има правни интерес, слично као код нас. За разлику од праксе, у делу теорије сматра се да су ове радње релативно ништаве, што значи да само малолетници, њихови заступници и наследници малолетника могу да се позову на такву ништавост.[84]

2.1.3. Енглеска и Велс

У Енглеској је основно правило да сва пунолетна лица имају потпуну пословну способност. Обичајна правила која су дуго важила и која су удату жену лишавала пословне способности одавно су укинута, као и она која су осуђеним затвореницима ускраћивала законска права, иако затвореник нема право гласа док служи казну. Ово ограничење је изазвало контроверзе последњих година и утврђено је да крши Европску конвенцију о људским правима. Међутим, особе немају потпуну пословну способност као резултат менталне неспособности. Пунолетство је раније било постављено на 21 годину, али је то промењено на 18 година, 1969. године. Закон о реформи породичног права из 1969. године предвиђао је да особа стиче пунолетство када наврши осамнаест година. Дакле, са 18 година особа стиче способност да поседује имовину, саставља тестамент, гласа. Дете је дефинисано Законом о деци из 1989. године као особа млађа од 18 година.

Међутим, дете млађе од 18 година може стећи законска права ако посебан закон то предвиди. На том ставу је и судска пракса. Постоји низ законских одредби којима се утврђује узраст у којем дете може да обавља одређене радње. Занимљиво је да се, супротно тенденцијама о снижавању узраста у ком дете стиче одређено право, последњих година граница за неке правне послове повећава. Тако, узраст у ком се може купити ватромет или дуван повећан је са 16 на 18 година, за куповину самострела са 17 на 18 година, док је старосна граница у којој се може постати посланик смањена са 21 на 18 година. Али, постоје и законске одредбе које дозвољавају да се одређена права остваре у много млађем узрасту, па тако дете може подићи новац са штедног рачуна са 7 година, бити кривично одговорно за своје поступке са 10 година, може да обавља плаћени посао ограничен број сати недељно са 14 година, може да уђе у бар у лиценцираним објектима са 14 година, може имати пушку без надзора са 15 година, може купити кућног љубимца са 16 година. Када је реч о личним и репродуктивним правима, са 16 година дете је на прагу пунолетства и може пристати на сексуални однос (са особом истог или супротног пола) или чак ступити у брак, али само уз сагласност оних који имају родитељску одговорност. Са 17 година дете може имати возачку дозволу. Особе млађе од 18 година обично не могу да поднесу захтев за универзални кредит, осим ако се уклапају у једну од пет

84 Ismene Androulidakis-Dimitriadis, Elisabeth Poulou, *IEL Family and Succession Law – Greece: Suppl. 75*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 40.

Minors above the age of 10 are capable of attempting juridical acts from which they can derive only a legal benefit (Article 134 AK), for example donation or acquisition of ownership over a movable. Minors above 14 may freely dispose of the revenues from their personal work or of movable property or, according to an opinion, also immovable property, that was given to them for use or for free disposal (Article 135 AK). Minors above 15 are capable, with the general consent of the persons to whom their care is entrusted, of concluding a contract of work as employees (Article 136 AK). Article 137 of the AK allows married minors to attempt any juridical act necessary for the maintenance or improvement of their fortune, for the confronting of the needs of their personal maintenance preservation and education, as well as the current needs of their family. Juridical acts attempted under the conditions of Articles 134–137 of the AK are valid. In the absence of these conditions, juridical acts attempted by minors of limited capacity are void. According to Greek judicial decisions, nullity of the acts of minors of limited capacity is absolute. It can be invoked by anyone having a legal interest.[28] The majority of Greek legal authors, however, consider these acts as relatively null, which means that only minors, their representatives and the minors' successors can invoke such nullity.[29]

37. As to the capacity of a legal person to attempt juridical acts, it could be said that legal persons are fully capable for legal relations for which they have juridical capacity. Thus, a legal person is bound by the juridical acts attempted by the persons charged with the management of its affairs, on the condition that they have acted within the limits of their authority (Article 70 AK). As to a legal person's responsibility for acts or omissions attempted by its organs and generating liability for compensation, the legal person may be liable, if there is adequate connection between the act and the duties entrusted to the organ (Article 71 AK).

III. Consent to Undergo Medical Treatment

38. Different rules apply where the person's consent to undergo medical treatment is concerned. Article 12 L. 3418/2005 (Code of Medical Ethics) regulates in detail the patient's consent to medical acts. However this regulation presents significant interpretative difficulties. The Law lays down that in case of a minor patience consent may be given by the parents, but the minor's opinion is taken under consideration if the latter has the spiritual and emotional maturity to understand the condition of his health (§2b aa). A person under care or judicial assistance may have the necessary understanding to consent to medical treatment himself; otherwise the consent is given by his judicial assistant. In any case the doctor has to attempt to ensure that the patient will collaborate and especially if the patient is aware of the

28. AP 1493/1995 *EllDni* 38, 1546; AP 463/1983 *NoV* 32, 267; AP 419/1971, *NoV* 19, 1118.
29. I. Spyridakis, *I Akyrotis ton en Zoi Periousiakon Dikaiopraxion ton Anikanon Pros Dikaiopraxian Prosopon* (Nullity of Juridical Acts Inter Vivos Attempted by Persons Incapable to Enter into Juridical Acts) (1974) 107f.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

England and Wales

by

Rebecca Probert
Professor in Law, University of Warwick, UK

&

Maebh Harding
Assistant Professor, University of Warwick, UK

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of January 2016

2016

Wolters Kluwer

кону о наслеђивању,[16] наследити може само онај ко је жив у тренутку оставиочеве смрти. Наследити може и дете већ зачето у тренутку оставиочеве смрти ако се роди живо.[17]

Питање стицања статуса правног субјективитета у праву је једно од оних које изазивају знатне контроверзе. Правни статус фетуса има различите последице у упоредним правима и теорији. Посебно у светлу права на живот и прекида трудноће. Некада су то и кривичноправне последице.[18] Имајући у виду основну тему ове монографије, оставићемо етичка питања о прекиду трудноће по страни и ограничити се само на објективну чињеницу настанка правног субјективитета особе. И поред фикције о насцитурусу, правни субјективитет се, по правилу, стиче тек рођењем. Фетус не може имати сопствено право барем док се не роди и док не постоји одвојено од своје мајке. Да се послужимо терминологијом општег дела грађанског права, фетус треба да буде посебан субјект, посебна „ствар", независна биолошки посматрано од главне ствари. Нема примене принципа главне ствари и припатка за стицање правне способности насцитуруса. Постављање паралеле између фетуса и детета намеће се као могуће. Ипак, и у упоредном законодавству фетус није дете, нпр. у сврху енглеског Закона о деци из 1989. године, а локалне власти које су забринуте за његову добробит не могу поднети захтев за издање налога за његову заштиту, иако се мере могу предузети чим се дете роди. Поставило се и питање судске заштите насцитуруса. Не може се користити инхерентна надлежност Високог суда да би се фетус поставио под инситут штићеника суда. Ово је донекле пример примене старатеља трхуха из римског права. Суд је у пресуди *Re F (in utero)* приметио да права нерођеног детета могу бити у сукобу са правима мајке:

16 Закон о наслеђивању (ЗОН), *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003, одлука УСРС и 6/2015.

17 Чл. 3 Закона о наслеђивању.

18 Зачети *nasciturus* (фетус) је такође заштићен кривичним законом који криминализује праксу изазивања побачаја, било да га изводи трудна жена или треће лице, са или без њеног пристанка. Ипак, у одређеним случајевима „прекид трудноће" није кримнализован, под условом да га изврши лекар или под његовим/њеним надзором, у здравственој установи или на други начин у законски лиценцираној установи, уз пристанак труднице. Дакле, уз испуњавање горе наведених услова, индуковани побачај није кажњив: кад год је то једини начин да се отклони опасност од смрти или озбиљне и неповратне штете по тело или здравље труднице (било физичке или менталне); кад год се сматра адекватним да се избегне опасност од смрти или озбиљне и трајне штете по тело или здравље труднице, све док се изводи у првих дванаест недеља трудноће; кад год је чврсто утврђено да ће будуће дете патити од посебно тешког стања које се сматра неизлечивим или од урођене малформације, све док се изводи у првих двадесет четвртих недеља трудноће; кад год фетус није одржив; кад год је трудноћа резултат кривичног дела против сексуалне слободе и самоопредељења, све док се изводи у првих шеснаест недеља трудноће; или кад год се изводи по жељи труднице у првих десет недеља трудноће. О томе, Guilherme de Oliveira, *IEL Family and Succession Law – Portugal: Suppl. 82*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 44.

Part I. Persons

Chapter 1. The Status of a Person

§1. Definition of a Person

38. The concept of a legal person encompasses both human beings and 'artificial' persons such as corporations.

39. Every human being has legal personality, although the exercise of legal rights may be limited during a child's minority or during periods of mental incapacity.

Legal personality is, however, only acquired at birth. It has been decided that a foetus 'cannot have a right of its own at least until it is born and has a separate existence from its mother'.[79] Thus a foetus is not a 'child' for the purposes of the Children Act 1989, and a local authority concerned about its welfare cannot apply for an order to protect it, although action may be taken as soon as the child is born. Nor can the inherent jurisdiction of the High Court be exercised to make a foetus a ward of court. The court in *Re F (in utero) (Wardship)*[80] noted that the rights of the unborn child might be in conflict with those of the mother; to intervene to protect the child would inevitably impose constraints on the mother. In addition, the concept of a 'child of the family' – which covers the situation where the new spouse of a parent treats that parent's children as his or her own – does not include an unborn child.[81]

40. Certain individuals may also have a separate legal personality as a corporation sole. A corporation sole is an entity that has legal personality independently of the individual who occupies a particular role or office for the time being. Examples include the Crown and ecclesiastical officers (from archbishops to vicars). Their classification as a corporation sole means that property may be held by the office, rather than by the individual who holds that office at any given time, and will pass automatically to the successor to that office.

79. *Paton v. The British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] Q.B. 276, at 279; applied in *Re DM* [2014] EWHC 3119 (Fam).
80. [1988] 2 F.L.R. 307.
81. *A v. A (Family: Unborn Child)* [1974] Fam. 6.

интервенција ради заштите детета неизбежно би наметнула ограничења мајци. Поред тога, концепт „детета породице" – који покрива ситуацију у којој нови супружник родитеља третира децу тог родитеља као своју – не укључује нерођено дете.[19]

По правилу, човек почиње да буде особа од рођења. Нерођено дете још увек није особа. Али, чим се дете роди живо, оно ће имати пун правни капацитет. Заштита интереса насцитуруса иде у два правца – личноправна (кроз право на живот и здравље, лечење) и имовинскоправна. У оквиру пословне способности углавном се интереси фетуса генерално тумаче као имовински интереси. Фикција даје нерођеном детету правни капацитет (који иначе не би имало) да постане наследник и само у том циљу, не и за нека друга социјална, економска права. У случају да се дете касније не роди живо, ова заштита се ретроактивно укида, јер више нема смисла штитити те интересе.[20]

Сва питања поводом имовинских интереса насцитуруса огледају се у материји наследног права. Постоје и извесне поделе у погледу статуса насцитуруса, тј. у погледу степена развоја и зачећа. Генерално се дају права насцитурусу, али стварно стицање таквих права зависи од тога да ли су живи рођени. Постоје *nasciturus stricto sensu* (већ зачети) или *nodum conceptus* (још нису зачети) и могу стећи права путем даровања или наслеђивања (тестаментално или уговорно наслеђивање), све док су деца одређене особе која је жива у време када је дародавац дао своју изјаву или у време када је наслеђивање отворено. Насцитурус који је већ зачет у време отварања наслеђивања има „наследнички капацитет" – схваћен као очекивање да ће бити позван на законско наслеђивање када постигне свој правни субјективитет, буде рођен, – и добровољно признање *nasciturusa* је валидно, све док отац идентификује њихову мајку.

Постоји теорија да је, када дође до зачећа, људско биће већ особа и стога ужива сва законска права заштите. За оне који се не придржавају овог става, уругвајско позитивно право садржи правила која посебно регулишу ситуацију права на живот, издржавања мајке и трошкова порођаја,[21] право наслеђивања. Да би се стекло наслеђивањем, било тестаментом или без тестамента, потребно је, барем, да дете буде зачето у време правног дејства наслеђивања (чланови 835, 1012 и 1617 Јединственог класичног законика).[22]

19 Rebecca Probert, Maebh Harding, *IEL Family and Succession Law – England and Wales: Suppl. 80*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 37.

20 Gregor van der Burght, Jaap E. Doek, *IEL Family and Succession Law – Netherlands: Suppl. 18*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, стр. 51.

21 Чл. 274 Јединственог класичког законика.

22 Walter Tomas Howard Alanis, Santiago Altieri Massa, Marcedes Otegiu Carrasco, *IEL Family and Succession Law – Uruguay: Suppl. 41*, The Hague: Kluwer Law International, 2008, стр. 29.

Part I. Persons

Chapter 1. The Status of a Person

§1. Definition of a Person

38. The concept of a legal person encompasses both human beings and 'artificial' persons such as corporations.

39. Every human being has legal personality, although the exercise of legal rights may be limited during a child's minority or during periods of mental incapacity.

Legal personality is, however, only acquired at birth. It has been decided that a foetus 'cannot have a right of its own at least until it is born and has a separate existence from its mother'.[79] Thus a foetus is not a 'child' for the purposes of the Children Act 1989, and a local authority concerned about its welfare cannot apply for an order to protect it, although action may be taken as soon as the child is born. Nor can the inherent jurisdiction of the High Court be exercised to make a foetus a ward of court. The court in *Re F (in utero) (Wardship)*[80] noted that the rights of the unborn child might be in conflict with those of the mother: to intervene to protect the child would inevitably impose constraints on the mother. In addition, the concept of a 'child of the family' – which covers the situation where the new spouse of a parent treats that parent's children as his or her own – does not include an unborn child.[81]

40. Certain individuals may also have a separate legal personality as a corporation sole. A corporation sole is an entity that has legal personality independently of the individual who occupies a particular role or office for the time being. Examples include the Crown and ecclesiastical officers (from archbishops to vicars). Their classification as a corporation sole means that property may be held by the office, rather than by the individual who holds that office at any given time, and will pass automatically to the successor to that office.

79. *Paton v. The British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] Q.B. 276, at 279; applied in *Re DM* [2014] EWHC 3119 (Fam).
80. [1988] 2 F.L.R. 307.
81. *A v. A (Family: Unborn Child)* [1974] Fam. 6.

ченим капацитетом је апсолутна и на њу се може позвати свако ко има правни интерес, слично као код нас. За разлику од праксе, у делу теорије сматра се да су ове радње релативно ништаве, што значи да само малолетници, њихови заступници и наследници малолетника могу да се позову на такву ништавост.[84]

2.1.3. Енглеска и Велс

У Енглеској је основно правило да сва пунолетна лица имају потпуну пословну способност. Обичајна правила која су дуго важила и која су удату жену лишавала пословне способности одавно су укинута, као и она која су осуђеним затвореницима ускраћивала законска права, иако затвореник нема право гласа док служи казну. Ово ограничење је изазвало контроверзе последњих година и утврђено је да крши Европску конвенцију о људским правима. Међутим, особе немају потпуну пословну способност као резултат менталне неспособности. Пунолетство је раније било постављено на 21 годину, али је то промењено на 18 година, 1969. године. Закон о реформи породичног права из 1969. године предвиђао је да особа стиче пунолетство када наврши осамнаест година. Дакле, са 18 година особа стиче способност да поседује имовину, саставља тестамент, гласа. Дете је дефинисано Законом о деци из 1989. године као особа млађа од 18 година.

Међутим, дете млађе од 18 година може стећи законска права ако посебан закон то предвиди. На том ставу је и судска пракса. Постоји низ законских одредби којима се утврђује узраст у којем дете може да обавља одређене радње. Занимљиво је да се, супротно тенденцијама о снижавању узраста у ком дете стиче одређено право, последњих година граница за неке правне послове повећава. Тако, узраст у ком се може купити ватромет или дуван повећан је са 16 на 18 година, за куповину самострела са 17 на 18 година, док је старосна граница у којој се може постати посланик смањена са 21 на 18 година. Али, постоје и законске одредбе које дозвољавају да се одређена права остваре у много млађем узрасту, па тако дете може подићи новац са штедног рачуна са 7 година, бити кривично одговорно за своје поступке са 10 година, може да обавља плаћени посао ограничен број сати недељно са 14 година, може да уђе у бар у лиценцираним објектима са 14 година, може имати пушку без надзора са 15 година, може купити кућног љубимца са 16 година. Када је реч о личним и репродуктивним правима, са 16 година дете је на прагу пунолетства и може пристати на сексуални однос (са особом истог или супротног пола) или чак ступити у брак, али само уз сагласност оних који имају родитељску одговорност. Са 17 година дете може имати возачку дозволу. Особе млађе од 18 година обично не могу да поднесу захтев за универзални кредит, осим ако се уклапају у једну од пет

84 Ismene Androulidakis-Dimitriadis, Elisabeth Poulou, *IEL Family and Succession Law – Greece: Suppl. 75*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 40.

41. Groups of people may also form a single legal person as a corporation aggregate. Such a corporation may be created by means of a royal charter of incorporation, by statute, or by registering as a company.[82] A company may be either public or private.[83] Its members must subscribe their names to a memorandum of association.[84] Upon registration, a certificate of incorporation will be issued, which must either be signed by the registrar or authenticated by the registrar's official seal.[85] The effect of registration is that all those who have subscribed to the memorandum form a body corporate.[86]

42. Other groups of persons – such as clubs and societies – who have not formed a corporation are referred to as unincorporated associations, and the law has struggled to devise a theory to accommodate the holding of property by such persons.[87]

43. A third form of non-human legal entity is the Limited Liability Partnership (LLP), a new form of legal entity introduced in 2000.[88] This has some features in common with the incorporated company – in that liability for any debts attached to the partnership as a whole, rather than to the individual partners – but may otherwise be organized as a partnership.[89] In order for an LLP to be incorporated, the requisite documentary and registration requirements must have been fulfilled.[90]

§2. Capacity

44. The basic rule is that all adults who are sui juris have full legal capacity. The rules that deprived a married woman of full capacity have long since been abolished.[91] So have those depriving convicted prisoners of legal rights,[92] although a prisoner is not entitled to vote while serving a sentence,[93] a restriction that has generated some controversy in recent years and which has been found to breach the European Convention on Human Rights.[94] Persons may, however, lack full legal capacity as a result of mental incapacity.[95]

82. *Companies Act* 2006, s. 7, s. 15.
83. *Ibid.*, s. 4.
84. *Ibid.*, s. 7(1)(a), s. 8.
85. *Ibid.*, s. 15(3).
86. *Ibid.*, s. 16(2).
87. See, e.g., *Re Recher's WT* [1972] 3 All E.R. 401; *Re Grant's WT* [1979] 3 All ER 359.
88. *Limited Liability Partnerships Act* 2000, s. 1(1).
89. *Ibid.*, s. 5, s. 15(c).
90. *Ibid.*, s. 2.
91. See, e.g., *Married Women's Property Act* 1882, *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act* 1935.
92. *Criminal Justice Act* 1948; *Criminal Law Act* 1967.
93. *Representation of the People Act* 1983, s. 3.
94. See most recently *McHugh and others v. the UK* (2015), Application no. 51987/08.
95. See Part I, Ch. 7.

ченим капацитетом је апсолутна и на њу се може позвати свако ко има правни интерес, слично као код нас. За разлику од праксе, у делу теорије сматра се да су ове радње релативно ништаве, што значи да само малолетници, њихови заступници и наследници малолетника могу да се позову на такву ништавост.[84]

2.1.3. Енглеска и Велс

У Енглеској је основно правило да сва пунолетна лица имају потпуну пословну способност. Обичајна правила која су дуго важила и која су удату жену лишавала пословне способности одавно су укинута, као и она која су осуђеним затвореницима ускраћивала законска права, иако затвореник нема право гласа док служи казну. Ово ограничење је изазвало контроверзе последњих година и утврђено је да крши Европску конвенцију о људским правима. Међутим, особе немају потпуну пословну способност као резултат менталне неспособности. Пунолетство је раније било постављено на 21 годину, али је то промењено на 18 година, 1969. године. Закон о реформи породичног права из 1969. године предвиђао је да особа стиче пунолетство када наврши осамнаест година. Дакле, са 18 година особа стиче способност да поседује имовину, саставља тестамент, гласа. Дете је дефинисано Законом о деци из 1989. године као особа млађа од 18 година.

Међутим, дете млађе од 18 година може стећи законска права ако посебан закон то предвиди. На том ставу је и судска пракса. Постоји низ законских одредби којима се утврђује узраст у којем дете може да обавља одређене радње. Занимљиво је да се, супротно тенденцијама о снижавању узраста у ком дете стиче одређено право, последњих година граница за неке правне послове повећава. Тако, узраст у ком се може купити ватромет или дуван повећан је са 16 на 18 година, за куповину самострела са 17 на 18 година, док је старосна граница у којој се може постати посланик смањена са 21 на 18 година. Али, постоје и законске одредбе које дозвољавају да се одређена права остваре у много млађем узрасту, па тако дете може подићи новац са штедног рачуна са 7 година, бити кривично одговорно за своје поступке са 10 година, може да обавља плаћени посао ограничен број сати недељно са 14 година, може да уђе у бар у лиценцираним објектима са 14 година, може имати пушку без надзора са 15 година, може купити кућног љубимца са 16 година. Када је реч о личним и репродуктивним правима, са 16 година дете је на прагу пунолетства и може пристати на сексуални однос (са особом истог или супротног пола) или чак ступити у брак, али само уз сагласност оних који имају родитељску одговорност. Са 17 година дете може имати возачку дозволу. Особе млађе од 18 година обично не могу да поднесу захтев за универзални кредит, осим ако се уклапају у једну од пет

84 Ismene Androulidakis-Dimitriadis, Elisabeth Poulou, *IEL Family and Succession Law – Greece: Suppl. 75*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 40.

The legal capacity of minors is more complex, and requires more detailed consideration.

I. Minors

45. The age of majority was previously set at 21 years, but this was changed to 18 years in 1969. The Family Law Reform Act 1969 provided that a person 'shall attain full age on attaining the age of eighteen',[96] and that in the absence of any contrary definition or intention the terms 'infant', 'infancy', 'minor', and 'minority' would be construed accordingly.[97] At the age of 18, therefore, a person acquires the capacity to own a legal estate in land,[98] make a will,[99] and vote.[100] 'Child' is similarly defined by the Children Act 1989 as a person under the age of 18.[101]

However, a child under 18 may acquire legal rights if a specific statute makes provision to this effect. In addition, the courts have held that a child of sufficient understanding may be competent to make certain decisions.

A. *Statute*

46. There are a number of statutory provisions setting out the age at which a child may perform certain actions. In recent years there has been a degree of convergence around the legal age of majority. The age at which one could buy fireworks or tobacco, e.g., has been raised from 16 to 18,[102] and that for the purchase of a crossbow from 17 to 18,[103] while the age at which one could become a Member of Parliament has been reduced from 21 to 18.[104] More significantly, there is now a duty on those aged under 18 to participate in some form of education or training instead of or in addition to paid work.[105]

47. But there are also statutory provisions that allow certain rights to be exercised at a much younger age. A child may withdraw money from a savings account at the age of 7; will be held criminally responsible for his or her actions at the age of 10,[106] may undertake paid employment for a limited number of hours per week

96. *Family Law Reform Act* 1969, s. 1(1).
97. *Ibid.*, s. 1(2).
98. *Law of Property Act* 1925, s. 1(6).
99. *Wills Act* 1837, s. 7. Note that members of the armed forces may make a will at an earlier age.
100. *Representation of the People Act* 1949, s. 1(1)(c).
101. *Children Act* 1989, s. 105(1).
102. *Pyrotechnic Articles (Safety) Regulations 2015/1553 reg* 31;; *Children and Young Persons Act* 1933, s. 7, as amended by the *Children and Young Persons (Sale of Tobacco etc.)* Ord. 2007/767.
103. *Crossbows Act* 1987, s. 2, as amended by the *Violent Crime Reduction Act* 2006, s. 44.
104. *Electoral Administration Act* 2006, s.17.
105. *Education and Skills Act* 2008, s. 2.
106. *Crime and Disorder Act* 1998, s. 34.

ченим капацитетом је апсолутна и на њу се може позвати свако ко има правни интерес, слично као код нас. За разлику од праксе, у делу теорије сматра се да су ове радње релативно ништаве, што значи да само малолетници, њихови заступници и наследници малолетника могу да се позову на такву ништавост.[84]

2.1.3. Енглеска и Велс

У Енглеској је основно правило да сва пунолетна лица имају потпуну пословну способност. Обичајна правила која су дуго важила и која су удату жену лишавала пословне способности одавно су укинута, као и она која су осуђеним затвореницима ускраћивала законска права, иако затвореник нема право гласа док служи казну. Ово ограничење је изазвало контроверзе последњих година и утврђено је да крши Европску конвенцију о људским правима. Међутим, особе немају потпуну пословну способност као резултат менталне неспособности. Пунолетство је раније било постављено на 21 годину, али је то промењено на 18 година, 1969. године. Закон о реформи породичног права из 1969. године предвиђао је да особа стиче пунолетство када наврши осамнаест година. Дакле, са 18 година особа стиче способност да поседује имовину, саставља тестамент, гласа. Дете је дефинисано Законом о деци из 1989. године као особа млађа од 18 година.

Међутим, дете млађе од 18 година може стећи законска права ако посебан закон то предвиди. На том ставу је и судска пракса. Постоји низ законских одредби којима се утврђује узраст у којем дете може да обавља одређене радње. Занимљиво је да се, супротно тенденцијама о снижавању узраста у ком дете стиче одређено право, последњих година граница за неке правне послове повећава. Тако, узраст у ком се може купити ватромет или дуван повећан је са 16 на 18 година, за куповину самострела са 17 на 18 година, док је старосна граница у којој се може постати посланик смањена са 21 на 18 година. Али, постоје и законске одредбе које дозвољавају да се одређена права остваре у много млађем узрасту, па тако дете може подићи новац са штедног рачуна са 7 година, бити кривично одговорно за своје поступке са 10 година, може да обавља плаћени посао ограничен број сати недељно са 14 година, може да уђе у бар у лиценцираним објектима са 14 година, може имати пушку без надзора са 15 година, може купити кућног љубимца са 16 година. Када је реч о личним и репродуктивним правима, са 16 година дете је на прагу пунолетства и може пристати на сексуални однос (са особом истог или супротног пола) или чак ступити у брак, али само уз сагласност оних који имају родитељску одговорност. Са 17 година дете може имати возачку дозволу. Особе млађе од 18 година обично не могу да поднесу захтев за универзални кредит, осим ако се уклапају у једну од пет

84 Ismene Androulidakis-Dimitriadis, Elisabeth Poulou, *IEL Family and Succession Law – Greece: Suppl. 75*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 40.

at 14;[107] may enter the bar of a licensed premises at 14; may have a shotgun without supervision at 15,[108] and may buy a pet at the age of 16.[109] At 16, the child is on the cusp of adulthood and may consent to sexual intercourse (with a person of the same or opposite sex),[110] or even marry,[111] although only with the consent of those with parental responsibility.[112] At 17, a child may hold a driving license.

48. These statutory provisions have developed in a rather piecemeal fashion and do not give the impression of a code that is carefully worked out with psychological evidence about the development of children in mind. It is clear that some important decisions with long-lasting consequences may be taken at a relatively young age, while others must be deferred until adulthood. Moreover, children are excluded from age discrimination protection relating to the provision of goods, facilities and services provided by the Equality Act 2010.

49. The legal position of the young adult aged 16 or 17 is particularly anomalous. The national minimum wage payable for such persons is lower than that which is payable to older workers. Those under the age of 18 cannot usually make a claim for universal credit in their own right,[113] unless they fit into one of five exceptional categories.[114] At the same time, the entitlement of their parents to child benefit and child tax credits will cease upon the child reaching the age of 16, save where the child is in full-time education or on approved training courses[115] and a parent will not face criminal sanctions for failing to provide adequate food, clothing, medical aid, or lodging for a child who has attained the age of 16.

B. Common Law

50. In the absence of a minimum age being prescribed by statute, the ability of a child to make a decision will depend on a court's assessment of that child's level of understanding. This is made explicit in certain contexts – for example, if a child is seeking leave to apply for a section 8 order under the Children Act 1989.[116] In other contexts it is a matter of inference.

107. *Children and Young Persons Act* 1933, s. 18.
108. *Firearms Act* 1968, s. 22(3). An age limit of 18 applies to other firearms.
109. *Animal Welfare Act* 2006, s. 11.
110. *Sexual Offences (Amendment) Act* 2000.
111. *Matrimonial Causes Act* 1973, s. 11(a)(ii).
112. *Marriage Act* 1949, s. 2.
113. *Welfare Reform Act 2012*, s.4.
114. *Universal Credit Regulations 2013/376* reg. 8.
115. See N. Wikeley, *Family Law and Social Security*, in *Family Life and the Law: Under One Roof*, 97–113 (R. Probert ed., Ashgate 2007).
116. *Children Act* 1989, s. 10(8). See, e.g., *Re C (A Minor) (Leave to Seek section 8 Order)* [1994] 1 F.L.R. 26, and see further Part II, Ch. 8, para. 375.

изузетних категорија. Истовремено, постоје и нека права родитеља која су условљена узрастом детета, Тако, право на дечји додатак и пореске олакшице за децу престаће када дете напуни 16 година, осим у случајевима када је дете редовно у школи или на одобреним курсевима обуке и родитељ се неће суочити са кривичним санкцијама због тога што није обезбедио одговарајућу храну, одећу, медицинску помоћ[85] или смештај за дете које је напунило 16 година.[86]

У једном тренутку током историје, способност малолетника да закључи ваљани уговор зависила је од природе уговора и узраста детета, али како се развијало јединствениje уговорно право, малолетство је постало пресудан критеријум. Како је способност закључивања уговора постала повезана са коришћењем разума и расуђивања, уговорна способност малолетника се сходно томе смањивала. Заиста, закон усвојен 1874. године предвиђао је да су одређене класе уговора – они за враћање новца који је позајмљен или ће бити позајмљен, или за робу која је испоручена или ће бити испоручена (осим уговора о неопходним стварима), и сви рачуни изречени са одојчадима – апсолутно ништавни. Међутим, тај закон је у потпуности укинут Законом о уговорима малолетника из 1987. године, оживљавајући правило обичајног права да уговори ове врсте не би били извршни против малолетника, иако би их малолетник могао извршити. Пре Закона о реформи породичног права из 1969. године, којим је старосна граница пунолетства смањена са 21. на 18. година, ово правило је значило да већина студената основних студија – и многи људи који су били запослени одређени број година – нису имали способност да закључе уговор који би их обавезивао. Данас је основно правило да појединац може закључити обавезујући уговор са 18 година, али уговор који је закључио малолетник је ништав по избору тог малолетника, тј. обавезује другу страну уговора, али малолет-

85 Водећи случај у овој области је и даље случај Дома лордова у случају *Gilick против Западног Норфолка* и *Здравствене управе подручја Висбеч и Одељења за здравље и социјално осигурање*. У овом случају, госпођа Гилик, која је имала пет ћерки, оспорила је смернице о планирању породице које је Одељење за здравље и социјално осигурање издало здравственим властима подручја. Приговорила је сугестији да у изузетним случајевима лекар може, вршећи своју клиничку процену, прописати контрацепцију за девојчицу млађу од 16 година без знања или сагласности њених родитеља и тражила је уверавања од здравствених власти подручја да се ниједној од њених ћерки млађих од 16 година неће дати савети или третмани о контрацепцији без њеног знања и сагласности. Здравствене власти подручја одбиле су да дају таква уверавања, а госпођа Гилик је тражила проглашење да су саме смернице незаконите. Дом лордова је – тешком већином – утврдио да је њен захтев требало да буде одбачен. Кључни аспект одлуке за садашње потребе била је изјава лорда Скармана да дете има право да доноси сопствене одлуке „када достигне довољно разумевања и интелигенције да буде способно да се одлучи о питању које захтева одлуку". То значи да ће узраст у коме дете може донети одређену одлуку зависити и од зрелости појединачног детета и од озбиљности одлуке која треба да се донесе. Било које дато дете може бити компетентно да донесе једну врсту одлуке, али не и другу.

86 R. Probert, M. Harding, *op. cit.*, стр. 40.

at 14;[107] may enter the bar of a licensed premises at 14; may have a shotgun without supervision at 15,[108] and may buy a pet at the age of 16.[109] At 16, the child is on the cusp of adulthood and may consent to sexual intercourse (with a person of the same or opposite sex),[110] or even marry,[111] although only with the consent of those with parental responsibility.[112] At 17, a child may hold a driving license.

48. These statutory provisions have developed in a rather piecemeal fashion and do not give the impression of a code that is carefully worked out with psychological evidence about the development of children in mind. It is clear that some important decisions with long-lasting consequences may be taken at a relatively young age, while others must be deferred until adulthood. Moreover, children are excluded from age discrimination protection relating to the provision of goods, facilities and services provided by the Equality Act 2010.

49. The legal position of the young adult aged 16 or 17 is particularly anomalous. The national minimum wage payable for such persons is lower than that which is payable to older workers. Those under the age of 18 cannot usually make a claim for universal credit in their own right,[113] unless they fit into one of five exceptional categories.[114] At the same time, the entitlement of their parents to child benefit and child tax credits will cease upon the child reaching the age of 16, save where the child is in full-time education or on approved training courses[115] and a parent will not face criminal sanctions for failing to provide adequate food, clothing, medical aid, or lodging for a child who has attained the age of 16.

B. Common Law

50. In the absence of a minimum age being prescribed by statute, the ability of a child to make a decision will depend on a court's assessment of that child's level of understanding. This is made explicit in certain contexts – for example, if a child is seeking leave to apply for a section 8 order under the Children Act 1989.[116] In other contexts it is a matter of inference.

107. *Children and Young Persons Act* 1933, s. 18.
108. *Firearms Act* 1968, s. 22(3). An age limit of 18 applies to other firearms.
109. *Animal Welfare Act* 2006, s. 11.
110. *Sexual Offences (Amendment) Act* 2000.
111. *Matrimonial Causes Act* 1973, s. 11(a)(ii).
112. *Marriage Act* 1949, s. 2.
113. *Welfare Reform Act 2012*, s.4.
114. *Universal Credit Regulations 2013/376* reg. 8.
115. See N. Wikeley, *Family Law and Social Security*, in *Family Life and the Law: Under One Roof*, 97–113 (R. Probert ed., Ashgate 2007).
116. *Children Act* 1989, s. 10(8). See, e.g., *Re C (A Minor) (Leave to Seek section 8 Order)* [1994] 1 F.L.R. 26, and see further Part II, Ch. 8, para. 375.

изузетних категорија. Истовремено, постоје и нека права родитеља која су условљена узрастом детета, Тако, право на дечји додатак и пореске олакшице за децу престаће када дете напуни 16 година, осим у случајевима када је дете редовно у школи или на одобреним курсевима обуке и родитељ се неће суочити са кривичним санкцијама због тога што није обезбедио одговарајућу храну, одећу, медицинску помоћ[85] или смештај за дете које је напунило 16 година.[86]

У једном тренутку током историје, способност малолетника да закључи ваљани уговор зависила је од природе уговора и узраста детета, али како се развијало јединственије уговорно право, малолетство је постало пресудан критеријум. Како је способност закључивања уговора постала повезана са коришћењем разума и расуђивања, уговорна способност малолетника се сходно томе смањивала. Заиста, закон усвојен 1874. године предвиђао је да су одређене класе уговора – они за враћање новца који је позајмљен или ће бити позајмљен, или за робу која је испоручена или ће бити испоручена (осим уговора о неопходним стварима), и сви рачуни изречени са одојчадима – апсолутно ништавни. Међутим, тај закон је у потпуности укинут Законом о уговорима малолетника из 1987. године, оживљавајући правило обичајног права да уговори ове врсте не би били извршни против малолетника, иако би их малолетник могао извршити. Пре Закона о реформи породичног права из 1969. године, којим је старосна граница пунолетства смањена са 21. на 18. година, ово правило је значило да већина студената основних студија – и многи људи који су били запослени одређени број година – нису имали способност да закључе уговор који би их обавезивао. Данас је основно правило да појединац може закључити обавезујући уговор са 18 година, али уговор који је закључио малолетник је ништав по избору тог малолетника, тј. обавезује другу страну уговора, али малолет-

85 Водећи случај у овој области је и даље случај Дома лордова у случају *Gilick против Западног Норфолка и Здравствене управе подручја Висбеч и Одељења за здравље и социјално осигурање*. У овом случају, госпођа Гилик, која је имала пет ћерки, оспорила је смернице о планирању породице које је Одељење за здравље и социјално осигурање издало здравственим властима подручја. Приговорила је сугестији да у изузетним случајевима лекар може, вршећи своју клиничку процену, прописати контрацепцију за девојчицу млађу од 16 година без знања или сагласности њених родитеља и тражила је уверавања од здравствених власти подручја да се ниједној од њених ћерки млађих од 16 година неће дати савети или третмани о контрацепцији без њеног знања и сагласности. Здравствене власти подручја одбиле су да дају таква уверавања, а госпођа Гилик је тражила проглашење да су саме смернице незаконите. Дом лордова је – тешком већином – утврдио да је њен захтев требало да буде одбачен. Кључни аспект одлуке за садашње потребе била је изјава лорда Скармана да дете има право да доноси сопствене одлуке „када достигне довољно разумевања и интелигенције да буде способно да се одлучи о питању које захтева одлуку". То значи да ће узраст у коме дете може донети одређену одлуку зависити и од зрелости појединачног детета и од озбиљности одлуке која треба да се донесе. Било које дато дете може бити компетентно да донесе једну врсту одлуке, али не и другу.

86 R. Probert, M. Harding, *op. cit.*, стр. 40.

67–70

Chapter 3. Personality Rights

§1. Introduction

67. The different types of legal persons were set out in Chapter 1. In general, a human being of full age and capacity has the power to enter into any legal transaction, may be sued in tort or prosecuted for criminal activities. A person may lack capacity to enter into legal transactions due to mental incapacity or the temporary influence of alcohol or drugs. The fact that a person was intoxicated when engaging in criminal activities is not a defence in itself, but will be relevant to the question of whether the accused had formed the necessary *mens rea*, if this is a component of the offence in question.

68. The powers of different types of legal corporation will depend on the terms under which they were established: the Royal Charter, statute or, in the case of a company, its articles of association. However, the Companies Act 2006 specifically provides that the validity of an act done by a company 'shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's constitution'.[155] If a person deals with a company in good faith, then the actions of directors or those authorized by them will be binding on the company vis-à-vis that person, regardless of the terms of the company's constitution.[156] In general, a company does have the power to enter into contracts, which must be made in writing under the company's common seal.[157]

69. The circumstances in which minors may enter into contracts, sue and be sued in tort, own property, and be criminally responsible for their actions, require more detailed consideration.

§2. Minors' Contracts

70. At one time, the ability of a minor to enter into a valid contract depended on the nature of the contract and the age of the child, but as a more unified law of contract was developed, minority became 'more of a consistent boundary'.[158] As the ability to enter into a contract became linked to the exercise of reason and judgment, the contractual capacity of minors diminished accordingly. Indeed, legislation passed in 1874 provided that certain classes of contracts – those 'for the repayment of money lent or to be lent, or for goods supplied or to be supplied (other than contracts for necessaries), and all accounts stated with infants' – were 'absolutely void'.[159] That Act was, however, repealed in its entirety by the Minors' Contracts

155. *Companies Act* 2006, s. 39(1).
156. *Ibid.*, s. 40(1); but see s. 41 on the liabilities of directors in cases of this kind.
157. *Ibid.*, s. 43.
158. H. Brewer, *By Birth or Consent: Children, Law & the Anglo-American Revolution in Authority* 247 (U. N. Carolina Press 2005).
159. *Infants' Relief Act* 1874, s. 1.

изузетних категорија. Истовремено, постоје и нека права родитеља која су условљена узрастом детета. Тако, право на дечији додатак и пореске олакшице за децу престаће када дете напуни 16 година, осим у случајевима када је дете редовно у школи или на одобреним курсевима обуке и родитељ се неће суочити са кривичним санкцијама због тога што није обезбедио одговарајућу храну, одећу, медицинску помоћ[85] или смештај за дете које је напунило 16 година.[86]

У једном тренутку током историје, способност малолетника да закључи ваљани уговор зависила је од природе уговора и узраста детета, али како се развијало јединственије уговорно право, малолетство је постало пресудан критеријум. Како је способност закључивања уговора постала повезана са коришћењем разума и расуђивања, уговорна способност малолетника се сходно томе смањивала. Заиста, закон усвојен 1874. године предвиђао је да су одређене класе уговора – они за враћање новца који је позајмљен или ће бити позајмљен, или за робу која је испоручена или ће бити испоручена (осим уговора о неопходним стварима), и сви рачуни изречени са одојчадима – апсолутно ништавни. Међутим, тај закон је у потпуности укинут Законом о уговорима малолетника из 1987. године, оживљавајући правило обичајног права да уговори ове врсте не би били извршни против малолетника, иако би их малолетник могао извршити. Пре Закона о реформи породичног права из 1969. године, којим је старосна граница пунолетства смањена са 21. на 18. година, ово правило је значило да већина студената основних студија – и многи људи који су били запослени одређени број година – нису имали способност да закључе уговор који би их обавезивао. Данас је основно правило да појединац може закључити обавезујући уговор са 18 година, али уговор који је закључио малолетник је ништав по избору тог малолетника, тј. обавезује другу страну уговора, али малолет-

85 Водећи случај у овој области је и даље случај Дома лордова у случају *Gilick против Западног Норфолка и Здравствене управе подручја Висбеч и Одељења за здравље и социјално осигурање*. У овом случају, госпођа Гилик, која је имала пет ћерки, оспорила је смернице о планирању породице које је Одељење за здравље и социјално осигурање издало здравственим властима подручја. Приговорила је сугестији да у изузетним случајевима лекар може, вршећи своју клиничку процену, прописати контрацепцију за девојчицу млађу од 16 година без знања или сагласности њених родитеља и тражила је уверавања од здравствених власти подручја да се ниједној од њених ћерки млађих од 16 година неће дати савети или третмани о контрацепцији без њеног знања и сагласности. Здравствене власти подручја одбиле су да дају таква уверавања, а госпођа Гилик је тражила проглашење да су саме смернице незаконите. Дом лордова је – тешком већином – утврдио да је њен захтев требало да буде одбачен. Кључни аспект одлуке за садашње потребе била је изјава лорда Скармана да дете има право да доноси сопствене одлуке „када достигне довољно разумевања и интелигенције да буде способно да се одлучи о питању које захтева одлуку". То значи да ће узраст у коме дете може донети одређену одлуку зависити и од зрелости појединачног детета и од озбиљности одлуке која треба да се донесе. Било које дато дете може бити компетентно да донесе једну врсту одлуке, али не и другу.

86 R. Probert, M. Harding, *op. cit.*, стр. 40.

Act 1987, reviving the common-law rule that contracts of this kind would be unenforceable against, although enforceable by, a minor.

Before the Family Law Reform Act 1969, which lowered the age of majority from 21 to 18, this rule meant that most undergraduates – and many people who had been in paid employment for a number of years – lacked the capacity to enter into a contract that would be binding upon them. Today individuals aged 18 and over have full contractual capacity.

71. Today, the basic rule is that an individual may enter into a binding contract at the age of 18 but a contract entered into by a minor is voidable at the option of that minor; i.e., it is binding on the other party to the contract, but the minor can choose whether or not to adhere to its terms.[160]

There are, however, certain exceptions to this rule. First, two types of contracts are enforceable against a minor: contracts for 'necessaries' and contracts for apprenticeship, employment and service. Second, certain types of contracts are valid unless repudiated by the minor. It should be noted that even an unenforceable contract may have some legal effects. These points will be considered in turn.

I. Valid Contracts

72. A contract for necessaries will be valid even if one of the contracting parties is a minor. As one early text on the topic noted, 'an Infant shall not be bound by his Contract or Bargain for any Thing but for his Necessity (viz.) Diet, Apparel, Learning, and necessary Physic'.[161] The reason for exempting goods and services deemed to be necessary is plain: a rule that states that a minor cannot be held to the terms of a contract may appear to be protecting the minor, but a side effect of such a rule will be that adults will be unwilling to enter into contracts for the supply of necessary goods or services with minors; the exception is essential to ensure that minors can enter into contracts for the items they need.[162] As Lord Hardwicke put it in *Brooke v. Gally*, '[t]he law lays infants under a disability of contracting debts, except for bare necessaries, and even this exemption is merely to prevent them from perishing'.[163]

73. Less obviously, it is a rule with a distinct class bias. At the time, the exception was carved out, it was only those at the higher end of the scale who were likely to enter into contracts involving deferred payment. The courts explicitly recognized that the concept of 'necessaries' was a relative one that varied according to the standard of living of the minor in question. This relative concept of necessaries was later enshrined in statute. The Sale of Goods Act 1979 defines them as 'goods suitable to

160. See generally E. Cooke, *Don't Spend It All At Once! Parental Responsibility and Parents' Responsibilities*, in *Respect of Children's Contracts and Property* Ch. 11 in R. Probert, S. Gilmore & J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (Hart 2009).
161. Anon, *The Infants Lawyer: or the Law (Ancient and Modern) Relating to Infants* 170 (3rd ed. 1726).
162. *Ryder v. Wombwell* [1868] L.R. 4 Ex. 32, at 38.
163. (1740) 2 Atk. 34.

ник може да изабере да ли ће се придржавати његових одредби или не. Међутим, постоје одређени изузеци од овог правила. Прво, две врсте уговора су извршиве против малолетника: уговори о „неопходним стварима" и уговори о шегртовању, запослењу и служби. Друго, одређене врсте уговора су важеће, осим ако их малолетник не одбије. Треба напоменути да чак и неизвршиви уговор може имати неке правне последице. Без дубље анализе, треба напоменути још два ограничења у вези са изузетком. Прво, Закон о продаји робе из 1979. године такође јасно наводи да роба која се испоручује малолетнику мора бити прилагођена „његовим стварним потребама у време продаје и испоруке". Ово прави разлику између онога што малолетнику може бити потребно и онога што том малолетнику заправо треба у време закључења уговора. Друго, чак ни уговор о потрепштинама неће бити извршан против малолетника ако садржи строге и теретне услове – мора, у суштини, бити у корист малолетника. Закон о продаји робе из 1979. године предвиђа да када се потрепштине продају и испоручују малолетнику, он мора платити разумну цену за њих. Други изузетак од општег правила да су уговори које су закључили малолетници ништави примењује се када је малолетник везан уговорима о раду, шегртовању или услугама. Поново, образложење је да је малолетнику корисно да закључи уговор који пружа обуку у вештинама које ће бити потребне у одраслом добу. Уговор неће бити обавезујући ако је репресиван по својим условима. Судови су нагласили да предметни уговор малолетника треба тумачити у целини.[87]

2.1.4. Естонија

У Естонији лица која су навршила 18 година (пунолетна лица) имају потпуну пословну способност. Лица млађа од 18 година (малолетници) и лица која су због душевне болести, менталне инвалидности или другог менталног поремећаја трајно неспособна да разумеју или управљају својим поступцима, имају ограничену пословну способност. Ако је пунолетном лицу постављен старатељ, његова ограничена пословна способност се претпоставља. Ограничена активна пословна способност малолетника од најмање 15 година може се продужити од стране суда ако је то у интересу малолетника и ако ниво развоја малолетника то дозвољава. Суд одређује трансакције, тј. правне послове које малолетник може самостално да обавља. Сагласност законског заступника није потребна за продужење, посебно ако је одбијање давања сагласности очигледно супротно интересима малолетника.[88] Лице са ограниченом активном пословном способношћу може и само бити заступник, осим у случају заступања које произлази из закона. Ограничена пословна способност може се проширити посебно у вези са склапањем брака, мада се то не дешава аутоматски као када је претходна редакција Грађанског законика

87 R. Probert, M. Harding, *op. cit.*, стр. 52.

88 Чл. 9 Грађанског законика Естоније.

Act 1987, reviving the common-law rule that contracts of this kind would be unenforceable against, although enforceable by, a minor.

Before the Family Law Reform Act 1969, which lowered the age of majority from 21 to 18, this rule meant that most undergraduates – and many people who had been in paid employment for a number of years – lacked the capacity to enter into a contract that would be binding upon them. Today individuals aged 18 and over have full contractual capacity.

71. Today, the basic rule is that an individual may enter into a binding contract at the age of 18 but a contract entered into by a minor is voidable at the option of that minor; i.e., it is binding on the other party to the contract, but the minor can choose whether or not to adhere to its terms.[160]

There are, however, certain exceptions to this rule. First, two types of contracts are enforceable against a minor: contracts for 'necessaries' and contracts for apprenticeship, employment and service. Second, certain types of contracts are valid unless repudiated by the minor. It should be noted that even an unenforceable contract may have some legal effects. These points will be considered in turn.

I. Valid Contracts

72. A contract for necessaries will be valid even if one of the contracting parties is a minor. As one early text on the topic noted, 'an Infant shall not be bound by his Contract or Bargain for any Thing but for his Necessity (viz.) Diet, Apparel, Learning, and necessary Physic'.[161] The reason for exempting goods and services deemed to be necessary is plain: a rule that states that a minor cannot be held to the terms of a contract may appear to be protecting the minor, but a side effect of such a rule will be that adults will be unwilling to enter into contracts for the supply of necessary goods or services with minors; the exception is essential to ensure that minors can enter into contracts for the items they need.[162] As Lord Hardwicke put it in *Brooke v. Gally*, '[t]he law lays infants under a disability of contracting debts, except for bare necessaries, and even this exemption is merely to prevent them from perishing'.[163]

73. Less obviously, it is a rule with a distinct class bias. At the time, the exception was carved out, it was only those at the higher end of the scale who were likely to enter into contracts involving deferred payment. The courts explicitly recognized that the concept of 'necessaries' was a relative one that varied according to the standard of living of the minor in question. This relative concept of necessaries was later enshrined in statute. The Sale of Goods Act 1979 defines them as 'goods suitable to

160. See generally E. Cooke, *Don't Spend It All At Once! Parental Responsibility and Parents' Responsibilities*, in *Respect of Children's Contracts and Property* Ch. 11 in R. Probert, S. Gilmore & J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (Hart 2009).

161. Anon, *The Infants Lawyer: or the Law (Ancient and Modern) Relating to Infants* 170 (3rd ed. 1726).

162. *Ryder v. Wombwell* [1868] L.R. 4 Ex. 32, at 38.

163. (1740) 2 Atk. 34.

ник може да изабере да ли ће се придржавати његових одредби или не. Међутим, постоје одређени изузеци од овог правила. Прво, две врсте уговора су извршиве против малолетника: уговори о „неопходним стварима" и уговори о шегртовању, запослењу и служби. Друго, одређене врсте уговора су важеће, осим ако их малолетник не одбије. Треба напоменути да чак и неизвршиви уговор може имати неке правне последице. Без дубље анализе, треба напоменути још два ограничења у вези са изузетком. Прво, Закон о продаји робе из 1979. године такође јасно наводи да роба која се испоручује малолетнику мора бити прилагођена „његовим стварним потребама у време продаје и испоруке". Ово прави разлику између онога што малолетнику може бити потребно и онога што том малолетнику заправо треба у време закључења уговора. Друго, чак ни уговор о потрепштинама неће бити извршан против малолетника ако садржи строге и теретне услове – мора, у суштини, бити у корист малолетника. Закон о продаји робе из 1979. године предвиђа да када се потрепштине продају и испоручују малолетнику, он мора платити разумну цену за њих. Други изузетак од општег правила да су уговори које су закључили малолетници ништави примењује се када је малолетник везан уговорима о раду, шегртовању или услугама. Поново, образложење је да је малолетнику корисно да закључи уговор који пружа обуку у вештинама које ће бити потребне у одраслом добу. Уговор неће бити обавезујући ако је репресиван по својим условима. Судови су нагласили да предметни уговор малолетника треба тумачити у целини.[87]

2.1.4. Естонија

У Естонији лица која су навршила 18 година (пунолетна лица) имају потпуну пословну способност. Лица млађа од 18 година (малолетници) и лица која су због душевне болести, менталне инвалидности или другог менталног поремећаја трајно неспособна да разумеју или управљају својим поступцима, имају ограничену пословну способност. Ако је пунолетном лицу постављен старатељ, његова ограничена пословна способност се претпоставља. Ограничена активна пословна способност малолетника од најмање 15 година може се продужити од стране суда ако је то у интересу малолетника и ако ниво развоја малолетника то дозвољава. Суд одређује трансакције, тј. правне послове које малолетник може самостално да обавља. Сагласност законског заступника није потребна за продужење, посебно ако је одбијање давања сагласности очигледно супротно интересима малолетника.[88] Лице са ограниченом активном пословном способношћу може и само бити заступник, осим у случају заступања које произлази из закона. Ограничена пословна способност може се проширити посебно у вези са склапањем брака, мада се то не дешава аутоматски као када је претходна редакција Грађанског законика

87 R. Probert, M. Harding, *op. cit.*, стр. 52.
88 Чл. 9 Грађанског законика Естоније.

the condition in life of the minor'.[164] However, even though it was a relative concept, it was not an indefinitely expandable one. One senses the note of judicial disapproval in comments such as 'Balls and Serenadoes at Night must not be accounted Necessaries' or 'Satin, with Silver and Gold Lace, etc., are not necessary Apparel for a Gentleman'.[165] What are considered necessaries can evolve with the times and could today include high value items such as smartphones, tablets and PCs.

74. Two further constraints on the exception should be noted. First, the Sale of Goods Act 1979 also makes clear that the goods supplied to a minor must be suited to 'his actual requirements at the time of sale and delivery'.[166] This draws a distinction between what a minor might need, and what that particular minor actually needs at the time of the contract. Second, even a contract for necessaries will not be enforceable against a minor if it contains harsh and onerous terms; it must, on balance, be for the benefit of the minor. The Sale of Goods Act 1979 provides that 'where necessaries are sold and delivered to a minor … he must pay a reasonable price for them'.[167]

75. The second exception to the general rule that contracts entered into by minors are voidable applies when a minor is bound by contracts of employment, apprenticeship, or service. Again, the rationale is that it is beneficial to the minor to enter into a contract that provides training in skills that will be needed in adulthood (although in some of the older cases the benefit to the poorer children of the parish, apprenticed by the parish authorities, may not be immediately obvious).

The contract will not be binding if it is oppressive in its terms. The courts have stressed that the contract in question should be construed as a whole. As it was pointed out in *De Francesco v. Barnum*, 'it is obvious that the contract of apprenticeship or the contract of labour must, like any other contract, contain some stipulations for the benefit of the one contracting party, and some for the benefit of the other'.[168] The question for the court is not whether every term of the contract is for the benefit of the minor, but whether the effect of the contract, viewed as a whole, will be for the benefit of the minor.[169]

76. The exception has been held in more recent times to extend by analogy to contracts that enable the minor to earn a living. Courts have on this basis upheld a contract between a boxer and the British Boxing Board of Control,[170] a contract between a minor and a publisher for the publication of the minor's memoirs[171] and a contract between a group of musicians (The Kinks) and a company that was to act

164. *Sale of Goods Act* 1979, s. 3(3).
165. *The Infants Lawyer*, 166, 167.
166. *Sale of Goods Act* 1979, s. 3(3).
167. *Ibid.*, s. 3(2).
168. (1890) 45 Ch. D. 430, at 439.
169. See also *Clements v. London and North Western Railway Co* [1894] 2 QB 482.
170. *Doyle v. White City Stadium* [1935] 1 KB 110.
171. *Chaplin v. Leslie Frewin (Publishers) Ltd* [1966] Ch. 71.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Table of Contents

The Authors 3
List of Abbreviations 9
Preface 11
General Introduction 13

§1. General Background of the Country (Including Demographic Data) 13
§2. Historical Background of Family and Succession Law 19
§3. Sources of Family and Succession Law 21
I. Constitution 21
II. Legislation 23
A. The Civil Code 23
B. Basic Tenets of Civil Law 25
1. Objects 25
2. Transactions 26
3. Format of Transaction 27
4. Invalidity of Transaction 28
5. Conditional Transaction and Consent 29
6. Representation and Liability 30
7. Term and Expiry 33
C. Principles of Conflict of Laws 36
1. General Principles 36
2. Principles on Succession and Family Law 38
III. Treaties 40
IV. Jurisprudence (Case Law) 41
§4. The Courts Administering Family and Succession Law 41

Selected Bibliography 43
Part I. Persons 53
Chapter 1. The Status of a Person 53

§1. Definition of a Person 53
§2. Capacity 54
§3. Absentees 56

ник може да изабере да ли ће се придржавати његових одредби или не. Међутим, постоје одређени изузеци од овог правила. Прво, две врсте уговора су извршиве против малолетника: уговори о „неопходним стварима" и уговори о шегртовању, запослењу и служби. Друго, одређене врсте уговора су важеће, осим ако их малолетник не одбије. Треба напоменути да чак и неизвршиви уговор може имати неке правне последице. Без дубље анализе, треба напоменути још два ограничења у вези са изузетком. Прво, Закон о продаји робе из 1979. године такође јасно наводи да роба која се испоручује малолетнику мора бити прилагођена „његовим стварним потребама у време продаје и испоруке". Ово прави разлику између онога што малолетнику може бити потребно и онога што том малолетнику заправо треба у време закључења уговора. Друго, чак ни уговор о потрепштинама неће бити извршан против малолетника ако садржи строге и теретне услове – мора, у суштини, бити у корист малолетника. Закон о продаји робе из 1979. године предвиђа да када се потрепштине продају и испоручују малолетнику, он мора платити разумну цену за њих. Други изузетак од општег правила да су уговори које су закључили малолетници ништави примењује се када је малолетник везан уговорима о раду, шегртовању или услугама. Поново, образложење је да је малолетнику корисно да закључи уговор који пружа обуку у вештинама које ће бити потребне у одраслом добу. Уговор неће бити обавезујући ако је репресиван по својим условима. Судови су нагласили да предметни уговор малолетника треба тумачити у целини.[87]

2.1.4. Естонија

У Естонији лица која су навршила 18 година (пунолетна лица) имају потпуну пословну способност. Лица млађа од 18 година (малолетници) и лица која су због душевне болести, менталне инвалидности или другог менталног поремећаја трајно неспособна да разумеју или управљају својим поступцима, имају ограничену пословну способност. Ако је пунолетном лицу постављен старатељ, његова ограничена пословна способност се претпоставља. Ограничена активна пословна способност малолетника од најмање 15 година може се продужити од стране суда ако је то у интересу малолетника и ако ниво развоја малолетника то дозвољава. Суд одређује трансакције, тј. правне послове које малолетник може самостално да обавља. Сагласност законског заступника није потребна за продужење, посебно ако је одбијање давања сагласности очигледно супротно интересима малолетника.[88] Лице са ограниченом активном пословном способношћу може и само бити заступник, осим у случају заступања које произлази из закона. Ограничена пословна способност може се проширити посебно у вези са склапањем брака, мада се то не дешава аутоматски као када је претходна редакција Грађанског законика

87 R. Probert, M. Harding, *op. cit.*, стр. 52.

88 Чл. 9 Грађанског законика Естоније.

A legal person in private law has articles of association or, in the cases provided by law, a partnership agreement (TsÜS §28(1)). The requirements concerning this basic document are set in other legal acts.

1. TsÜS §27(1). 'The memorandum of association or foundation resolution of a legal person in private law is deemed to be valid after the entry of the legal person in the register, even if the memorandum was entered into or the resolution was adopted under circumstances rendering the memorandum or resolution void. The memorandum of association or foundation resolution of a legal person in private law is not repealed after the legal person has been entered in the register.' TsÜS §27(2).

§2. Capacity

75. Only natural persons may have active legal capacity, i.e., 'the capacity to enter independently into valid transactions' (TsÜS §8(1)).

> Persons who have attained 18 years of age (adults) have full active legal capacity. Persons who are under 18 years of age (minors) and persons who due to mental illness, mental disability or other mental disorder are permanently unable to understand or direct their actions, have restricted active legal capacity.[1]

If a guardian is appointed to an adult, his or her restricted active capacity is presumed.

1. TsÜS §8(2). The concept of natural persons without active legal capacity, present in the former TsÜS, has been abandoned.

76. 'Restricted active legal capacity of a minor of at least 15 years of age may be extended by a court if this is in the interests of the minor and the level of development of the minor so permits.' The court determines the transactions which the minor is independently permitted make. The consent of the legal representative is not necessary for an extension, particularly if refusal to grant consent is clearly contrary to the interests of the minor (TsÜS §9(1;2)). A person with restricted active legal capacity may also be a representative himself, except in the case of representation arising from law (TsÜS §24).

The restricted legal capacity may be extended particularly in connection with marriage though it does not happen automatically as when the previous redaction of TsÜS was valid. However, a minor may conclude and sign employment contracts (and has to do it in person), and is liable for criminal offences starting from the age of fourteen (Penal Code(KarS) §33). Contrarily, a minor does not sign his or her passport.

A court may also revoke, with good reason, the extension of the restricted active legal capacity of a minor in full or in part.[1]

1. TsÜS §9(3). This is not possible if the person has been granted extended restricted active legal capacity due to concluding a marriage.

77. Unilateral transactions made by a person with restricted active legal capacity without the prior consent of his or her legal representative are void (TsÜS §10).

ка била важећа. Међутим, малолетник може закључивати и потписивати уговоре о раду (и мора то учинити лично) и одговоран је за кривична дела почев од четрнаест година.[89] Суд, такође, може са оправданим разлогом опозвати продужење ограничене активне пословне способности малолетника у потпуности или делимично. Између осталог, то значи да таква особа не може саставити тестамент без сагласности заступника. Правни посао који је закључило лице са ограниченом активном пословном способношћу без претходне сагласности свог законског заступника је ништав, осим ако законски заступник накнадно не ратификује правни посао. Ако лице стекне потпуну активну пословну способност након закључења правног посла, може сам да га ратификује. Правни посао који је закључило лице са ограниченом пословном способношћу без претходне сагласности или накнадне потврде његовог законског заступника је важећи ако из правног посла не произлазе директне грађанске обавезе за то лице и ако је лице извршило правни посао средствима која су му додељена у ту сврху.[90] Ако законски заступник не да потврду у року од две недеље од пријема предлога друге стране у уговору, сматра се да законски заступник није ратификовао уговор. У таквом случају, друга страна може повући своју изјаву о намери у вези са закључењем уговора ако друга страна није знала нити је требало да зна да је пословна способност лица ограничена. У таквим случајевима, сматра се да изјава о намери није дата.[91] Ако заступник да сагласност за закључење уговора или ратификује уговор, претпоставља се да се сагласност или ратификација примењују и на све акте и изјаве о намери које се односе на уговор и његово извршење.[92] Једнострани уговори које је закључило малолетно лице млађе од седам година су ништави. Вишестрани уговори које је закључио малолетник млађи од седам година су ништави, осим ако он изврши уговор средствима која су му додељена у ту сврху или на слободно коришћење уз сагласност законског заступника.[93]

2.1.5. Чешка

Према чешком праву, способност појединца да стиче права и преузима обавезе кроз своје правне радње (пословна способност) утврђује се када достигне пунолетство, тј. постане пунолетан. Појединац стиче пунолетство када наврши 18 година.[94] Пре тог времена, пунолетство се може стећи само склапањем брака. Тако стечено пунолетство неће се

89 Чл. 33 Кривичног законика Естоније.
90 Чл. 1, ст. 3 Грађанског законика Естоније.
91 Чл. 11, ст. 4–6 Грађанског законика Естоније.
92 Чл. 11, ст. 2 Грађанског законика Естоније.
93 Tanel Kalmet, Piret Mõistlik, *IEL Family and Succession Law – IEstonia: Suppl. 43*, The Hague: Kluwer Law International, 2009, стр. 55.
94 У пракси се одредба о пунолетству тумачи на такав начин да лице навршава 18 година на почетку (тј. у 00:00 часова) дана који бројем и месецом одговара дану када је лице рођено пре 18 година.

A legal person in private law has articles of association or, in the cases provided by law, a partnership agreement (TsÜS §28(1)). The requirements concerning this basic document are set in other legal acts.

1. TsÜS §27(1). 'The memorandum of association or foundation resolution of a legal person in private law is deemed to be valid after the entry of the legal person in the register, even if the memorandum was entered into or the resolution was adopted under circumstances rendering the memorandum or resolution void. The memorandum of association or foundation resolution of a legal person in private law is not repealed after the legal person has been entered in the register.' TsÜS §27(2).

§2. Capacity

75. Only natural persons may have active legal capacity, i.e., 'the capacity to enter independently into valid transactions' (TsÜS §8(1)).

> Persons who have attained 18 years of age (adults) have full active legal capacity. Persons who are under 18 years of age (minors) and persons who due to mental illness, mental disability or other mental disorder are permanently unable to understand or direct their actions, have restricted active legal capacity.[1]

If a guardian is appointed to an adult, his or her restricted active capacity is presumed.

1. TsÜS §8(2). The concept of natural persons without active legal capacity, present in the former TsÜS, has been abandoned.

76. 'Restricted active legal capacity of a minor of at least 15 years of age may be extended by a court if this is in the interests of the minor and the level of development of the minor so permits.' The court determines the transactions which the minor is independently permitted make. The consent of the legal representative is not necessary for an extension, particularly if refusal to grant consent is clearly contrary to the interests of the minor (TsÜS §9(1;2)). A person with restricted active legal capacity may also be a representative himself, except in the case of representation arising from law (TsÜS §24).

The restricted legal capacity may be extended particularly in connection with marriage though it does not happen automatically as when the previous redaction of TsÜS was valid. However, a minor may conclude and sign employment contracts (and has to do it in person), and is liable for criminal offences starting from the age of fourteen (Penal Code(KarS) §33). Contrarily, a minor does not sign his or her passport.

A court may also revoke, with good reason, the extension of the restricted active legal capacity of a minor in full or in part.[1]

1. TsÜS §9(3). This is not possible if the person has been granted extended restricted active legal capacity due to concluding a marriage.

77. Unilateral transactions made by a person with restricted active legal capacity without the prior consent of his or her legal representative are void (TsÜS §10).

ка била важећа. Међутим, малолетник може закључивати и потписивати уговоре о раду (и мора то учинити лично) и одговоран је за кривична дела почев од четрнаест година.[89] Суд, такође, може са оправданим разлогом опозвати продужење ограничене активне пословне способности малолетника у потпуности или делимично. Између осталог, то значи да таква особа не може саставити тестамент без сагласности заступника. Правни посао који је закључило лице са ограниченом активном пословном способношћу без претходне сагласности свог законског заступника је ништав, осим ако законски заступник накнадно не ратификује правни посао. Ако лице стекне потпуну активну пословну способност након закључења правног посла, може сам да га ратификује. Правни посао који је закључило лице са ограниченом пословном способношћу без претходне сагласности или накнадне потврде његовог законског заступника је важећи ако из правног посла не проистичу директне грађанске обавезе за то лице и ако је лице извршило правни посао средствима која су му додељена у ту сврху.[90] Ако законски заступник не да потврду у року од две недеље од пријема предлога друге стране у уговору, сматра се да законски заступник није ратификовао уговор. У таквом случају, друга страна може повући своју изјаву о намери у вези са закључењем уговора ако друга страна није знала нити је требало да зна да је пословна способност лица ограничена. У таквим случајевима, сматра се да изјава о намери није дата.[91] Ако заступник да сагласност за закључење уговора или ратификује уговор, претпоставља се да се сагласност или ратификација примењују и на све акте и изјаве о намери које се односе на уговор и његово извршење.[92] Једнострани уговори које је закључило малолетно лице млађе од седам година су ништави. Вишестрани уговори које је закључио малолетник млађи од седам година су ништави, осим ако он изврши уговор средствима која су му додељена у ту сврху или на слободно коришћење уз сагласност законског заступника.[93]

2.1.5. Чешка

Према чешком праву, способност појединца да стиче права и преузима обавезе кроз своје правне радње (пословна способност) утврђује се када достигне пунолетство, тј. постане пунолетан. Појединац стиче пунолетство када наврши 18 година.[94] Пре тог времена, пунолетство се може стећи само склапањем брака. Тако стечено пунолетство неће се

89 Чл. 33 Кривичног законика Естоније.

90 Чл. 1, ст. 3 Грађанског законика Естоније.

91 Чл. 11, ст. 4–6 Грађанског законика Естоније.

92 Чл. 11, ст. 2 Грађанског законика Естоније.

93 Tanel Kalmet, Piret Mõistlik, *IEL Family and Succession Law – IEstonia: Suppl. 43*, The Hague: Kluwer Law International, 2009, стр. 55.

94 У пракси се одредба о пунолетству тумачи на такав начин да лице навршава 18 година на почетку (тј. у 00:00 часова) дана који бројем и месецом одговара дану када је лице рођено пре 18 година.

Inter alia, it means that such a person may not make a will without consent. A multilateral transaction entered into by a person with restricted active legal capacity without the prior consent of his or her legal representative is void unless the legal representative subsequently ratifies the transaction. If the person acquires full active legal capacity after entry into the transaction, he or she may ratify the transaction himself or herself.[1]

A transaction entered into by a person with restricted active legal capacity without the prior consent or subsequent ratification of his or her legal representative is valid if no direct civil obligations arise from the transaction for the person and if the person performed the transaction by means which were granted to him or her for such purpose or for free use with the consent of the legal representative (TsÜS §11(3)).

If a legal representative does not grant ratification within two weeks after receipt of a proposal made by the other party of the transaction, the legal representative is deemed not to have ratified the transaction. In such a case, the other party may withdraw his or her declaration of intention relating to the entry into the transaction if the other party did not know nor should have known that the active legal capacity of the person was restricted. In such cases, the declaration of intention is deemed not to have been made (TsÜS §11(4-6)).

1. TsÜS §11(1). 'If a representative grants consent to entry into a transaction or ratifies a transaction, the consent or ratification is presumed to apply also to all the acts and declarations of intention relating to the transaction and the performance thereof.' TsÜS §11(2).

78. Unilateral transactions made by a minor of less than seven years of age are void. A multilateral transaction entered into by a minor of less than seven years of age is void unless he or she performs the transaction by means which was granted to him or her for such purpose or for free use with the consent of the legal representative (TsÜS §12).

79.

A transaction which a person due to a temporary mental disorder or other circumstances enters into in a condition which precludes his or her ability to accurately assess the impact of the transaction on his or her interests (incapacity to exercise will) is void unless the person ratifies the transaction after cessation of the temporary mental disorder or other circumstances.

If the person does not refuse ratification within two weeks after receipt of the proposal the other party of the transaction has made, the person is deemed to have ratified the transaction. If the transaction entered into by a person under the circumstances specified is clearly harmful to him or her, the person is deemed to have entered into the transaction while incapacitated to exercise will.[1]

1. TsÜS §13. The incapacity may be presumed in the case of addiction to alcohol or drugs; otherwise it may mean a general recklessness or incapability to estimate the proportionality of acts or to understand the relationship between cause and result. Thus, there may be either cognitive defect or defect of will; if there is one of the defects, the exercise of will is inhibited. Liin, 63.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Czech Republic

by

Milana Hrušáková
Masaryk University, Brno, The Czech Republic

Update 2024 by

Lenka Westphalová & Renáta Šínová
Palacky University Olomouc

&

Zdeňka Králíčková & Lenka Dobešová
Masaryk University Brno

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of April 2025

2025

Wolters Kluwer

ка била важећа. Међутим, малолетник може закључивати и потписивати уговоре о раду (и мора то учинити лично) и одговоран је за кривична дела почев од четрнаест година.[89] Суд, такође, може са оправданим разлогом опозвати продужење ограничене активне пословне способности малолетника у потпуности или делимично. Између осталог, то значи да таква особа не може саставити тестамент без сагласности заступника. Правни посао који је закључило лице са ограниченом активном пословном способношћу без претходне сагласности свог законског заступника је ништав, осим ако законски заступник накнадно не ратификује правни посао. Ако лице стекне потпуну активну пословну способност након закључења правног посла, може сам да га ратификује. Правни посао који је закључило лице са ограниченом пословном способношћу без претходне сагласности или накнадне потврде његовог законског заступника је важећи ако из правног посла не произлазе директне грађанске обавезе за то лице и ако је лице извршило правни посао средствима која су му додељена у ту сврху.[90] Ако законски заступник не да потврду у року од две недеље од пријема предлога друге стране у уговору, сматра се да законски заступник није ратификовао уговор. У таквом случају, друга страна може повући своју изјаву о намери у вези са закључењем уговора ако друга страна није знала нити је требало да зна да је пословна способност лица ограничена. У таквим случајевима, сматра се да изјава о намери није дата.[91] Ако заступник да сагласност за закључење уговора или ратификује уговор, претпоставља се да се сагласност или ратификација примењују и на све акте и изјаве о намери које се односе на уговор и његово извршење.[92] Једнострани уговори које је закључило малолетно лице млађе од седам година су ништави. Вишестрани уговори које је закључио малолетник млађи од седам година су ништави, осим ако он изврши уговор средствима која су му додељена у ту сврху или на слободно коришћење уз сагласност законског заступника.[93]

2.1.5. Чешка

Према чешком праву, способност појединца да стиче права и преузима обавезе кроз своје правне радње (пословна способност) утврђује се када достигне пунолетство, тј. постане пунолетан. Појединац стиче пунолетство када наврши 18 година.[94] Пре тог времена, пунолетство се може стећи само склапањем брака. Тако стечено пунолетство неће се

89 Чл. 33 Кривичног законика Естоније.
90 Чл. 1, ст. 3 Грађанског законика Естоније.
91 Чл. 11, ст. 4–6 Грађанског законика Естоније.
92 Чл. 11, ст. 2 Грађанског законика Естоније.
93 Tanel Kalmet, Piret Mõistlik, *IEL Family and Succession Law – IEstonia: Suppl. 43*, The Hague: Kluwer Law International, 2009, стр. 55.
94 У пракси се одредба о пунолетству тумачи на такав начин да лице навршава 18 година на почетку (тј. у 00:00 часова) дана који бројем и месецом одговара дану када је лице рођено пре 18 година.

58. An important attribute of legal persons is their name that must be stated upon their establishment. As for protection and good reputation of a legal person's name, this is protected in a manner similar to that pertaining to natural persons.

An inevitable condition of establishing a legal person is also determining its residence.

Legal persons cease to exist, unless specified by a special legislation, by agreement, lapse of time or fulfilling the aim for which they were established. Legal entities filed in the Commercial Register cease to exist as a rule after being struck off from this register.

59. Acts in law of a legal entity are performed in all matters by those authorized to undertake them (management and agents), either on the basis of a foundation agreement, foundation deed or the law. Acts in law can also be performed on behalf of a legal entity by its employees or members if the legal entity's internal regulations so specify or if such employees or members customarily perform these acts. Should such persons exceed their authority, the rights and obligations hereby created will be attributed to the legal entity concerned only if the relevant act in law is related to the objectives of the legal entity's activities and only if the other party could not have been aware of the excess.[38]

§2. Capacity

60. The capacity of an individual to acquire rights and assume obligations through his/her own acts in law (legal capacity) is established when he/she attains majority (i.e., comes of age).

An individual attains majority upon reaching the age of 18. Prior to this time, majority can be acquired by marrying. Majority so acquired will not be lost should the marriage be dissolved or pronounced invalid.[39]

In practice, the majority provision is interpreted in such a manner that a person attains 18 years of age at the beginning (i.e., 0.00 o'clock) of the day which corresponds by number and month to the day when the person was born 18 years ago.

61. Attaining full age by marrying expresses the principle of equality between spouses. However, the legal status of a minor younger than 18 years is rather interesting. To simplify the matter, it can be said that a married spouse is legally capable in matters where the law generally requires full capacity to perform acts in law. Where the law requires expressly the age of 18, he/she may not act independently.

Thus a person of full age below 18 has no right to vote, may not apply for permission to carry on a business, a driving licence, he/she may not be served alcoholic drinks in a pub nor is he/she allowed to see an adult film in a cinema (i.e., as a rule an indecent film). He/she may, as either a buyer or a seller, make a contract of sale involving real estate, make a contract of credit amounting to millions (of course, if finding a bank willing to lend him/her the money), but he/she may not

38. *Ibid.*, §164.
39. *Ibid.*, §30.

изгубити уколико се брак разведе или прогласи неважећим. Стицање пунолетства склапањем брака изражава принцип једнакости између супружника. Венчани супружник пословно је способан у стварима где закон генерално захтева пуну способност за обављање правних радњи. Правни положај малолетника млађег од 18 година је прилично интересантан. Тамо где закон изричито захтева 18 година старости, он не може самостално да делује. Дакле, особа млађа од 18 година нема право гласа, не може да поднесе захтев за дозволу за обављање делатности, возачку дозволу, не смеју јој се служити алкохолна пића у кафани, нити јој је дозвољено да гледа филм за одрасле у биоскопу (тј. по правилу непристојан филм). Малолетник може, било као купац или продавац, да склопи уговор о продаји непокретности, да склопи уговор о кредиту у износу од милион круна (наравно, ако пронађе банку спремну да му позајми новац), али не може да склопи уговор са послодавцем о материјалној одговорности у раду мензе за запослене са месечним прометом од неколико хиљада круна, јер Закон о раду изричито захтева 18 година старости за склапање уговора о материјалној одговорности. Након 1950. године, чешки закон не садржи институт проглашења лица пунолетним од стране суда (*venia aetatis*).[95]

Особа се сматра малолетном док не наврши 18 година или не закључи брак између 16 и 18 година. Традиционално, основа правног статуса детета у чешком праву је садржана у породичном праву, иако су породични односи регулисани грађанским законицима или посебним породичним законицима, као што је уобичајено у источноевропским земљама. Заиста, породично право садржи, у поређењу са другим гранама права, најопсежније регулативне прописе о бројним важним правним питањима која се тичу детета. Основа правног статуса детета произлази из уставног права, јер рођењем свако људско биће постаје држављанин одређене државе. Признавање детета као грађанина (без обзира на његове године) аутоматски му даје сва грађанска права која ужива било који други (тј. одрасли) грађанин. Дете као људско биће и као грађанин државе подлеже правима и обавезама и као свака друга пунолетна особа може имати користи од њих или претрпети штету. Сва права дата Уставом, као и посебним прописима које је држава прописала за грађане, такође се тичу деце и односе се на њих. Што се тиче дугорочне незрелости детета и његове зависности од других (родитеља, друштва, државе итд.), поред основних грађанских права, деци се дају и посебна права по закону која се односе само на децу и служе њиховој заштити. Стога, може се чинити да је деци дато више права него пунолетним људима и та права су углавном заштитне природе. Ипак, велики део грађанских права није доступан деци у зависности од узраста у којем се стичање неких грађанских права даје (право на рад, право гласа, бирања). Закон,

95 Milana Hrušakova, Lenka Westphalova, *IEL Family and Succession Law – Czech Republic: Suppl. 56*, The Hague: Kluwer Law International, 2011, стр. 42.

58. An important attribute of legal persons is their name that must be stated upon their establishment. As for protection and good reputation of a legal person's name, this is protected in a manner similar to that pertaining to natural persons.

An inevitable condition of establishing a legal person is also determining its residence.

Legal persons cease to exist, unless specified by a special legislation, by agreement, lapse of time or fulfilling the aim for which they were established. Legal entities filed in the Commercial Register cease to exist as a rule after being struck off from this register.

59. Acts in law of a legal entity are performed in all matters by those authorized to undertake them (management and agents), either on the basis of a foundation agreement, foundation deed or the law. Acts in law can also be performed on behalf of a legal entity by its employees or members if the legal entity's internal regulations so specify or if such employees or members customarily perform these acts. Should such persons exceed their authority, the rights and obligations hereby created will be attributed to the legal entity concerned only if the relevant act in law is related to the objectives of the legal entity's activities and only if the other party could not have been aware of the excess.[38]

§2. Capacity

60. The capacity of an individual to acquire rights and assume obligations through his/her own acts in law (legal capacity) is established when he/she attains majority (i.e., comes of age).

An individual attains majority upon reaching the age of 18. Prior to this time, majority can be acquired by marrying. Majority so acquired will not be lost should the marriage be dissolved or pronounced invalid.[39]

In practice, the majority provision is interpreted in such a manner that a person attains 18 years of age at the beginning (i.e., 0.00 o'clock) of the day which corresponds by number and month to the day when the person was born 18 years ago.

61. Attaining full age by marrying expresses the principle of equality between spouses. However, the legal status of a minor younger than 18 years is rather interesting. To simplify the matter, it can be said that a married spouse is legally capable in matters where the law generally requires full capacity to perform acts in law. Where the law requires expressly the age of 18, he/she may not act independently.

Thus a person of full age below 18 has no right to vote, may not apply for permission to carry on a business, a driving licence, he/she may not be served alcoholic drinks in a pub nor is he/she allowed to see an adult film in a cinema (i.e., as a rule an indecent film). He/she may, as either a buyer or a seller, make a contract of sale involving real estate, make a contract of credit amounting to millions (of course, if finding a bank willing to lend him/her the money), but he/she may not

38. *Ibid.*, §164.
39. *Ibid.*, §30.

изгубити уколико се брак разведе или прогласи неважећим. Стицање пунолетства склапањем брака изражава принцип једнакости између супружника. Венчани супружник пословно је способан у стварима где закон генерално захтева пуну способност за обављање правних радњи. Правни положај малолетника млађег од 18 година је прилично интересантан. Тамо где закон изричито захтева 18 година старости, он не може самостално да делује. Дакле, особа млађа од 18 година нема право гласа, не може да поднесе захтев за дозволу за обављање делатности, возачку дозволу, не смеју јој се служити алкохолна пића у кафани, нити јој је дозвољено да гледа филм за одрасле у биоскопу (тј. по правилу непристојан филм). Малолетник може, било као купац или продавац, да склопи уговор о продаји непокретности, да склопи уговор о кредиту у износу од милион круна (наравно, ако пронађе банку спремну да му позајми новац), али не може да склопи уговор са послодавцем о материјалној одговорности у раду мензе за запослене са месечним прометом од неколико хиљада круна, јер Закон о раду изричито захтева 18 година старости за склапање уговора о материјалној одговорности. Након 1950. године, чешки закон не садржи институт проглашења лица пунолетним од стране суда (*venia aetatis*).[95]

Особа се сматра малолетном док не наврши 18 година или не закључи брак између 16 и 18 година. Традиционално, основа правног статуса детета у чешком праву је садржана у породичном праву, иако су породични односи регулисани грађанским законицима или посебним породичним законицима, као што је уобичајено у источноевропским земљама. Заиста, породично право садржи, у поређењу са другим гранама права, најопсежније регулативне прописе о бројним важним правним питањима која се тичу детета. Основа правног статуса детета произлази из уставног права, јер рођењем свако људско биће постаје држављанин одређене државе. Признавање детета као грађанина (без обзира на његове године) аутоматски му даје сва грађанска права која ужива било који други (тј. одрасли) грађанин. Дете као људско биће и као грађанин државе подлеже правима и обавезама и као свака друга пунолетна особа може имати користи од њих или претрпети штету. Сва права дата Уставом, као и посебним прописима које је држава прописала за грађане, такође се тичу деце и односе се на њих. Што се тиче дугорочне незрелости детета и његове зависности од других (родитеља, друштва, државе итд.), поред основних грађанских права, деци се дају и посебна права по закону која се односе само на децу и служе њиховој заштити. Стога, може се чинити да је деци дато више права него пунолетним људима и та права су углавном заштитне природе. Ипак, велики део грађанских права није доступан деци у зависности од узраста у којем се стицање неких грађанских права даје (право на рад, право гласа, бирања). Закон,

95 Milana Hrušakova, Lenka Westphalova, *IEL Family and Succession Law – Czech Republic: Suppl. 56*, The Hague: Kluwer Law International, 2011, стр. 42.

make an agreement with his/her employer on a material responsibility in operating a canteen for employees with a monthly turnover of a few thousand crowns as the Labour Law expressly requires the age of 18 for making a material responsibility agreement.

In the case of a court's granting of legal capacity, this is an addition or remission of years (venia aetatis). The law in this matter provides that if a minor who is not fully competent (or his/her legal guardian) proposes that the court grant him/her legal capacity, the court shall grant the proposal if the minor has reached the age of 16, if his/her ability to support himself/herself and to provide for his/her own affairs is proven and if the minor's legal guardian agrees with the proposal (§37 of the Civil Code). In other cases, the court shall grant the application if it is in the minor's best interests for serious reasons. These other cases may be any situation. The only condition to be insisted upon (in relation to the court's proposal) is the minor's ability to support himself or herself and to provide for his or her own affairs on a regular basis. Otherwise, the legislation would be meaningless. The procedure is regulated by the Special Proceedings Act (§466 of the Code of Criminal Procedure).

I. Minors in Czech Law

62. Full legal capacity means that a person is capable of fully acquiring rights for himself or herself by his or her own legal actions and of fully committing himself or herself to obligations (§15(2) of the Civil Code). As a rule of thumb, the law provides that a person becomes fully competent by reaching the age of majority, which is attained by reaching the age of 18 (§30(1) of the Civil Code). Prior to that age, full legal capacity is acquired by conferral of legal capacity (§37 of the Civil Code) or by marriage. Until that time, the person is a minor.

A basis of the legal status of a child derives from constitutional law, as at birth every human being becomes a citizen of a particular state. Recognizing a child to be a citizen (regardless of his/her age) automatically grants him/her entire civil rights enjoyed by any other (i.e., adult) citizen. A child, as a human being and as a citizen of a state, is subject to rights and obligations, and as any other person of full age, he/she may benefit from them or suffer an injury. Entire rights given under the Constitution, as well as in special regulations stipulated by the state for citizens, also concern children and pertain to them.

Regarding the long-term immaturity of a child and its dependence on others (the parents, the society, the state, etc.), in addition to fundamental civil rights, children are also granted special rights under law pertaining to children only and serving to protect them. Thus, children may seem to be granted more rights than people of age. These special rights are mostly of a protective nature; active and positive rights are expressed much less frequently. Besides, civil rights for citizens are intended first of all for adult citizens. A great part of these rights is not available for children in regard to the age at which acquisition of some civil rights is granted (right to work, right to vote and to be elected, etc.).

The fact that a child does not exercise his/her rights by himself/herself makes one presume that a child may be an object of a legal relationship, namely, at the instant when a child is discussed and dealt with by adults. However, dealing 'with' a child

изгубити уколико се брак разведе или прогласи неважећим. Стицање пунолетства склапањем брака изражава принцип једнакости између супружника. Венчани супружник пословно је способан у стварима где закон генерално захтева пуну способност за обављање правних радњи. Правни положај малолетника млађег од 18 година је прилично интересантан. Тамо где закон изричито захтева 18 година старости, он не може самостално да делује. Дакле, особа млађа од 18 година нема право гласа, не може да поднесе захтев за дозволу за обављање делатности, возачку дозволу, не смеју јој се служити алкохолна пића у кафани, нити јој је дозвољено да гледа филм за одрасле у биоскопу (тј. по правилу непристојан филм). Малолетник може, било као купац или продавац, да склопи уговор о продаји непокретности, да склопи уговор о кредиту у износу од милион круна (наравно, ако пронађе банку спремну да му позајми новац), али не може да склопи уговор са послодавцем о материјалној одговорности у раду мензе за запослене са месечним прометом од неколико хиљада круна, јер Закон о раду изричито захтева 18 година старости за склапање уговора о материјалној одговорности. Након 1950. године, чешки закон не садржи институт проглашења лица пунолетним од стране суда (*venia aetatis*).[95]

Особа се сматра малолетном док не наврши 18 година или не закључи брак између 16 и 18 година. Традиционално, основа правног статуса детета у чешком праву је садржана у породичном праву, иако су породични односи регулисани грађанским законицима или посебним породичним законицима, као што је уобичајено у источноевропским земљама. Заиста, породично право садржи, у поређењу са другим гранама права, најопсежније регулативне прописе о бројним важним правним питањима која се тичу детета. Основа правног статуса детета произлази из уставног права, јер рођењем свако људско биће постаје држављанин одређене државе. Признавање детета као грађанина (без обзира на његове године) аутоматски му даје сва грађанска права која ужива било који други (тј. одрасли) грађанин. Дете као људско биће и као грађанин државе подлеже правима и обавезама и као свака друга пунолетна особа може имати користи од њих или претрпети штету. Сва права дата Уставом, као и посебним прописима које је држава прописала за грађане, такође се тичу деце и односе се на њих. Што се тиче дугорочне незрелости детета и његове зависности од других (родитеља, друштва, државе итд.), поред основних грађанских права, деци се дају и посебна права по закону која се односе само на децу и служе њиховој заштити. Стога, може се чинити да је деци дато више права него пунолетним људима и та права су углавном заштитне природе. Ипак, велики део грађанских права није доступан деци у зависности од узраста у којем се стицање неких грађанских права даје (право на рад, право гласа, бирања). Закон,

95 Milana Hrušakova, Lenka Westphalova, *IEL Family and Succession Law – Czech Republic: Suppl. 56*, The Hague: Kluwer Law International, 2011, стр. 42.

make an agreement with his/her employer on a material responsibility in operating a canteen for employees with a monthly turnover of a few thousand crowns as the Labour Law expressly requires the age of 18 for making a material responsibility agreement.

In the case of a court's granting of legal capacity, this is an addition or remission of years (venia aetatis). The law in this matter provides that if a minor who is not fully competent (or his/her legal guardian) proposes that the court grant him/her legal capacity, the court shall grant the proposal if the minor has reached the age of 16, if his/her ability to support himself/herself and to provide for his/her own affairs is proven and if the minor's legal guardian agrees with the proposal (§37 of the Civil Code). In other cases, the court shall grant the application if it is in the minor's best interests for serious reasons. These other cases may be any situation. The only condition to be insisted upon (in relation to the court's proposal) is the minor's ability to support himself or herself and to provide for his or her own affairs on a regular basis. Otherwise, the legislation would be meaningless. The procedure is regulated by the Special Proceedings Act (§466 of the Code of Criminal Procedure).

I. Minors in Czech Law

62. Full legal capacity means that a person is capable of fully acquiring rights for himself or herself by his or her own legal actions and of fully committing himself or herself to obligations (§15(2) of the Civil Code). As a rule of thumb, the law provides that a person becomes fully competent by reaching the age of majority, which is attained by reaching the age of 18 (§30(1) of the Civil Code). Prior to that age, full legal capacity is acquired by conferral of legal capacity (§37 of the Civil Code) or by marriage. Until that time, the person is a minor.

A basis of the legal status of a child derives from constitutional law, as at birth every human being becomes a citizen of a particular state. Recognizing a child to be a citizen (regardless of his/her age) automatically grants him/her entire civil rights enjoyed by any other (i.e., adult) citizen. A child, as a human being and as a citizen of a state, is subject to rights and obligations, and as any other person of full age, he/she may benefit from them or suffer an injury. Entire rights given under the Constitution, as well as in special regulations stipulated by the state for citizens, also concern children and pertain to them.

Regarding the long-term immaturity of a child and its dependence on others (the parents, the society, the state, etc.), in addition to fundamental civil rights, children are also granted special rights under law pertaining to children only and serving to protect them. Thus, children may seem to be granted more rights than people of age. These special rights are mostly of a protective nature; active and positive rights are expressed much less frequently. Besides, civil rights for citizens are intended first of all for adult citizens. A great part of these rights is not available for children in regard to the age at which acquisition of some civil rights is granted (right to work, right to vote and to be elected, etc.).

The fact that a child does not exercise his/her rights by himself/herself makes one presume that a child may be an object of a legal relationship, namely, at the instant when a child is discussed and dealt with by adults. However, dealing 'with' a child

по правилу, предвиђа посебну заштиту детета применом института старатељства. Пунолетним лицима и државним органима намеђу се разне посебне обавезе у односу на децу које суштински помажу у остваривању права детета, не третирајући их као објекат права, већ као равноправни субјект.[96] Дете не може самостално да делује или да доноси одлуке, иако је по закону дете експлицитно овлашћено да се обрати, без знања родитеља, државним органима како би затражило помоћ. Ово право у пракси зависи од узраста детета и чињенице да дете схвата потребу за интервенцијом или помоћи државних органа. Посебна одлика чешког права је да различите старосне границе или категорије деце с обзиром на њихов правни статус нису признате. Ако закон користи термин дете, често се наводи само малолетно дете, без постојања категорија малолетника. Кривично право прави разлику између малолетне деце до 15 година и младих особа између 15 и 18 година. Термин млада особа се користи и у радном праву, означавајући малолетног запосленог.[97]

Историјски посматрано, што се тиче способности за обављање правних радњи, Грађански законик из 1911. године је признавао децу као особе до седам година, млађе од 14 година, односно особе до 14 година и малолетнике, односно особе које још нису навршиле 21 годину. Такође, Грађански законик из 1950. године решио је питање способности малолетника да обављају правне радње прописивањем старосних граница. Деца до 6 година била су апсолутно неспособна да обављају правне радње, деца између 6 и 18 година имала су способност да обављају само оне правне радње које су искључиво у интересу њихове добробити и да склапају уговоре који су одмах испуњени и који су примерени њиховом узрасту. Међутим, Грађански законик из 1964. године није преузео ово правило ослањајући се само на веома опште правило. Малолетници су имали способност да обављају правне радње само ако је природа таквих радњи одговарала нивоу менталног и моралног развоја њиховог узраста. Изузетно широк правни стандард „ако природа таквих радњи одговара менталном и моралном нивоу развоја њиховог узраста" треба схватити објективно, односно сваки случај се мора разматрати не у смислу индивидуалне, менталне зрелости (која обухвата ниво размишљања и одлучивања) одређеног малолетника, већ у складу са нивоом менталног развоја који се очекује код малолетника одређеног узраста. Занимљиво је и од великог значаја за праксу, да се нуде конкретни примери правних послова које малолетник може да заснује. Природа правног чина се разматра у овом смислу, као и врста стечене

96 Овде се јавља још један проблем: у настојању да се спречи да дете буде „објекат" својих родитеља или других одраслих, оно самим тим не постаје „објекат" државних органа, односно судова или органа државне управе надлежних за заштиту права детета. Малолетно дете, које нема пуну пословну способност, увек заступају његови законски заступници који делују у његово име, односно државни органи који делују у име државе.

97 M. Hrušakova, L. Westphalova, *op. cit.*, стр. 44.

is not the same as dealing with an object, and the law, as a rule, provides for special protection of a child employing the institute of custodianship.

63. People of age and state authorities are imposed various special obligations in relation to children which essentially help in carrying out the child's rights, not treating them as an object of rights but as an equal subject. Another problem arises here: in the effort to prevent the child from being an 'object' of their parents or other adults, he/she, as a result, does not become an 'object' of state authorities, namely, courts or state administration authorities responsible for the child's rights protection. The whole matter seems to be very difficult and complex, as a minor child, not enjoying full capacity in acts in law, is always represented by his/her statutory representatives acting in his/her name, or state authorities, acting in the name of the state, respectively.

64. Under the law, a child is generally recognized as enjoying a protective status enabling him/her, with respect to his/her activities and conduct, to escape the consequences normally borne by adults. At the same time, a child is granted certain advantages and is protected from possible irresponsible or inappropriate behaviour and decisions of the adults. This status also has certain disadvantages for the child because some 'advantages' available to adults are not in fact available to children without the consent or action taken by their statutory representatives; a child cannot act independently or make a choice on his/her own. Even though under the law a child is explicitly entitled to address, without the parents being aware, state authorities in order to ask for help. This right is in practice dependent on the child's age and the fact that the child realizes the necessity of intervention or help from state authorities.

65. Various age limits or categories of children in view of their legal status are not recognized under Czech law. If the law uses the term child, it often specifies only a minor child, or this fact may be detected from an order of the relevant provision as stipulated by law, which may raise doubts in some particular cases.
If the law uses only the word child, as a rule, it has in mind the relationship between a parent and a child, regardless of the child's majority.

66. Criminal law distinguishes between minor children up to 15 years and young persons between 15 and 18 years.
The term young person is used in labour law too, denoting a minor employee.

II. Child as an Expression of Relationship

67. The term child is also used in law in relation to predecessors and descendants. In this sense, the question of full age is legally irrelevant. A child born in wedlock, out of wedlock and an adoptive child are all deemed children.

68. For the purpose of the legal rules governing social security, labour law, criminal law, protection of minor children and a number of others, as well as in

по правилу, предвиђа посебну заштиту детета применом института старатељства. Пунолетним лицима и државним органима намеђу се разне посебне обавезе у односу на децу које суштински помажу у остваривању права детета, не третирајући их као објекат права, већ као равноправни субјект.[96] Дете не може самостално да делује или да доноси одлуке, иако је по закону дете експлицитно овлашћено да се обрати, без знања родитеља, државним органима како би затражило помоћ. Ово право у пракси зависи од узраста детета и чињенице да дете схвата потребу за интервенцијом или помоћи државних органа. Посебна одлика чешког права је да различите старосне границе или категорије деце с обзиром на њихов правни статус нису признате. Ако закон користи термин дете, често се наводи само малолетно дете, без постојања категорија малолетника. Кривично право прави разлику између малолетне деце до 15 година и младих особа између 15 и 18 година. Термин млада особа се користи и у радном праву, означавајући малолетног запосленог.[97]

Историјски посматрано, што се тиче способности за обављање правних радњи, Грађански законик из 1911. године је признавао децу као особе до седам година, млађе од 14 година, односно особе до 14 година и малолетнике, односно особе које још нису навршиле 21 годину. Такође, Грађански законик из 1950. године решио је питање способности малолетника да обављају правне радње прописивањем старосних граница. Деца до 6 година била су апсолутно неспособна да обављају правне радње, деца између 6 и 18 година имала су способност да обављају само оне правне радње које су искључиво у интересу њихове добробити и да склапају уговоре који су одмах испуњени и који су примерени њиховом узрасту. Међутим, Грађански законик из 1964. године није преузео ово правило ослањајући се само на веома опште правило. Малолетници су имали способност да обављају правне радње само ако је природа таквих радњи одговарала нивоу менталног и моралног развоја њиховог узраста. Изузетно широк правни стандард „ако природа таквих радњи одговара менталном и моралном нивоу развоја њиховог узраста" треба схватити објективно, односно сваки случај се мора разматрати не у смислу индивидуалне, менталне зрелости (која обухвата ниво размишљања и одлучивања) одређеног малолетника, већ у складу са нивоом менталног развоја који се очекује код малолетника одређеног узраста. Занимљиво је и од великог значаја за праксу, да се нуде конкретни примери правних послова које малолетник може да заснује. Природа правног чина се разматра у овом смислу, као и врста стечене

96 Овде се јавља још један проблем: у настојању да се спречи да дете буде „објекат" својих родитеља или других одраслих, оно самим тим не постаје „објекат" државних органа, односно судова или органа државне управе надлежних за заштиту права детета. Малолетно дете, које нема пуну пословну способност, увек заступају његови законски заступници који делују у његово име, односно државни органи који делују у име државе.

97 M. Hrušakova, L. Westphalova, *op. cit.*, стр. 44.

80–83

Chapter 3. Personality Rights

§1. General

80. Under private law, a child may be subject to any legal relationship like any other person. The issue of enforcing the child's rights arising from any particular act in law is, of course, a question of his/her capacity to perform acts in law, that is, rather that of his/her statutory representatives, that is, his/her parents, adoptive parents, a guardian, and to a limited extent that of a foster parent, a person, in whose care the child was placed, or that of a custodian.

81. A minor child, like any other individual, has the right to protection of his/her personality, in particular his/her life and health, civic honour and human dignity, as well as his/her privacy (good) name and expressions of personal nature.[44] The text of the law, demonstrating some examples, also allows the right to personal freedom protection, to free movement and residence to be included on this list.

82. An individual has a particular right to demand that there be no unjustified interference in his/her personal rights, that the consequences of such interference be eliminated and that appropriate satisfaction be rendered.

Should the satisfaction mentioned above prove insufficient, in particular due to the fact that the individual's dignity or reputation in society was diminished to a significant extent, the individual concerned also has the right to monetary compensation of such non-proprietary detriment.

§2. Capacity of Minors to Perform Acts in Law

83. In view of the capacity to perform acts in law, the ABGB 1811 recognized children as being up to 7 years of age, juniors, that is, persons up to 14 and minors, that is, persons who have not yet attained the age of 21.

Also, the Civil Code 1950 resolved the issue of minors' capacity to perform acts in law by stipulating age limits. Children up to 6 years of age were absolutely incapable of performing acts in law; children between 6 and 18 possessed capacity to perform only such acts in law that were exclusively promoting their welfare and to make contracts that were fulfilled immediately and were appropriate to their age.

The Civil Code 1964 did not take over this rule, relying on a very general rule only. Minors possessed the capacity to perform acts in law only if the nature of such acts corresponded to the mental and moral development level of their age.[45] The legal criterion 'if the nature of such acts corresponds to the mental and moral development level of their age' should be understood objectively; that is, each case must be considered not in view of an individual mental maturity (comprising the level of thinking and determining) of a particular minor but consistent with the level of mental development as expected in a minor of a certain age. The nature of an act in law

44. Civil Code §11.
45. *Ibid.*, 1964, §9.

ствари (нпр. малолетник нема капацитет да купи живог пса у продавници, али може купити белог миша или акваријумску рибицу), њена вредност, правне последице понашања малолетника и сл. Сматра се да такав приступ омогућава уравнотежен поглед и на интересе малолетника и на заштиту трећих лица која поступају са малолетником у доброј вери. На пример, малолетник поседује способност да предузима правне радње које искључиво доприносе његовој добробити, да закључује уговоре ако се они одмах извршавају и ако је њихов садржај примерен узрасту малолетника. Судска пракса је дошла до закључка да лице са 17 година (шегрт) може само да купи мали мотоцикл, под условом да је његова цена сразмерна његовим приходима и могућој уштеђевини.

Ако малолетници предузимају правне радње за које немају пословну способност, такве радње биће неважеће. На пример, судска пракса сматра да ако малолетни поверилац није имао способност да предузме правну радњу која укључује прихватање накнаде која произлази из уговора и друго лице, које није овлашћено да заступа малолетника у овој радњи, прихвати накнаду од дужника, дуг није намирен. Често се поставља питање да ли малолетник може законито примити поклон. Ако се малолетник, с обзиром на своје године, може сматрати пунолетним у односу на предметни правни чин, онда ће, наравно, поклон бити валидан. Ово ће важити и када малолетник прихвати значајну количину новца, акција итд., или прихвати привидну имовинску добит. Само када би прихватање поклона било повезано са тешким обавезама (нпр. поклоњена некретнина је оптерећена службеношћу доживотног коришћења трећег лица), ово би био правни чин који по својој природи није прикладан нивоу менталног развоја који одговара узрасту малолетника и стога би правни посао био ништав за малолетника. Ако би законски заступник прихватио поклон у име малолетника, морало би се испитати да ли поклон представља обичну ствар или не. У супротном случају, ако није у питању обична ствар, примање поклона у име малолетника морало би бити одобрено од стране суда. Ако малолетник нема способност да обавља одређене правне радње, ту правну радњу ће у његово име предузети његов законски заступник. Чешки закон не предвиђа правне радње малолетника уз претходну нити уз накнадну сагласност законског заступника. Такође, никако малолетник, након што постане пунолетан, не може накнадно одобрити правне радње које у његово име обавља његов законски заступник. Родитељи или усвојитељи су законски заступници под условом да имају родитељске обавезе. У рутинским стварима, као законски заступници могу деловати и хранитељ, лице коме је дете поверено, и старатељ. Ако родитељи нису законски заступници детета, ову улогу ће преузети старатељ кога је именовао суд. Грађански закон садржи прецизнију одредбу у дефинисању способности малолетника у вези са наслеђивањем. Малолетници који су навршили 15 година могу изразити своју последњу вољу само у облику нотарског записа, док мало-

84–87 Part I, Ch. 3

must be considered in this sense as well as the type of item acquired (e.g., a minor has no capacity to buy a live dog in a shop, but he/she can buy a white mouse or aquarium fish), its value, legal consequences of the minor's conduct, etc. Only such an approach enables a balanced view of both the minor's interests and of protecting third persons dealing with a minor in good faith.

84. Today, partial legal capacity is granted to children who are minors and who have not acquired full legal capacity by being granted it (§37 of the Civil Code) or by marriage (§30(2) of the Civil Code in conjunction with §656 of the Civil Code). In this case, it is thus necessary to proceed on the basis of:

- the general positive rule (§31 of the Civil Code);
- the general negative rule (§36 of the Civil Code);
- the provision governing the child's conduct with the consent of the legal representative (§32 of the Civil Code);
- special provisions governing the operation of a commercial establishment (§33 of the Civil Code);
- the provisions laying down the rules on dependent work (§§34 and 35 of the Civil Code); the law provides for the prohibition of dependent work by a minor under the age of 15 or a minor who has not completed compulsory schooling; however, such children are allowed to engage in artistic, cultural, advertising or sporting activities in accordance with a special regulation;
- other special provisions (§95 and 100 of the Civil Code, governing the principles of bodily integrity);
- from special regulations (e.g., §35 of the Health Act) or from international treaties (Article 6 of the Animal Breeding Convention).

85. The acquisition of legal capacity is, by its nature, gradual in relation to intellectual and voluntary maturity. This will be different for newborns, different for children of early school age, and different for secondary school children. However, unlike historical legislation, the law does not set out any age categories for children, e.g., children under 7, 8 to 15, or over 15. The general positive rule is expressed by a rebuttable presumption according to which every minor who has not acquired full legal capacity is presumed to be capable of legal actions of a nature appropriate to the mental and volitional maturity of minors of his or her age (§31 of the Civil Code). This is an objective concept which allows for counter-evidence and thus allows for the specifics of the particular child's intellectual and volitional maturity to be taken into account. The law thus guarantees, on the one hand, certainty and, on the other hand, respects the uniqueness and individuality of each child.

86. If a child has the capacity to perform a legal act, he acts alone, and the legal act is valid if it otherwise complies with the law.

87. However, if the child lacks the capacity to act, a legal representative, i.e., an *ex lege* representative, may act for the child:

ствари (нпр. малолетник нема капацитет да купи живог пса у продавници, али може купити белог миша или акваријумску рибицу), њена вредност, правне последице понашања малолетника и сл. Сматра се да такав приступ омогућава уравнотежен поглед и на интересе малолетника и на заштиту трећих лица која поступају са малолетником у доброј вери. На пример, малолетник поседује способност да предузима правне радње које искључиво доприносе његовој добробити, да закључује уговоре ако се они одмах извршавају и ако је њихов садржај примерен узрасту малолетника. Судска пракса је дошла до закључка да лице са 17 година (шегрт) може само да купи мали мотоцикл, под условом да је његова цена сразмерна његовим приходима и могућој уштеђевини.

Ако малолетници предузимају правне радње за које немају пословну способност, такве радње биће неважеће. На пример, судска пракса сматра да ако малолетни поверилац није имао способност да предузме правну радњу која укључује прихватање накнаде која произлази из уговора и друго лице, које није овлашћено да заступа малолетника у овој радњи, прихвати накнаду од дужника, дуг није намирен. Често се поставља питање да ли малолетник може законито примити поклон. Ако се малолетник, с обзиром на своје године, може сматрати пунолетним у односу на предметни правни чин, онда ће, наравно, поклон бити валидан. Ово ће важити и када малолетник прихвати значајну количину новца, акција итд., или прихвати привидну имовинску добит. Само када би прихватање поклона било повезано са тешким обавезама (нпр. поклоњена некретнина је оптерећена службеношћу доживотног коришћења трећег лица), ово би био правни чин који по својој природи није прикладан нивоу менталног развоја који одговара узрасту малолетника и стога би правни посао био ништав за малолетника. Ако би законски заступник прихватио поклон у име малолетника, морало би се испитати да ли поклон представља обичну ствар или не. У супротном случају, ако није у питању обична ствар, примање поклона у име малолетника морало би бити одобрено од стране суда. Ако малолетник нема способност да обавља одређене правне радње, ту правну радњу ће у његово име предузети његов законски заступник. Чешки закон не предвиђа правне радње малолетника уз претходну нити уз накнадну сагласност законског заступника. Такође, никако малолетник, након што постане пунолетан, не може накнадно одобрити правне радње које у његово име обавља његов законски заступник. Родитељи или усвојитељи су законски заступници под условом да имају родитељске обавезе. У рутинским стварима, као законски заступници могу деловати и хранитељ, лице коме је дете поверено, и старатељ. Ако родитељи нису законски заступници детета, ову улогу ће преузети старатељ кога је именовао суд. Грађански закон садржи прецизнију одредбу у дефинисању способности малолетника у вези са наслеђивањем. Малолетници који су навршили 15 година могу изразити своју последњу вољу само у облику нотарског записа, док мало-

a. the child's parent in the exercise of the duties and rights arising from parental responsibility (§892 of the Civil Code; cf. also the rules for resolving possible conflicts, §892 of the Civil Code, and disagreements between parents, §877 of the Civil Code);
b. guardianship (§929 of the Civil Code; cf. also guardianship by court order pursuant to §§934 et seq. of the Civil Code).

88. The general negative rule is that a minor who has not acquired full legal capacity is never, irrespective of the content of the other provisions, capable of acting independently in matters for which his or her legal guardian would also need the court's consent (§36 of the Civil Code). Even if the minor is capable of acting independently, the consequences of a legal act can only be made conditional on the consent of the legal guardian (§36(2) of the Civil Code).

89. The law also regulates the child's actions with the consent of the legal representative (§32 of the Civil Code). It is stipulated that if the legal guardian has given consent to a minor who has not acquired full legal capacity, in accordance with the customs of private life, to a certain legal act or to achieve a certain purpose (expressly or by implication, informally, in advance or after the fact – ratihabice), the minor is able to act legally on his or her own within the limits of the consent, unless this is specifically prohibited by law; the consent may subsequently be limited or withdrawn (with ex nunc effects). If there are several legal representatives, it is sufficient if at least one of them expresses his/her will in relation to the third party. If, however, several representatives act jointly towards another person and contradict each other, the expression of any of them is not taken into account (e.g., §877 of the Civil Code).

90. If there is an excess, i.e., a situation in which a person who is incapable of legal capacity or is not properly represented has acted, the act is absolutely void because it is contrary to law and public policy (§581 of the Civil Code).

In spite of the above, the Civil Law contains a more precise stipulation in defining a minor's capacity in relation to succession law. Minors, who have reached the age of 15, may express their last will only in the form of a notarial record.[46] Minors younger than 15 cannot express their last will at all.

91. The question of the religious upbringing of a child has been stipulated in a specific way. By the time the children have attained the age of 15, this question is decided by their parents.[47] A child over 15 has the right to decide this question by himself/herself.

46. *Ibid.*, §1526, *see* below Part IV, Ch. 2, §1.
47. Act No. 3/2002 Coll., on Religious Freedom and Status of Churches and Religious Denominations, §3.

летници испод 15 година не могу изјавити вољу.[98] Ако су у сфери приватног права типична питања способности малолетника да се понаша у складу са законом и да стиче права и обавезе на основу сопствене воље, у јавном праву је типично да се детету дозволи одређено понашање навођењем одређених старосних граница. Старосне границе се разликују по природи:

а) по навршеном узрасту дете стиче права која раније није имало, након што докаже да је способно за одређено понашање (нпр. добијање возачке дозволе за мали мотоцикл са 15 година);

б) одређена понашања детета у културној сфери се протежу без икаквих других ограничења (посећивање филмских представа, позоришта, уметничких догађаја.);

в) до одређеног узраста деци је забрањено понашање на одређени начин који би могао бити опасан (по њихово здравље, живот, васпитање – на пример, без пратње старије особе дете млађе од десет година не сме возити бицикл на јавној улици).

Сублимирано, у неким случајевима довољно да дете достигне одређене године, у другима дете има право да се понаша на одређени начин тек по навршеном узрасту, плус је потребна одлука административног органа који је проверио способност детета за одређено понашање (нпр. добијање возачке дозволе). У бројним случајевима, поштовање таквих забрана и ограничења наметнутих малолетницима проверавају државни органи на различите начине, често само путем упозорења (нпр. право детета да користи лифт без надзора одрасле особе).[99]

2.1.6. Данска

У Данској, особа у правном смислу је пре свега физичко лице. Сви одрасли пунолетни грађани имају способност да уживају законска права и да буду подложни законским обавезама. Особа такође има политичка и социјална права заједно са другим особама у заједници. Та способност обухвата све, укључујући децу, ментално оболеле и све особе са инвалидитетом тако да је заправо свако особа у овом правном смислу.

У погледу посебне пословне способности малолетника, дете може поседовати фарму и бити правно лице у оним уговорима које вођење фарме укључује, чак и ако само дете не може да закључи ове уговоре, то може да учини његов старатељ. Дете ће, такође, бити одговорно за накнаду штете ако само или особа коју је оно запослило на фарми проузрокује штету трећем лицу или његовој имовини.[100] Особе под старатељством због менталне болести или менталног инвалидитета, такође,

98 M. Hrušakova, L. Westphalova, *op. cit.*, стр. 51.

99 *Ibid.*, стр. 53.

100 Одредбе о одговорности за деликт налазе се у Закону о одговорности за деликт, чл. 24(а).

representative on the abortion carried out subsequently. It is surprising that this duty exists only in case of abortions applied for, while in cases of serious health condition circumstances indicating the abortion as vital, it may be even more desirable for the parents to be informed.

99. Under the law, in the case of a minor girl below 16, the abortion must be applied for by the statutory representative. Therefore, the consent of statutory representatives will not be required by law in case of abortion in order to protect the minor's health. In a way, this is a violation of the principle that either a minor acts by herself or her statutory representatives act on her behalf. With regard to the regulations by which the Abortion Act is to be carried out (a conception below 15 years of age is always an abortion indication in order to protect the girl's health), the practice has come to the conclusion that for children below 16, the medical facility is not bound by a denial of a statutory representative to grant consent to the abortion, and thus the abortion may be carried out with the girl's consent even without her parents' consent.[49]

100. Dependent work by minors under the age of 15 or minors who have not completed compulsory schooling is prohibited (§34 of the Civil Code). These minors may only engage in artistic, cultural, sporting and advertising activities if such activities are appropriate to their age, are not dangerous to them, do not hinder their education or attendance at school or participation in educational programmes, and do not harm their health, physical, mental, moral or social development (§121 et seq. of the Employment Act). Permission is granted by the labour offices.

101. The employment eligibility of children over 15 years of age is regulated by a special law, which also establishes various restrictions for minors, e.g., with regard to overtime and night work (§243 et seq. of the Labour Code), but especially with regard to the protection of the safety and health of such employees (§§246 and 247 of the Labour Code). A minor under the age of 16 is also protected by the Civil Code, as amended by Act No. 460/2016 Coll., according to which a minor who has reached the age of 15 may undertake to perform dependent work. The date of commencement of work may not be the day preceding the day on which the minor completes compulsory schooling (§35 of the Civil Code).

102. A minor child may also run a business or other activity or engage in self-employment, but only with the consent of the parents and the approval of the court (§33 of the Civil Code).

103. If in the sphere of private law, issues of a minor's capacity to behave consistent with law and to acquire rights and obligations based on his/her own will are typical, in public law, it is typical to allow certain behaviour of a child by stating certain age limits. The age limits differ in nature:

49. Stepan, J., *Pravo a moderní medicína (Law and a Modern Medicine)*, Prague 1989, p. 134. A criticism of this attitude may also be found in: Drgonec, J., *A New Abortion Act*, Pravny obzor 1987, No. 1.

летници испод 15 година не могу изјавити вољу.[98] Ако су у сфери приватног права типична питања способности малолетника да се понаша у складу са законом и да стиче права и обавезе на основу сопствене воље, у јавном праву је типично да се детету дозволи одређено понашање навођењем одређених старосних граница. Старосне границе се разликују по природи:

а) по навршеном узрасту дете стиче права која раније није имало, након што докаже да је способно за одређено понашање (нпр. добијање возачке дозволе за мали мотоцикл са 15 година);

б) одређена понашања детета у културној сфери се протежу без икаквих других ограничења (посећивање филмских представа, позоришта, уметничких догађаја.);

в) до одређеног узраста деци је забрањено понашање на одређени начин који би могао бити опасан (по њихово здравље, живот, васпитање – на пример, без пратње старије особе дете млађе од десет година не сме возити бицикл на јавној улици).

Сублимирано, у неким случајевима довољно да дете достигне одређене године, у другима дете има право да се понаша на одређени начин тек по навршеном узрасту, плус је потребна одлука административног органа који је проверио способност детета за одређено понашање (нпр. добијање возачке дозволе). У бројним случајевима, поштовање таквих забрана и ограничења наметнутих малолетницима проверавају државни органи на различите начине, често само путем упозорења (нпр. право детета да користи лифт без надзора одрасле особе).[99]

2.1.6. Данска

У Данској, особа у правном смислу је пре свега физичко лице. Сви одрасли пунолетни грађани имају способност да уживају законска права и да буду подложни законским обавезама. Особа такође има политичка и социјална права заједно са другим особама у заједници. Та способност обухвата све, укључујући и децу, ментално оболеле и све особе са инвалидитетом тако да је заправо свако особа у овом правном смислу.

У погледу посебне пословне способности малолетника, дете може поседовати фарму и бити правно лице у оним уговорима које вођење фарме укључује, чак и ако само дете не може да закључи ове уговоре, то може да учини његов старатељ. Дете ће, такође, бити одговорно за накнаду штете ако само или особа коју је оно запослило на фарми проузрокује штету трећем лицу или његовој имовини.[100] Особе под старатељством због менталне болести или менталног инвалидитета, такође,

98 M. Hrušakova, L. Westphalova, *op. cit.*, стр. 51.

99 *Ibid.*, стр. 53.

100 Одредбе о одговорности за деликт налазе се у Закону о одговорности за деликт, чл. 24(а).

a. on attaining a certain age, the child acquires rights not possessed before, after proving to be capable of certain behaviour (e.g., obtaining a driving licence for a small motorbike at the age of 15; from 1 January 2024, a 17-year-old minor can obtain a driving licence for cars, but until the age of 18 must drive under the supervision of a 'mentor');
b. certain options for the child's behaviour are free from any other limitations (attending film performances, etc.);
c. up to a certain age, children are prohibited from behaving in a certain way that might be dangerous (for their health, life, upbringing – for example, without being accompanied by an older person, a child below 10 years of age may not ride a bike in a public street).

Therefore, in some cases, it is sufficient to attain a certain age; in others, the child is entitled to act in a certain way only on attaining the age, plus a decision of an administrative authority that has inspected the child's capacity for certain behaviour (e.g., obtaining a driving licence) is required.

In a number of cases, observing such bans and restrictions imposed on minors is checked by state authorities in a variety of ways, often only by way of noticing (e.g., the child's right to man a lift without an adult person's supervision).

It should be stated that there exists no complete list of such orders, bans and restrictions in administrative law. At present, when administrative law is subject to numerous substantial changes, indeed, it is not possible for administrative law experts to obtain such a list. However, this question will be acute in the future as it will enable experts to fully review the legal status of children in our system of law.

§3. Liability of Minors for Damages

104. Related to the above concepts are the tort capacity and the partial tort capacity of a minor child who lacks full legal capacity. It is established that every person is responsible for his or her actions if he or she is capable of judging and controlling them (§24 of the Civil Code). A minor who has not acquired full legal capacity is liable to compensate for the damage caused if he or she was capable of controlling his or her actions and assessing their consequences; the injured party is also entitled to compensation if he or she did not resist the wrongdoer out of consideration for him or her. Even if the tort capacity of the minor is not established, the injured party is entitled to compensation for damages if it is fair, taking into account the financial circumstances of the child and the injured party (§2920 of the Civil Code). The party who neglected to supervise the injured party properly shall also be jointly and severally liable for damages with the injured party. If the pest is not obliged to compensate, the injured party shall be compensated by the person who neglected to supervise the pest (§2921 of the Civil Code).

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Denmark

by

Hans Viggo Godsk Pedersen,
Department of Law, University of Southern Denmark

&

Ingrid Lund-Andersen
Faculty of Law, University of Copenhagen

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of September 2015

2016

Wolters Kluwer

летници испод 15 година не могу изјавити вољу.[98] Ако су у сфери приватног права типична питања способности малолетника да се понаша у складу са законом и да стиче права и обавезе на основу сопствене воље, у јавном праву је типично да се детету дозволи одређено понашање навођењем одређених старосних граница. Старосне границе се разликују по природи:

а) по навршеном узрасту дете стиче права која раније није имало, након што докаже да је способно за одређено понашање (нпр. добијање возачке дозволе за мали мотоцикл са 15 година);

б) одређена понашања детета у културној сфери се протежу без икаквих других ограничења (посећивање филмских представа, позоришта, уметничких догађаја.);

в) до одређеног узраста деци је забрањено понашање на одређени начин који би могао бити опасан (по њихово здравље, живот, васпитање – на пример, без пратње старије особе дете млађе од десет година не сме возити бицикл на јавној улици).

Сублимирано, у неким случајевима довољно да дете достигне одређене године, у другима дете има право да се понаша на одређени начин тек по навршеном узрасту, плус је потребна одлука административног органа који је проверио способност детета за одређено понашање (нпр. добијање возачке дозволе). У бројним случајевима, поштовање таквих забрана и ограничења наметнутих малолетницима проверавају државни органи на различите начине, често само путем упозорења (нпр. право детета да користи лифт без надзора одрасле особе).[99]

2.1.6. Данска

У Данској, особа у правном смислу је пре свега физичко лице. Сви одрасли пунолетни грађани имају способност да уживају законска права и да буду подложни законским обавезама. Особа такође има политичка и социјална права заједно са другим особама у заједници. Та способност обухвата све, укључујући децу, ментално оболеле и све особе са инвалидитетом тако да је заправо свако особа у овом правном смислу.

У погледу посебне пословне способности малолетника, дете може поседовати фарму и бити правно лице у оним уговорима које вођење фарме укључује, чак и ако само дете не може да закључи ове уговоре, то може да учини његов старатељ. Дете ће, такође, бити одговорно за накнаду штете ако само или особа коју је оно запослило на фарми проузрокује штету трећем лицу или његовој имовини.[100] Особе под старатељством због менталне болести или менталног инвалидитета, такође,

98 M. Hrušakova, L. Westphalova, *op. cit.*, стр. 51.

99 *Ibid.*, стр. 53.

100 Одредбе о одговорности за деликт налазе се у Закону о одговорности за деликт, чл. 24(а).

8–9

Part I. Persons

Chapter 1. The Status of a Person

§1. Definition of a Person

8. When defining the concept of a *person* from a legal point of view, this concept is itself based on another concept, namely that of *legal status*,[1] which involves the ability to have legal rights and obligations, but which does not cover a third concept, namely that of *legal capacity*, which is dealt with in §2 and which must be distinguished from legal status. A person, from the legal point of view, is a person with legal status, namely a person in possession of legal rights and legal duties. The concept of legal status covers the legal right to the protection of liberty, privacy and integrity. A person is still a person in this sense even though he/she is put under guardianship and may be legally incapable of acting as described below in §2.

I. Natural Persons

9. A person in the legal sense is first a *natural person*. All normal adults have the ability to enjoy legal rights and to be made subject to legal duties. A person also has political and social rights collectively with other persons in the community. The ability covers everybody, including children, the mentally ill and all handicapped persons so that in fact everybody is a person in this legal sense. Thus, a child can own a farm and be a legal person in those contracts which the running of the farm involves, even though the child himself/herself cannot enter into these contracts, his/her guardian must do that. The child will also be made liable for compensation if he/she himself/herself or a person employed by him/her on the farm causes damage to a third person or to his/her estate. Persons under guardianship due to mental illness or mental handicap may also own farms, run factories or inherit large sums of money. Legal status, accordingly, is an inherent right belonging to all individuals from the moment of their birth until the moment of their death. Even before birth, the unborn child is a person, able to inherit and entitled to compensation, if he/she loses a breadwinner.

1. By way of comparison, in English law legal personality is defined as follows: a person in law means any entity accepted by the law as having certain defined rights and obligations. Such persons may be natural (human beings) or artificial (corporations). See P.W.D. Redmond & Peter Shears, *General Principles of English Law*, 4 (7th edn, M&E Law 1993).

могу поседовати фарме, водити фабрике или наслеђивати велике суме новца. Пословна способност је, сходно наведеном, уређено право које припада свим појединцима од тренутка њиховог рођења до тренутка њихове смрти. Чак и пре рођења, нерођено дете је особа која може да наследи и има право на надокнаду ако изгуби храниоца породице.

Пословна способност се може дефинисати као способност особе да: (1) располаже својом имовином; (2) закључује уговоре и (3) буде одговорна за деликтне поступке. Особа којој недостаје једна или више ових способности сматра се пословно неспособном за деловање. Њен старатељ делује у њено име како би располагао њеном имовином или закључивао уговоре. Особа је неспособна за деловање из два разлога: (1) ако је дете или млада особа, односно малолетник; (2) ако је пунолетна особа стављена под старатељство и такође је проглашена неспособном за деловање. Малолетност је регулисана Законом о старатељству, поглавље 1, одељци 1–4. Особа нема пословну способност од рођења, она не стиче пословну способност док не напуни 18 година, тј. стиче правну способност на свој 18. рођендан у поноћ.[101] Док не постане пунолетна, носилац родитељског права је њен старатељ. Ако оба родитеља поседују родитељско право, они су обоје старатељи и заједнички делују у име малолетника, али један старатељ може овластити другог да делује у његово име.[102] Малолетници, тј. младе особе млађе од 18 година, немају пословну способност у смислу да не могу: (1) располагати својом имовином и (2) закључивати уговоре. Изузетак од старосне границе од 18 година направљен је у Закону о старатељству, у погледу младих особа млађих од 18 година које склопе брак пре него што достигну тај узраст. Млада особа млађа од 18 година која раније није била у браку не може се венчати без сагласности родитеља. Ако је један од родитеља или преминуо, ментално болестан, ментално хендикепиран, без удела у родитељској власти, или ако се његов/њен пристанак не може добити осим без значајних потешкоћа или одлагања, тада је довољна сагласност другог родитеља. Сагласност родитеља мора бити написана на посебном обрасцу и односи се на брак малолетника са само једном одређеном особом, не може се дати за општу сврху брака штићеника са било којом особом.[103] Као што смо видели, младе особе млађе од 18 година не могу се венчати, осим ако добију дозволу државне администрације у складу са Законом о браку и брачним споровима.[104] Када добију ову дозволу за венчање, аутоматски стичу пословну способност, осим ако државна администрација, приликом давања дозволе, не постави услов да млада особа млађа од 18 година остане малолетна и штићеник. Ово је решење занимљиво и потпуно

101 Чл. 1 Закона о старатељству.

102 Чл. 2 и 3 Закона о старатељству.

103 Hans Viggo Godsk Pedersen, Ingrid Lund-Andersen, *IEL Family and Succession Law – Denmark: Suppl. 81*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 65.

104 Чл. 1, ст. 1, тач 1. Закона о браку и породичним споровима.

Part I. Persons

Chapter 1. The Status of a Person

§1. Definition of a Person

8. When defining the concept of a *person* from a legal point of view, this concept is itself based on another concept, namely that of *legal status*,[1] which involves the ability to have legal rights and obligations, but which does not cover a third concept, namely that of *legal capacity*, which is dealt with in §2 and which must be distinguished from legal status. A person, from the legal point of view, is a person with legal status, namely a person in possession of legal rights and legal duties. The concept of legal status covers the legal right to the protection of liberty, privacy and integrity. A person is still a person in this sense even though he/she is put under guardianship and may be legally incapable of acting as described below in §2.

I. Natural Persons

9. A person in the legal sense is first a *natural person*. All normal adults have the ability to enjoy legal rights and to be made subject to legal duties. A person also has political and social rights collectively with other persons in the community. The ability covers everybody, including children, the mentally ill and all handicapped persons so that in fact everybody is a person in this legal sense. Thus, a child can own a farm and be a legal person in those contracts which the running of the farm involves, even though the child himself/herself cannot enter into these contracts, his/her guardian must do that. The child will also be made liable for compensation if he/she himself/herself or a person employed by him/her on the farm causes damage to a third person or to his/her estate. Persons under guardianship due to mental illness or mental handicap may also own farms, run factories or inherit large sums of money. Legal status, accordingly, is an inherent right belonging to all individuals from the moment of their birth until the moment of their death. Even before birth, the unborn child is a person, able to inherit and entitled to compensation, if he/she loses a breadwinner.

1. By way of comparison, in English law legal personality is defined as follows: a person in law means any entity accepted by the law as having certain defined rights and obligations. Such persons may be natural (human beings) or artificial (corporations). See P.W.D. Redmond & Peter Shears, *General Principles of English Law*, 4 (7th edn, M&E Law 1993).

могу поседовати фарме, водити фабрике или наслеђивати велике суме новца. Пословна способност је, сходно наведеном, уређено право које припада свим појединцима од тренутка њиховог рођења до тренутка њихове смрти. Чак и пре рођења, нерођено дете је особа која може да наследи и има право на надокнаду ако изгуби храниоца породице.

Пословна способност се може дефинисати као способност особе да: (1) располаже својом имовином; (2) закључује уговоре и (3) буде одговорна за деликтне поступке. Особа којој недостаје једна или више ових способности сматра се пословно неспособном за деловање. Њен старатељ делује у њено име како би располагао њеном имовином или закључивао уговоре. Особа је неспособна за деловање из два разлога: (1) ако је дете или млада особа, односно малолетник; (2) ако је пунолетна особа стављена под старатељство и такође је проглашена неспособном за деловање. Малолетност је регулисана Законом о старатељству, поглавље 1, одељци 1–4. Особа нема пословну способност од рођења, она не стиче пословну способност док не напуни 18 година, тј. стиче правну способност на свој 18. рођендан у поноћ.[101] Док не постане пунолетна, носилац родитељског права је њен старатељ. Ако оба родитеља поседују родитељско право, они су обоје старатељи и заједнички делују у име малолетника, али један старатељ може овластити другог да делује у његово име.[102] Малолетници, тј. младе особе млађе од 18 година, немају пословну способност у смислу да не могу: (1) располагати својом имовином и (2) закључивати уговоре. Изузетак од старосне границе од 18 година направљен је у Закону о старатељству, у погледу младих особа млађих од 18 година које склопе брак пре него што достигну тај узраст. Млада особа млађа од 18 година која раније није била у браку не може се венчати без сагласности родитеља. Ако је један од родитеља или преминуо, ментално болестан, ментално хендикепиран, без удела у родитељској власти, или ако се његов/њен пристанак не може добити осим без значајних потешкоћа или одлагања, тада је довољна сагласност другог родитеља. Сагласност родитеља мора бити написана на посебном обрасцу и односи се на брак малолетника са само једном одређеном особом, не може се дати за општу сврху брака штићеника са било којом особом.[103] Као што смо видели, младе особе млађе од 18 година не могу се венчати, осим ако добију дозволу државне администрације у складу са Законом о браку и брачним споровима.[104] Када добију ову дозволу за венчање, аутоматски стичу пословну способност, осим ако државна администрација, приликом давања дозволе, не постави услов да млада особа млађа од 18 година остане малолетна и штићеник. Ово је решење занимљиво и потпуно

101 Чл. 1 Закона о старатељству.

102 Чл. 2 и 3 Закона о старатељству.

103 Hans Viggo Godsk Pedersen, Ingrid Lund-Andersen, *IEL Family and Succession Law – Denmark: Suppl. 81*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 65.

104 Чл. 1, ст. 1, тач 1. Закона о браку и породичним споровима.

Even though the concept of legal status implies the protection of liberty, privacy and integrity, this is a somewhat modified truth in modern society since the private life and private interests of the individual must often yield to other interests on which society sets a higher value. Children, the elderly, the mentally ill, handicapped persons, prisoners and foreigners are among those groups that must suffer limitations to their rights. For example, the right to have a family is limited through the provisions which entitle public authorities to expel aliens, imprison criminals and to refuse permission to adoption. A child conceived through artificial insemination may not know his/her donor father.

II. Legal Persons

10. Second, a corporation can be defined as a *legal person* and has, as such, legal rights and legal duties. In other words, a corporation is an artificial person composed of one or several natural persons. The corporation is recognized by the law as having a separate personality from its human members. A 'corporation sole' is one that consists of one human member only at any one time or of the successive holders of certain offices, for example, bishops, the Queen, the Public Trustee, etc. A 'corporation aggregate' consists of many members simultaneously (e.g., limited companies). Corporations are – e.g., cooperatives – companies with limited liability or with limited partnership, associations, societies and unions as well as public authorities, whether central government or local authorities.[2]

§2. Capacity

11. After a brief introduction follow the conditions for the establishment of guardianship for minors and adults. In the case of minors, guardianship and legal incapacity go together. For adults, however, the establishment of guardianship and the divestment of legal capacity do not necessarily go together but involve separate decision-making. Accordingly, the establishment of guardianship is considered separately from legal incapacity.

The provisions concerning those areas, where the ward, despite his/her legal incapacity, can still act and enter into *valid* contracts, will be described next. The legal effects of his/her entering into *invalid* contracts will also be dealt with. The rules governing the liability for torts of a minor and a person of unsound mind unable to act rationally in the Liability for Torts Act are described at the end of this chapter.

I. Introduction

12. Legal capacity can be defined as a person's ability to: (1) dispose of his/her property, (2) enter into contracts, and (3) be made liable for torts. A person who

2. Inger Dübeck, *Personers Rettigheder (The Rights of Persons)*, 7–33 (1st edn, DJØF 1996).

могу поседовати фарме, водити фабрике или наслеђивати велике суме новца. Пословна способност је, сходно наведеном, урођено право које припада свим појединцима од тренутка њиховог рођења до тренутка њихове смрти. Чак и пре рођења, нерођено дете је особа која може да наследи и има право на надокнаду ако изгуби храниоца породице.

Пословна способност се може дефинисати као способност особе да: (1) располаже својом имовином; (2) закључује уговоре и (3) буде одговорна за деликтне поступке. Особа којој недостаје једна или више ових способности сматра се пословно неспособном за деловање. Њен старатељ делује у њено име како би располагао њеном имовином или закључивао уговоре. Особа је неспособна за деловање из два разлога: (1) ако је дете или млада особа, односно малолетник; (2) ако је пунолетна особа стављена под старатељство и такође је проглашена неспособном за деловање. Малолетност је регулисана Законом о старатељству, поглавље 1, одељци 1–4. Особа нема пословну способност од рођења, она не стиче пословну способност док не напуни 18 година, тј. стиче правну способност на свој 18. рођендан у поноћ.[101] Док не постане пунолетна, носилац родитељског права је њен старатељ. Ако оба родитеља поседују родитељско право, они су обоје старатељи и заједнички делују у име малолетника, али један старатељ може овластити другог да делује у његово име.[102] Малолетници, тј. младе особе млађе од 18 година, немају пословну способност у смислу да не могу: (1) располагати својом имовином и (2) закључивати уговоре. Изузетак од старосне границе од 18 година направљен је у Закону о старатељству, у погледу младих особа млађих од 18 година које склопе брак пре него што достигну тај узраст. Млада особа млађа од 18 година која раније није била у браку не може се венчати без сагласности родитеља. Ако је један од родитеља или преминуо, ментално болестан, ментално хендикепиран, без удела у родитељској власти, или ако се његов/њен пристанак не може добити осим без значајних потешкоћа или одлагања, тада је довољна сагласност другог родитеља. Сагласност родитеља мора бити написана на посебном обрасцу и односи се на брак малолетника са само једном одређеном особом, не може се дати за општу сврху брака штићеника са било којом особом.[103] Као што смо видели, младе особе млађе од 18 година не могу се венчати, осим ако добију дозволу државне администрације у складу са Законом о браку и брачним споровима.[104] Када добију ову дозволу за венчање, аутоматски стичу пословну способност, осим ако државна администрација, приликом давања дозволе, не постави услов да млада особа млађа од 18 година остане малолетна и штићеник. Ово је решење занимљиво и потпуно

101 Чл. 1 Закона о старатељству.

102 Чл. 2 и 3 Закона о старатељству.

103 Hans Viggo Godsk Pedersen, Ingrid Lund-Andersen, *IEL Family and Succession Law – Denmark: Suppl. 81*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 65.

104 Чл. 1, ст. 1, тач 1. Закона о браку и породичним споровима.

lacks one or more of these abilities is considered legally incapable to act. His guardian must act on his/her behalf in order to dispose of his/her property or in order to enter into contracts. There are special provisions for liability for torts which will be described in greater detail below.

The question about appointment of guardians, their powers and duties and the ward's access to influence decisions made on his/her behalf, are dealt with in Part II, Chapter 7 (Guardianship).

A young person has no legal capacity, he/she is a minor. Normally his/her parents will have the parental responsibility, and will act on his/her behalf. Otherwise his/her guardian will do this.

An adult may also be made legally incapable of acting, but this presupposes first of all that he/she is put under guardianship, and furthermore that he/she is declared legally incapable of acting. Thus the decision about legal incapacity is a separate decision made according to special considerations. Legal incapacity presupposes the establishment of guardianship, whereas guardianship can be established without declaring the person in question legally incapable.

In the case of an adult, the guardian is usually found among his/her closest relatives and his/her desires in this respect are normally complied with. The attitude of his/her family members to this question is also consulted, and if the family cannot agree about the appointment, a third person, perhaps a professional, may be selected.

13. The law dealing with legal incapacity was amended by the 1995 Guardianship Act (Today Act No. 1015 of 20 August 2007) to cover most aspects of legal incapacity, such as the conditions for appointing guardians, the causes of legal incapacity, the scope of guardianship and the duties of guardians, the administration of the property of the legally incapable person, the ability of the legally incapable person to dispose of what he/she has earned by his/her own work and the nullity of contracts into which a legally incapable person has entered. Only the rules governing the liability for torts of minors and persons of unsound mind unable to act rationally are found elsewhere, namely in the Liability for Torts Act.[3]

II. The Conditions under Which a Person Is Made Incapable of Acting Legally

14. A person is incapable to act for two reasons: (1) if he/she is a child or young person, that is, a minor; and (2) if he/she is an adult put under guardianship and also declared incapable of acting.

3. The former provisions for the liability for torts, which were contained in the 1992 Legal Capacity Act, were transferred to the Liability for Torts Act No. 599 of 8 Sep. 1996 with later amendments, most recently by Act No. 266 of 21 Mar. 2014.

могу поседовати фарме, водити фабрике или наслеђивати велике суме новца. Пословна способност је, сходно наведеном, уређено право које припада свим појединцима од тренутка њиховог рођења до тренутка њихове смрти. Чак и пре рођења, нерођено дете је особа која може да наследи и има право на надокнаду ако изгуби храниоца породице.

Пословна способност се може дефинисати као способност особе да: (1) располаже својом имовином; (2) закључује уговоре и (3) буде одговорна за деликтне поступке. Особа којој недостаје једна или више ових способности сматра се пословно неспособном за деловање. Њен старатељ делује у њено име како би располагао њеном имовином или закључивао уговоре. Особа је неспособна за деловање из два разлога: (1) ако је дете или млада особа, односно малолетник; (2) ако је пунолетна особа стављена под старатељство и такође је проглашена неспособном за деловање. Малолетност је регулисана Законом о старатељству, поглавље 1, одељци 1–4. Особа нема пословну способност од рођења, она не стиче пословну способност док не напуни 18 година, тј. стиче правну способност на свој 18. рођендан у поноћ.[101] Док не постане пунолетна, носилац родитељског права је њен старатељ. Ако оба родитеља поседују родитељско право, они су обоје старатељи и заједнички делују у име малолетника, али један старатељ може овластити другог да делује у његово име.[102] Малолетници, тј. младе особе млађе од 18 година, немају пословну способност у смислу да не могу: (1) располагати својом имовином и (2) закључивати уговоре. Изузетак од старосне границе од 18 година направљен је у Закону о старатељству, у погледу младих особа млађих од 18 година које склопе брак пре него што достигну тај узраст. Млада особа млађа од 18 година која раније није била у браку не може се венчати без сагласности родитеља. Ако је један од родитеља или преминуо, ментално болестан, ментално хендикепиран, без удела у родитељској власти, или ако се његов/њен пристанак не може добити осим без значајних потешкоћа или одлагања, тада је довољна сагласност другог родитеља. Сагласност родитеља мора бити написана на посебном обрасцу и односи се на брак малолетника са само једном одређеном особом, не може се дати за општу сврху брака штићеника са било којом особом.[103] Као што смо видели, младе особе млађе од 18 година не могу се венчати, осим ако добију дозволу државне администрације у складу са Законом о браку и брачним споровима.[104] Када добију ову дозволу за венчање, аутоматски стичу пословну способност, осим ако државна администрација, приликом давања дозволе, не постави услов да млада особа млађа од 18 година остане малолетна и штићеник. Ово је решење занимљиво и потпуно

101 Чл. 1 Закона о старатељству.

102 Чл. 2 и 3 Закона о старатељству.

103 Hans Viggo Godsk Pedersen, Ingrid Lund-Andersen, *IEL Family and Succession Law – Denmark: Suppl. 81*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 65.

104 Чл. 1, ст. 1, тач 1. Закона о браку и породичним споровима.

A. Minors

15. Minority is regulated in the Guardianship Act Chapter 1, sections 1–4. A person does not have legal capacity from birth. In fact he/she does not acquire legal capacity until he/she reaches the age of 18, according to section 1(1)(1). He/She acquires legal capacity on his/her 18th birthday at midnight. Until he/she comes of age, the possessor of the parental authority is his/her guardian (described below in Chapter 3). If both parents possess the parental authority, they are both guardians. They act jointly on behalf of the minor, but one guardian may authorize the other to act on his/her behalf (sections 2 and 3).

According to section 1(2), minors, i.e., young persons under 18, have no legal capacity in the sense that they cannot: (1) dispose of their property; or (2) enter into contracts. The provisions for liability for torts are found in the Liability for Torts Act section 24(a).

An exception to the age limit of 18 is made in the Guardianship Act section 1(1)(1), in respect of young persons under 18 who enter into marriage before they reach that age. Young persons under 18 cannot marry, unless they have the permission of the state administration according to the Marriage and Matrimonial Causes Act, section 1(1)(2). When they have this permission to marry, they automatically acquire legal capacity, unless the state administration, when granting the permission to marry, makes it a condition that the young person under 18 remains a minor and a ward (Guardianship Act section 1(1)(2)).[4]

In cases where the young person under age who applies for permission to marry is wealthy, permission is made conditional that legal capacity is not conferred, if on the one hand neither he/she nor his/her partner is capable of administering his/her capital and assets, but on the other hand they need the permission to marry, for example, because the couple have a child or are expecting one.

If a minor has married and is divorced both before he/she reaches the age of 18, he/she retains the legal capacity to act regardless of the fact that the marriage no longer exists.

B. Adults Who Are Put Under and Declared Incapable of Acting in Legal Matters

16. In the following, the conditions for establishing permanent or temporary guardianship will be described. Below, the conditions for declaring an adult incapable of acting are dealt with.

4. The term 'ward' will be used from now on referring to persons who are either (1) under 18; or (2) under 18 with permission to marry but without legal capacity according to the decision of the regional state administration; or (3) adults divested of their capacity to act.

могу поседовати фарме, водити фабрике или наслеђивати велике суме новца. Пословна способност је, сходно наведеном, уређено право које припада свим појединцима од тренутка њиховог рођења до тренутка њихове смрти. Чак и пре рођења, нерођено дете је особа која може да наследи и има право на надокнаду ако изгуби храниоца породице.

Пословна способност се може дефинисати као способност особе да: (1) располаже својом имовином; (2) закључује уговоре и (3) буде одговорна за деликтне поступке. Особа којој недостаје једна или више ових способности сматра се пословно неспособном за деловање. Њен старатељ делује у њено име како би располагао њеном имовином или закључивао уговоре. Особа је неспособна за деловање из два разлога: (1) ако је дете или млада особа, односно малолетник; (2) ако је пунолетна особа стављена под старатељство и такође је проглашена неспособном за деловање. Малолетност је регулисана Законом о старатељству, поглавље 1, одељци 1–4. Особа нема пословну способност од рођења, она не стиче пословну способност док не напуни 18 година, тј. стиче правну способност на свој 18. рођендан у поноћ.[101] Док не постане пунолетна, носилац родитељског права је њен старатељ. Ако оба родитеља поседују родитељско право, они су обоје старатељи и заједнички делују у име малолетника, али један старатељ може овластити другог да делује у његово име.[102] Малолетници, тј. младе особе млађе од 18 година, немају пословну способност у смислу да не могу: (1) располагати својом имовином и (2) закључивати уговоре. Изузетак од старосне границе од 18 година направљен је у Закону о старатељству, у погледу младих особа млађих од 18 година које склопе брак пре него што достигну тај узраст. Млада особа млађа од 18 година која раније није била у браку не може се венчати без сагласности родитеља. Ако је један од родитеља или преминуо, ментално болестан, ментално хендикепиран, без удела у родитељској власти, или ако се његов/њен пристанак не може добити осим без значајних потешкоћа или одлагања, тада је довољна сагласност другог родитеља. Сагласност родитеља мора бити написана на посебном обрасцу и односи се на брак малолетника са само једном одређеном особом, не може се дати за општу сврху брака штићеника са било којом особом.[103] Као што смо видели, младе особе млађе од 18 година не могу се венчати, осим ако добију дозволу државне администрације у складу са Законом о браку и брачним споровима.[104] Када добију ову дозволу за венчање, аутоматски стичу пословну способност, осим ако државна администрација, приликом давања дозволе, не постави услов да млада особа млађа од 18 година остане малолетна и штићеник. Ово је решење занимљиво и потпуно

101 Чл. 1 Закона о старатељству.

102 Чл. 2 и 3 Закона о старатељству.

103 Hans Viggo Godsk Pedersen, Ingrid Lund-Andersen, *IEL Family and Succession Law – Denmark: Suppl. 81*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 65.

104 Чл. 1, ст. 1, тач 1. Закона о браку и породичним споровима.

the young person under 18 remains a minor and a 'ward'. This is described in Part I, Chapter 1, §2.

In the same way, a young person under the age of 18 who has not been married before cannot marry without the consent of the parents. If one of the parents is either deceased, mentally ill, mentally disabled, without share in the parental authority, or if his/her consent cannot be obtained except without considerable difficulty or delay, then the consent of the other parent is sufficient (section 2). The parents' consent must be written down on a special form and applies to the marriage of the minor to one particular person only, it cannot be given for the general purpose of the ward's marriage to any person.

A person who is under guardianship according to section 5 of the Guardianship Act, or who has been deprived of his/her legal capacity to act under the Act's section 6 cannot marry except with the consent of the guardian (section 3).

If either the parents or the guardian refuse to grant this permission, the county office may give it, if it finds that there are no reasonable grounds for refusing the permission (section 4). In any case, if a marriage is contracted in contravention of these provisions, the marriage will still be valid; it cannot be annulled.

Closely related persons cannot marry under Danish law. The Danish Marriage and Matrimonial Causes Act (section 6) defines closely related persons first, as persons in the direct ascending or descending line as well as brothers and sisters. A marriage which infringes the provision can be annulled (section 23). Second, marriage shall not be contracted without permission of the Minister of Social Affairs and the Interior between persons, of whom one has been married to the other person's relative in lineal ascent or decent (section 7). Marriage between an adopted child and one of its adopting parents is also prohibited for as long as the adoption decision stands (section 8). The adoption decision can be revoked, however, if the two – adopted child and adopting parent – wish to marry.

75. A person who has either been married or been living in a registered partnership cannot marry again, while the former marriage or partnership exists. Danish law thus prohibits bigamy (section 9). A marriage which infringes the provision can be annulled (section 23). A person who infringes this provision is liable to punishment, which may involve a sentence in jail, under the Penal Code, section 208. Just as a person cannot marry until a former marriage or partnership has been dissolved, neither can he/she marry again, if the family assets and property of the former marriage or partnership have not yet been divided up (section 10). This rule applies, if the partners of the former marriage or partnership are dividing up their assets and property by private agreement. If the assets have to be divided by court decision, the partners are allowed to marry again as soon as the court procedure has commenced, they need not wait for the final decision of the court. These rules apply also in the case, where the former marriage or partnership is dissolved not by divorce, but by one of the partners having died. These rules do not apply, if either the partner of the former marriage/partnership or the heirs of the deceased spouse give their consent to the new marriage. A special permission to the second marriage can be

contact between authorities and citizens are taken care of at local level. The state administration belongs to and refers to the Ministry for Social Affairs and the Interior.

супротно нашем праву, јер се пословна способност не стиче склапањем брака, већ добијањем дозволе. То значи да ако из одређених разлога не дође до закључења брака пословна способност је стечена. У случајевима када је млада особа млађа од 18 година која подноси захтев за дозволу за венчање богата, дозвола се условљава да се пословна способност не додељује, ако, с једне стране, ни она ни њен партнер нису способни да управљају својим капиталом и имовином, али им је, с друге стране, потребна дозвола за венчање, на пример, зато што пар има дете или га очекује. Друго решење је идентично нашем праву – ако се малолетник венчао и развео пре него што напуни 18 година, он задржава пословну способност без обзира на чињеницу да брак више не постоји.[105]

Када је у питању пословна способност малолетника за закључење уговора, у случају неважећих уговора, одредбе Закона о старатељству, Поглавље 7, чл. 44–46, покривају сва лица која се називају „штићеници". Ове одредбе не регулишу приступ штићеника раскиду уговора, јер он има то право у сваком случају, без обзира на околности. Одредбе се односе само на другу страну у уговору и регулишу његов приступ раскиду уговора. Одредба у чл. 44 се бави раскидом неважећег уговора, чл. 45 враћањем било које размењене робе и надокнадом штете. Члан 46 садржи правило о неважећим уговорима које је склопила особа која није штићеник, али је психички неуравнотежена и неспособна да делује рационално. Члан 44(1) покрива ситуацију у којој је штићеник сам закључио уговор, а да није способан за то због недостатка правне способности. У овом случају, друга страна у уговору може да га раскине, осим ако старатељ не одобри уговор како је састављен или ако штићеник у потпуности и тачно раскине у складу са његовим условима. Први пример таквог изузетка је случај када штићеник купи мопед на рате, уговор може накнадно одобрити старатељ или зато што штићеник постане пунолетан и сам одобри или испуни уговор. Занимљив пример из данског права имамо у погледу правних послова малог значаја који малолетници предузимају свакодневно, попут куповине у продавници. Други пример уговора који је сачинио штићеник, а који је строго неважећи, али који је важећи у датим околностима, јесте када штићеник добије одређену количину готовине за коју купује нешто непотребно, на пример, седмогодишњак који купује слаткише за 10 фунти. У овом случају, друга страна у уговору је заштићена законом, јер је у интересу друштва да се може ослонити на пријем готовине, иако малолетник није требало да купује слаткише, већ да купује за своју мајку.[106]

2.1.7. Хрватска

У важећем хрватском грађанском праву постоји опште правило да је посао који склапа ограничено пословно способна особа рушљив, а

105 H. V. Godsk Pedersen, I. Lund-Andersen, *op. cit.*, стр. 25.

106 *Ibid.*, стр. 33.

A. Minors

15. Minority is regulated in the Guardianship Act Chapter 1, sections 1–4. A person does not have legal capacity from birth. In fact he/she does not acquire legal capacity until he/she reaches the age of 18, according to section 1(1)(1). He/She acquires legal capacity on his/her 18th birthday at midnight. Until he/she comes of age, the possessor of the parental authority is his/her guardian (described below in Chapter 3). If both parents possess the parental authority, they are both guardians. They act jointly on behalf of the minor, but one guardian may authorize the other to act on his/her behalf (sections 2 and 3).

According to section 1(2), minors, i.e., young persons under 18, have no legal capacity in the sense that they cannot: (1) dispose of their property; or (2) enter into contracts. The provisions for liability for torts are found in the Liability for Torts Act section 24(a).

An exception to the age limit of 18 is made in the Guardianship Act section 1(1)(1), in respect of young persons under 18 who enter into marriage before they reach that age. Young persons under 18 cannot marry, unless they have the permission of the state administration according to the Marriage and Matrimonial Causes Act, section 1(1)(2). When they have this permission to marry, they automatically acquire legal capacity, unless the state administration, when granting the permission to marry, makes it a condition that the young person under 18 remains a minor and a ward (Guardianship Act section 1(1)(2)).[4]

In cases where the young person under age who applies for permission to marry is wealthy, permission is made conditional that legal capacity is not conferred, if on the one hand neither he/she nor his/her partner is capable of administering his/her capital and assets, but on the other hand they need the permission to marry, for example, because the couple have a child or are expecting one.

If a minor has married and is divorced both before he/she reaches the age of 18, he/she retains the legal capacity to act regardless of the fact that the marriage no longer exists.

B. Adults Who Are Put Under and Declared Incapable of Acting in Legal Matters

16. In the following, the conditions for establishing permanent or temporary guardianship will be described. Below, the conditions for declaring an adult incapable of acting are dealt with.

4. The term 'ward' will be used from now on referring to persons who are either (1) under 18; or (2) under 18 with permission to marry but without legal capacity according to the decision of the regional state administration; or (3) adults divested of their capacity to act.

супротно нашем праву, јер се пословна способност не стиче склапањем брака, већ добијањем дозволе. То значи да ако из одређених разлога не дође до закључења брака пословна способност је стечена. У случајевима када је млада особа млађа од 18 година која подноси захтев за дозволу за венчање богата, дозвола се условљава да се пословна способност не додељује, ако, с једне стране, ни она ни њен партнер нису способни да управљају својим капиталом и имовином, али им је, с друге стране, потребна дозвола за венчање, на пример, зато што пар има дете или га очекује. Друго решење је идентично нашем праву – ако се малолетник венчао и развео пре него што напуни 18 година, он задржава пословну способност без обзира на чињеницу да брак више не постоји.[105]

Када је у питању пословна способност малолетника за закључење уговора, у случају неважећих уговора, одредбе Закона о старатељству, Поглавље 7, чл. 44–46, покривају сва лица која се називају „штићеници". Ове одредбе не регулишу приступ штићеника раскиду уговора, јер он има то право у сваком случају, без обзира на околности. Одредбе се односе само на другу страну у уговору и регулишу његов приступ раскиду уговора. Одредба у чл. 44 се бави раскидом неважећег уговора, чл. 45 враћањем било које размењене робе и надокнадом штете. Члан 46 садржи правило о неважећим уговорима које је склопила особа која није штићеник, али је психички неуравнотежена и неспособна да делује рационално. Члан 44(1) покрива ситуацију у којој је штићеник сам закључио уговор, а да није способан за то због недостатка правне способности. У овом случају, друга страна у уговору може да га раскине, осим ако старатељ не одобри уговор како је састављен или ако штићеник у потпуности и тачно раскине у складу са његовим условима. Први пример таквог изузетка је случај када штићеник купи мопед на рате, уговор може накнадно одобрити старатељ или зато што штићеник постане пунолетан и сам одобри или испуни уговор. Занимљив пример из данског права имамо у погледу правних послова малог значаја који малолетници предузимају свакодневно, попут куповине у продавници. Други пример уговора који је сачинио штићеник, а који је строго неважећи, али који је важећи у датим околностима, јесте када штићеник добије одређену количину готовине за коју купује нешто непотребно, на пример, седмогодишњак који купује слаткише за 10 фунти. У овом случају, друга страна у уговору је заштићена законом, јер је у интересу друштва да се може ослонити на пријем готовине, иако малолетник није требало да купује слаткише, већ да купује за своју мајку.[106]

2.1.7. Хрватска

У важећем хрватском грађанском праву постоји опште правило да је посао који склапа ограничено пословно способна особа рушљив, а

105 H. V. Godsk Pedersen, I. Lund-Andersen, *op. cit.*, стр. 25.

106 *Ibid.*, стр. 33.

which is that the young person needs the permission of his/her parents to undertake such work.[10]

If the ward buys something, thus spending his/her earnings, the gift or pocket money, he/she may also dispose freely of what he/she has bought and over what substitutes for it. Thus, if he/she buys a television which is later stolen, he/she is entitled to the insurance money just as he/she is entitled to compensation in the case of liability (section 42(2)(1)). However, his/her powers to dispose do not permit him/her to enter into debts, for example, under a hire/purchase contract (section 42(2)(2)).

In all cases, the guardian can with the approval of the state administration deprive the ward of his/her powers to dispose under section 42 if this is necessary out of the consideration for the welfare for the ward (section 42(2)(3)). This does not cover situations where the guardian merely disagrees with the dispositions of the ward but must be done out of consideration for the ward only.

An adult ward and a young person over the age 15 may with the permission of the guardian and the approval of the state administration undertake a trade or other business on their own. This means that he/she can also enter into any contracts and even incur debts by way of the exercise of his/her trade, but the permission will normally fix the extent to which he/she can act on his/her own. The permission can be revoked by the guardian with the approval of the regional state administration. A third party must know or ought to know about the revocation otherwise the ward will be bound by the contract (section 43(1)–(3)).[11]

IV. Legal Incapacity and Invalid Contracts

26. In the case of invalid contracts, the provisions in the Guardianship Act, Chapter 7, sections 44–46 cover all persons termed 'wards', that is, persons who fall within the scope of sections 1 and 6. The provisions do not regulate the ward's access to rescind the contract because he/she has that right in any case, whatever the circumstances. The provisions are concerned only with the other party to the contract and regulate his/her access to rescind the contract. The provision in section 44 deals with the cancellation of the invalid contract, section 45 with the restoration of whatever goods have been exchanged, and compensation. Section 46 has a rule about invalid contracts made by a person who is not a ward but is of unsound mind and unable to act rationally.

Section 44(1) covers the situation where a ward has entered into a contract on his/her own without being capable of doing so because of lack of legal capacity. In this case, the other party to the contract may rescind the contract, unless the guardian approves the contract as made or the contract is discharged completely and exactly according to its terms by the ward. The first example of such an exception is a case where the ward buys a moped by hire purchase, the contract may be approved subsequently by the guardian or because the ward comes of age and approves or fulfils the contract himself/herself. A second example of a contract made by a ward that is

10. See Ch. 6, §2.

11. Svend Danielsen, *Værgemålsloven med kommentarer*, 593–608 (DJØF 2006),

супротно нашем праву, јер се пословна способност не стиче склапањем брака, већ добијањем дозволе. То значи да ако из одређених разлога не дође до закључења брака пословна способност је стечена. У случајевима када је млада особа млађа од 18 година која подноси захтев за дозволу за венчање богата, дозвола се условљава да се пословна способност не додељује, ако, с једне стране, ни она ни њен партнер нису способни да управљају својим капиталом и имовином, али им је, с друге стране, потребна дозвола за венчање, на пример, зато што пар има дете или га очекује. Друго решење је идентично нашем праву – ако се малолетник венчао и развео пре него што напуни 18 година, он задржава пословну способност без обзира на чињеницу да брак више не постоји.[105]

Када је у питању пословна способност малолетника за закључење уговора, у случају неважећих уговора, одредбе Закона о старатељству, Поглавље 7, чл. 44–46, покривају сва лица која се називају „штићеници". Ове одредбе не регулишу приступ штићеника раскиду уговора, јер он има то право у сваком случају, без обзира на околности. Одредбе се односе само на другу страну у уговору и регулишу његов приступ раскиду уговора. Одредба у чл. 44 се бави раскидом неважећег уговора, чл. 45 враћањем било које размењене робе и надокнадом штете. Члан 46 садржи правило о неважећим уговорима које је склопила особа која није штићеник, али је психички неуравнотежена и неспособна да делује рационално. Члан 44(1) покрива ситуацију у којој је штићеник сам закључио уговор, а да није способан за то због недостатка правне способности. У овом случају, друга страна у уговору може да га раскине, осим ако старатељ не одобри уговор како је састављен или ако штићеник у потпуности и тачно раскине у складу са његовим условима. Први пример таквог изузетка је случај када штићеник купи мопед на рате, уговор може накнадно одобрити старатељ или зато што штићеник постане пунолетан и сам одобри или испуни уговор. Занимљив пример из данског права имамо у погледу правних послова малог значаја који малолетници предузимају свакодневно, попут куповине у продавници. Други пример уговора који је сачинио штићеник, а који је строго неважећи, али који је важећи у датим околностима, јесте када штићеник добије одређену количину готовине за коју купује нешто непотребно, на пример, седмогодишњак који купује слаткише за 10 фунти. У овом случају, друга страна у уговору је заштићена законом, јер је у интересу друштва да се може ослонити на пријем готовине, иако малолетник није требало да купује слаткише, већ да купује за своју мајку.[106]

2.1.7. Хрватска

У важећем хрватском грађанском праву постоји опште правило да је посао који склапа ограничено пословно способна особа рушљив, а

105 H. V. Godsk Pedersen, I. Lund-Andersen, *op. cit.*, стр. 25.

106 *Ibid.*, стр. 33.

strictly invalid, but that is valid in the circumstances, is when the ward is given a certain amount of cash for which he/she buys something foolish, for example, a 7 year old who buys sweets for GBP 10. In this case the other party to the contract is protected by law, because it is in the interest of society that he/she should be able to rely on the reception of cash even though the minor was not supposed to buy sweets, but shop for his/her mother.[12]

It is a special situation where the other party to the contract is aware not only of dealing with a person who lacks legal capacity, but, furthermore, of the fact that he/she has no special permission to enter into this particular contract. In this case, according to section 44(2), the other party may only rescind the contract after the lapse of the period fixed by the two parties when they made the contract or – if no such time limit has been fixed – after the lapse of a reasonable period of time within which the ward was to obtain the approval of the guardian.

According to section 44(3) in contracts where the ward has entered into a contract for personal work, and the employer knows that he/she is a ward, the employer cannot rescind the contract as long as the ward fulfils his/her part of the contract. This rule does not apply in those cases where the employer is unaware of the fact that the employee is a ward or has good reasons to believe that the ward is allowed to enter into the contract. In these cases the employer may rescind the contract freely.

If a contract is annulled according to the provisions of section 44 because of a person's legal incapacity, section 45(1) provides that both parties must restore to the other party whatever payment has been made under the contract whether in kind or cash, and if this is impossible, pay compensation for its value. The ward, however, is only obliged to pay compensation to the extent that he/she has actually benefited from the contract. The compensation is usually fixed at the amount for which the thing was bought. These rules also apply, when both parties, not only one, are wards or if the guardian exceeds his/her capacity to act on behalf of his/her ward. The other party to the contract must restore all payments regardless of the fact that he/she made the contract in good faith.

Section 45(2) extends the ward's liability to pay compensation in those cases where the ward has misled the other party to the contract by stating that he/she was authorized even though he/she was not, and regardless of whether payment has been made or not. In these cases the ward must pay a suitable compensation for the losses the other party has suffered. Such losses are posting, freight, storage and other ordinary commercial costs but not the loss of profit. In other words, the direct loss, which the other party suffers from having relied on the contract, is compensated, but not his/her loss for non-fulfilment of the contract. The lowest amount at which this compensation can be fixed is the value of the goods (section 45(1)).

If the ward is guilty of offence, for example, fraud or forgery, the ordinary rule for compensation applies (section 45(3)).

Section 46(1) contains a provision which covers persons with a multitude of mental conditions who because of the mental condition enter into contracts of whatever nature. Such contracts are made invalid, if two tests are passed: (1) a medical test

12. This provision has been established by the practice of the courts and is popularly termed 'The Cash Rule'. It would not apply if the minor were in possession of a GBP 100 note.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Family and Succession Law in Ireland

Second Edition

Paul Ward

This book was originally published as a monograph in the International Encyclopaedia of Laws/Family and Succession Law.

Founding Editor: Roger Blanpain
General Editor: Frank Hendrickx
Volume Editors: Walter Pintens

Wolters Kluwer

собности.[110] Хрватско право нам сведочи и даје доказ о значају ове теме коју обрађујемо, стога што постоји конкретна и јасна веза између радне и пословне способности детета, тј. право детета на рад које се манифестује са одређеним узрастом заснивањем радног односа директно условљава већи степен пословне способности него код малолетника, односно детета које није запослено. Запослено дете које стиче зараду има ограничену пословну способност, тј. дете има различит квалитет пословне способности у односу на своје вршњаке који нису запослени.

Закон о управним споровима прописује да тужилац и заинтересована особа могу предузимати радње у спору ако су потпуно пословно способни, односно у границама своје пословне способности. За тужиоца или заинтересовану особу радње у спору може предузимати особа овлашћена за заступање, заједнички представник и заједнички опуномоћеник групе особа. Поступовну способност имају све особе којима пословна способност није ограничена, а особе којима је пословна способност делимично ограничена, поступовно су способне у границама своје пословне способности. Особе којима је пословна способност потпуно одузета немају поступовну способност, већ за њих радње у поступку подузимају њихови законски заступници. Пословну способност имају физичка и правна лица. На питање пословне способности физичког лица Закон о управним споровима упућује на одговарајућу примену одредаба којима је уређена пословна способност физичких лица у парничном поступку.

Обитељски закон у чл. 85, у ст. 1 и 2 доноси законски опсег и садржај института ограничене пословне способности. Па тако Обитељски закон наводи да дете које је навршило петнаест година живота, те притом зарађује, може предузимати правне радње, односно склапати правне послове, те преузимати обвезе, али само до висине новчаног износа који је еквивалент његове зараде. Обитељски закон констатује како особа може располагати својом зарадом, али под условом да не угрожава своје издржавање. Међутим, ако правни послови и правне радње битно утичу на његова имовинска и лична права, за предузимање таквих послова или радњи потребна је сагласност родитеља, односно законских заступника уколико је случај да родитељи истовремено нису и законски заступници.

2.1.8. Ирска

У Ирском праву немамо много одредаба о пословној способности малолетника. Термин малолетник описује сваку особу млађу од 18 година. Термин *инфанти* се више не појављује у ирском праву. Малолетник постаје пунолетан на годишњицу свог 18. рођендана и након тога стиче потпуну пословну способност. Малолетник поседује ограничену

110 Дубравка Храбар, Ненад Хлача, Дијана Лаковац Лозић, Александра Граовац, Ирена Мајсторовић, Аница Чуло Маргаретић, Иван Шимовић, *Обитељско право*, Загреб, 2021, стр. 359.

the old common law rules that legally incapacitated married women.[6] Apart from minors, prisoners, persons of unsound mind, and intoxicated persons lack legal capacity.

I. Legal Capacity of Minors

60. The term 'minor' describes any person under the age of 18. The term 'infant' no longer appears in Irish law.[7] A minor becomes of full age on the anniversary of their 18th birthday[8] and thereafter acquires legal personality and capacity. A minor does possess limited legal capacity whilst under the age of majority.

6. Section 2(1) of the Married Woman's Status Act, 1957 provides that a married woman shall: be capable of acquiring holding and disposing of any property; and be capable of contracting; and be capable of rendering herself, and being rendered, liable in respect of any tort, contract, debt or obligation; and be subject to the law relating to bankruptcy and to the enforcement of judgments and orders, as if she were unmarried.
7. Section 3 of the Age of Majority Act, 1985.
8. Section 4 of the Age of Majority Act, 1985.

пословну способност док није пунолетан. Малолетник има ограничену способност да закључи уговор и та способност се може поделити у три главне категорије: (а) уговори који обавезују малолетника; (б) уговори који обавезују малолетника осим ако се не раскину и (ц) уговори који се сматрају ништавим према Закону о помоћи за инфанте из 1874. године.[111]

Минимална старост за склапање брака је 18 година. Члан 31 Закона о породичном праву из 1995. године подигао је старосну границу са 16 на 18 година. Може се поднети захтев суду да се страна или обе стране прогласе изузетим од старосног ограничења према чл. 33 Закона. Члан 32 Закона о породичном праву из 1995. године захтева од будућег пара да дају обавештење три месеца унапред о датуму када предлажу брак. Налог којим се укида овај захтев може се добити у складу са чл. 33 Закона. Непоштовање ових законских захтева чини сваки брак ништавим.[112]

2.1.9. Литванија

У Литванији, постизањем пунолетства, тј. када физичко лице навршши 18 година, оно својим радњама у потпуности врши сва своја грађанска права и грађанске обавезе. Ограничења активне грађанске способности не могу се никоме наметнути ни на који други начин, осим изричитом одредбом закона. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година закључују уговоре уз сагласност родитеља или старатеља. Уговори закључени без сагласности законских заступника сматрају се пуноважним ако је сагласност законског заступника дата након закључења уговора. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година имају право да располажу својим приходима и имовином стеченом за тај приход, да остварују ауторска права на своја дела, проналаске, индустријски дизајн, као и право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба. Уговоре у име и за рачун малолетника млађег од 14 година закључују њихови родитељи или старатељи. Малолетници млађи од 14 година имају право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба.[113] Ово су у нашем праву такозвани правни послови мале вредности или уобичајени правни послови.

2.1.10. Македонија

У македонском праву лица са ограниченом пословном способношћу су малолетници између 14 и 18 година старости, такозвани старији малолетници. У ову категорију спадају и пунолетна лица која су, судском одлуком, делимично лишена пословне способности. Лица

111 Paul Ward, *IEL Family and Succession Law – Ireland: Suppl. 85*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

112 *Ibid.*, стр. 56.

113 Vida Petrylaite, *IEL Family and Succession Law – Lithuania: Suppl. 70*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 28.

Chapter 3. Personality Rights

§1. Introduction

65. All natural or human persons have legal capacity to make contracts, sue, and be sued. Similarly, bodies corporate possess legal capacity and can sue and be sued, enter into binding contracts, and dispose of property. Minors, however, have limited legal capacity. To sue, a minor must have a 'next friend' act on their behalf in legal proceedings but can otherwise act in limited fashion for legal purposes.

§2. Minor Contracts

66. A minor has limited ability to enter a contract and can be divided into three main categories:[10]

(a) contracts that are binding on a minor;[11]
(b) contracts that binding on a minor unless repudiated;[12] and
(c) contracts that are deemed void under the Infants Relief Act, 1874.[13]

§3. Tort Liability and Other Causes of Action

67. A minor over the age of 7 may also be liable in tort provided the cause of action in tort does not require proof of intention and does not arise from a breach of contract.[14] A parent is not liable for torts of his child but a parent may be liable in negligence for failing to control a child or prevent a child gaining access to dangerous materials. Thus in *Sullivan v. Creed*,[15] a parent left a loaded shotgun fully cocked that the child pointed at the plaintiff in jest before discharging the cartridge and injuring the plaintiff. The parent was held liable for failing to warn the child of the danger and for allowing the child access to a dangerous thing. Similarly in *Curley v. Mannion*,[16]

10. Law Reform Commission Report on Minors (LRC 15-1985), 3.
11. These are commonly referred to as contracts for 'necessary goods' and include such matters as food and drink, clothing, board and lodging, transport, medical assistance, and legal aid.
12. A minor may repudiate any contract that contains a recurring obligation. The recognized contracts that can be repudiated are insurance contracts, contracts to subscribe for the purchase of shares, a contract to enter into a partnership, a marriage settlement, and contracts for the lease or purchase of land with continuing obligations attached to it.
13. These include contracts for the repayment of money loaned or to be loaned to a minor, for goods supplied or to be supplied to a minor, and all accounts stated with minors.
14. *O'Brien v. McNamee* [1953] IR 86. *See Nelson v. Farrell* [1955] NZLR 405 in which a minor was held liable for the tort of detinue.
15. [1904] 2 IR 317.
16. [1965] IR 543.

пословну способност док није пунолетан. Малолетник има ограничену способност да закључи уговор и та способност се може поделити у три главне категорије: (а) уговори који обавезују малолетника; (б) уговори који обавезују малолетника осим ако се не раскину и (ц) уговори који се сматрају ништавим према Закону о помоћи за инфанте из 1874. године.[111]

Минимална старост за склапање брака је 18 година. Члан 31 Закона о породичном праву из 1995. године подигао је старосну границу са 16 на 18 година. Може се поднети захтев суду да се страна или обе стране прогласе изузетим од старосног ограничења према чл. 33 Закона. Члан 32 Закона о породичном праву из 1995. године захтева од будућег пара да дају обавештење три месеца унапред о датуму када предлажу брак. Налог којим се укида овај захтев може се добити у складу са чл. 33 Закона. Непоштовање ових законских захтева чини сваки брак ништавим.[112]

2.1.9. Литванија

У Литванији, постизањем пунолетства, тј. када физичко лице навршши 18 година, оно својим радњама у потпуности врши сва своја грађанска права и грађанске обавезе. Ограничења активне грађанске способности не могу се никоме наметнути ни на који други начин, осим изричитом одредбом закона. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година закључују уговоре уз сагласност родитеља или старатеља. Уговори закључени без сагласности законских заступника сматрају се пуноважним ако је сагласност законског заступника дата након закључења уговора. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година имају право да располажу својим приходима и имовином стеченом за тај приход, да остварују ауторска права на своја дела, проналаске, индустријски дизајн, као и право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба. Уговоре у име и за рачун малолетника млађег од 14 година закључују њихови родитељи или старатељи. Малолетници млађи од 14 година имају право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба.[113] Ово су у нашем праву такозвани правни послови мале вредности или уобичајени правни послови.

2.1.10. Македонија

У македонском праву лица са ограниченом пословном способношћу су малолетници између 14 и 18 година старости, такозвани старији малолетници. У ову категорију спадају и пунолетна лица која су, судском одлуком, делимично лишена пословне способности. Лица

111 Paul Ward, *IEL Family and Succession Law – Ireland: Suppl. 85*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

112 *Ibid.*, стр. 56.

113 Vida Petrylaite, *IEL Family and Succession Law – Lithuania: Suppl. 70*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 28.

Mother's Brother's Wife	Mother's Sister's Husband
Wife's Father's Sister	Husband's Father's Brother
Wife's Mother's Sister	Husband's Mother's Brother
Mother	Father
Stepmother	Stepfather
Wife's Mother	Husband's Father
Daughter	Son
Wife's Daughter	Husband's Son
Son's Wife	Daughter's Husband
Sister	Brother
Son's Daughter	Son's Son
Daughter's Daughter	Daughter's Son
Son's Son's Wife	Son's Daughter's Husband
Daughter's Son's Wife	Daughter's Daughter's Husband
Wife's Son's Daughter	Husband's Son's Son
Wife's Daughter's Daughter	Husband's Daughter's Son
Brother's Daughter	Brother's Son
Sisters' Daughter	Sister's Son
Brother's Son's Wife	Brother's Daughter's Husband
Sister's Son's Wife	Sister's Daughter's Husband
Wife's Brother's Daughter	Husband's Brothers' Son
Wife's Sister's Daughter	Husband's Sister's Son

132. 132. The Deceased Wife's Sister Act, 1907 entitled a man to marry his deceased wife's sister and the Deceased Husband's Brother Act, 1921 entitled a woman to marry her deceased husband's brother. The requirement here is for the termination of the former *marriage* by the death of the spouse, and thus a divorced spouse cannot marry his or her sister-in-law or brother-in-law. The 1907 Act was declared unconstitutional by the High Court in *O'Shea v. O'Shea v. Ireland and the Attorney General*[110] because it infringed the constitutional right of an individual to marry.

V. Age and Notice

133. The minimum age at which an individual may marry is 18. Section 31 of the Family Law Act, 1995 raised the age threshold from 16 years of age to the present

110. Unreported High Court, 17 Oct. 1996, Laffoy J.

пословну способност док није пунолетан. Малолетник има ограничену способност да закључи уговор и та способност се може поделити у три главне категорије: (а) уговори који обавезују малолетника; (б) уговори који обавезују малолетника осим ако се не раскину и (ц) уговори који се сматрају ништавим према Закону о помоћи за инфанте из 1874. године.[111]

Минимална старост за склапање брака је 18 година. Члан 31 Закона о породичном праву из 1995. године подигао је старосну границу са 16 на 18 година. Може се поднети захтев суду да се страна или обе стране прогласе изузетим од старосног ограничења према чл. 33 Закона. Члан 32 Закона о породичном праву из 1995. године захтева од будућег пара да дају обавештење три месеца унапред о датуму када предлажу брак. Налог којим се укида овај захтев може се добити у складу са чл. 33 Закона. Непоштовање ових законских захтева чини сваки брак ништавим.[112]

2.1.9. Литванија

У Литванији, постизањем пунолетства, тј. када физичко лице навршши 18 година, оно својим радњама у потпуности врши сва своја грађанска права и грађанске обавезе. Ограничења активне грађанске способности не могу се никоме наметнути ни на који други начин, осим изричитом одредбом закона. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година закључују уговоре уз сагласност родитеља или старатеља. Уговори закључени без сагласности законских заступника сматрају се пуноважним ако је сагласност законског заступника дата након закључења уговора. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година имају право да располажу својим приходима и имовином стеченом за тај приход, да остварују ауторска права на своја дела, проналаске, индустријски дизајн, као и право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба. Уговоре у име и за рачун малолетника млађег од 14 година закључују њихови родитељи или старатељи. Малолетници млађи од 14 година имају право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба.[113] Ово су у нашем праву такозвани правни послови мале вредности или уобичајени правни послови.

2.1.10. Македонија

У македонском праву лица са ограниченом пословном способношћу су малолетници између 14 и 18 година старости, такозвани старији малолетници. У ову категорију спадају и пунолетна лица која су, судском одлуком, делимично лишена пословне способности. Лица

111 Paul Ward, *IEL Family and Succession Law – Ireland: Suppl. 85*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

112 *Ibid.*, стр. 56.

113 Vida Petrylaite, *IEL Family and Succession Law – Lithuania: Suppl. 70*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 28.

requirement. An application to court may be made to declare the party or parties exempt from the age requirement under section 33. Section 32 of the Family Law Act, 1995 requires an intending couple to give three months' notice of the date on which they propose to marry. An order dispensing with this requirement may be obtained in accordance with section 33 of the Act. Failure to comply with these statutory requirements renders any marriage void.

VI. Prior Marriage

134. At common law a person cannot validly marry if the person is already validly married at the time of the marriage in question. A decree of nullity can retrospectively render a second marriage valid where the first marriage is declared void.[111]

VII. Monogamy

135. The common law requires that all marriages be monogamous in that a person can only be validly married to another person of the opposite sex at any one time. Polygamous marriages are void as are potentially polygamous marriages.[112] Where a party enters a second marriage while validly married to another, the second marriage is void and the parties are liable to prosecution for the criminal offence of bigamy. Such prosecutions are rare. Where a person is party to a void marriage for which no decree of nullity is required, that person may enter a second marriage because the first marriage is deemed never to have occurred. Likewise, a person who obtains a foreign divorce that is capable of recognition in this jurisdiction may lawfully remarry. In these circumstances, it is advisable to obtain either a decree of nullity or a declaration that the foreign divorce is capable of recognition.

VIII. Absence of Formalities

136. Failure to provide three months' notice to the Registrar of Marriages of the parties intention to marry under section 32 of the Family Law Act, 1995 unless exempted by court order. Non-observance of formalities of marriage as prescribed by the different religious beliefs and set out in the Marriages Acts, 1844–1972, which, in general, do not invalidate a marriage unless both parties knowingly and wilfully disregard certain requirements.

111. *KED (KC) v. MC* [1987] ILRM 187 and *B. v. R.* [1996] 3 IR 549.
112. *Conlon v. Mohammed* [1987] ILRM 172, [1989] ILRM 523.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Lithuania

by

Vida Petrylaitė
Vilnius University

This monograph has been reviewed by the Author and is up-to-date as of May 2016

2016

Wolters Kluwer

пословну способност док није пунолетан. Малолетник има ограничену способност да закључи уговор и та способност се може поделити у три главне категорије: (а) уговори који обавезују малолетника; (б) уговори који обавезују малолетника осим ако се не раскину и (ц) уговори који се сматрају ништавим према Закону о помоћи за инфанте из 1874. године.[111]

Минимална старост за склапање брака је 18 година. Члан 31 Закона о породичном праву из 1995. године подигао је старосну границу са 16 на 18 година. Може се поднети захтев суду да се страна или обе стране прогласе изузетим од старосног ограничења према чл. 33 Закона. Члан 32 Закона о породичном праву из 1995. године захтева од будућег пара да дају обавештење три месеца унапред о датуму када предлажу брак. Налог којим се укида овај захтев може се добити у складу са чл. 33 Закона. Непоштовање ових законских захтева чини сваки брак ништавим.[112]

2.1.9. Литванија

У Литванији, постизањем пунолетства, тј. када физичко лице навршши 18 година, оно својим радњама у потпуности врши сва своја грађанска права и грађанске обавезе. Ограничења активне грађанске способности не могу се никоме наметнути ни на који други начин, осим изричитом одредбом закона. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година закључују уговоре уз сагласност родитеља или старатеља. Уговори закључени без сагласности законских заступника сматрају се пуноважним ако је сагласност законског заступника дата након закључења уговора. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година имају право да располажу својим приходима и имовином стеченом за тај приход, да остварују ауторска права на своја дела, проналаске, индустријски дизајн, као и право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба. Уговоре у име и за рачун малолетника млађег од 14 година закључују њихови родитељи или старатељи. Малолетници млађи од 14 година имају право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба.[113] Ово су у нашем праву такозвани правни послови мале вредности или уобичајени правни послови.

2.1.10. Македонија

У македонском праву лица са ограниченом пословном способношћу су малолетници између 14 и 18 година старости, такозвани старији малолетници. У ову категорију спадају и пунолетна лица која су, судском одлуком, делимично лишена пословне способности. Лица

111 Paul Ward, *IEL Family and Succession Law – Ireland: Suppl. 85*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

112 *Ibid.*, стр. 56.

113 Vida Petrylaite, *IEL Family and Succession Law – Lithuania: Suppl. 70*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 28.

Part I. Persons

Chapter 1. The Status of a Person

§1. Definition of a Person

44. Every natural person shall have the full enjoyment of civil rights (passive civil capacity). Passive civil capacity of a natural person begins at the moment of his birth and ends at the moment of his death. The first independent breath is considered to be the act of birth of a natural person. Full and irreversible stoppage of blood circulation or stoppage of all brain functions shall be considered to be the act of death of a natural person. Criteria for stating the acts of birth or death are prescribed by law.[15]

The beginning of rights prescribed by law to a conceived but yet unborn baby shall depend on the act of its birth. In the event of the impossibility to establish whether a baby was born alive or dead it shall be presumed that it was born alive.

45. According to law, natural persons shall be entitled to property as the object of private ownership and shall enjoy the right to engage in commercial activities, establish enterprises or other legal entities, inherit property and bequeath it, choose a sphere of activities and residence, to have invention or industrial sample rights as well as other property and individual non-property rights, which are protected by the civil law.

§2. Active Capacity

46. Full active civil capacity can be obtained in three ways: (a) reaching full age, (b) entering into marriage, (c) by court's decision.

I. Age of Person

47. On attaining full age, i.e., when a natural person is 18 years of age, he, by his acts, have full exercise of all his civil rights and civil obligations. Restrictions

15. Law on the Establishment of Death of a Human Being, and on Critical Conditions No. VIII-157 of 25 Mar. 1997, a new version on 4 Apr. 2002 No.IX-836, as last amended on 3 Jun. 2008 No. X-1564; OJ 1997, No. 30-712.

пословну способност док није пунолетан. Малолетник има ограничену способност да закључи уговор и та способност се може поделити у три главне категорије: (а) уговори који обавезују малолетника; (б) уговори који обавезују малолетника осим ако се не раскину и (ц) уговори који се сматрају ништавим према Закону о помоћи за инфанте из 1874. године.[111]

Минимална старост за склапање брака је 18 година. Члан 31 Закона о породичном праву из 1995. године подигао је старосну границу са 16 на 18 година. Може се поднети захтев суду да се страна или обе стране прогласе изузетим од старосног ограничења према чл. 33 Закона. Члан 32 Закона о породичном праву из 1995. године захтева од будућег пара да дају обавештење три месеца унапред о датуму када предлажу брак. Налог којим се укида овај захтев може се добити у складу са чл. 33 Закона. Непоштовање ових законских захтева чини сваки брак ништавим.[112]

2.1.9. Литванија

У Литванији, постизањем пунолетства, тј. када физичко лице навршри 18 година, оно својим радњама у потпуности врши сва своја грађанска права и грађанске обавезе. Ограничења активне грађанске способности не могу се никоме наметнути ни на који други начин, осим изричитом одредбом закона. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година закључују уговоре уз сагласност родитеља или старатеља. Уговори закључени без сагласности законских заступника сматрају се пуноважним ако је сагласност законског заступника дата након закључења уговора. Малолетници старији од 14, а млађи од 18 година имају право да располажу својим приходима и имовином стеченом за тај приход, да остварују ауторска права на своја дела, проналаске, индустријски дизајн, као и право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба. Уговоре у име и за рачун малолетника млађег од 14 година закључују њихови родитељи или старатељи. Малолетници млађи од 14 година имају право да сами закључују уговоре ради задовољавања својих редовних и уобичајених потреба.[113] Ово су у нашем праву такозвани правни послови мале вредности или уобичајени правни послови.

2.1.10. Македонија

У македонском праву лица са ограниченом пословном способношћу су малолетници између 14 и 18 година старости, такозвани старији малолетници. У ову категорију спадају и пунолетна лица која су, судском одлуком, делимично лишена пословне способности. Лица

111 Paul Ward, *IEL Family and Succession Law – Ireland: Suppl. 85*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

112 *Ibid.*, стр. 56.

113 Vida Petrylaite, *IEL Family and Succession Law – Lithuania: Suppl. 70*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 28.

on the active civil capacity may not be imposed on anyone in any other manner except by express provision of law.

48. Minors over 14 and under 18 years of age shall enter into contracts with the consent of parents or guardians. Contracts concluded without the consent of legal representatives shall be deemed valid if the consent of the legal representative is given after the contract has been concluded. Minors over 14 but under 18 years of age have the right to dispose of their income[16] and property acquired for that income, implement copyright to their works, inventions, industrial design as well as the right to enter into contracts alone to meet their ordinary and usual needs.

Contracts on behalf and in the name of minor's under 14 years of age name shall be concluded by their parents or guardians. Minors under 14 years of age enjoy the right to enter alone into contracts to meet their ordinary and usual needs.

II. Entering into Marriage

49. Where the law provides for the possibility of a natural person to enter into marriage before he is 18, the person, who has not yet come of the given age, shall acquire full active civil capacity at the moment of entering into marriage. If at a later date this marriage is dissolved or nullity of marriage is declared for reasons not related to the age of the parties, a minor does not lose his full active civil capacity.

III. Emancipation

50. Where a minor is 16 years of age the court may emancipate him after he or his guardian, parents, institutions of guardianship or he himself has filed a declaration to that effect with the court. There must be sufficient grounds to believe that he may exercise all civil rights and discharge his obligations alone. In all cases a minor has to give his consent to be emancipated. The court may annul minor's emancipation on the request of parents or child care institutions in the event that exercising his rights and discharging his obligations a minor causes damage to his own or other persons' rights or lawful interests.

§3. ABSENTEE

51. Where for the period of one year in person's domicile there is no information about his whereabouts the court may recognize the person to be an absentee. Where there is no possibility to establish the day when the last data about an absentee have been received, the first of January of the following year shall be deemed to be the beginning of person's absence.

16. Full active capacity in labour law begins at 16 years old, partial capacity at 14 years old.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Germany

by

Dieter Schwab
Regensburg University

Peter Gottwald
Regensburg University

&

Saskia Lettmaier
Kiel University

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of January 2017

2017



обавезе које из брака проистичу. Ступањем у брак, малолетно лице стиче пуну, општу пословну способност и тиме престаје родитељска власт над њим. Важно је истаћи да дозвола коју даје суд, а којом се дозвољава склапање брака, нема никакву правну важност што се тиче пословне способности малолетног лица, све до тренутка закључења брака. У том тренутку малолетно лице постаје пословно способно и ту способност не може изгубити, чак ни у случају развода брака. Не може склопити брак лице које није навршило 18 година старости. Надлежни суд може, у ванпарничном поступку, дозволити склапање брака оном лицу које је навршило 16 година живота ако се установи да је постигло телесну и психичку зрелост потребну за остваривање права и обавеза који настају у браку, на основу претходног мишљења здравствене установе и социјалног радника (чл. 18 Закона о породици; у овом контексту и чл. 20 истог закона: „Не могу закључити брак лица која имају манифестни облик душевног обољења са психотичним симптомима или резидуалним знацима болести и због тога не могу разумети значај брака и обавеза који из њега произлазе, а која су истовремено и неспособна за расуђивање. Не могу закључити брак и лица која заостају у менталном (психичком) развоју, а припадају групи лица са тешком и најтежом менталном омећеношћу са IQ испод 36."). Такође, пословна способност физичких лица је неопходан услов и код једног посебног случаја преноса права *mortis causa*. Код наслеђивања, уколико жели да се откаже од свог дела, наследник мора имати општу пословну способност. У супротном, то лице не може дати изјаву о отказивању, међутим такву изјаву може дати његов законски заступник, уз допунско одобрење старатељског органа. Уколико изјава није дата лично, од стране наследника, то може урадити и његов пуномоћник, уз претходно овлашћење садржано у специјалном пуномоћју.[118]

2.1.11. Немачка

Према немачком праву, способност да се произведу правна дејства путем изјава (нпр. за закључење уговора) назива се „способност за закључивање правних послова" (*Geschäftsfähigkeit*). У принципу, свако људско биће је пословно способно. Изузеци се праве када: (а) лице још није навршило 18 година и (б) када лице пати од патолошког менталног поремећаја који спречава слободно вршење његове или њене воље осим ако је ово стање привремене природе. Малолетници, тј. лица која још нису навршила 18 година, су или неспособни или делимично способни да закључују правне послове. Деца су неспособна да закључују правне послове ако су млађа од 7 година. Свака изјава воље коју да правно неспособно лице је ништава. Изјава воље дата лицу које је правно неспособно не производи правно дејство док не стигне до његовог законског

118 За наслеђивање у македонском праву видети Љиљана Спириковик Трпеновска, Дејан Мицковик, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Скопје, 2011, 140 и даље.

§2. Capacity

I. General

33. Under German law, the ability to bring about legal effects through declarations (e.g., to enter into a contract) is termed 'capacity to enter into legal transactions' (*Geschäftsfähigkeit*). In principle, every human being is legally competent. Exceptions are made where: (a) a person has not yet reached 18 and (b) where a person suffers from a pathological mental disturbance preventing the free exercise of his or her will unless this condition is temporary in nature.[39]

II. Minors

34. Minors, i.e., persons who have not yet reached the age of 18, are either incompetent or partially competent to enter into legal transactions.

Children are *incompetent to enter into legal transactions* if they are under the age of 7.[40] Any declaration of will made by a legally incompetent person is void.[41] A declaration of will made to a person who is legally incompetent is not effective until it reaches his or her legal representative.[42]

Minors have *limited capacity to enter into legal transactions* if they have completed their 7th year, but not yet their 18th.[43] As a rule, a person with limited legal capacity may make declarations of will. Their validity will depend on the assent (prior consent, *Einwilligung*) or approval (later consent, *Genehmigung*) of his or her legal representative.[44] Such consent is not necessary, however, if the declaration is wholly advantageous for the minor.

35. Minors in principle have a *legal representative*. As a rule, this will be the parents, to the extent that they have parental responsibility. In other cases, a curator or guardian will act as legal representative.[45]

III. Adults

36. A person is legally incompetent if he or she suffers from a pathological mental disturbance preventing the free exercise of his or her will, unless this condition is temporary in nature.[46] Whether such a condition exists has to be determined in each case, e.g., when trying to assess the validity of a contract. Legal incompetence may

39. §104 BGB.
40. §104 No. 1 BGB.
41. §105 BGB.
42. §131 I BGB.
43. If they are not legally incompetent under §104 No. 1 BGB.
44. §§107–113 BGB.
45. §1629 BGB.
46. §104 No. 2 BGB.

заступника. Малолетници имају ограничену способност да закључују правне послове ако су навршили 7 година, али још нису навршили 18 година. По правилу, особа са ограниченом правном способношћу може дати изјаве воље. Њихова валидност зависиће од сагласности, претходне сагласности (*Einwilligung*) или одобрења, касније сагласности (*Genehmigung*) њеног законског заступника. Међутим, таква сагласност није неопходна ако је изјава у потпуности у корист малолетника. Малолетници у принципу имају законског заступника – по правилу, то ће бити родитељи, у мери у којој имају родитељску одговорност. У другим случајевима, старатељ ће деловати као законски заступник.[119] У немачком праву, малолетник који је старији од 7 година може закључивати све правне послове уз сагласност законског заступника, а самостално може предузимати правне послове којима прибавља неку корист за себе.[120] Примећујемо широко овлашћење законског заступника с обзиром на то да дете већ са 7 година може да закључује све правне послове уз његову сагласност.

2.1.12. Пољска

У пољском праву способност физичког лица за обављање правних радњи одређује његову способност да предузима правне радње путем изјава о намери и да тиме стиче права и обавезе. Ова врста способности није универзална, услед захтева да физичко лице достигне довољан ниво менталне зрелости, што долази само са одређеним узрастом, тј. годинама. Такође, судска одлука може лишити особу способности за обављање правних радњи као резултат ситуације у којој дотична особа пати од менталне болести или менталне заосталости и није способна да контролише своје понашање. Недостатак способности за обављање правних радњи значи да особа која нема пословну пособност (малолетници млађи од 13 година и потпуно неспособни) не може самостално учествовати у правним пословима, осим када закључује уговоре о мањим стварима уобичајеним у свакодневном животу, у ком случају радња ступа на снагу када се изврши, осим ако очигледно не штети неспособној особи.[121] Као резултат тога, правне радње у име ових појединаца морају да предузимају њихови законски заступници, што значи родитељи или старатељи. Када је у питању обављање правних послова који прелазе обим редовног управљања имовином погођених лица (што одговара важнијим радњама управљања имовином), законском заступнику је потребна додатна судска дозвола. Много шири обим могућности за самостално предузимање правних радњи односи се на лица са делимичном способношћу за обављање правних радњи. То укључу

119 Dieter Schwab, Peter Gottwald, Saskia Lettmaier, *IEL Family and Succession Law Germany: Suppl. 86*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 31.

120 Чл. 104–113 Немачког грађанског законика.

121 Чл. 14, ст. 2 Пољског грађанског законика.

§2. Capacity

I. General

33. Under German law, the ability to bring about legal effects through declarations (e.g., to enter into a contract) is termed 'capacity to enter into legal transactions' (*Geschäftsfähigkeit*). In principle, every human being is legally competent. Exceptions are made where: (a) a person has not yet reached 18 and (b) where a person suffers from a pathological mental disturbance preventing the free exercise of his or her will unless this condition is temporary in nature.[39]

II. Minors

34. Minors, i.e., persons who have not yet reached the age of 18, are either incompetent or partially competent to enter into legal transactions.

Children are *incompetent to enter into legal transactions* if they are under the age of 7.[40] Any declaration of will made by a legally incompetent person is void.[41] A declaration of will made to a person who is legally incompetent is not effective until it reaches his or her legal representative.[42]

Minors have *limited capacity to enter into legal transactions* if they have completed their 7th year, but not yet their 18th.[43] As a rule, a person with limited legal capacity may make declarations of will. Their validity will depend on the assent (prior consent, *Einwilligung*) or approval (later consent, *Genehmigung*) of his or her legal representative.[44] Such consent is not necessary, however, if the declaration is wholly advantageous for the minor.

35. Minors in principle have a *legal representative*. As a rule, this will be the parents, to the extent that they have parental responsibility. In other cases, a curator or guardian will act as legal representative.[45]

III. Adults

36. A person is legally incompetent if he or she suffers from a pathological mental disturbance preventing the free exercise of his or her will, unless this condition is temporary in nature.[46] Whether such a condition exists has to be determined in each case, e.g., when trying to assess the validity of a contract. Legal incompetence may

39. §104 BGB.
40. §104 No. 1 BGB.
41. §105 BGB.
42. §131 I BGB.
43. If they are not legally incompetent under §104 No. 1 BGB.
44. §§107–113 BGB.
45. §1629 BGB.
46. §104 No. 2 BGB.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Poland

by

Stanislawa Kalus & Magdalena Habdas
University of Silesia, Poland

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of September 2016

2016

Wolters Kluwer

заступника. Малолетници имају ограничену способност да закључују правне послове ако су навршили 7 година, али још нису навршили 18 година. По правилу, особа са ограниченом правном способношћу може дати изјаве воље. Њихова валидност зависиће од сагласности, претходне сагласности (*Einwilligung*) или одобрења, касније сагласности (*Genehmigung*) њеног законског заступника. Међутим, таква сагласност није неопходна ако је изјава у потпуности у корист малолетника. Малолетници у принципу имају законског заступника – по правилу, то ће бити родитељи, у мери у којој имају родитељску одговорност. У другим случајевима, старатељ ће деловати као законски заступник.[119] У немачком праву, малолетник који је старији од 7 година може закључивати све правне послове уз сагласност законског заступника, а самостално може предузимати правне послове којима прибавља неку корист за себе.[120] Примећујемо широко овлашћење законског заступника с обзиром на то да дете већ са 7 година може да закључује све правне послове уз његову сагласност.

2.1.12. Пољска

У пољском праву способност физичког лица за обављање правних радњи одређује његову способност да предузима правне радње путем изјава о намери и да тиме стиче права и обавезе. Ова врста способности није универзална, услед захтева да физичко лице достигне довољан ниво менталне зрелости, што долази само са одређеним узрастом, тј. годинама. Такође, судска одлука може лишити особу способности за обављање правних радњи као резултат ситуације у којој дотична особа пати од менталне болести или менталне заосталости и није способна да контролише своје понашање. Недостатак способности за обављање правних радњи значи да особа која нема пословну пособност (малолетници млађи од 13 година и потпуно неспособни) не може самостално учествовати у правним пословима, осим када закључује уговоре о мањим стварима уобичајеним у свакодневном животу, у ком случају радња ступа на снагу када се изврши, осим ако очигледно не штети неспособној особи.[121] Као резултат тога, правне радње у име ових појединаца морају да предузимају њихови законски заступници, што значи родитељи или старатељи. Када је у питању обављање правних послова који прелазе обим редовног управљања имовином погођених лица (што одговара важнијим радњама управљања имовином), законском заступнику је потребна додатна судска дозвола. Много шири обим могућности за самостално предузимање правних радњи односи се на лица са делимичном способношћу за обављање правних радњи. То укључује:

119 Dieter Schwab, Peter Gottwald, Saskia Lettmaier, *IEL Family and Succession Law – Germany: Suppl. 86*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 31.

120 Чл. 104–113 Немачког грађанског законика.

121 Чл. 14, ст. 2 Пољског грађанског законика.

(18 years old – Article 10 FGC), parental authority cannot be exercised by a person without the full capacity to perform juridical acts (Article 94 §1 FGC), etc.

II. Types of Capacity to Perform Juridical Acts

25. The capacity to perform juridical acts of a natural person determines his or her ability to make juridical acts by means of declarations of intent and to acquire rights and obligations thereby. This type of capacity is no longer universal, because of the requirement that the natural person should attain sufficient level of mental maturity which comes only with particular age. Also, a judicial decision may deprive a person of his or her capacity to perform juridical acts as a result of the situation in which the person in question suffers from mental illness or mental deficiency, and is incapable to control his or her own conduct.

26. A natural person's capacity to perform juridical acts rests on two premises, that is, age and (the lack of) incapacitation. Taking into consideration these two factors, one can distinguish persons:

(1) without the capacity to perform juridical acts;
(2) of partial capacity to perform juridical acts;
(3) of full capacity to perform juridical acts.

27. The lack of capacity to perform juridical acts means that a person lacking the capacity (minors under 13 and fully incapacitated) cannot participate in legal transactions on their own, except when concluding contracts regarding minor things common in everyday life, in which case the act is effective when performed, unless it should blatantly harm the incapable person (Article 14 §2 PCC). As a result, juridical acts on behalf of these individuals must be made by their statutory representatives, meaning parents or guardians. When it comes to the performance of juridical acts exceeding the scope of ordinary management of the affected persons' assets (which correspond to more important acts of asset management), the statutory representative needs additional court permission.

28. A much broader scope of possibilities to independently make legal acts concerns persons of partial capacity to perform juridical acts. These include:

(1) minors over 13;
(2) partially incapacitated persons;
(3) persons for whom a temporary advisor has been appointed for the period of incapacitation proceedings.

29. Such people are in a relatively complicated legal position, because with regard to certain juridical acts they are treated as equipped with full capacity to perform juridical acts, which means that in this respect legal acts can be made freely (Article 17 PCC *a contrario*, Articles 20, 21, 22 PCC). Other juridical acts require the consent of the statutory representative (parents, guardian or curator if the FGC

(1) малолетнике старије од 13 година; (2) делимично неспособна лица и (3) лица за која је именован привремени саветник за период поступка за лишавање способности. Малолетници су физичка лица пре него што достигну пунолетство. У пољском грађанском праву, постоје два начина на која малолетник може постати пунолетно лице (стећи пунолетство): навршењем 18 година[122] или претходним склапањем брака.[123] Закон о браку предвиђа да се брак може склопити када пар напуни 18 година, али предвиђа изузетну ситуацију у којој суд, вођен важним разлозима (најчешће трудноћом будуће невесте), може дозволити жени која има најмање 16 година да склопи ранији брак; поред тога, околности случаја морају указивати на то да ће закључење брака бити у складу са интересом новоосноване породице. Склапањем брака таква жена постаје пунолетна особа. Поред тога, ако мушкарац који не може да добије судску дозволу за брак створи ситуацију која му омогућава да склопи брак, на пример, фалсификовањем свог извода из матичне књиге рођених, брак и даље подразумева његово пунолетство, а ово пунолетство се неће поништити чак и ако брак касније буде поништен, јер услов за пунолетство није био испуњен у тренутку закључења брака.[124]

Заступање малолетног лица представља елемент родитељске власти и, све док је дете под родитељском влашћу, оба његова родитеља су законски заступници. Понекад је само једном родитељу поверено родитељско право. Ако дете не остане под родитељском влашћу нити једног родитеља или када је у питању потпуно неспособно лице, законски заступник је старатељ кога је поставио суд. Заступање чини елемент личне бриге, што је такође саставни део старатељског односа. Право заступања детета или неспособног лица је дато родитељима или старатељу, јер непосредно укључена лица или немају способност за обављање правних послова или је њихова способност за обављање правних послова делимична, што доводи до ситуације у којој многи њихови правни послови захтевају сагласност законског заступника који је дужан да се брине да ти послови не буду штетни за заступано лице.[125] Заступање детета или лица под старатељством своди се на право на основу којег родитељи или старатељи могу деловати у име детета и остваривати његов интерес са правним последицама које директно утичу на лице које заступају, како када је у питању обављање правних послова грађанског материјалног права, тако и у судским поступцима, или пред другим државним органима, посебно управним телима.[126]

122 Чл. 10, ст. 1 Пољског грађанског законика.
123 Чл. 10, ст. 2 Пољског грађанског законика.
124 Stanislawa Kalus, Magdalena Habdas, *IEL Family and Succession Law – Polland: Suppl. 84*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 30.
125 Чл. 17 Грађанског законика.
126 S. Kalus, M. Habdas, *op. cit.*, стр. 35.

(18 years old – Article 10 FGC), parental authority cannot be exercised by a person without the full capacity to perform juridical acts (Article 94 §1 FGC), etc.

II. Types of Capacity to Perform Juridical Acts

25. The capacity to perform juridical acts of a natural person determines his or her ability to make juridical acts by means of declarations of intent and to acquire rights and obligations thereby. This type of capacity is no longer universal, because of the requirement that the natural person should attain sufficient level of mental maturity which comes only with particular age. Also, a judicial decision may deprive a person of his or her capacity to perform juridical acts as a result of the situation in which the person in question suffers from mental illness or mental deficiency, and is incapable to control his or her own conduct.

26. A natural person's capacity to perform juridical acts rests on two premises, that is, age and (the lack of) incapacitation. Taking into consideration these two factors, one can distinguish persons:

(1) without the capacity to perform juridical acts;
(2) of partial capacity to perform juridical acts;
(3) of full capacity to perform juridical acts.

27. The lack of capacity to perform juridical acts means that a person lacking the capacity (minors under 13 and fully incapacitated) cannot participate in legal transactions on their own, except when concluding contracts regarding minor things common in everyday life, in which case the act is effective when performed, unless it should blatantly harm the incapable person (Article 14 §2 PCC). As a result, juridical acts on behalf of these individuals must be made by their statutory representatives, meaning parents or guardians. When it comes to the performance of juridical acts exceeding the scope of ordinary management of the affected persons' assets (which correspond to more important acts of asset management), the statutory representative needs additional court permission.

28. A much broader scope of possibilities to independently make legal acts concerns persons of partial capacity to perform juridical acts. These include:

(1) minors over 13;
(2) partially incapacitated persons;
(3) persons for whom a temporary advisor has been appointed for the period of incapacitation proceedings.

29. Such people are in a relatively complicated legal position, because with regard to certain juridical acts they are treated as equipped with full capacity to perform juridical acts, which means that in this respect legal acts can be made freely (Article 17 PCC *a contrario*, Articles 20, 21, 22 PCC). Other juridical acts require the consent of the statutory representative (parents, guardian or curator if the FGC

(1) малолетнике старије од 13 година; (2) делимично неспособна лица и (3) лица за која је именован привремени саветник за период поступка за лишавање способности. Малолетници су физичка лица пре него што достигну пунолетство. У пољском грађанском праву, постоје два начина на која малолетник може постати пунолетно лице (стећи пунолетство): навршењем 18 година[122] или претходним склапањем брака.[123] Закон о браку предвиђа да се брак може склопити када пар напуни 18 година, али предвиђа изузетну ситуацију у којој суд, вођен важним разлозима (најчешће трудноћом будуће невесте), може дозволити жени која има најмање 16 година да склопи ранији брак; поред тога, околности случаја морају указивати на то да ће закључење брака бити у складу са интересом новоосноване породице. Склапањем брака таква жена постаје пунолетна особа. Поред тога, ако мушкарац који не може да добије судску дозволу за брак створи ситуацију која му омогућава да склопи брак, на пример, фалсификовањем свог извода из матичне књиге рођених, брак и даље подразумева његово пунолетство, а ово пунолетство се неће поништити чак и ако брак касније буде поништен, јер услов за пунолетство није био испуњен у тренутку закључења брака.[124]

Заступање малолетног лица представља елемент родитељске власти и, све док је дете под родитељском влашћу, оба његова родитеља су законски заступници. Понекад је само једном родитељу поверено родитељско право. Ако дете не остане под родитељском влашћу нити једног родитеља или када је у питању потпуно неспособно лице, законски заступник је старатељ кога је поставио суд. Заступање чини елемент личне бриге, што је такође саставни део старатељског односа. Право заступања детета или неспособног лица је дато родитељима или старатељу, јер непосредно укључена лица или немају способност за обављање правних послова или је њихова способност за обављање правних послова делимична, што доводи до ситуације у којој многи њихови правни послови захтевају сагласност законског заступника који је дужан да се брине да ти послови не буду штетни за заступано лице.[125] Заступање детета или лица под старатељством своди се на право на основу којег родитељи или старатељи могу деловати у име детета и остваривати његов интерес са правним последицама које директно утичу на лице које заступају, како када је у питању обављање правних послова грађанског материјалног права, тако и у судским поступцима, или пред другим државним органима, посебно управним телима.[126]

122 Чл. 10, ст. 1 Пољског грађанског законика.

123 Чл. 10, ст. 2 Пољског грађанског законика.

124 Stanislawa Kalus, Magdalena Habdas, *IEL Family and Succession Law – Polland: Suppl. 84*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 30.

125 Чл. 17 Грађанског законика.

126 S. Kalus, M. Habdas, *op. cit.*, стр. 35.

these persons are the most frequent actors in commercial transactions. They act both as consumers and businesses.[25]

III. Minors, Juveniles and Persons of Age

34. Minors are natural persons before they reach full age. In Polish civil law, there are two ways in which a minor can become a person of full age (attain majority): by turning 18 (Article 10 §1 PCC) or entering into marriage beforehand (Article 10 §2 PCC). Article 10 of the FGC stipulates that a marriage may be concluded once the couple turn 18, but provides for an exceptional situation where the court driven by important reasons (most importantly pregnancy of the bride-to-be) may allow a woman who is at least 16 years old for an earlier marriage; in addition the circumstances of the case must indicate that the conclusion of the marriage is going to be concordant with the interest of the newly founded family (Article 10 §2 FGC). By entering into the marriage such a woman becomes a person of full age. Additionally, if a man who cannot obtain judicial permission to marry brings about a situation which enables him to enter into marriage, for example, by forging his birth certificate, the marriage still shall entail his majority, and this majority is not going to be cancelled even if the marriage becomes later annulled because the requirement of majority was not fulfilled at the moment of marriage conclusion (Article 10 §2 PCC second sentence).

35. Since the competence of family courts covers not only cases relating to minors and persons of full age, but also juveniles, it should be explained who is referred to by this category. This has been defined in a statute whose legal status seems interesting. Until the 1980s, it has been considered that these issues are a matter of criminal law, and the provisions of the statutes regulating criminal proceedings applied also to judicial proceedings in juvenile cases. However, the situation changed as a result of enactment of the Act of 26 October 1982 on the proceedings in juvenile cases. Presently these questions belong rather to the area of civil law protection of a certain category of persons. Also the measures envisaged in the statute, apart from placement in reformatory, are analogical to measures applied for the purpose of protection of minors. Additionally, provisions of the Polish Civil Procedure Code apply to matters unregulated by the discussed statute.

36. Article 15 of the statute refers juvenile cases to the competence of family courts, unless a special provision should stipulate otherwise. This is a consequence of the statute's function, since the legislator specified in the preamble that the aims were to counteract demoralization and criminal conduct of juveniles, to create conditions enabling the juveniles' return to normal life, to strengthen family and facilitate its care and educational function, and the sense of responsibility in the family for the upbringing of juveniles to members of the society aware of their duties.

25. Cf. Wolter, Ignatowicz & Stefaniuk, *Prawo*, 165 et seq.; M. Pazdan, in K. Pietrzykowski (ed.) *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2005), 79 et seq.

(1) малолетнике старије од 13 година; (2) делимично неспособна лица и (3) лица за која је именован привремени саветник за период поступка за лишавање способности. Малолетници су физичка лица пре него што достигну пунолетство. У пољском грађанском праву, постоје два начина на која малолетник може постати пунолетно лице (стећи пунолетство): навршењем 18 година[122] или претходним склапањем брака.[123] Закон о браку предвиђа да се брак може склопити када пар напуни 18 година, али предвиђа изузетну ситуацију у којој суд, вођен важним разлозима (најчешће трудноћом будуће невесте), може дозволити жени која има најмање 16 година да склопи ранији брак; поред тога, околности случаја морају указивати на то да ће закључење брака бити у складу са интересом новооснованe породице. Склапањем брака таква жена постаје пунолетна особа. Поред тога, ако мушкарац који не може да добије судску дозволу за брак створи ситуацију која му омогућава да склопи брак, на пример, фалсификовањем свог извода из матичне књиге рођених, брак и даље подразумева његово пунолетство, а ово пунолетство се неће поништити чак и ако брак касније буде поништен, јер услов за пунолетство није био испуњен у тренутку закључења брака.[124]

Заступање малолетног лица представља елемент родитељске власти и, све док је дете под родитељском влашћу, оба његова родитеља су законски заступници. Понекад је само једном родитељу поверено родитељско право. Ако дете не остане под родитељском влашћу нити једног родитеља или када је у питању потпуно неспособно лице, законски заступник је старатељ кога је поставио суд. Заступање чини елемент личне бриге, што је такође саставни део старатељског односа. Право заступања детета или неспособног лица је дато родитељима или старатељу, јер непосредно укључена лица или немају способност за обављање правних послова или је њихова способност за обављање правних послова делимична, што доводи до ситуације у којој многи њихови правни послови захтевају сагласност законског заступника који је дужан да се брине да ти послови не буду штетни за заступано лице.[125] Заступање детета или лица под старатељством своди се на право на основу којег родитељи или старатељи могу деловати у име детета и остваривати његов интерес са правним последицама које директно утичу на лице које заступају, како када је у питању обављање правних послова грађанског материјалног права, тако и у судским поступцима, или пред другим државним органима, посебно управним телима.[126]

122 Чл. 10, ст. 1 Пољског грађанског законика.
123 Чл. 10, ст. 2 Пољског грађанског законика.
124 Stanislawa Kalus, Magdalena Habdas, *IEL Family and Succession Law – Polland: Suppl. 84*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 30.
125 Чл. 17 Грађанског законика.
126 S. Kalus, M. Habdas, *op. cit.*, стр. 35.

§2. Representation of Minors

46. Representation of the minor constitutes an element of parental power and, as long as the child remains under parental authority, both of his or her parents are the statutory representatives. Sometimes there is only one parent entrusted with parental authority. If the child does not remain under parental power of either parent, or when it comes to a fully incapacitated person, the statutory representative is the guardian appointed by court. Representation makes an element of personal care, which is also a constituent part of the relationship of guardianship.[30]

47. The entitlement to represent the child or incapacitated person has been vested in parents or the guardian, since the directly involved persons either enjoy no capacity to perform juridical acts or their capacity to perform legal acts is partial, which leads to a situation in which many of their juridical acts require the consent of the statutory representative, who is obliged to take care that these acts should not be detrimental to the represented person (Article 17 PCC). Representation of the child or person under guardianship boils down to the entitlement under which parents or guardians may act on the child's behalf, and realize his or her interest with legal effects affecting directly the represented person, both when it comes to performing juridical acts of civil substantive law and within judicial procedures, or before other state authorities, especially administrative bodies.

48. As mentioned above, the scope of the child's representation depends on his or her age, since at the stage when the child has no capacity to perform juridical acts the range is very broad and encompasses all legal acts apart from minor everyday contracts which can be effectively concluded under conditions specified in Article 14 §2 PCC by a minor without the capacity to perform juridical acts (as well as a fully incapacitated person). The scope of representation is narrower where juridical acts are made by a minor over 13 (and a person partly incapacitated), thus as far as a person of partial capacity to perform juridical acts is concerned. On such occasions, as already suggested, there is a handful of legal acts that can be made by the directly interested person independently, without necessary consent of the statutory representative. Moreover, as a result of a recent amendment to the FGC the principle has been introduced in Article 95 §2 FGC that as far as juridical acts are concerned in relation to which no consent is required, the child should merely pay attention to the parents' opinion and indications as to the act. Such juridical acts do not have to be made by statutory representatives and the child is not under the duty to follow parental guidelines and warnings.

49. However, the right to represent a child undergoes certain restrictions in situations where unlimited exercise of representation on the part of the parents could be detrimental to the minor. In certain specific circumstances, provisions of the FGC shall exclude the right of any of the parents to represent the child. In the first place, this would be the case of juridical acts between children who both remain under

30. Cf. Pazdan, in *Kodeks cywilny*, 381 et seq.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Portugal

by

Guilherme de Oliveira
University of Coimbra

This monograph has been reviewed by the Author and is up-to-date as of June 2016

2016

Wolters Kluwer

кону о наслеђивању,[16] наследити може само онај ко је жив у тренутку оставиочеве смрти. Наследити може и дете већ зачето у тренутку оставиочеве смрти ако се роди живо.[17]

Питање стицања статуса правног субјективитета у праву је једно од оних које изазивају знатне контроверзе. Правни статус фетуса има различите последице у упоредним правима и теорији. Посебно у светлу права на живот и прекида трудноће. Некада су то и кривичноправне последице.[18] Имајући у виду основну тему ове монографије, оставићемо етичка питања о прекиду трудноће по страни и ограничити се само на објективну чињеницу настанка правног субјективитета особе. И поред фикције о насцитурусу, правни субјективитет се, по правилу, стиче тек рођењем. Фетус не може имати сопствено право барем док се не роди и док не постоји одвојено од своје мајке. Да се послужимо терминологијом општег дела грађанског права, фетус треба да буде посебан субјект, посебна „ствар", независна биолошки посматрано од главне ствари. Нема примене принципа главне ствари и припатка за стицање правне способности насцитуруса. Постављање паралеле између фетуса и детета намеће се као могуће. Ипак, и у упоредном законодавству фетус није дете, нпр. у сврху енглеског Закона о деци из 1989. године, а локалне власти које су забринуте за његову добробит не могу поднети захтев за издање налога за његову заштиту, иако се мере могу предузети чим се дете роди. Поставило се и питање судске заштите насцитуруса. Не може се користити инхерентна надлежност Високог суда да би се фетус поставио под инситут штићеника суда. Ово је донекле пример примене старатеља трхуха из римског права. Суд је у пресуди *Re F (in utero)* приметио да права нерођеног детета могу бити у сукобу са правима мајке:

16 Закон о наслеђивању (ЗОН), *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003, одлука УСРС и 6/2015.

17 Чл. 3 Закона о наслеђивању.

18 Зачети *nasciturus* (фетус) је такође заштићен кривичним законом који криминализује праксу изазивања побачаја, било да га изводи трудна жена или треће лице, са или без њеног пристанка. Ипак, у одређеним случајевима „прекид трудноће" није криминализован, под условом да га изврши лекар или под његовим/њеним надзором, у здравственој установи или на други начин у законски лиценцираној установи, уз пристанак труднице. Дакле, уз испуњавање горе наведених услова, индуковани побачај није кажњив: кад год је то једини начин да се отклони опасност од смрти или озбиљне и неповратне штете по тело или здравље труднице (било физичке или менталне); кад год се сматра адекватним да се избегне опасност од смрти или озбиљне и трајне штете по тело или здравље труднице, све док се изводи у првих дванаест недеља трудноће; кад год је чврсто утврђено да ће будуће дете патити од посебно тешког стања које се сматра неизлечивим или од урођене малформације, све док се изводи у првих двадесет четвртих недеља трудноће; кад год фетус није одржив; кад год је трудноћа резултат кривичног дела против сексуалне слободе и самоопредељења, све док се изводи у првих шеснаест недеља трудноће; или кад год се изводи по жељи труднице у првих десет недеља трудноће. О томе, Guilherme de Oliveira, *IEL Family and Succession Law – Portugal: Suppl. 82*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 44.

acknowledgement of the *nasciturus* is valid, as long as the father identifies their mother.[45]

The conceived *nasciturus* (*en ventre de sa mère* or *foetus*) is also protected by criminal law, that criminalizes the practice of inducing abortion, either performed by the pregnant woman or by a third party, with or without her consent. Nevertheless, in certain cases 'pregnancy termination' is not criminalized, provided that it is carried out by a physician or under his/her supervision, in a health care institution or otherwise legally licensed institution, with the pregnant woman's consent. Thus, having the afore conditions been complied with, the induced abortion is not punishable: whenever it is the only way to remove danger of death or of serious and irreversible damage to the pregnant woman's body or health (either physical or mental); whenever it is considered adequate to avoid danger of death or of serious and lasting damage to the pregnant woman's body or health, as long as it is performed within the first twelfth weeks of pregnancy; whenever it stands firm that the child to come will suffer from a particularly serious condition considered as incurable or from a congenital malformation, as long as it is performed within the first twenty-fourth weeks of pregnancy; whenever the *foetus* is not viable; whenever the pregnancy results from a crime against sexual freedom and self-determination, as long as it is performed within the first sixteenth weeks of pregnancy; or whenever it is performed by option of the pregnant woman within the first ten weeks of pregnancy.[46]

44. The legal personality of physical persons terminates with their death. Nevertheless, both civil law and criminal law protect the memory of the deceased against offences.[47]

The death must be medically certified, save in exceptional cases of judicial justification of death; it must as well be noticed within a short period of time for the death to be legally registered.[48] When the production of a certain legal effect

45. Articles 1854–1855 and 2033, No. 1 of the Civil Code. As to the assessment of the moment of conception, see Arts 1798 and 1800 of the same Code. There is a consensus concerning the right of the *nasciturus*, once born, to be compensated for prenatal damages, right to be claimed by his/her legal representatives as soon as he/she has legal personality In a judgment of 29 Jan. 2013 (Proc. 475/04.9TBANS.C1) the Coimbra Appeal Court considered that the presumed father has the right to receive the compensation due for non-patrimonial damages endured by the loss of life of the *nasciturus* in a car accident, compensation to be added to the one that is due to the same progenitor for the grief that he suffered with the death of the *foetus*. In a judgment of 3 Apr. 2014 (Proc. 436/07.6TBVRLP1.S1) the Supreme Court held that an individual's daughter deceased in a car accident is entitled to be compensated for her moral damages relating to the death of his father occurred before her birth.

46. Articles 140–142 of the Criminal Code, Arts 2–6 of the Law 16/2007 of 17 April (amended by Law 136/2015 of 7 September) and Order (*Portaria*) 741-A/2007 of 21 June. The legal provision in order not to be punishable the induced abortion performed by option of the pregnant woman within the first ten weeks of pregnancy resulted from a legislative amendment made in 2007, after a referendum with a favourable but not binding result.

47. Articles 68, No. 1 and 71 of the Civil Code and Art. 185 of the Criminal Code. This Code, under the heading 'crimes against life in society', lays out 'crimes against respect due to deceased' (Arts 253–254); however, such crimes are foreseen to protect collective moral feelings.

48. Law 141/99 of 28 August, Art. 12 of Law 12/93 of 22 April (amended and republished in Annex to Law 22/2007 of 29 June), Statement of Physicians Order dated 1 Sep. 1994, in *D.R.*, I-B Series of

2.1.13. Португал

У Португалу малолетници који нису еманциповани се, по правилу, сматрају неспособним у правном смислу. Особа постаје пунолетна тек са навршеним осамнаестим рођенданом. Међутим, ако се малолетник старости између 16 и 18 година венча, постаје прописно еманципован и стога способан да поступа у правном смислу као да је пунолетан, осим ако није добио потребну и претходну сагласност за венчање (дату од стране родитеља или старатеља или дату од стране матичара). Под овим околностима, без обзира на то да ли је еманципован, он се и даље сматра малолетним у одређене патримонијалне сврхе. Према законским одредбама, неспособност малолетника да поступа у правном смислу превазилази се родитељским ауторитетом (родитељским одговорностима) и, супсидијарно, старатељством. Ипак, закон предвиђа неколико изузетака од такве неспособности неемансипованих малолетника. Приликом приближавања теми радњи и уговора које спроводе малолетници, неки од ових изузетака биће истакнути; други ће бити истакнути одмах, такође показујући да закон узима у обзир неколико степена зрелости малолетника. Тако, на пример без обзира на чињеницу да неемансиповани малолетници треба да слушају своје родитеље (или старатеље) „све док се не ради о недозвољеним или неморалним питањима", ови други, с обзиром на зрелост малолетника, треба да саслушају њихово мишљење када се појаве важна породична питања и да им дају могућност да буду самостални у свом личном животу; у вези са усвајањем детета старијег од 12 година, мора се добити његов пристанак (осим ако је дете ментално ометено или ако постоји велика тешкоћа да се консултује са њим); деца усвојитеља старија од 12 година такође треба да буду консултована у вези са усвајањем новог детета; ако родитељска власт (родитељска одговорност) припада обома родитељима, као што се обично дешава док је брак још увек на снази, и мајци или оцу је потребна интервенција суда да би се решили неслагања између њих око веома важних питања. Кад год се не постигне судско помирење, дете старије од 14 година биће саслушано пре него што се донесе одлука (осим „када озбиљне околности налажу другачије"); пре него што се именује старатељ, свако дете старије од 14 година биће саслушано о томе од стране суда, пошто од 16 година малолетници имају правну способност да се удружују без подвргавања.[127]

У вези са способношћу деловања у правном смислу, малолетник је особа која није навршила 18 година; малолетници који нису еманциповани (браком) се, по правилу, сматрају правно неспособним да делују лично и слободно. Ипак, закон узима у обзир неколико фаза зрелости и предвиђа неколико изузетака од поменуте пословне неспособности.

127 G. de Oliveira, *op. cit.*, стр. 48.

result from various reasons or circumstances, namely nationality, age, mental disability, civil status or gross misconduct.[60]

52. The capacity of physical persons to act in legal terms consists in their possibility of exercising, either personally and freely or through a representative appointed by them, the rights and obligations they have.

53. Minors not emancipated are, as a rule, considered not to have the capacity to act in legal terms. A person only becomes of full age on his/her eighteenth birthday; nevertheless, if a minor with an age comprised between 16 and 18 years gets married, becomes duly emancipated and therefore able to act in legal terms as if he/she were of full age, except if he/she did not get the necessary and previous consent to get married (granted by either his/her parents or by the guardian, or granted by the Civil Registrar); under these circumstances, regardless of being emancipated, he/she continues to be considered a minor for certain patrimonial purposes.[61]

Under legal provisions, the minors' incapacity to act in legal terms is overcome by parental authority (parental responsibilities) and, subsidiarily, by the guardianship.[62] Nevertheless, law provides several exceptions to such incapacity of non-emancipated minors. While approaching the theme of acts and contracts carried out by minors, some of these exceptions shall be pointed out; others shall be pointed out right now, also showing that law takes into account several degrees of maturity of the minors. Thus, for example: regardless of the fact that non-emancipated minors ought to obey their parents (or guardian) 'as long as no illicit or immoral issues are concerned', the latter, in view of the minors' maturity, shall listen to their opinion when important family issues arise and shall give them the possibility to be independent in their personal life; regarding the adoption of a child over 12, his/her consent shall be obtained (except if the child is mentally handicapped or if there is a great difficulty to consult him/her); the adopters' children over 12 are as well to be consulted as to the adoption of the new child; if the parental authority (parental responsibility) belongs to both parents, as it normally happens while the marriage is still in force, and either the mother or the father requires the Court's intervention to solve disagreements between them over highly important issues, whenever no judicial conciliation has been achieved, the child over 14 shall be heard before a decision is taken (except 'when serious circumstances advise otherwise'); before a guardian is nominated, any child over 14 shall be heard about it by the Court; as from the age of 16, minors have legal capacity to affiliate without being subject to

60. Article 67 of the Civil Code, Art. 15, No. 2 of the Constitution and, e.g., Arts 1601 (absolute impediments to contract marriage), 2189 (incapacity to make one's will; see as well 2182, No. 1) and 2034 (succession incapacity due to indignity) of the Civil Code. As to nationality see, however, Nos 1, 3, 4 and 5 of Art. 15 of the Constitution; as to ordinary legislation see Law of Nationality (Law 37/81 of 3 October, lately amended by Organic Law 9/2015 of 29 July) and Regulation on Portuguese Nationality (approved by Decree Law 237-A/2006 of 14 December and amended by Decree Law 43/2013 of 1 April).

61. Articles 122, 123, 130–133, 1604, a), and 1649, Civil Code. Concerning the legal proceeding for the exemption of the consent for minors' marriage, see Arts 255–257 of the Civil Registration Code.

62. Articles 124, 1877–1920-C and 1921–1950 (but see also Art. 1954) of the Civil Code.

2.1.13. Португал

У Португалу малолетници који нису еманциповани се, по правилу, сматрају неспособним у правном смислу. Особа постаје пунолетна тек са навршеним осамнаестим рођенданом. Међутим, ако се малолетник старости између 16 и 18 година венча, постаје прописно еманципован и стога способан да поступа у правном смислу као да је пунолетан, осим ако није добио потребну и претходну сагласност за венчање (дату од стране родитеља или старатеља или дату од стране матичара). Под овим околностима, без обзира на то да ли је еманципован, он се и даље сматра малолетним у одређене патримонијалне сврхе. Према законским одредбама, неспособност малолетника да поступа у правном смислу превазилази се родитељским ауторитетом (родитељским одговорностима) и, супсидијарно, старатељством. Ипак, закон предвиђа неколико изузетака од такве неспособности неемансипованих малолетника. Приликом приближавања теми радњи и уговора које спроводе малолетници, неки од ових изузетака биће истакнути; други ће бити истакнути одмах, такође показујући да закон узима у обзир неколико степена зрелости малолетника. Тако, на пример без обзира на чињеницу да нееманциповани малолетници треба да слушају своје родитеље (или старатеље) „све док се не ради о недозвољеним или неморалним питањима", ови други, с обзиром на зрелост малолетника, треба да саслушају њихово мишљење када се појаве важна породична питања и да им дају могућност да буду самостални у свом личном животу; у вези са усвајањем детета старијег од 12 година, мора се добити његов пристанак (осим ако је дете ментално ометено или ако постоји велика тешкоћа да се консултује са њим); деца усвојитеља старија од 12 година такође треба да буду консултована у вези са усвајањем новог детета; ако родитељска власт (родитељска одговорност) припада обома родитељима, као што се обично дешава док је брак још увек на снази, и мајци или оцу је потребна интервенција суда да би се решили неслагања између њих око веома важних питања. Кад год се не постигне судско помирење, дете старије од 14 година биће саслушано пре него што се донесе одлука (осим „када озбиљне околности налажу другачије"); пре него што се именује старатељ, свако дете старије од 14 година биће саслушано о томе од стране суда, пошто од 16 година малолетници имају правну способност да се удружују без подвргавања.[127]

У вези са способношћу деловања у правном смислу, малолетник је особа која није навршила 18 година; малолетници који нису еманциповани (браком) се, по правилу, сматрају правно неспособним да делују лично и слободно. Ипак, закон узима у обзир неколико фаза зрелости и предвиђа неколико изузетака од поменуте пословне неспособности.

127 G. de Oliveira, *op. cit.*, стр. 48.

§3. Special Features Relating to Minors

74. We are going to point out some features relating to minors, though it is not quite common among us to deal, within the scope of 'personality rights', with some of the matters to be addressed. We will split the following explanation in four parts, in which we will try to summarize the solutions that the Portuguese law has envisaged for several questions minority may require.

I. Minors' Acts and Contracts

75. As we have seen in Chapter I of Part I, concerning the capacity to act in legal terms, a minor is a person not having attained 18 years of age; the minors not emancipated (by marriage) are, as a rule, considered legally unable to act personally and freely. Nevertheless, as we also pointed out, law takes into account several maturity stages and provides for several exceptions to the mentioned legal incapacity. Some of those exceptions were already mentioned; let us refer some others.

76. The law considers valid the contracts inherent to the minor's day-to-day life that may be within his/her 'natural capacity' and implying only expenses or the disposal of assets of small value.[104]

Contracts are also valid inasmuch as they relate to the profession, art or craft the minor has been authorized to perform, as well as any contracts entered in the carrying out of such profession, art or craft. Moreover, the administration acts or assets disposal that a minor over 16 has acquired through his/her work are also valid.[105]

As a rule, no minor shall be allowed to work, regardless of the kind of work and means of payment, unless he/she has attained 16 years of age, has finished compulsory schooling or is enrolled and attending secondary level of education and possesses physical and psychological capacity adequate to his/her work. However, there are exceptions to this rule. On one hand, a minor under 16 that has finished compulsory schooling or is enrolled and attending secondary level of education may, through written consent of his/her legal representatives, perform light tasks not jeopardizing his/her safety and health, his/her attendance at school and his/her development, as long as certain other requirements related with his/her school training are met. On the other hand, might these requirements be complied with, even if the minor over 16 has not finished compulsory schooling or is not enrolled and attending secondary level of education, he/she may enter into a legal labour contract, though also subject to his/her legal representatives' consent, in writing. Whenever the minor has reached 16 and has finished compulsory schooling, or is enrolled and attending secondary level of education, a labour contract made directly with him/her is valid, unless his/her legal representatives oppose thereto, in writing.[106]

104. Article 127, b), of the Civil Code.
105. Article 127, a) and c), of the Civil Code.
106. Articles 68, 69 and 70 of the Labour Code. Law 85/2009 of 27 August (amended by Law 65/2015 of 3 July) establishes the regime of compulsory schooling for children and young people of school age (between 6 and 18 years old). Regarding the basic and secondary education see Arts 6–10 of

Неки од тих изузетака су већ поменути; осврнимо се на неке друге. Закон сматра важећим уговоре који су својствени свакодневном животу малолетника, који могу бити у оквиру његових „природних способности" и који подразумевају само трошкове или располагање имовином мале вредности. Уговори су, такође, важећи уколико се односе на професију, уметност или занат који је малолетник овлашћен да обавља, као и сви уговори закључени у обављању такве професије, уметности или заната. Штавише, акти управљања или располагања имовином коју је малолетник старији од 16 година стекао својим радом такође су важећи.

По правилу, малолетнику није дозвољено да ради, без обзира на врсту посла и начин плаћања, осим ако није навршио 16 година, завршио обавезно школовање или је уписан и похађа средњу школу и поседује физичке и психолошке способности адекватне за његов рад. Међутим, постоје изузеци од овог правила. С једне стране, малолетник млађи од 16 година који је завршио обавезно школовање или је уписан и похађа средњу школу може, уз писмену сагласност својих законских заступника, обављати лакше послове који не угрожавају његову безбедност и здравље, његово похађање школе и његов развој, све док су испуњени одређени други захтеви везани за његово школско образовање. С друге стране, ако се ови захтеви испуне, чак и ако малолетник старији од 16 година није завршио обавезно школовање или није уписан и не похађа средњу школу, може закључити уговор о раду, уз писмену сагласност његових законских заступника. Кад год малолетник напуни 16 година и заврши обавезно школовање или је уписан и похађа средњу школу, уговор о раду закључен директно са њим је важећи, осим ако се његови законски заступници томе писмено не противе. Кад год се уговор који је закључио малолетник не сматра правно важећим, такав уговор може бити проглашен ништавим, не само на захтев његових личних заступника, већ и, ако он премине, на захтев његовог наследника (али увек у одређеним роковима), или на његов сопствени захтев, у року од годину дана од дана када је постао пунолетан или се еманциповао. Међутим, кад год је малолетник стекао предност лажно се представљајући као пунолетан или еманципован, он нема право да се позива на то да је уговор рушљив.

Кад год су уговори које је закључио малолетник рушљиви, таква неправилност се може поправити његовом потврдом по стицању пунолетства или еманциповању; међутим, може се поправити пре тог датума потврдом његових законских заступника, ако се ради о уговору који су они могли саставити у његово име.

Према правним терминима, пуномоћник, иако му је добровољно поверено од стране некога са заступничким овлашћењима, мора имати само способност да разуме и поступа у складу са врстом уговора који му је поверен. Он може бити малолетник било ког узраста, све док се сматра да има довољно разумевања. Непотребно је рећи да његово де-

§3. Special Features Relating to Minors

74. We are going to point out some features relating to minors, though it is not quite common among us to deal, within the scope of 'personality rights', with some of the matters to be addressed. We will split the following explanation in four parts, in which we will try to summarize the solutions that the Portuguese law has envisaged for several questions minority may require.

I. Minors' Acts and Contracts

75. As we have seen in Chapter 1 of Part I, concerning the capacity to act in legal terms, a minor is a person not having attained 18 years of age; the minors not emancipated (by marriage) are, as a rule, considered legally unable to act personally and freely. Nevertheless, as we also pointed out, law takes into account several maturity stages and provides for several exceptions to the mentioned legal incapacity. Some of those exceptions were already mentioned; let us refer some others.

76. The law considers valid the contracts inherent to the minor's day-to-day life that may be within his/her 'natural capacity' and implying only expenses or the disposal of assets of small value.[104]

Contracts are also valid inasmuch as they relate to the profession, art or craft the minor has been authorized to perform, as well as any contracts entered in the carrying out of such profession, art or craft. Moreover, the administration acts or assets disposal that a minor over 16 has acquired through his/her work are also valid.[105]

As a rule, no minor shall be allowed to work, regardless of the kind of work and means of payment, unless he/she has attained 16 years of age, has finished compulsory schooling or is enrolled and attending secondary level of education and possesses physical and psychological capacity adequate to his/her work. However, there are exceptions to this rule. On one hand, a minor under 16 that has finished compulsory schooling or is enrolled and attending secondary level of education may, through written consent of his/her legal representatives, perform light tasks not jeopardizing his/her safety and health, his/her attendance at school and his/her development, as long as certain other requirements related with his/her school training are met. On the other hand, might these requirements be complied with, even if the minor over 16 has not finished compulsory schooling or is not enrolled and attending secondary level of education, he/she may enter into a legal labour contract, though also subject to his/her legal representatives' consent, in writing. Whenever the minor has reached 16 and has finished compulsory schooling, or is enrolled and attending secondary level of education, a labour contract made directly with him/her is valid, unless his/her legal representatives oppose thereto, in writing.[106]

104. Article 127, b), of the Civil Code.
105. Article 127, a) and c), of the Civil Code.
106. Articles 68, 69 and 70 of the Labour Code. Law 85/2009 of 27 August (amended by Law 65/2015 of 3 July) establishes the regime of compulsory schooling for children and young people of school age (between 6 and 18 years old). Regarding the basic and secondary education see Arts 6–10 of

Неки од тих изузетака су већ поменути; осврнимо се на неке друге. Закон сматра важећим уговоре који су својствени свакодневном животу малолетника, који могу бити у оквиру његових „природних способности" и који подразумевају само трошкове или располагање имовином мале вредности. Уговори су, такође, важећи уколико се односе на професију, уметност или занат који је малолетник овлашћен да обавља, као и сви уговори закључени у обављању такве професије, уметности или заната. Штавише, акти управљања или располагања имовином коју је малолетник старији од 16 година стекао својим радом такође су важећи. По правилу, малолетнику није дозвољено да ради, без обзира на врсту посла и начин плаћања, осим ако није навршио 16 година, завршио обавезно школовање или је уписан и похађа средњу школу и поседује физичке и психолошке способности адекватне за његов рад. Међутим, постоје изузеци од овог правила. С једне стране, малолетник млађи од 16 година који је завршио обавезно школовање или је уписан и похађа средњу школу може, уз писмену сагласност својих законских заступника, обављати лакше послове који не угрожавају његову безбедност и здравље, његово похађање школе и његов развој, све док су испуњени одређени други захтеви везани за његово школско образовање. С друге стране, ако се ови захтеви испуне, чак и ако малолетник старији од 16 година није завршио обавезно школовање или није уписан и не похађа средњу школу, може закључити уговор о раду, уз писмену сагласност његових законских заступника. Кад год малолетник напуни 16 година и заврши обавезно школовање или је уписан и похађа средњу школу, уговор о раду закључен директно са њим је важећи, осим ако се његови законски заступници томе писмено не противе. Кад год се уговор који је закључио малолетник не сматра правно важећим, такав уговор може бити проглашен ништавим, не само на захтев његових личних заступника, већ и, ако он премине, на захтев његовог наследника (али увек у одређеним роковима), или на његов сопствени захтев, у року од годину дана од дана када је постао пунолетан или се еманциповао. Међутим, кад год је малолетник стекао предност лажно се представљајући као пунолетан или еманципован, он нема право да се позива на то да је уговор рушљив.

Кад год су уговори које је закључио малолетник рушљиви, таква неправилност се може поправити његовом потврдом по стицању пунолетства или еманциповању; међутим, може се поправити пре тог датума потврдом његових законских заступника, ако се ради о уговору који су они могли саставити у његово име.

Према правним терминима, пуномоћник, иако му је добровољно поверено од стране некога са заступничким овлашћењима, мора имати само способност да разуме и поступа у складу са врстом уговора који му је поверен. Он може бити малолетник било ког узраста, све док се сматра да има довољно разумевања. Непотребно је рећи да његово де-

77. Whenever the contract made by a minor is not considered legally valid, such contract may be declared void, not only upon application of his/her personal representatives, but also, if he/she dies, upon application of his/her heir (but always within certain deadlines), or upon his/her own application, within one year as from the date he/she has attained full age or got emancipated.[107] Nevertheless, whenever a minor has obtained an advantage by falsely stating himself/herself to be of full-age or emancipated, he/she has no right to invoke that the contract is voidable.[108]

Whenever the contracts made by a minor are voidable, such an irregularity is reparable through his/her ratification on attaining full age or being emancipated; however, it may be repaired before such a date through ratification of his/her legal representatives, might it concern a contract that could have been made by them on his/her behalf.[109]

78. Under legal terms, the attorney, while entrusted voluntarily by someone with representative powers, only needs to have the capacity to understand and act accordingly required by the kind of contract he/she has been entrusted with.[110] He/she may be a minor of any age, as long as he/she is deemed to have sufficient understanding. Needless to say that his/her performance must abide by the granted powers, that the legal effects of such a contract enter within the legal sphere of the represented – whose legal capacity and legitimacy are required to contract and that the power of attorney expresses his/her discretionary will, allegedly free and conscientious; it is also a fact that the attorney can only be substituted by another person through consent of the represented one, or might such a replacement result from the provisions of the power of attorney or from the legal relationship it is based on; the power of attorney is also freely revocable, even without cause, unless it has also been granted in the interest of the attorney or in the interest of a third party and the interested party does not agree with such revocation (in such instance a cause is required); furthermore, for the purposes of making a contract declaration null or void, the lack of or the defected will of the represented are relevant features, as well as the ignorance of the facts which may affect the results of the contract.[111] Anyway, it is a minor having the legal possibility to be the attorney at power of an adult is quite interesting.

79. Like anyone 'of sound mind and memory' minors may acquire possession. And, such as full-age persons, though they may not be 'of sound mind and memory', they can acquire possession of goods that may be subject to occupation.[112]

---

the Law of Bases of the Educational System (Law 46/86 of 14 October, with latest amendments made by the mentioned Law 85/2009).

107. Article 125, No. 1 of the Civil Code. See Art. 287, No. 2, which provides that, while the voidable contract is not completed, its irregularity can be applied for regardless of the term.
108. Article 126 of the Civil Code.
109. Article 125, No. 2 of the Civil Code.
110. Article 263 of the Civil Code.
111. Articles 258, 259, No. 1, 262, No. 1, 264, No. 1, and 265, Nos 2 and 3 of the Civil Code.
112. Article 1266 of the Civil Code. Possession is the power or control similar to lawful ownership (Art. 1251 of the Civil Code); except for some legal restrictions, animals and other movable assets may

ловање мора бити у складу са датим овлашћењима, да правни ефекти таквог уговора улазе у правну сферу заступаног – чија се правна способност и легитимност захтевају за уговарање и да пуномоћје изражава његову дискрециону вољу, наводно слободну и савесну. Такође је чињеница да пуномоћника може заменити само друго лице уз сагласност заступаног, или таква замена произлази из одредби пуномоћја или из правног односа на којем је оно засновано. Пуномоћје се такође може слободно опозвати, чак и без разлога, осим ако није дато и у интересу пуномоћника или у интересу треће стране и заинтересована страна се не слаже са таквим опозивом (у том случају је потребан разлог). Штавише, за потребе проглашења уговора ништавим, недостатак или изопачена воља заступљеног су релевантне карактеристике, као и непознавање чињеница које могу утицати на резултате уговора. У сваком случају, чињеница да малолетник има законску могућност да буде пуномоћник пуномоћника одраслог лица је прилично занимљива. Као и свако „здравог разума и памћења", малолетници могу стећи земљиште – посед. И, као што су пунолетне особе, иако можда нису „здравог разума и памћења", могу стећи посед добара која могу бити предмет заузимања.[128]

2.1.14. Румунија

У Румунији се пословна способност тумачи као уговорна способност. Пословна способност јесте способност особе да сама закључује правне радње[129], због чега се такође изједначава са способношћу за уговарање.[130] Ова способност се не може одузети, али није ни универзална нити потпуна код сваке особе. Особа може бити потпуно лишена способности за вршење (малолетници млађи од 14 година и лица под судском забраном), имати ограничену способност за вршење (малолетници старији од 14 година и млађи од 18 година) или имати пуну способност за вршење (лица старија од 18 година). Лица која немају способност за вршење могу, ипак, закључивати послове очувања, као и мање правне послове из свакодневног живота. Послови очувања су они који једноставно имају за циљ да спрече губитак права или добара и који су потребни и хитни. Примери укључују регистрацију хипотеке којом се гарантује дуг према неспособном лицу или регистрацију права које би иначе истекло.[131] Мањи свакодневни послови су они који имају за циљ задовољавање основних свакодневних потреба, као што су уобичајене куповине ограничене вредности. Важност обе врсте послова се цени узимајући у обзир критеријум имовинског стања особе. Дакле, мањи свакодневни послови за некога ко живи са минималним приходима могу се прилично

128 *Ibid.*, стр. 72.

129 Чл. 37 Грађанског законика.

130 Чл. 1181 Грађанског законика.

131 За регистрацију хипотеке и других права на непокретностима, Милош Живковић, *Право рейисйра нейокрейносйи*, Београд, 2020.

77. Whenever the contract made by a minor is not considered legally valid, such contract may be declared void, not only upon application of his/her personal representatives, but also, if he/she dies, upon application of his/her heir (but always within certain deadlines), or upon his/her own application, within one year as from the date he/she has attained full age or got emancipated.[107] Nevertheless, whenever a minor has obtained an advantage by falsely stating himself/herself to be of full-age or emancipated, he/she has no right to invoke that the contract is voidable.[108]

Whenever the contracts made by a minor are voidable, such an irregularity is reparable through his/her ratification on attaining full age or being emancipated; however, it may be repaired before such a date through ratification of his/her legal representatives, might it concern a contract that could have been made by them on his/her behalf.[109]

78. Under legal terms, the attorney, while entrusted voluntarily by someone with representative powers, only needs to have the capacity to understand and act accordingly required by the kind of contract he/she has been entrusted with.[110] He/she may be a minor of any age, as long as he/she is deemed to have sufficient understanding. Needless to say that his/her performance must abide by the granted powers, that the legal effects of such a contract enter within the legal sphere of the represented – whose legal capacity and legitimacy are required to contract and that the power of attorney expresses his/her discretionary will, allegedly free and conscientious; it is also a fact that the attorney can only be substituted by another person through consent of the represented one, or might such a replacement result from the provisions of the power of attorney or from the legal relationship it is based on; the power of attorney is also freely revocable, even without cause, unless it has also been granted in the interest of the attorney or in the interest of a third party and the interested party does not agree with such revocation (in such instance a cause is required); furthermore, for the purposes of making a contract declaration null or void, the lack of or the defected will of the represented are relevant features, as well as the ignorance of the facts which may affect the results of the contract.[111] Anyway, it is a minor having the legal possibility to be the attorney at power of an adult is quite interesting.

79. Like anyone 'of sound mind and memory' minors may acquire possession. And, such as full-age persons, though they may not be 'of sound mind and memory', they can acquire possession of goods that may be subject to occupation.[112]

the Law of Bases of the Educational System (Law 46/86 of 14 October, with latest amendments made by the mentioned Law 85/2009).

107. Article 125, No. 1 of the Civil Code. See Art. 287, No. 2, which provides that, while the voidable contract is not completed, its irregularity can be applied for regardless of the term.

108. Article 126 of the Civil Code.

109. Article 125, No. 2 of the Civil Code.

110. Article 263 of the Civil Code.

111. Articles 258, 259, No. 1, 262, No. 1, 264, No. 1, and 265, Nos 2 and 3 of the Civil Code.

112. Article 1266 of the Civil Code. Possession is the power or control similar to lawful ownership (Art. 1251 of the Civil Code); except for some legal restrictions, animals and other movable assets may

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Romania

by

Ioan-Luca Vlad
Attorney

This monograph is up-to-date as of April 2017

2017

Wolters Kluwer

ловање мора бити у складу са датим овлашћењима, да правни ефекти таквог уговора улазе у правну сферу заступаног – чија се правна способност и легитимност захтевају за уговарање и да пуномоћје изражава његову дискрециону вољу, наводно слободну и савесну. Такође је чињеница да пуномоћника може заменити само друго лице уз сагласност заступаног, или таква замена произлази из одредби пуномоћја или из правног односа на којем је оно засновано. Пуномоћје се такође може слободно опозвати, чак и без разлога, осим ако није дато и у интересу пуномоћника или у интересу треће стране и заинтересована страна се не слаже са таквим опозивом (у том случају је потребан разлог). Штавише, за потребе проглашења уговора ништавим, недостатак или изопачена воља заступљеног су релевантне карактеристике, као и непознавање чињеница које могу утицати на резултате уговора. У сваком случају, чињеница да малолетник има законску могућност да буде пуномоћник пуномоћника одраслог лица је прилично занимљива. Као и свако „здравог разума и памћења", малолетници могу стећи земљиште – посед. И, као што су пунолетне особе, иако можда нису „здравог разума и памћења", могу стећи посед добара која могу бити предмет заузимања.[128]

2.1.14. Румунија

У Румунији се пословна способност тумачи као уговорна способност. Пословна способност јесте способност особе да сама закључује правне радње[129], због чега се такође изједначава са способношћу за уговарање.[130] Ова способност се не може одузети, али није ни универзална нити потпуна код сваке особе. Особа може бити потпуно лишена способности за вршење (малолетници млађи од 14 година и лица под судском забраном), имати ограничену способност за вршење (малолетници старији од 14 година и млађи од 18 година) или имати пуну способност за вршење (лица старија од 18 година). Лица која немају способност за вршење могу, ипак, закључивати послове очувања, као и мање правне послове из свакодневног живота. Послови очувања су они који једноставно имају за циљ да спрече губитак права или добара и који су потребни и хитни. Примери укључују регистрацију хипотеке којом се гарантује дуг према неспособном лицу или регистрацију права које би иначе истекло.[131] Мањи свакодневни послови су они који имају за циљ задовољавање основних свакодневних потреба, као што су уобичајене куповине ограничене вредности. Важност обе врсте послова се цени узимајући у обзир критеријум имовинског стања особе. Дакле, мањи свакодневни послови за некога ко живи са минималним приходима могу се прилично

128 *Ibid.*, стр. 72.

129 Чл. 37 Грађанског законика.

130 Чл. 1181 Грађанског законика.

131 За регистрацију хипотеке и других права на непокретностима, Милош Живковић, *Право регистра непокретности*, Београд, 2020.

– the incapacity of the guardian and his close relatives to conclude any acts with the minor placed under guardianship, except the purchase, at public auction, of a good of the minor which is co-owned by the purchaser, or over which the purchaser has a real guarantee (Article 147 Civil Code).

71. A special restriction on the capacity of use is the incapacity of foreign citizens and stateless persons to acquire the property of land, with the exception of land acquired through legal succession, as well as that acquired in the conditions set after the entry of Romania into the EU, and through other international treaties (Article 44 of the Constitution). Under the special provisions of Law no. 312/2005, EU citizens, as well as stateless persons domiciled in a Member State or in Romania, may purchase land under the same conditions as Romanian citizens. On 31 December 2013, the last temporary restrictions to this right have expired.

72. The penalty for concluding acts of which a person is incapable is the nullity of the act. If the incapacity is meant to protect a private interest (such as that provided for by Article 992 Civil Code), then the nullity is relative (i.e., it is subject to the statute of limitations and may be invoked only by the protected person); whereas, if the incapacity is meant to protect a public interest (such as that provided for by Article 44 of the Constitution), then the nullity is absolute (i.e., it may always be invoked, and by any interested person, or by the court ex officio).

III. Capacity of Exercise

A. General

73. The capacity of exercise is a person's ability to conclude legal acts alone (Article 37 Civil Code), which is why it is also assimilated to the capacity to contract (Article 1181 Civil Code). This capacity, too, may not be disposed of, but it is neither universal nor complete in every person. A person may:

- completely lack the capacity of exercise (minors under the age of 14 and persons under judicial interdiction);
- have a restricted capacity of exercise (minors older than 14 years of age and younger than 18); or
- have a full capacity of exercise (persons over 18 years of age).

B. Persons Lacking the Capacity of Exercise

74. Persons who completely lack the capacity of exercise must be represented by legal representatives, who conclude acts in their name (Article 43 Civil Code). The following are legal representatives, who at the same time have a general power of representation: the parents (Article 501 Civil Code), the guardian (Articles 143 and 171 Civil Code), the curator when replacing the parents or guardian, as well as the authority or person designated according to Law no. 272/2004 (regarding the protection

ловање мора бити у складу са датим овлашћењима, да правни ефекти таквог уговора улазе у правну сферу заступаног – чија се правна способност и легитимност захтевају за уговарање и да пуномоћје изражава његову дискрециону вољу, наводно слободну и савесну. Такође је чињеница да пуномоћника може заменити само друго лице уз сагласност заступаног, или таква замена произлази из одредби пуномоћја или из правног односа на којем је оно засновано. Пуномоћје се такође може слободно опозвати, чак и без разлога, осим ако није дато и у интересу пуномоћника или у интересу треће стране и заинтересована страна се не слаже са таквим опозивом (у том случају је потребан разлог). Штавише, за потребе проглашења уговора ништавим, недостатак или изопачена воља заступљеног су релевантне карактеристике, као и непознавање чињеница које могу утицати на резултате уговора. У сваком случају, чињеница да малолетник има законску могућност да буде пуномоћник пуномоћника одраслог лица је прилично занимљива. Као и свако „здравог разума и памћења", малолетници могу стећи земљиште – посед. И, као што су пунолетне особе, иако можда нису „здравог разума и памћења", могу стећи посед добара која могу бити предмет заузимања.[128]

2.1.14. Румунија

У Румунији се пословна способност тумачи као уговорна способност. Пословна способност јесте способност особе да сама закључује правне радње[129], због чега се такође изједначава са способношћу за уговарање.[130] Ова способност се не може одузети, али није ни универзална нити потпуна код сваке особе. Особа може бити потпуно лишена способности за вршење (малолетници млађи од 14 година и лица под судском забраном), имати ограничену способност за вршење (малолетници старији од 14 година и млађи од 18 година) или имати пуну способност за вршење (лица старија од 18 година). Лица која немају способност за вршење могу, ипак, закључивати послове очувања, као и мање правне послове из свакодневног живота. Послови очувања су они који једноставно имају за циљ да спрече губитак права или добара и који су потребни и хитни. Примери укључују регистрацију хипотеке којом се гарантује дуг према неспособном лицу или регистрацију права које би иначе истекло.[131] Мањи свакодневни послови су они који имају за циљ задовољавање основних свакодневних потреба, као што су уобичајене куповине ограничене вредности. Важност обе врсте послова се цени узимајући у обзир критеријум имовинског стања особе. Дакле, мањи свакодневни послови за некога ко живи са минималним приходима могу се прилично

128 *Ibid.*, стр. 72.

129 Чл. 37 Грађанског законика.

130 Чл. 1181 Грађанског законика.

131 За регистрацију хипотеке и других права на непокретностима, Милош Живковић, *Право рейисшра нейокреШносШи*, Београд, 2020.

of children). Persons without capacity of exercise may not have conventional (contractual) representatives, because they may not conclude the contract of representation.

75. Persons lacking capacity of exercise may, nevertheless, conclude:

- preservation acts; and
- minor acts of daily life.

Preservation acts are those simply meant to forestall the loss of a right or good, and are required and urgent. Examples include the registration of a mortgage guaranteeing a debt owed to the incapable, or the registration of a right which would otherwise expire. Minor acts of daily life are those meant to satisfy basic daily needs, such as usual purchases of a limited value. The validity of both types of acts is appreciated taking into account the wealth of the person. Thus, a minor act of daily life for someone living on a minimum income can be quite different from the same kind of act of someone inheriting a large estate. Nevertheless, minor acts of daily life do not include disposing of goods whose ownership must be recorded in public registers (land, houses, automobiles, ships, etc.).

76. A minor under the age of 14 (as opposed to a person under judicial interdiction) may also conclude legal acts regarding his work, artistic or sporting preoccupations, or his profession, with the agreement of the parents or guardian, and complying with the provisions of special laws, if any, in which case he exercises alone the rights and executes alone the obligations arising out of such acts, and may dispose alone of the income thus acquired (Article 42). Since, under Romanian labour laws, the youngest age for employment is 15, minors under 14 are not targeted by this provision, except in what relates to 'artistic or sporting preoccupations', such as modelling or sport-club contracts.

77. The absence of the capacity of exercise ceases when the minor turns 14, when the judicial interdiction is raised or on death. A minor turning 14 gains a restricted capacity of exercise, while a person released from judicial interdiction gains either a restricted (if over 14 and under 18) or a complete (if over 18) capacity of exercise.

C. Persons with a Restricted Capacity of Exercise

78. The restricted capacity of exercise is characterized by the fact that the minor may conclude acts personally (i.e., not through a legal representative), but these acts must be agreed beforehand by the parents or guardian, as well as, in specific cases, by the guardianship court (in practice, the guardianship authority), on the advice, if required, of the family council. The agreement must be on a case-by-case basis – no general agreement given to the acts of a minor is valid. The agreement must be written (Article 146 Civil Code), unless the act must be done in authentic form, in which case the agreement must also be authentic. The agreement of the guardianship court is only given if the act meets a need or obtains an undisputed gain for the minor (Article 145 Civil Code). The court's agreement is not given for the act in general, but for a specific way of concluding it, and may include conditions, for example that the good in question be sold at public auction.

разликовати од исте врсте послова за некога ко наслеђује велику имовину. Ипак, мањи свакодневни послови не укључују располагање добрима чије власништво мора бити забележено у јавним регистрима (земљиште, куће, аутомобили, бродови итд.). Малолетник млађи од 14 година (за разлику од особе под судском забраном) може такође закључивати правне послове у вези са својим радом, уметничким или спортским занимањима или својом професијом, уз сагласност родитеља или старатеља, и у складу са одредбама посебних закона, у ком случају он сам врши права и сам извршава обавезе које произлазе из таквих радњи и може сам располагати тако стеченим приходима.[132] Пошто је, према румунском радном закону, најмлађи узраст за запослење 15 година, малолетници млађи од 14 година нису обухваћени овом одредбом, осим у случајевима када се односе на „уметничке или спортске активности", као што су манекенство или уговори са спортским клубовима. Одсуство способности за бављење спортом престаје када малолетник напуни 14 година, када се подигне судска забрана или када премине. Малолетник који напуни 14 година стиче ограничену способност за бављење спортом, док лице које је ослобођено судске забране стиче или ограничену (ако је старије од 14, а млађе од 18 година) или потпуну (ако је старије од 18 година) способност за бављење спортом.[133]

2.1.15. Словенија

Уговорна способност подразумева способност лица да правним радњама стиче права и обавезе. Дакле, уговорна способност омогућава људима да самостално наступају у правним односима. У Словенији разликујемо делимичну од пуне пословне способности. Дете млађе од 15 година је потпуно неспособно да закључи уговор.[134] Стога је сваки уговор који дете закључи неважећи и нема дејство на правне односе. Малолетник не може самостално стицати никаква права и обавезе до 15 година, нити може самостално ступати у правне односе. Са 15 година стиче се делимична пословна способност. Малолетник старији од 15, али млађи од 18 година може самостално обављати одређене правне послове и самостално стицати одређена права и обавезе. Ради заштите малолетника, за валидност важнијих правних послова мора се добити дозвола родитеља и то ако су правни послови толико релевантни да битно утичу на живот детета пре пунолетства или када су такве врсте да могу утицати на његов живот након пунолетства. До 15. године, поред делимичне пословне способности, малолетник стиче: (а) способност за склапање брака (способност за брак) – малолетник са 15 година може закључити брак уз дозволу Центра за социјалну заштиту, који даје дозволу само након пажљиве

132 Чл. 42 Грађанског законика.

133 Ioan-Luca Vlad, *IEL Family and Succession Law – Romania: Suppl. 87*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

134 К. Зупанчић, *op. cit.*, стр. 145.

of children). Persons without capacity of exercise may not have conventional (contractual) representatives, because they may not conclude the contract of representation.

75. Persons lacking capacity of exercise may, nevertheless, conclude:

- preservation acts; and
- minor acts of daily life.

Preservation acts are those simply meant to forestall the loss of a right or good, and are required and urgent. Examples include the registration of a mortgage guaranteeing a debt owed to the incapable, or the registration of a right which would otherwise expire. Minor acts of daily life are those meant to satisfy basic daily needs, such as usual purchases of a limited value. The validity of both types of acts is appreciated taking into account the wealth of the person. Thus, a minor act of daily life for someone living on a minimum income can be quite different from the same kind of act of someone inheriting a large estate. Nevertheless, minor acts of daily life do not include disposing of goods whose ownership must be recorded in public registers (land, houses, automobiles, ships, etc.).

76. A minor under the age of 14 (as opposed to a person under judicial interdiction) may also conclude legal acts regarding his work, artistic or sporting preoccupations, or his profession, with the agreement of the parents or guardian, and complying with the provisions of special laws, if any, in which case he exercises alone the rights and executes alone the obligations arising out of such acts, and may dispose alone of the income thus acquired (Article 42). Since, under Romanian labour laws, the youngest age for employment is 15, minors under 14 are not targeted by this provision, except in what relates to 'artistic or sporting preoccupations', such as modelling or sport-club contracts.

77. The absence of the capacity of exercise ceases when the minor turns 14, when the judicial interdiction is raised or on death. A minor turning 14 gains a restricted capacity of exercise, while a person released from judicial interdiction gains either a restricted (if over 14 and under 18) or a complete (if over 18) capacity of exercise.

C. Persons with a Restricted Capacity of Exercise

78. The restricted capacity of exercise is characterized by the fact that the minor may conclude acts personally (i.e., not through a legal representative), but these acts must be agreed beforehand by the parents or guardian, as well as, in specific cases, by the guardianship court (in practice, the guardianship authority), on the advice, if required, of the family council. The agreement must be on a case-by-case basis – no general agreement given to the acts of a minor is valid. The agreement must be written (Article 146 Civil Code), unless the act must be done in authentic form, in which case the agreement must also be authentic. The agreement of the guardianship court is only given if the act meets a need or obtains an undisputed gain for the minor (Article 145 Civil Code). The court's agreement is not given for the act in general, but for a specific way of concluding it, and may include conditions, for example that the good in question be sold at public auction.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Slovenia

by

Suzana Kraljić & Vesna Rijavec
Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of February 2016

2016

Wolters Kluwer

разликовати од исте врсте послова за некога ко наслеђује велику имовину. Ипак, мањи свакодневни послови не укључују располагање добрима чије власништво мора бити забележено у јавним регистрима (земљиште, куће, аутомобили, бродови итд.). Малолетник млађи од 14 година (за разлику од особе под судском забраном) може такође закључивати правне послове у вези са својим радом, уметничким или спортским занимањима или својом професијом, уз сагласност родитеља или старатеља, и у складу са одредбама посебних закона, у ком случају он сам врши права и сам извршава обавезе које произлазе из таквих радњи и може сам располагати тако стеченим приходима.[132] Пошто је, према румунском радном закону, најмлађи узраст за запослење 15 година, малолетници млађи од 14 година нису обухваћени овом одредбом, осим у случајевима када се односе на „уметничке или спортске активности", као што су манекенство или уговори са спортским клубовима. Одсуство способности за бављење спортом престаје када малолетник напуни 14 година, када се подигне судска забрана или када премине. Малолетник који напуни 14 година стиче ограничену способност за бављење спортом, док лице које је ослобођено судске забране стиче или ограничену (ако је старије од 14, а млађе од 18 година) или потпуну (ако је старије од 18 година) способност за бављење спортом.[133]

2.1.15. Словенија

Уговорна способност подразумева способност лица да правним радњама стиче права и обавезе. Дакле, уговорна способност омогућава људима да самостално наступају у правним односима. У Словенији разликујемо делимичну од пуне пословне способности. Дете млађе од 15 година је потпуно неспособно да закључи уговор.[134] Стога је сваки уговор који дете закључи неважећи и нема дејство на правне односе. Малолетник не може самостално стицати никаква права и обавезе до 15 година, нити може самостално ступати у правне односе. Са 15 година стиче се делимична пословна способност. Малолетник старији од 15, али млађи од 18 година може самостално обављати одређене правне послове и самостално стицати одређена права и обавезе. Ради заштите малолетника, за валидност важнијих правних послова мора се добити дозвола родитеља и то ако су правни послови толико релевантни да битно утичу на живот детета пре пунолетства или када су такве врсте да могу утицати на његов живот након пунолетства. До 15. године, поред делимичне пословне способности, малолетник стиче: (а) способност за склапање брака (способност за брак) – малолетник са 15 година може закључити брак уз дозволу Центра за социјалну заштиту, који даје дозволу само након пажљиве

132 Чл. 42 Грађанског законика.

133 Ioan-Luca Vlad, *IEL Family and Succession Law – Romania: Suppl. 87*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

134 К. Зупанчић, *op. cit.*, стр. 145.

Part I. Persons

Chapter 1. Status of Person

§1. Definition of a Person

25. Under international conventions valid in the RS, CRS (Article 14) as well as legislation (e.g., IA, the Equal Opportunities for Women and Men Act (EOWMA), the Housing Act (HA) and many others), equal human and fundamental rights and equality before the law are provided for everybody.

26. Legal capacity (the capacity to be carrier of rights and obligations) is obtained by natural persons by birth. There is an exception regarding the nasciturus (unborn child), who enjoys special protection under the IA. As a rule, an heir can be only a person who is alive at the time of occurrence of inheritance (Article 125/1 IA). Exceptionally, a child yet unborn at the time of occurrence of inheritance may inherit. A condition for obtaining the right to inherit is that the child must be procreated by the time of occurrence of inheritance and to be born alive later. Both conditions must be fulfilled cumulatively.

27. Slovenian MFRA does not contain any definition of a child, but as the RS has ratified the CRC and since, based on Article 8 CRS, international ratified conventions are valid directly in the RS, the definition in Article 1 CRC is applicable. Therefore, in line with the CRC, a child is defined as every human being below the age of 18 years unless under the applicable law majority is attained earlier.

§2. Capacity

28. Capacity to contract means the capacity of a person to gain rights and obligations by actions. Thus, capacity to contract enables people to independently appear in legal relations. Here, we distinguish partial from full capacity to contract.

§3. Minors in Slovenian Law

29. A child under the age of 15 years is completely incapable of entering a contract. Therefore, any contract entered by a child is invalid and has no effect on legal

разликовати од исте врсте послова за некога ко наслеђује велику имовину. Ипак, мањи свакодневни послови не укључују располагање добрима чије власништво мора бити забележено у јавним регистрима (земљиште, куће, аутомобили, бродови итд.). Малолетник млађи од 14 година (за разлику од особе под судском забраном) може такође закључивати правне послове у вези са својим радом, уметничким или спортским занимањима или својом професијом, уз сагласност родитеља или старатеља, и у складу са одредбама посебних закона, у ком случају он сам врши права и сам извршава обавезе које произлазе из таквих радњи и може сам располагати тако стеченим приходима.[132] Пошто је, према румунском радном закону, најмлађи узраст за запослење 15 година, малолетници млађи од 14 година нису обухваћени овом одредбом, осим у случајевима када се односе на „уметничке или спортске активности", као што су манекенство или уговори са спортским клубовима. Одсуство способности за бављење спортом престаје када малолетник напуни 14 година, када се подигне судска забрана или када премине. Малолетник који напуни 14 година стиче ограничену способност за бављење спортом, док лице које је ослобођено судске забране стиче или ограничену (ако је старије од 14, а млађе од 18 година) или потпуну (ако је старије од 18 година) способност за бављење спортом.[133]

2.1.15. Словенија

Уговорна способност подразумева способност лица да правним радњама стиче права и обавезе. Дакле, уговорна способност омогућава људима да самостално наступају у правним односима. У Словенији разликујемо делимичну од пуне пословне способности. Дете млађе од 15 година је потпуно неспособно да закључи уговор.[134] Стога је сваки уговор који дете закључи неважећи и нема дејство на правне односе. Малолетник не може самостално стицати никаква права и обавезе до 15 година, нити може самостално ступати у правне односе. Са 15 година стиче се делимична пословна способност. Малолетник старији од 15, али млађи од 18 година може самостално обављати одређене правне послове и самостално стицати одређена права и обавезе. Ради заштите малолетника, за валидност важнијих правних послова мора се добити дозвола родитеља и то ако су правни послови толико релевантни да битно утичу на живот детета пре пунолетства или када су такве врсте да могу утицати на његов живот након пунолетства. До 15. године, поред делимичне пословне способности, малолетник стиче: (а) способност за склапање брака (способност за брак) – малолетник са 15 година може закључити брак уз дозволу Центра за социјалну заштиту, који даје дозволу само након пажљиве

132 Чл. 42 Грађанског законика.

133 Ioan-Luca Vlad, *IEL Family and Succession Law – Romania: Suppl. 87*, The Hague: Kluwer Law International, 2017, стр. 33.

134 К. Зупанчић, *op. cit.*, стр. 145.

relations.[22] A minor cannot independently gain any rights and obligations up to the age of 15, nor can he/she independently enter legal relations. At the age of 15, partial capacity to enter a contract is attained. A minor older than 15 but younger than 18 may independently practise certain legal relations and independently gain certain rights and obligations. For the protection of minors, permission of the parents must be obtained for the validity of more important legal relations. Parents' permission is needed if the legal relations are so relevant that they essentially influence the child's life before maturity, or when they are of a kind that may influence his/her life after maturity.

30. By the age of 15, besides partial capacity to contract, a minor also gains:

(a) *capacity to enter matrimony (marriageability)* – a minor at the age of 15 may enter matrimony with permission of the CSW (Article 23 MFRA). The CSW shall give permission only after careful judgment of the subjective (e.g., maturity of the minor) and objective circumstances (e.g., existence of pregnancy, violence in the family) in each case;
(b) *capacity to testate* – a minor at the age of 15 may formulate his/her will and testament (Article 59 section 1 IA). Capacity to testate means that a minor may independently make, change and revoke a testament;
(c) capacity to recognize paternity – paternity may be recognized by a man who is of sound mind and is at least 15 years of age (Article 89 MFRA);
(d) child by age of 15 years can conclude contract of employment (comp. Article 112 MFRA and Article 21 ERA);
(e) PRA provides legal presumption that child of 15 years is capable to give the consent for medical treatment (Article 35/2 PRA);
(f) a child who has reached 15 years of age has the right to decide on his own about his/her religious freedom (RFA).

31. As a minor attains 18 years of age, the parental rights of the parents end. By this, *ex lege*, he/she obtains full capacity to contract. A minor may in two circumstances gain full capacity to contract before the age of 18.[23] If a minor older than 15 years but younger than 18 enters matrimony, he/she gains full capacity to enter a contract. Another exception of acquisition of full capacity to contract before the age of 18 years is given in the case of a minor (older than 15 years) becoming a parent. Upon entering matrimony, full capacity of contract is obtained by the conclusion. The reason lies within the fact that for a valid marriage, permission of the CSW is needed, and the CSW first verifies the subjective and objective circumstances of the individual case. The CSW will grant permission only if it is convinced of the justification for matrimony in a particular case. In case of a minor parent, the fact of the child's birth alone does not mean automatic gaining of full capacity to contract. In order for a minor becoming a parent to gain full capacity to contract, non-contentious proceedings for the obtaining of full capacity to contract must be

22. Wedam-Lukić/Polajnar-Pavčnik, p. 49.
23. Also named emancipation or *venia aetatis* – so Wedam Lukić/Polajna Pavčnik 1989, p. 59.

процене субјективних (нпр. зрелост малолетника) и објективних околности (нпр. постојање трудноће, насиље у породици) у сваком случају; (б) способност за тестамент – малолетник са 15 година може да састави свој тестамент. Способност за тестамент значи да малолетник може самостално да саставља, мења и опозива тестамент; (ц) способност за признавање очинства – очинство може признати мушкарац који је здравог ума и има најмање 15 година; (д) дете са 15 година може закључити уговор о раду; (е) Закон о верским слободама пружа законску претпоставку да је дете од 15 година способно да да сагласност за медицински третман;[135] (ф) дете које је навршило 15 година има право да самостално одлучује о својој верској слободи. Када малолетник наврши 18 година, родитељска права родитеља престају. Овиме се, по сили закона, стиче пуна пословна способност. Малолетник може у два случаја стећи пуну пословну способност пре 18. године. Ако малолетник старији од 15, али млађи од 18 година ступи у брак, стиче пуну пословну способност. Још један изузетак од стицања пуне пословне способности пре 18 година живота дат је у случају да малолетно лице (старије од 15 година) постане родитељ. Код склапања брака, пуна пословна способност се стиче закључењем. Разлог лежи у чињеници да је за пуноважан брак потребна дозвола Центра за социјални рад, који прво проверава субјективне и објективне околности појединачног случаја, те ће дати дозволу само ако је уверен у оправданост склапања брака у конкретном случају. У случају малолетног родитеља, сама чињеница рођења детета не значи аутоматско стицање пуне пословне способности. Да би малолетно лице које постаје родитељ стекло пуну пословну способност, мора се покренути ванпарнични поступак за стицање пуне пословне способности. Поступак се покреће на основу захтева малолетног лица које је родитељ, или уз његов пристанак на основу предлога Центра за социјални рад.[136] Ванпарнични суд ће признати малолетнику пуну пословну способност ако закључи да су испуњене субјективне и објективне околности. Стицање пуне пословне способности омогућава малолетнику да самостално брине о свом детету, као и о себи. Ако брак престане пре 18. године живота због смрти, развода или проглашења несталог лица за умрло, или је проглашен неважећим, малолетник задржава пуну пословну способност.[137] Дете са навршених 15 година може самостално закључивати правно обавезујуће уговоре, ако закон не предвиђа ништа друго. Сваки правни уговор који утиче на живот детета пре или после пунолетства мора бити одобрен од стране родитеља. Ваљаност било ког правног уговора које је дете закључило без дозволе родитеља процењује се у складу са правилима уговорног права.[138]

135 Чл. 35, ст. 2 Закона о верским слободама.

136 Чл. 61 Закона о заштити деце.

137 Suzana Kraljić, Vesna Rijavec, *IEL Family and Succession Law – Slovenia: Suppl. 68*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 29.

138 *Ibid.*, стр. 110.

relations.[22] A minor cannot independently gain any rights and obligations up to the age of 15, nor can he/she independently enter legal relations. At the age of 15, partial capacity to enter a contract is attained. A minor older than 15 but younger than 18 may independently practise certain legal relations and independently gain certain rights and obligations. For the protection of minors, permission of the parents must be obtained for the validity of more important legal relations. Parents' permission is needed if the legal relations are so relevant that they essentially influence the child's life before maturity, or when they are of a kind that may influence his/her life after maturity.

30. By the age of 15, besides partial capacity to contract, a minor also gains:

(a) *capacity to enter matrimony (marriageability)* – a minor at the age of 15 may enter matrimony with permission of the CSW (Article 23 MFRA). The CSW shall give permission only after careful judgment of the subjective (e.g., maturity of the minor) and objective circumstances (e.g., existence of pregnancy, violence in the family) in each case;
(b) *capacity to testate* – a minor at the age of 15 may formulate his/her will and testament (Article 59 section 1 IA). Capacity to testate means that a minor may independently make, change and revoke a testament;
(c) capacity to recognize paternity – paternity may be recognized by a man who is of sound mind and is at least 15 years of age (Article 89 MFRA);
(d) child by age of 15 years can conclude contract of employment (comp. Article 112 MFRA and Article 21 ERA);
(e) PRA provides legal presumption that child of 15 years is capable to give the consent for medical treatment (Article 35/2 PRA);
(f) a child who has reached 15 years of age has the right to decide on his own about his/her religious freedom (RFA).

31. As a minor attains 18 years of age, the parental rights of the parents end. By this, *ex lege*, he/she obtains full capacity to contract. A minor may in two circumstances gain full capacity to contract before the age of 18.[23] If a minor older than 15 years but younger than 18 enters matrimony, he/she gains full capacity to enter a contract. Another exception of acquisition of full capacity to contract before the age of 18 years is given in the case of a minor (older than 15 years) becoming a parent. Upon entering matrimony, full capacity of contract is obtained by the conclusion. The reason lies within the fact that for a valid marriage, permission of the CSW is needed, and the CSW first verifies the subjective and objective circumstances of the individual case. The CSW will grant permission only if it is convinced of the justification for matrimony in a particular case. In case of a minor parent, the fact of the child's birth alone does not mean automatic gaining of full capacity to contract. In order for a minor becoming a parent to gain full capacity to contract, non-contentious proceedings for the obtaining of full capacity to contract must be

22. Wedam-Lukić/Polajnar-Pavčnik, p. 49.
23. Also named emancipation or *venia aetatis* – so Wedam Lukić/Polajna Pavčnik 1989, p. 59.

процене субјективних (нпр. зрелост малолетника) и објективних околности (нпр. постојање трудноће, насиље у породици) у сваком случају; (б) способност за тестамент – малолетник са 15 година може да састави свој тестамент. Способност за тестамент значи да малолетник може самостално да саставља, мења и опозива тестамент; (ц) способност за признавање очинства – очинство може признати мушкарац који је здравог ума и има најмање 15 година; (д) дете са 15 година може закључити уговор о раду; (е) Закон о верским слободама пружа законску претпоставку да је дете од 15 година способно да да сагласност за медицински третман;[135] (ф) дете које је навршило 15 година има право да самостално одлучује о својој верској слободи. Када малолетник наврши 18 година, родитељска права родитеља престају. Овиме се, по сили закона, стиче пуна пословна способност. Малолетник може у два случаја стећи пуну пословну способност пре 18. године. Ако малолетник старији од 15, али млађи од 18 година ступи у брак, стиче пуну пословну способност. Још један изузетак од стицања пуне пословне способности пре 18 година живота дат је у случају да малолетно лице (старије од 15 година) постане родитељ. Код склапања брака, пуна пословна способност се стиче закључењем. Разлог лежи у чињеници да је за пуноважан брак потребна дозвола Центра за социјални рад, који прво проверава субјективне и објективне околности појединачног случаја, те ће дати дозволу само ако је уверен у оправданост склапања брака у конкретном случају. У случају малолетног родитеља, сама чињеница рођења детета не значи аутоматско стицање пуне пословне способности. Да би малолетно лице које постаје родитељ стекло пуну пословну способност, мора се покренути ванпарнични поступак за стицање пуне пословне способности. Поступак се покреће на основу захтева малолетног лица које је родитељ, или уз његов пристанак на основу предлога Центра за социјални рад.[136] Ванпарнични суд ће признати малолетнику пуну пословну способност ако закључи да су испуњене субјективне и објективне околности. Стицање пуне пословне способности омогућава малолетнику да самостално брине о свом детету, као и о себи. Ако брак престане пре 18. године живота због смрти, развода или проглашења несталог лица за умрло, или је проглашен неважећим, малолетник задржава пуну пословну способност.[137] Дете са навршених 15 година може самостално закључивати правно обавезујуће уговоре, ако закон не предвиђа ништа друго. Сваки правни уговор који утиче на живот детета пре или после пунолетства мора бити одобрен од стране родитеља. Ваљаност било ког правног уговора које је дете закључило без дозволе родитеља процењује се у складу са правилима уговорног права.[138]

135 Чл. 35, ст. 2 Закона о верским слободама.

136 Чл. 61 Закона о заштити деце.

137 Suzana Kraljić, Vesna Rijavec, *IEL Family and Succession Law – Slovenia: Suppl. 68*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 29.

138 *Ibid.*, стр. 110.

started. Proceedings start based on the application of the minor person who is a parent, or with his/her consent based on a proposal by the CSW (Article 61 NCCPA). The non-contentious court will grant the minor full capacity to contract if it comes to the conclusion that subjective and objective circumstances are fulfilled. Gaining full capacity to contract thus enables the minor to independently take care of his/her child, as well as himself/herself. If matrimony ends before the age of 18 because of death, divorce, or declaration of a missing person for dead, or is declared invalid, the minor retains the full capacity to contract.

процене субјективних (нпр. зрелост малолетника) и објективних околности (нпр. постојање трудноће, насиље у породици) у сваком случају; (б) способност за тестамент – малолетник са 15 година може да састави свој тестамент. Способност за тестамент значи да малолетник може самостално да саставља, мења и опозива тестамент; (ц) способност за признавање очинства – очинство може признати мушкарац који је здравог ума и има најмање 15 година; (д) дете са 15 година може закључити уговор о раду; (е) Закон о верским слободама пружа законску претпоставку да је дете од 15 година способно да да сагласност за медицински третман;[135] (ф) дете које је навршило 15 година има право да самостално одлучује о својој верској слободи. Када малолетник наврши 18 година, родитељска права родитеља престају. Овиме се, по сили закона, стиче пуна пословна способност. Малолетник може у два случаја стећи пуну пословну способност пре 18. године. Ако малолетник старији од 15, али млађи од 18 година ступи у брак, стиче пуну пословну способност. Још један изузетак од стицања пуне пословне способности пре 18 година живота дат је у случају да малолетно лице (старије од 15 година) постане родитељ. Код склапања брака, пуна пословна способност се стиче закључењем. Разлог лежи у чињеници да је за пуноважан брак потребна дозвола Центра за социјални рад, који прво проверава субјективне и објективне околности појединачног случаја, те ће дати дозволу само ако је уверен у оправданост склапања брака у конкретном случају. У случају малолетног родитеља, сама чињеница рођења детета не значи аутоматско стицање пуне пословне способности. Да би малолетно лице које постаје родитељ стекло пуну пословну способност, мора се покренути ванпарнични поступак за стицање пуне пословне способности. Поступак се покреће на основу захтева малолетног лица које је родитељ, или уз његов пристанак на основу предлога Центра за социјални рад.[136] Ванпарнични суд ће признати малолетнику пуну пословну способност ако закључи да су испуњене субјективне и објективне околности. Стицање пуне пословне способности омогућава малолетнику да самостално брине о свом детету, као и о себи. Ако брак престане пре 18. године живота због смрти, развода или проглашења несталог лица за умрло, или је проглашен неважећим, малолетник задржава пуну пословну способност.[137] Дете са навршених 15 година може самостално закључивати правно обавезујуће уговоре, ако закон не предвиђа ништа друго. Сваки правни уговор који утиче на живот детета пре или после пунолетства мора бити одобрен од стране родитеља. Ваљаност било ког правног уговора које је дете закључило без дозволе родитеља процењује се у складу са правилима уговорног права.[138]

135 Чл. 35, ст. 2 Закона о верским слободама.

136 Чл. 61 Закона о заштити деце.

137 Suzana Kraljić, Vesna Rijavec, *IEL Family and Succession Law – Slovenia: Suppl. 68*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, стр. 29.

138 *Ibid.*, стр. 110.

the address where any communication should be sent to the child (Article 107 MFRA).

§5. Concluding Legal Business

271. A child at the age of 15 may enter legally binding contracts alone, if the law does not provide for anything else. Any legal agreements influencing the life of the child before maturity or after it have to be approved by the parents. The validity of any legal agreements concluded by a child without the permission of the parents is judged in line with the rules of contract law.

§6. Management of a Child's Property

272. Up to the age of majority of a child, his/her property is managed by the parents for the benefit of the child (Article 109 MFRA). If the child has income from property, the parents may use it for his/her maintenance, upbringing and education, and also for the needs of their family, but only if they do not have sufficient means to provide for the family (Article 110 MFRA). The parents may sell or legally encumber their child's property with the permission of the CSW, but only for his/her maintenance, upbringing and education, or if it is needed for another benefit of the child (Article 111 MFRA). If a child aged 15 is employed, he/she may dispose of his/her salary. In this case, the child must contribute to his/her maintenance and education (Article 112 MFRA).

§7. Execution of the Parental Right

273. The parental right must be executed by both parents for the benefit of the child. If the parents cannot come to an agreement, the CSW will support them in finding an agreement. If the parents do not live together and custody of the child is not awarded to both parents, questions regarding his/her upbringing and development are decided in accordance with the benefits of the child. Questions about the child's daily living arrangements are decided by the parent to whom the child is entrusted. If the parents do not agree on questions influencing the child's development, the court decides on this based on a claim of one or both parents in non-litigious proceedings. If one of the parents is hindered in executing the parental right, it can be executed by the other parent alone (Article 113 MFRA).

§8. Ending of the Parental Right

274. The parental right ends with the maturity of a child, i.e. when he/she reaches the age of 18 years, or if the child gains full legal capacity before maturity. Before maturity, a child gains full legal capacity by entering marriage or becoming a parent. In the first case, full legal capacity is gained by entering marriage, in line

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Spain

by
Gabriel García Cantero (Part I, II and III)
Emeritus Professor, Universidad de Zaragoza

Joaquín Rams Albesa (Part IV)
Civil Law Professor, Universidad Complutense de Madrid

Cristina de Amunátegui Rodríguez (Part IV)
Assistant Professor, Universidad Complutense de Madrid

Luis Antonio Anguita Villanueva (Part IV)
Assistant Professor, Universidad Complutense de Madrid

&

Carlos Lalana del Castillo
Assistant Professor, Universidad de Zaragoza

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of November 2012

2013

Wolters Kluwer
Law & Business

2.1.16. Шпанија

У Шпанији закон предвиђа различите случајеве у којима се пословна способност особе да делује стиче путем њене еманципације, која може настати склапањем брака са малолетном особом, пристанком оних који врше родитељска права, судским овлашћењем или чињеницом да малолетна особа води самосталан живот. Према чл. 316 Грађанског законика, брак води до законске еманципације. Ово је правило које се сада примењује посебно на случајеве када се малолетна особа од 14 година венчала уз судско одобрење[139], јер у редовним случајевима закон захтева да малолетна особа већ буде еманципована да би се венчала. Да би се еманципација извршила уз пристанак родитеља, потребно је да је малолетно лице навршило 16 година и да да свој пристанак, а мора се саставити или нотарски запис или заинтересоване стране треба да се обрате матичној евиденцији.[140] То мора бити забележено у матичној евиденцији на маргини поред извода о рођењу, да би ступило на снагу према трећим лицима.[141] Малолетници под старатељством могу бити еманциповани уз пристанак судије, уз извештај јавног тужиоца.[142] У изузетним случајевима, еманципацију може одобрити и судија када лице које врши родитељско право над малолетним лицем поново ступи у брак или живи у ванбрачној заједници са другим лицем, или ако родитељи живе одвојено *de facto*, или, на крају, када се појави било који други озбиљан разлог који озбиљно омета вршење родитељског права.[143] Коначно, дете које је навршило 16 година и које, уз сагласност родитеља, живи независно од њих, сматра се по закону еманципованим у свим сврхама – ово је врста *de facto* еманципације која се такође може сматрати имплицитно датом од стране родитеља, који могу повући свој пристанак у било ком тренутку за самосталан начин живота. На неки начин, ово је у супротности са општим правилом да се еманципација, једном дата, не може опозвати. Еманципација представља међуфазу између пунолетства и малолетства, јер иако чл. 323 Грађанског законика који регулише последице еманципације предвиђа да еманципација омогућава малолетнику да управља својом личношћу и имовином као да је пунолетан, она ипак додаје важна ограничења његовој способности деловања док не наврши 18 година. Стога, Шпанија има специфичан систем еманципације према коме особа која је еманципована и даље има ограничења у погледу њене пословне способности. Тако, еманциповани малолетник не може узимати новац на зајам, залагати или располагати

139 Чл. 48, ст. 2 Грађанског законика.
140 Чл. 317 Грађанског законика.
141 Чл. 318 Грађанског законика.
142 Чл. 321 Грађанског законика.
143 Чл. 320 Грађанског законика.

VIII. The Capacity of the Emancipated Minor

32. The law contemplates various cases where a person's capacity to act is brought forward by means of his emancipation which may arise by the marriage of a minor, by concession of those exercising the parental authority, by judicial authorization, or by the fact of the minor leading an independent life.

Under Article 316 of the CC, 'marriage gives rise to emancipation at law', a rule which is now applied particularly to cases where a minor aged 14 has married with judicial dispensation (Article 48 paragraph 2), because, in ordinary cases, the law requires the minor to be already emancipated in order to marry (Article 46-1). For the emancipation to take place by concession of the parents, the minor is required to have attained the age of 16, and to give his consent, and either a notarial Deed must be executed, or the interested parties should apply to the Civil Register (Article 317 of the CC). It must be noted in the Register in the margin against the birth registration, to take effect against third parties (Article 318 of the CC). Minors subject to guardianship may be emancipated by concession of the Judge, subject to a report from the Public Prosecutor's Department (Article 321 of the CC). In exceptional cases, the emancipation may also be granted by the Judge when the person exercising the parental authority over the minor remarries, or cohabits with another person, or if the parents are living separated de facto or, lastly, when any other serious cause arises which seriously obstructs the exercise of the parental authority (Article 320 of the CC). Finally, the child who has attained the age of 16 and who, with the consent of the parents, lives independently from them is deemed by law to be emancipated for all purposes; this is a kind of de facto emancipation which may also be considered to be granted impliedly by the parents, who may withdraw their consent at any time to the independent way of life (Article 319 of the CC). In a way, this contradicts the general rule that 'the emancipation once granted, shall not be revoked' (Article 318 paragraph 2 of the CC). Emancipation represents an intermediate stage between majority and minority of age, because although Article 323 of the CC which regulates the effects of emancipation, provides 'that emancipation enables the minor to control his person and property as if he were of age', it nevertheless adds important restrictions to his capacity to act until he attains the age of 18; thus, he may not take money on loan (a prohibition which has its origins in the *Senatus Consultum* of Macedoniano), charge or dispose of real estate, industrial or commercial establishments or chattels of exceptional value, without the consent of his parents, and in default of parents, his guardian (Article 323 of the CC).

IX. The Capacity of the Unemancipated Minor

33. At first sight, it should be said, by way of contrast to majority of age, that the minor lacks total capacity to act, so that in all acts which affect him, the persons who are his legal representatives (parents or guardians) will act on his behalf. However, taking as a starting point the ideas of Professor De Castro put forward some fifty years ago, Spanish Civil law doctrine today considers that the step from minority to majority of age does not arise suddenly, but in a gradual way; thus, it starts with a natural capacity of the minor which permits him to acquire the possession of

некретнинама, индустријским или трговачким објектима или покретном имовином изузетне вредности без сагласности својих родитеља, а у одсуству родитеља – свог старатеља. На први поглед, требало би рећи, за разлику од пунолетства, да малолетник нема потпуну способност деловања, тако да ће у свим радњама које га се тичу лица која су његови законски заступници (родитељи или старатељи) деловати у његово име. Међутим, шпанска доктрина грађанског права данас сматра да прелазак са малолетства на пунолетство не настаје изненада, већ постепено. Дакле, почиње са природним капацитетом малолетника који му дозвољава да стекне поседовање права и да сведочи од 14 година (чл.361–2 Закона о грађанском поступку сматра малолетнике млађе од тог узраста неспособним да сведоче на основу природне неспособности), од 12 година он може дати пристанак на сопствено усвајање[144] и од 16 година закључити уговор о раду. Неемансиповани малолетници такође могу примати поклоне.[145] Међутим, уговор који је закључио неемансиповани малолетник који је потпуно свестан шта ради није ништав, већ рушљив и може га оспорити само сам малолетник, а не пунолетно лице које је са њим закључило уговор. Ако након стицања пунолетства прођу четири године, а да малолетник не оспори уговор, уговор се сматра ратификованим и чак и када се покрене успешна тужба за проглашење ништавим, малолетник није дужан да се врати у претходни статус осим у мери у којој се обогатио избором или ценом коју је примио.[146] То значи да је малолетник лице заштићено законом и то објашњава систем његове способности деловања. Може се резимирати да иако малолетство представља правни статус који карактерише потчињеност и зависност од особе која има заштитне функције над малолетником (родитељски ауторитет и старатељство), то не значи да се тиме поништава способност деловања малолетника, због његовог достојанства као особе, што захтева признање његове способности да предузима широк спектар активности, са капацитетом и одговорношћу које то подразумева.[147]

2.1.17. Швајцарска

Швајцарско право познаје активну и пасивну способност за вршење правних послова. Свако лице које има способност да закључи правни посао својом вољом способно је да стиче права и преузима обавезе на основу тог посла.[148] Вршење грађанских права или активна

144 Чл. 177– 1 Грађанског законика.

145 Чл. 626 Грађанског законика.

146 Чл. 1301 Грађанског законика.

147 Gabriel García Cantero, Joaquín Rams Albesa, Cristina de Amunátegui Rodríguez, Luis Antonio Anguita Villanueva, Carlos Lalana del Castillo, *IEL Family and Succession Law – Spain: Suppl. 65*, The Hague: Kluwer Law International, 2013, стр. 34.

148 Чл. 12 Швајцарског грађанског законика.

VIII. The Capacity of the Emancipated Minor

32. The law contemplates various cases where a person's capacity to act is brought forward by means of his emancipation which may arise by the marriage of a minor, by concession of those exercising the parental authority, by judicial authorization, or by the fact of the minor leading an independent life.

Under Article 316 of the CC, 'marriage gives rise to emancipation at law', a rule which is now applied particularly to cases where a minor aged 14 has married with judicial dispensation (Article 48 paragraph 2), because, in ordinary cases, the law requires the minor to be already emancipated in order to marry (Article 46-1). For the emancipation to take place by concession of the parents, the minor is required to have attained the age of 16, and to give his consent, and either a notarial Deed must be executed, or the interested parties should apply to the Civil Register (Article 317 of the CC). It must be noted in the Register in the margin against the birth registration, to take effect against third parties (Article 318 of the CC). Minors subject to guardianship may be emancipated by concession of the Judge, subject to a report from the Public Prosecutor's Department (Article 321 of the CC). In exceptional cases, the emancipation may also be granted by the Judge when the person exercising the parental authority over the minor remarries, or cohabits with another person, or if the parents are living separated de facto or, lastly, when any other serious cause arises which seriously obstructs the exercise of the parental authority (Article 320 of the CC). Finally, the child who has attained the age of 16 and who, with the consent of the parents, lives independently from them is deemed by law to be emancipated for all purposes; this is a kind of de facto emancipation which may also be considered to be granted impliedly by the parents, who may withdraw their consent at any time to the independent way of life (Article 319 of the CC). In a way, this contradicts the general rule that 'the emancipation once granted, shall not be revoked' (Article 318 paragraph 2 of the CC). Emancipation represents an intermediate stage between majority and minority of age, because although Article 323 of the CC which regulates the effects of emancipation, provides 'that emancipation enables the minor to control his person and property as if he were of age', it nevertheless adds important restrictions to his capacity to act until he attains the age of 18; thus, he may not take money on loan (a prohibition which has its origins in the *Senatus Consultum* of Macedoniano), charge or dispose of real estate, industrial or commercial establishments or chattels of exceptional value, without the consent of his parents, and in default of parents, his guardian (Article 323 of the CC).

IX. The Capacity of the Unemancipated Minor

33. At first sight, it should be said, by way of contrast to majority of age, that the minor lacks total capacity to act, so that in all acts which affect him, the persons who are his legal representatives (parents or guardians) will act on his behalf. However, taking as a starting point the ideas of Professor De Castro put forward some fifty years ago, Spanish Civil law doctrine today considers that the step from minority to majority of age does not arise suddenly, but in a gradual way; thus, it starts with a natural capacity of the minor which permits him to acquire the possession of

некретнинама, индустријским или трговачким објектима или покретном имовином изузетне вредности без сагласности својих родитеља, а у одсуству родитеља – свог старатеља. На први поглед, требало би рећи, за разлику од пунолетства, да малолетник нема потпуну способност деловања, тако да ће у свим радњама које га се тичу лица која су његови законски заступници (родитељи или старатељи) деловати у његово име. Међутим, шпанска доктрина грађанског права данас сматра да прелазак са малолетства на пунолетство не настаје изненада, већ постепено. Дакле, почиње са природним капацитетом малолетника који му дозвољава да стекне поседовање права и да сведочи од 14 година (чл.361–2 Закона о грађанском поступку сматра малолетнике млађе од тог узраста неспособним да сведоче на основу природне неспособности), од 12 година он може дати пристанак на сопствено усвајање[144] и од 16 година закључити уговор о раду. Нееманциповани малолетници такође могу примати поклоне.[145] Међутим, уговор који је закључио нееманциповани малолетник који је потпуно свестан шта ради није ништав, већ рушљив и може га оспорити само сам малолетник, а не пунолетно лице које је са њим закључило уговор. Ако након стицања пунолетства прођу четири године, а да малолетник не оспори уговор, уговор се сматра ратификованим и чак и када се покрене успешна тужба за проглашење ништавим, малолетник није дужан да се врати у претходни статус осим у мери у којој се обогатио избором или ценом коју је примио.[146] То значи да је малолетник лице заштићено законом и то објашњава систем његове способности деловања. Може се резимирати да иако малолетство представља правни статус који карактерише потчињеност и зависност од особе која има заштитне функције над малолетником (родитељски ауторитет и старатељство), то не значи да се тиме поништава способност деловања малолетника, због његовог достојанства као особе, што захтева признање његове способности да предузима широк спектар активности, са капацитетом и одговорношћу које то подразумева.[147]

2.1.17. Швајцарска

Швајцарско право познаје активну и пасивну способност за вршење правних послова. Свако лице које има способност да закључи правни посао својом вољом способно је да стиче права и преузима обавезе на основу тог посла.[148] Вршење грађанских права или активна

144 Чл. 177– 1 Грађанског законика.

145 Чл. 626 Грађанског законика.

146 Чл. 1301 Грађанског законика.

147 Gabriel García Cantero, Joaquín Rams Albesa, Cristina de Amunátegui Rodríguez, Luis Antonio Anguita Villanueva, Carlos Lalana del Castillo, *IEL Family and Succession Law – Spain: Suppl. 65*, The Hague: Kluwer Law International, 2013, стр. 34.

148 Чл. 12 Швајцарског грађанског законика.

choses (Article 443), and to testify from the age of 14 (Article 361-2 Law of the Procedure civil considers minors under that age incapable of testifying on the grounds of natural incapacity), and generally, excludes from the scope of the parents' legal representation acts of the minor relating to personal rights as well as other rights, which, in accordance with the legislation and with his state of maturity he may exercise himself (Article 162-1 of the CC); thus, from the age of 12, he may consent to his own adoption (Article 177.1 of the CC) and from the age of 16 enter into a contract of employment (Articles 6 and 7 of the Statute of the Workers of 1995); unemancipated minors may also accept gifts (Article 626 of the CC). However, a contract entered into by an unemancipated minor fully aware of what he is doing is not void, but voidable, and may only be challenged by the minor himself, and not by the adult person who contracted with him (Article 1302 of the CC); and if having attained majority, four years pass (Article 1301 of the CC) without the minor challenging the contract, the contract is ratified and even when a successful action for declaring it voidable is brought, the minor is not liable to reinstate except to the extent that he has enriched himself with the *chose* or price which he received (Article 1304 of the CC). This means that the minor is a person protected by law, and that explains the system of his capacity to act.

It can be stated[8] by way of summary that although minority of age represents a legal status characterized by submission to and dependence upon a person holding protective appointments over the minor (parental authority and guardianship), this does not mean that the minor's capacity to act is thereby invalidated, because of his dignity as a person, which requires the recognition of his being able to undertake a wide range of activities, with the capacity and responsibility which that entails. These criteria influenced the recent Law of Legal Protection of Minors of 15 January 1996, enacted upon application of the Convention of the Rights of the Child.

§3. Absentees[9]

I. The Concept of Absence

34. Absence has been defined as 'the civil status of the person when it is doubtful whether he is alive, either because his whereabouts have been unknown for some

8. Díez Picazo & Gullón Ballesteros, *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid 1995) I, p. 157; Jordano Fraga, *La capacidad general del menor*, RDP, 1984, p. 88 and seq.; Martínez de Aguirre, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad*, ADC, 1992, p. 1391 and seq.; Alonso Pérez, *La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Cc y de la L.e.c.: Luces y sombras*, AC, 1997, p. 17 and seq.; Mª Linacero de la Fuente, *Protección jurídica del menor* (Madrid 2001).

9. On the subject, the following works of Spanish doctrine are classics: Cossío, *Teoría general de la ausencia*, RDP, 1942, p. 85 and seq.; Cossío, *El patrimonio del ausente*, RDP 1942, p. 369 and seq.; Serrano y Serrano, *La ausencia en el derecho español* (Madrid 1943); Serrano y Serrano, *Las declaraciones de ausencia y fallecimiento*, RDP, 1951, p. 285 and seq. Also see, Cavanillas Sánchez, Comentarios a los arts. 181 a 197, in *Comentarios del Cc.* Ministry of Justice, I (Madrid 1991); Díez del Corral, Comentario al art. 198 Cc. *id.*; Corral Talciani, *La declaración de fallecimiento* (Madrid 1991); Hualde Sánchez, in *VVAA. Comentarios al C.c.* (dir. Rams Albesa), II-2º (Madrid 2000); De la Cuesta, Comentarios a los arts. 181 a 198 Cc, in VV.AA. *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares and *altri*), I, pp. 944–987.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

The Author

некретнинама, индустријским или трговачким објектима или покретном имовином изузетне вредности без сагласности својих родитеља, а у одсуству родитеља – свог старатеља. На први поглед, требало би рећи, за разлику од пунолетства, да малолетник нема потпуну способност деловања, тако да ће у свим радњама које га се тичу лица која су његови законски заступници (родитељи или старатељи) деловати у његово име. Међутим, шпанска доктрина грађанског права данас сматра да прелазак са малолетства на пунолетство не настаје изненада, већ постепено. Дакле, почиње са природним капацитетом малолетника који му дозвољава да стекне поседовање права и да сведочи од 14 година (чл.361–2 Закона о грађанском поступку сматра малолетнике млађе од тог узраста неспособним да сведоче на основу природне неспособности), од 12 година он може дати пристанак на сопствено усвајање[144] и од 16 година закључити уговор о раду. Нееманциповани малолетници такође могу примати поклоне.[145] Међутим, уговор који је закључио нееманциповани малолетник који је потпуно свестан шта ради није ништав, већ рушљив и може га оспорити само сам малолетник, а не пунолетно лице које је са њим закључило уговор. Ако након стицања пунолетства прођу четири године, а да малолетник не оспори уговор, уговор се сматра ратификованим и чак и када се покрене успешна тужба за проглашење ништавим, малолетник није дужан да се врати у претходни статус осим у мери у којој се обогатио избором или ценом коју је примио.[146] То значи да је малолетник лице заштићено законом и то објашњава систем његове способности деловања. Може се резимирати да иако малолетство представља правни статус који карактерише потчињеност и зависност од особе која има заштитне функције над малолетником (родитељски ауторитет и старатељство), то не значи да се тиме поништава способност деловања малолетника, због његовог достојанства као особе, што захтева признање његове способности да предузима широк спектар активности, са капацитетом и одговорношћу које то подразумева.[147]

2.1.17. Швајцарска

Швајцарско право познаје активну и пасивну способност за вршење правних послова. Свако лице које има способност да закључи правни посао својом вољом способно је да стиче права и преузима обавезе на основу тог посла.[148] Вршење грађанских права или активна

144 Чл. 177– 1 Грађанског законика.

145 Чл. 626 Грађанског законика.

146 Чл. 1301 Грађанског законика.

147 Gabriel García Cantero, Joaquín Rams Albesa, Cristina de Amunátegui Rodríguez, Luis Antonio Anguita Villanueva, Carlos Lalana del Castillo, *IEL Family and Succession Law - Spain: Suppl. 65*, The Hague: Kluwer Law International, 2013, стр. 34.

148 Чл. 12 Швајцарског грађанског законика.

1. Art. 252 CC:
   1. As regards the mother, filiation is a result of birth.
   2. Regarding the father, filiation is established by his marriage to the mother, by acknowledgement or by judicial decree.

2. Art. 30, Sec. 2 CC: where an engaged couple requests that the wife's surname should be the surname of the family after the wedding, the request is to be granted if there are grounds worthy of consideration.

   Art. 119, Sec. 1: the spouse who changed his or her surname retains the name acquired by marriage unless this spouse declares before the registrar of civil status within one year from the date when the decree of divorce became legally valid that the original surname or the surname borne before the marriage shall be resumed.

   Art. 160:
   1. The husband's name is the surname of the spouses.
   2. The engaged woman is entitled to declare in the presence of the registrar that she wants to keep her former name to be followed by the family surname.
   3. Where she already bears such a double name, only the first of her two names may be placed in front of the family surname.

   Art. 270:
   1. The child of married parents bears their surname.
   2. The child whose mother is not married to the father bears the name of the mother or, where the mother has a compound surname following a former marriage, the first of the two names.

43. To this passive capacity, or use, Swiss Law opposes active capacity, or the exercise of civil rights. Art. 12 CC states that 'every person who has the capacity to effect a legal transaction is capable of acquiring rights and incurring obligations by such a transaction', naturally implying 'by his own will'.

II. The Exercise of Civil Rights or Active Capacity

44. This active capacity implies majority, discretion and not being placed under a guardian.

45. Civil majority has been acquired at 18 years of age since the revision of 7 October 1994, in force since 1 January 1996. Until 31 December 1995 at midnight, it was acquired at 20 years of age. This lowering of the age of majority certainly has negative consequences for children, because it puts an end, two years earlier, to the automatic obligation of parents to pay living expenses, and thus submits the right of the child to living expenses to the progressively stricter conditions listed in Art. 277, Sec. 2 CC. After reaching his majority, the child whose parents do not continue to spontaneously pay his expenses may have to personally enter a claim against his father and mother, and this is psychologically demanding. But we will come back to this obligation later (*infra*, Part II, chap. 7, §2, Sec. II, n. 459).

46. Discretion is defined by the code at Art. 16 as 'the capacity to act rationally'. The causes of the absence of such a capacity are physical or psychological:

способност подразумева пунолетство, способност за расуђивање и одсуство стављања под старатељство. Грађанско пунолетство се стиче са 18 година и то од ревизије закона од 7. октобра 1994. године, која је на снази од 1. јануара 1996. године. До 31. децембра 1995. године у поноћ, пунолетство се стицало са 20 година. Ово снижавање старости пунолетства свакако има негативне последице по децу и њихова права, јер две године раније укида аутоматску обавезу родитеља да плаћају трошкове живота и тиме подвргава право детета на трошкове живота прогресивно строжим условима наведеним у чл. 277, ст. 2 Грађанског законика. Након што достигне пунолетство, дете чији родитељи не настављају спонтано да плаћају његове трошкове може лично да поднесе захтев против свог оца и мајке. У швајцарском праву малолетник, који је способан за расуђивање, може закључивати доброчине правне послове, без обзира на узраст.[149] У швајцарском праву малолетник способан за расуђивање може, без обзира на узраст, самостално закључивати послове који су за њега доброчини, а са одобрењем законског заступника и све остале послове. У погледу уговорне способности, малолетници и лица стављена под старатељство – или штићеници – који имају способност за расуђивање могу се обавезати својим трансакцијама уз сагласност свог законског заступника.[150] Ова сагласност може бити дата пре, истовремено са закључењем уговора или након закључења. Све док ова сагласност недостаје, каже се да је правни посао „неједнак", односно да већ обавезује било коју другу страну која ужива пуни капацитет, али не још и малолетника или штићеника. Ако законски заступник одбије да своју сагласност, правни посао је без дејства. Ако је штета у погледу закључења настала зато што је малолетник или штићеник преварно навео другу страну да верује да нема недостатак капацитета, дугује се накнада, а малолетник или штићеник одговара према општим правилима о одговорности за деликте Законика о облигацијама.[151] Малолетници или штићеници са способношћу за расуђивање имају пуну активну пословну способност када је у питању било зарада од рада или самосталне активности коју је одобрио законски заступник, или професионална имовина која им је стављена на располагање уз сагласност законског заступника.[152] Према чл. 19, чл. 2 Грађанског законика, малолетницима и штићеницима са способношћу за расуђивање, такође, није потребна сагласност њиховог законског заступника да би стекли ствари без трошкова. И даље под условом да имају способност за расуђивање, малолетници и штићеници имају пуну способност да остваре своја строго лична права.[153] Иако нису дефинисана Законом, ова права су

149 Чл. 19 Швајцарског грађанског законика.
150 Чл. 19, одељак 1 Грађанског законика.
151 Чл. 411, одељак 2 Грађанског законика.
152 Чл. 323–412 и 414 Грађанског законика.
153 Чл. 2 и 19 Грађанског законика.

1. Art. 252 CC:
   1. As regards the mother, filiation is a result of birth.
   2. Regarding the father, filiation is established by his marriage to the mother, by acknowledgement or by judicial decree.

2. Art. 30, Sec. 2 CC: where an engaged couple requests that the wife's surname should be the surname of the family after the wedding, the request is to be granted if there are grounds worthy of consideration.

   Art. 119, Sec. 1: the spouse who changed his or her surname retains the name acquired by marriage unless this spouse declares before the registrar of civil status within one year from the date when the decree of divorce became legally valid that the original surname or the surname borne before the marriage shall be resumed.

   Art. 160:
   1. The husband's name is the surname of the spouses.
   2. The engaged woman is entitled to declare in the presence of the registrar that she wants to keep her former name to be followed by the family surname.
   3. Where she already bears such a double name, only the first of her two names may be placed in front of the family surname.

   Art. 270:
   1. The child of married parents bears their surname.
   2. The child whose mother is not married to the father bears the name of the mother or, where the mother has a compound surname following a former marriage, the first of the two names.

43. To this passive capacity, or use, Swiss Law opposes active capacity, or the exercise of civil rights. Art. 12 CC states that 'every person who has the capacity to effect a legal transaction is capable of acquiring rights and incurring obligations by such a transaction', naturally implying 'by his own will'.

II. The Exercise of Civil Rights or Active Capacity

44. This active capacity implies majority, discretion and not being placed under a guardian.

45. Civil majority has been acquired at 18 years of age since the revision of 7 October 1994, in force since 1 January 1996. Until 31 December 1995 at midnight, it was acquired at 20 years of age. This lowering of the age of majority certainly has negative consequences for children, because it puts an end, two years earlier, to the automatic obligation of parents to pay living expenses, and thus submits the right of the child to living expenses to the progressively stricter conditions listed in Art. 277, Sec. 2 CC. After reaching his majority, the child whose parents do not continue to spontaneously pay his expenses may have to personally enter a claim against his father and mother, and this is psychologically demanding. But we will come back to this obligation later (*infra*, Part II, chap. 7, §2, Sec. II, n. 459).

46. Discretion is defined by the code at Art. 16 as 'the capacity to act rationally'. The causes of the absence of such a capacity are physical or psychological:

способност подразумева пунолетство, способност за расуђивање и одсуство стављања под старатељство. Грађанско пунолетство се стиче са 18 година и то од ревизије закона од 7. октобра 1994. године, која је на снази од 1. јануара 1996. године. До 31. децембра 1995. године у поноћ, пунолетство се стицало са 20 година. Ово снижавање старости пунолетства свакако има негативне последице по децу и њихова права, јер две године раније укида аутоматску обавезу родитеља да плаћају трошкове живота и тиме подвргава право детета на трошкове живота прогресивно строжим условима наведеним у чл. 277, ст. 2 Грађанског законика. Након што достигне пунолетство, дете чији родитељи не настављају спонтано да плаћају његове трошкове може лично да поднесе захтев против свог оца и мајке. У швајцарском праву малолетник, који је способан за расуђивање, може закључивати доброчине правне послове, без обзира на узраст.[149] У швајцарском праву малолетник способан за расуђивање може, без обзира на узраст, самостално закључивати послове који су за њега доброчини, а са одобрењем законског заступника и све остале послове. У погледу уговорне способности, малолетници и лица стављена под старатељство – или штићеници – који имају способност за расуђивање могу се обавезати својим трансакцијама уз сагласност свог законског заступника.[150] Ова сагласност може бити дата пре, истовремено са закључењем уговора или након закључења. Све док ова сагласност недостаје, каже се да је правни посао „неједнак", односно да већ обавезује било коју другу страну која ужива пуни капацитет, али не још и малолетника или штићеника. Ако законски заступник одбије да своју сагласност, правни посао је без дејства. Ако је штета у погледу закључења настала зато што је малолетник или штићеник преварно навео другу страну да верује да нема недостатак капацитета, дугује се накнада, а малолетник или штићеник одговара према општим правилима о одговорности за деликте Законика о облигацијама.[151] Малолетници или штићеници са способношћу за расуђивање имају пуну активну пословну способност када је у питању било зарада од рада или самосталне активности коју је одобрио законски заступник, или професионална имовина која им је стављена на располагање уз сагласност законског заступника.[152] Према чл. 19, чл. 2 Грађанског законика, малолетницима и штићеницима са способношћу за расуђивање, такође, није потребна сагласност њиховог законског заступника да би стекли ствари без трошкова. И даље под условом да имају способност за расуђивање, малолетници и штићеници имају пуну способност да остваре своја строго лична права.[153] Иако нису дефинисана Закоником, ова права су

149 Чл. 19 Швајцарског грађанског законика.
150 Чл. 19, одељак 1 Грађанског законика.
151 Чл. 411, одељак 2 Грађанског законика.
152 Чл. 323–412 и 414 Грађанског законика.
153 Чл. 2 и 19 Грађанског законика.

III. Special Cases of Active Civil Capacity

51. Only a mature person, capable of discretion and not placed under a guardian, has full and entire active civil capacity (Arts. 13 CC and 17 CC *a contrario*). Discretion is a *sine qua non* condition of this capacity. But Swiss Law envisages different situations where active civil capacity may be recognised for a physical person even if these three conditions are not realised.

52. According to Art. 19, Sec. 1 CC, minors and persons placed under a guardian – or wards – who have discretion may bind themselves by their transactions with the consent of their legal representative. This consent may be given before, simultaneously with, or after the act. As long as this consent is lacking, the transaction is said to be 'lopsided', that is, it already binds any other party who enjoys full capacity, but not yet the minor or ward. If the legal representative refuses his consent, the transaction is worthless. The effects of this worthlessness will appear on two planes: that of the considerations which have already been carried out, and that of possible damages (Art. 411 CC).

53. According to Art. 411, Sec. 1 CC, either party can claim the return of anything which has passed under it, that is request the objects of which he has remained owner, or the restitution of an illegitimate enrichment, but according to special rules as far as concerns the ward.[1]

1. A. Bucher, *op. cit.*, n. 138–142.

54. Under Art. 411, Sec. 2 CC, if damages were caused because the minor or ward fraudulently induced the other party to believe that he was under no disability, reparation is due, and the minor or ward answers according to the general rules on responsibility for illicit acts of the Code of Obligations.[1]

1. A. Bucher, *op. cit.*, n. 143–144.

55. Minors or wards with discretion have full active capacity when it comes either to earnings from work or an independent activity authorised by the legal representative, or to professional property put at their disposal with the agreement of the legal representative (Arts. 323, 412 and 414 CC).[1]

1. A. Bucher, *op. cit.*, n. 147; according to Art. 19, Sec. 2 CC, minors and wards with discretion also do not require the consent of their legal representative to acquire things without cost.

56. Conditional still upon their having discretion, minors and wards have the full capacity to exercise their strictly personal rights (Art. 19, Sec. 2 CC). Although not defined by the Code, these rights are all those which belong to a person through his very humanity: 'it is a right which any human being always holds, but which may only be exercised under certain conditions.'[1] Minors and wards with discretion thus exercise these rights alone, with certain exceptions, for example the right to become engaged to be married (Art. 90, Sec. 2 CC), the right to marry (Art. 94, Sec. 2 CC), that to agree to a marriage covenant in order to determine their matrimonial property system (Art. 183, Sec. 2 CC), that to acknowledge a child born out

сва она која припадају особи кроз саму њену човечност – то је право које свако људско биће увек поседује, али које се може користити само под одређеним условима. Малолетници и штићеници са способношћу за расуђивање, дакле, сами користе ова права, уз одређене изузетке, на пример право на веридбу[154], право на брак[155], право на склапање брачног завета ради утврђивања система њихове брачне имовине[156], право на признавање детета рођеног ван брака[157]. У свим овим случајевима закон захтева, поред самог малолетника или штићеника, и сагласност његовог законског заступника.[158]

2.2. Јужна Америка

2.2.1. Аргентина

У Аргентини постоји дуга историја регулисања пословне способности малолетника. Грађански законик из 1869. године утврдио је пунолетство на 22 године. Такво правило важило је све до 1968. године, када је Законом бр. 17.711 спуштена граница на 21 годину. Тек недавно, 2009. године, Закон бр. 26.579 спустио је старосну границу у којој особа стиче потпуну пословну способност на 18 година. То је учињено у складу са Конвенцијом о правима детета и законима о свеобухватној заштити права детета и адолесцената (Закон бр. 26.061 и неколико других закона). Од 2009. године до данас пунолетство се стиче са 18 година. Нови Грађански законик наводи исту старосну границу.

Што се тиче малолетника, Грађански законик разликује: (1) нерођене особе; (2) апсолутно неспособне малолетнике или „препубертетске малолетнике" (од рођења до 14. године) и (3) „пунолетне малолетнике", релативно неспособне, од 14 до 18 година. Видимо једну врло занимљиву конструкцију којој је прибегао аргентински законодавац, која у знатној мери представља контрадикцију – „пунолетни малолетник". Грађански законик дозвољава пунолетним малолетницима (14 година и старијим) да сами обављају одређене радње, као што су: појављивање на суду, давање мишљења, учешће у поступку, кривично гоњење. Водећи принцип код ограничења пословне способности је да малолетници обављају радње преко својих родитеља или законских заступника, осим оних за које је изричито дозвољено да обављају малолетници. Стриктан систем дефинисаних узраста и изричито дозвољених радњи које деца могу директно да извршавају без потребе за овлашћењем или родитељским

154 Чл. 90, одељак 2 Грађанског законика.

155 Чл. 94, одељак 2 Грађанског законика.

156 Чл. 183, одељак 2 Грађанског законика.

157 Чл. 260, одељак 2 Грађанског законика.

158 Gabriel García Cantero, Joaquín Rams Albesa, Cristina de Amunátegui Rodríguez, Luis Antonio Anguita Villanueva, Carlos Lalana del Castillo, *IEL Family and Succession Law – Switzerland: Suppl. 31*, The Hague: Kluwer Law International, 2006, стр. 38.

III. Special Cases of Active Civil Capacity

51. Only a mature person, capable of discretion and not placed under a guardian, has full and entire active civil capacity (Arts. 13 CC and 17 CC *a contrario*). Discretion is a *sine qua non* condition of this capacity. But Swiss Law envisages different situations where active civil capacity may be recognised for a physical person even if these three conditions are not realised.

52. According to Art. 19, Sec. 1 CC, minors and persons placed under a guardian – or wards – who have discretion may bind themselves by their transactions with the consent of their legal representative. This consent may be given before, simultaneously with, or after the act. As long as this consent is lacking, the transaction is said to be 'lopsided', that is, it already binds any other party who enjoys full capacity, but not yet the minor or ward. If the legal representative refuses his consent, the transaction is worthless. The effects of this worthlessness will appear on two planes: that of the considerations which have already been carried out, and that of possible damages (Art. 411 CC).

53. According to Art. 411, Sec. 1 CC, either party can claim the return of anything which has passed under it, that is request the objects of which he has remained owner, or the restitution of an illegitimate enrichment, but according to special rules as far as concerns the ward.[1]

1. A. Bucher, *op. cit.*, n. 138–142.

54. Under Art. 411, Sec. 2 CC, if damages were caused because the minor or ward fraudulently induced the other party to believe that he was under no disability, reparation is due, and the minor or ward answers according to the general rules on responsibility for illicit acts of the Code of Obligations.[1]

1. A. Bucher, *op. cit.*, n. 143–144.

55. Minors or wards with discretion have full active capacity when it comes either to earnings from work or an independent activity authorised by the legal representative, or to professional property put at their disposal with the agreement of the legal representative (Arts. 323, 412 and 414 CC).[1]

1. A. Bucher, *op. cit.*, n. 147; according to Art. 19, Sec. 2 CC, minors and wards with discretion also do not require the consent of their legal representative to acquire things without cost.

56. Conditional still upon their having discretion, minors and wards have the full capacity to exercise their strictly personal rights (Art. 19, Sec. 2 CC). Although not defined by the Code, these rights are all those which belong to a person through his very humanity: 'it is a right which any human being always holds, but which may only be exercised under certain conditions.'[1] Minors and wards with discretion thus exercise these rights alone, with certain exceptions, for example the right to become engaged to be married (Art. 90, Sec. 2 CC), the right to marry (Art. 94, Sec. 2 CC), that to agree to a marriage covenant in order to determine their matrimonial property system (Art. 183, Sec. 2 CC), that to acknowledge a child born out

сва она која припадају особи кроз саму њену човечност – то је право које свако људско биће увек поседује, али које се може користити само под одређеним условима. Малолетници и штићеници са способношћу за расуђивање, дакле, сами користе ова права, уз одређене изузетке, на пример право на веридбу[154], право на брак[155], право на склапање брачног завета ради утврђивања система њихове брачне имовине[156], право на признавање детета рођеног ван брака[157]. У свим овим случајевима закон захтева, поред самог малолетника или штићеника, и сагласност његовог законског заступника.[158]

2.2. Јужна Америка

2.2.1. Аргентина

У Аргентини постоји дуга историја регулисања пословне способности малолетника. Грађански законик из 1869. године утврдио је пунолетство на 22 године. Такво правило важило је све до 1968. године, када је Законом бр. 17.711 спуштена граница на 21 годину. Тек недавно, 2009. године, Закон бр. 26.579 спустио је старосну границу у којој особа стиче потпуну пословну способност на 18 година. То је учињено у складу са Конвенцијом о правима детета и законима о свеобухватној заштити права детета и адолесцената (Закон бр. 26.061 и неколико других закона). Од 2009. године до данас пунолетство се стиче са 18 година. Нови Грађански законик наводи исту старосну границу.

Што се тиче малолетника, Грађански законик разликује: (1) нерођене особе; (2) апсолутно неспособне малолетнике или „препубертетске малолетнике" (од рођења до 14. године) и (3) „пунолетне малолетнике", релативно неспособне, од 14 до 18 година. Видимо једну врло занимљиву конструкцију којој је прибегао аргентински законодавац, која у знатној мери представља контрадикцију – „пунолетни малолетник". Грађански законик дозвољава пунолетним малолетницима (14 година и старијим) да сами обављају одређене радње, као што су: појављивање на суду, давање мишљења, учешће у поступку, кривично гоњење. Водећи принцип код ограничења пословне способности је да малолетници обављају радње преко својих родитеља или законских заступника, осим оних за које је изричито дозвољено да обављају малолетници. Стриктан систем дефинисаних узраста и изричито дозвољених радњи које деца могу директно да извршавају без потребе за овлашћењем или родитељским

154 Чл. 90, одељак 2 Грађанског законика.

155 Чл. 94, одељак 2 Грађанског законика.

156 Чл. 183, одељак 2 Грађанског законика.

157 Чл. 260, одељак 2 Грађанског законика.

158 Gabriel García Cantero, Joaquín Rams Albesa, Cristina de Amunátegui Rodríguez, Luis Antonio Anguita Villanueva, Carlos Lalana del Castillo, *IEL Family and Succession Law – Switzerland: Suppl. 31*, The Hague: Kluwer Law International, 2006, стр. 38.

of wedlock (Art. 260, Sec. 2 CC); in all these cases, the law requires, beyond the act of the minor or ward himself, the consent of his legal representative.

1. S. Sandoz, 'Le rôle du discernement dans les actions du droit de la filiation', in: Rapp (ed.), *le droit en action* (Lausanne, 1996), pp. 419–444.

57. In principle, a strictly personal right may be exercised only by the right-holder. This means that a person without discretion has no possibility of exercising certain of these most intimate rights (for example, engagement, marriage, divorce, acknowledging a child). Nevertheless, legal representation must be admitted even in these cases when it is a case of defending against a claim, because this concerns the state of the family.[1]

1. A. Bucher, *op. cit.*, n. 175 and quoted court decisions.

§3. Absentees

I. Generalities and Procedure

58. The characteristic of being a '*sujet de droit*' ends at the death or the declaration of absence of a person. The Civil Code requires, for the opening of a succession and/or the end of a marriage, that there be a death or, failing proof of this, and in the eventuality of death being very probable, a declaration of absence. This last is a judiciary procedure necessarily subordinate to two preliminary conditions: a person must not have been seen since he disappeared, in mortal danger, at least one year before or, for five years since the last news were heard of him (Art. 36, Sec. 1 CC).

59. He who wishes to apply to the judge for a declaration of absence must prove that he has rights hanging on the death of the disappeared person (Art. 35, Sec. 1 *in fine* CC). The authorities may also act *ex officio* if the property of the absent person has been officially administered for ten years, or less long if he would have attained the age of one hundred years (Art. 550, Sec. 1 CC).

When the application is made to him, the judge must publish notices calling upon all persons who might give information relative to the absentee to declare themselves within a period of his choosing, but of at least one year. Publication will usually take place twice, and the period runs from the first publication (Art. 36, Sec. 3 CC). If the absentee reappears during this period, or before the declaration of absence is pronounced by the judge, the application fails (Art. 37 CC).

II. The Effects of a Declaration of Absence

60. These effects are felt in three different areas: marriage, filiation and succession. In the first case, the effect is *ex nunc*, in the two others, *ex tunc*.

61. Since 1 January 2000, the declaration of absence automatically dissolves the marriage, no matter who may have applied for it (Art. 38, Sec. 3 CC). There is

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Family and Succession Law in Argentina*

Marisa Herrera
Natalia de la Torre

This book was originally published as a monograph in the International Encyclopaedia of Laws/Family and Succession Law.

General Editors: Roger Blanpain, Frank Hendrickx
Volume Editor: Walter Pintens

常州大学山书馆
藏书章

Wolters Kluwer

* Chapters II, VII, and XII were translated into English by Eleonora Lamm. All other chapters were translated into English by Paula Arturo. English edition and translator's notes are also by Paula Arturo.

сва она која припадају особи кроз саму њену човечност – то је право које свако људско биће увек поседује, али које се може користити само под одређеним условима. Малолетници и штићеници са способношћу за расуђивање, дакле, сами користе ова права, уз одређене изузетке, на пример право на веридбу[154], право на брак[155], право на склапање брачног завета ради утврђивања система њихове брачне имовине[156], право на признавање детета рођеног ван брака[157]. У свим овим случајевима закон захтева, поред самог малолетника или штићеника, и сагласност његовог законског заступника.[158]

2.2. Јужна Америка

2.2.1. Аргентина

У Аргентини постоји дуга историја регулисања пословне способности малолетника. Грађански законик из 1869. године утврдио је пунолетство на 22 године. Такво правило важило је све до 1968. године, када је Законом бр. 17.711 спуштена граница на 21 годину. Тек недавно, 2009. године, Закон бр. 26.579 спустио је старосну границу у којој особа стиче потпуну пословну способност на 18 година. То је учињено у складу са Конвенцијом о правима детета и законима о свеобухватној заштити права детета и адолесцената (Закон бр. 26.061 и неколико других закона). Од 2009. године до данас пунолетство се стиче са 18 година. Нови Грађански законик наводи исту старосну границу.

Што се тиче малолетника, Грађански законик разликује: (1) нерођене особе; (2) апсолутно неспособне малолетнике или „препубертетске малолетнике" (од рођења до 14. године) и (3) „пунолетне малолетнике", релативно неспособне, од 14 до 18 година. Видимо једну врло занимљиву конструкцију којој је прибегао аргентински законодавац, која у знатној мери представља контрадикцију – „пунолетни малолетник". Грађански законик дозвољава пунолетним малолетницима (14 година и старијим) да сами обављају одређене радње, као што су: појављивање на суду, давање мишљења, учешће у поступку, кривично гоњење. Водећи принцип код ограничења пословне способности је да малолетници обављају радње преко својих родитеља или законских заступника, осим оних за које је изричито дозвољено да обављају малолетници. Стриктан систем дефинисаних узраста и изричито дозвољених радњи које деца могу директно да извршавају без потребе за овлашћењем или родитељским

154 Чл. 90, одељак 2 Грађанског законика.
155 Чл. 94, одељак 2 Грађанског законика.
156 Чл. 183, одељак 2 Грађанског законика.
157 Чл. 260, одељак 2 Грађанског законика.
158 Gabriel García Cantero, Joaquín Rams Albesa, Cristina de Amunátegui Rodríguez, Luis Antonio Anguita Villanueva, Carlos Lalana del Castillo, *IEL Family and Succession Law – Switzerland: Suppl. 31*, The Hague: Kluwer Law International, 2006, стр. 38.

71–76

Chapter 3. Minors

§1. General Considerations

71. The original Civil Code (1869) established the age of majority at 22. In 1968, Law No. 17,711 lowered it to 21. Recently, in 2009, Law No. 26,579 decreased the age at which a person reaches full civil capacity to 18, pursuant to the Convention on the Rights of the Child and the laws of comprehensive protection of child and adolescent rights (Law No. 26,061 and several provincial laws). Thus, from 2009 to date, legal majority is acquired at age 18. The New Civil Code states the same age.

72. With regards to minors, the Civil Code distinguishes: (1) unborn persons (2) absolutely incapable minor or 'prepubescent minors' (from live birth to age 14) and (3) 'adult minors', relatively incapable, from ages 14 to 18. The Civil Code allows adult minors (14 years and older) to perform certain acts by themselves, such as: recognize a child, appear in court, be criminally prosecuted, only to name a few expressly permitted acts.

73. The guiding principle in the matter is that minors exercise acts through their parents or legal representatives, except those that are expressly permitted to be performed by minors.

74. This rigid system of well-defined ages and expressly permitted acts, that children can conduct directly without the need for authorization or parental consent, is relaxed in the New Civil Code because of the pressure of the principle of progressive autonomy, regulated under the Convention on the Rights of the Child (Articles 5 and 12), reaffirmed and consolidated at the national level by Law No. 26,061 on the Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents.

§2. Best Interests of the Child and Principle of Progressive Autonomy

I. The Best Interests of the Child

75. The Convention on the Rights of the Child (CRC) has constitutional hierarchy since the Constitutional reform of 1994 (Article 75, paragraph 22). This regulation has a significant weight in national law and its application is mandatory. The CRC recognizes children and adolescents as subjects of rights who hold the same human rights as adults, with a plus due to their status of persons in full development, which puts them in a place of greater vulnerability and consequent need for protection.

76. The CRC contemplates the guiding principle related to child and adolescents human rights: the principle of best interests of the child. This is a vague legal

пристанком, ублажен је у Новом грађанском законику због притиска принципа прогресивне аутономије детета[159], регулисаног Конвенцијом о правима детета (чл. 5 и 12), поново потврђеног и консолидованог на националном нивоу Законом бр. 26.061 о свеобухватној заштити права деце и адолесцената.[160]

2.2.2. Уругвај

У Уругвају се способност деловања сматра општом када субјект може да закључује све правне послове без посебних ограничења. Међутим, може постојати и нека посебна неспособност. Општа способност деловања стиче се са осамнаест година.[161] Законска старосна граница је утврђена на осамнаест година Законом 16.179 од 11.10.1995. године. Чињеница да се општа способност стиче са осамнаест година не спречава ситуацију да се за одређене посебне правне послове страна може сматрати неспособном док не достигне касније године. Тако, на пример, да би био подобан за усвајање, подносилац захтева мора имати тридесет година.[162]

Неспособност за деловање је општа када субјект у принципу не може да закључи било какав правни посао, иако може имати неку посебну способност која му посебно омогућава да предузима појединачне или одређене радње. У Уругвају, особе у непубертетном добу, душевно неурачунљиве особе и глувонеми који не могу да комуницирају знаковним језиком су апсолутно неспособни.[163] Жене млађе од дванаест година и мушкарци млађи од четрнаест година су непубертетни. Међутим, малолетници старији од десет година уживају посебну способност: да буду одговорни за грађанске злочине или ненамерне деликте.

Уругвајско право познаје и категорију релативне неспособности. Они који су достигли пубертет – жене старије од дванаест година и мушкарци старији од четрнаест година – под родитељским надзором или старатељством су релативно неспособни.[164] Правни послови оних који су релативно неспособни су релативно ништави и њихов старатељ их може поништити. Ипак, уругвајски правни систем предвиђа да они могу обављати одређене правне послове са потпуном правном ваљаношћу. То су (а) склапање брака и, као последица тога, подношење захтева за развод или проглашење брака ништавим. Ово се односи на смањену

159 Нови грађански законик укључује принцип прогресивне аутономије, јасно и прецизно га признајући, и то посебно у области права на здравље у којој је он даље развијен с обзиром на појам компетентности и капацитета детета за предузимање одређених радњи.

160 Marisa Herrera, Natalia de la Torre, *IEL Family and Succession Law – Argentina: Suppl. 76*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 40.

161 Чл. 280 и 1278 Јединственог пословног законика.

162 Чл. 243 Јединственог пословног законика.

163 Чл. 1279 Јединственог пословног законика.

164 Чл. 1280 Јединственог пословног кодекса.

71–76

Chapter 3. Minors

§1. General Considerations

71. The original Civil Code (1869) established the age of majority at 22. In 1968, Law No. 17,711 lowered it to 21. Recently, in 2009, Law No. 26,579 decreased the age at which a person reaches full civil capacity to 18, pursuant to the Convention on the Rights of the Child and the laws of comprehensive protection of child and adolescent rights (Law No. 26,061 and several provincial laws). Thus, from 2009 to date, legal majority is acquired at age 18. The New Civil Code states the same age.

72. With regards to minors, the Civil Code distinguishes: (1) unborn persons (2) absolutely incapable minor or 'prepubescent minors' (from live birth to age 14) and (3) 'adult minors', relatively incapable, from ages 14 to 18. The Civil Code allows adult minors (14 years and older) to perform certain acts by themselves, such as: recognize a child, appear in court, be criminally prosecuted, only to name a few expressly permitted acts.

73. The guiding principle in the matter is that minors exercise acts through their parents or legal representatives, except those that are expressly permitted to be performed by minors.

74. This rigid system of well-defined ages and expressly permitted acts, that children can conduct directly without the need for authorization or parental consent, is relaxed in the New Civil Code because of the pressure of the principle of progressive autonomy, regulated under the Convention on the Rights of the Child (Articles 5 and 12), reaffirmed and consolidated at the national level by Law No. 26,061 on the Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents.

§2. Best Interests of the Child and Principle of Progressive Autonomy

I. The Best Interests of the Child

75. The Convention on the Rights of the Child (CRC) has constitutional hierarchy since the Constitutional reform of 1994 (Article 75, paragraph 22). This regulation has a significant weight in national law and its application is mandatory. The CRC recognizes children and adolescents as subjects of rights who hold the same human rights as adults, with a plus due to their status of persons in full development, which puts them in a place of greater vulnerability and consequent need for protection.

76. The CRC contemplates the guiding principle related to child and adolescents human rights: the principle of best interests of the child. This is a vague legal

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

The Authors

интервенција ради заштите детета неизбежно би наметнула ограничења мајци. Поред тога, концепт „детета породице" – који покрива ситуацију у којој нови супружник родитеља третира децу тог родитеља као своју – не укључује нерођено дете.[19]

По правилу, човек почиње да буде особа од рођења. Нерођено дете још увек није особа. Али, чим се дете роди живо, оно ће имати пун правни капацитет. Заштита интереса насцитуруса иде у два правца – личноправна (кроз право на живот и здравље, лечење) и имовинскоправна. У оквиру пословне способности углавном се интереси фетуса генерално тумаче као имовински интереси. Фикција даје нерођеном детету правни капацитет (који иначе не би имало) да постане наследник и само у том циљу, не и за нека друга социјална, економска права. У случају да се дете касније не роди живо, ова заштита се ретроактивно укида, јер више нема смисла штитити те интересе.[20]

Сва питања поводом имовинских интереса насцитуруса огледају се у материји наследног права. Постоје и извесне поделе у погледу статуса насцитуруса, тј. у погледу степена развоја и зачећа. Генерално се дају права насцитурусу, али стварно стицање таквих права зависи од тога да ли су живи рођени. Постоје *nasciturus stricto sensu* (већ зачети) или *nodum conceptus* (још нису зачети) и могу стећи права путем даровања или наслеђивања (тестаментално или уговорно наслеђивање), све док су деца одређене особе која је жива у време када је дародавац дао своју изјаву или у време када је наслеђивање отворено. Насцитурус који је већ зачет у време отварања наслеђивања има „наследнички капацитет" – схваћен као очекивање да ће бити позван на законско наслеђивање када постигне свој правни субјективитет, буде рођен, – и добровољно признање *nasciturusa* је валидно, све док отац идентификује њихову мајку.

Постоји теорија да је, када дође до зачећа, људско биће већ особа и стога ужива сва законска права заштите. За оне који се не придржавају овог става, уругвајско позитивно право садржи правила која посебно регулишу ситуацију права на живот, издржавања мајке и трошкова порођаја,[21] право наслеђивања. Да би се стекло наслеђивањем, било тестаментом или без тестамента, потребно је, барем, да дете буде зачето у време правног дејства наслеђивања (чланови 835, 1012 и 1617 Јединственог класичног законика).[22]

19 Rebecca Probert, Maebh Harding, *IEL Family and Succession Law – England and Wales: Suppl. 80*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 37.

20 Gregor van der Burght, Jaap E. Doek, *IEL Family and Succession Law – Netherlands: Suppl. 18*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, стр. 51.

21 Чл. 274 Јединственог класичког законика.

22 Walter Tomas Howard Alanis, Santiago Altieri Massa, Marcedes Otegiu Carrasco, *IEL Family and Succession Law – Uruguay: Suppl. 41*, The Hague: Kluwer Law International, 2008, стр. 29.

support this theory, based on Section 216 N° 3 of the UCC and in Sections 835 N° 1 and 1617 of the UCC, requiring for the beginning of personality the fulfilment of three elements: birth, viability and twenty-four hours of natural living. Birth takes place when the foetus is delivered alive from the maternal womb and the umbilical cord is cut. Viability implies meeting the minimal conditions for subsistence outside the maternal womb and can be of two types: (a) own viability, that occurs when the subject has had certain intrauterine development, certain foetus maturity (according to Article 215 of the UCC this development requires a minimum of 180 days); and (b) improper viability, that happens when there is no organic fault that prevents the foetus from surviving: it must have the organs and the conformation necessary for extra uterine life (Article 216 of the UCC). The requirement of the term of twenty-four hours of natural living arises from the previous text of Article 216 N° 3.

1. Cf. Arezo, Enrique, 'El comienzo de la personalidad en el Derecho Positivo uruguayo', *Juridic Students Journal*. Specially Ch. VIII Conclusions (1993): 129-130.
2. 'All persons have the right to have its life respected. This right will be protected by the law, in general, from the moment of conception. Nobody can arbitrarily be deprived of their life'.
3. With the entry into use of the CCA, the 'National Institute of the Minor' – INAME – has changed its name to the 'Institute of the Child and Adolescent of Uruguay' – INAU – (cf. Art. 223 of the CCA).
4. Section 216 of the UCC actually has another text besides that which Del Campo used for reference (New text was given to this section by Art. 29 del CCA).
5. Art. 216 of the actual UCC at the present time (whose text was given by Art. 29 of the CCA) no longer has the written form on which this thesis was based.

47. **Legal protection of the conceived.** This applies to those who adhere to the theory that once conception takes place, the human being is already a person and thus enjoys all legal rights of protection. For those who do not adhere to this position, Uruguayan Positive Law contains rules that specifically regulate the situation of the conceived one, that is to say: (a) right to life, consecrated in the Constitution (Article 7) and the Criminal Code (that anyone who causes abortion is punishable) and Article 4° of the Pact of San Jose of Costa Rica; (b) subsistence of the mother and expenses of childbirth (Article 274 of the UCC); (c) succession right: in order to acquire by succession, whether by will or intestate, it is required, at least, to be conceived at the time of legal effect of succession, that is to say, on the death of the causative (Articles 835, 1012 and 1617 of the UCC); (d) protection for those whose rights are suppressed or handicapped by the birth of the conceived one (Article 223 of the UCC); and (e) protection of the physical and moral integrity of the conceived one.[1]

1. Ordoqui, Gustavo. 'Protección de los derechos del concebido', RUDF 5 (1990): 137.

48. **Extinction of the personality. (1) Determination of the extinction.** In order to determine the extinction of the personality it is necessary to verify two conclusions: (a) the fact of the death that, according to current (more favoured) medical opinion, agrees with cerebral death – that is to say, when irreversible loss of cerebral activity is reached. Death is a gradual process and it takes place by stages; the important thing is to determine with certainty that the process has become irreversible; beyond any resuscitation technique that is used. Article 7 of Law

пристанком, ублажен је у Новом грађанском законику због притиска принципа прогресивне аутономије детета[159], регулисаног Конвенцијом о правима детета (чл. 5 и 12), поново потврђеног и консолидованог на националном нивоу Законом бр. 26.061 о свеобухватној заштити права деце и адолесцената.[160]

2.2.2. Уругвај

У Уругвају се способност деловања сматра општом када субјект може да закључује све правне послове без посебних ограничења. Међутим, може постојати и нека посебна неспособност. Општа способност деловања стиче се са осамнаест година.[161] Законска старосна граница је утврђена на осамнаест година Законом 16.179 од 11.10.1995. године. Чињеница да се општа способност стиче са осамнаест година не спречава ситуацију да се за одређене посебне правне послове страна може сматрати неспособном док не достигне касније године. Тако, на пример, да би био подобан за усвајање, подносилац захтева мора имати тридесет година.[162]

Неспособност за деловање је општа када субјект у принципу не може да закључи било какав правни посао, иако може имати неку посебну способност која му посебно омогућава да предузима појединачне или одређене радње. У Уругвају, особе у непубертетном добу, душевно неурачунљиве особе и глувонеми који не могу да комуницирају знаковним језиком су апсолутно неспособни.[163] Жене млађе од дванаест година и мушкарци млађи од четрнаест година су непубертетни. Међутим, малолетници старији од десет година уживају посебну способност: да буду одговорни за грађанске злочине или ненамерне деликте.

Уругвајско право познаје и категорију релативне неспособности. Они који су достигли пубертет – жене старије од дванаест година и мушкарци старији од четрнаест година – под родитељским надзором или старатељством су релативно неспособни.[164] Правни послови оних који су релативно неспособни су релативно ништави и њихов старатељ их може поништити. Ипак, уругвајски правни систем предвиђа да они могу обављати одређене правне послове са потпуном правном ваљаношћу. То су (а) склапање брака и, као последица тога, подношење захтева за развод или проглашење брака ништавим. Ово се односи на смањену

159 Нови грађански законик укључује принцип прогресивне аутономије, јасно и прецизно га признајући, и то посебно у области права на здравље у којој је он даље развијен с обзиром на појам компетентности и капацитета детета за предузимање одређених радњи.

160 Marisa Herrera, Natalia de la Torre, *IEL Family and Succession Law – Argentina: Suppl. 76*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 40.

161 Чл. 280 и 1278 Јединственог пословног законика.

162 Чл. 243 Јединственог пословног законика.

163 Чл. 1279 Јединственог пословног законика.

164 Чл. 1280 Јединственог пословног кодекса.

55. **Differences between legal capacity and the capacity to act.** Legal capacity is permanent: it is acquired with the beginning of life and ends with death. However, the capacity to act is subordinated to situations of fact, and it is possible that a person never had it (for example, in the case of an illiterate deaf-mute from birth unable to communicate through Uruguayan sign language) or, having acquired it, can lose it, (for example, in cases of acquired dementia). Also, as a person reaches a certain age (twelve years of age for women and fourteen years of age for men) or when certain events happen (for example, marriage) persons begin to acquire certain special capacities that they did not have until that moment. As legal capacity is taken for granted by the legal system, there are no legal expositions that refer to it; however, there are many expositions that talk about the capacity to act, be it general, attenuated or special.

56. **General capacity.** The ability to act is considered to be general when the subject can enter into all legal transactions without particular specifications; however some special incapacity can exist. In Uruguay, general capacity to act is obtained at the age of eighteen years (Articles 280 and 1278 of the UCC).[1] The fact that general capacity is obtained at eighteen years of age does not prevent the situation that for certain special acts a party can be considered incapable until he reaches a later age. Thus, for example, in order to be eligible for adoption, an applicant must be thirty years of age (Article 243 UCC).[2]

1. The legal age has been fixed at eighteen years by Law 16.179 of 11-X-1995.
2. Cf. Gamarra, Jorge Y. Blengio, Juan E., Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo X, FCU, 5th edn (2001): 64 y ss.

57. **General incapacity.** The incapacity to act is general when the subject cannot, in principle, enter into any legal transaction, even though he can have some special capacity that specifically allows him to make singular or certain acts. In Uruguay, persons of impuberate age, insane persons and deaf-mutes who cannot communicate by means of sign language are absolutely incapable (Article 1279 of the UCC).[1] Females under twelve years of age and males under fourteen years are impuberate. However, minors older than ten years of age enjoy a special capacity: that of being responsible for civil crimes or unintentional torts (Articles 1320, 1324 and 1326 of the UCC). In addition, Article 30 of the CCA, in paragraph 2°, establishes that all ancestors, anyone being their civil status and age will be able to recognize their children, being demanded a judicial approval – previous study of the Public Ministry when there is a woman under twelve years of age or a man under fourteen.

1. In the writing given by Law 17,535 of 21-VIII-2002.

58. **Relative incapacity.** Those who have reached puberty – women over twelve years of age and men over fourteen – under parental authority or guardianship are relatively incapable (Article 1280 of the UCC). The legal acts of those who are relatively incapable are of relative invalidity and may be vitiated by their guardian. Nevertheless, the Uruguayan legal system provides that they can transact certain business transactions with total legal validity. These are: **(a) to contract marriage**

пристанком, ублажен је у Новом грађанском законику због притиска принципа прогресивне аутономије детета[159], регулисаног Конвенцијом о правима детета (чл. 5 и 12), поново потврђеног и консолидованог на националном нивоу Законом бр. 26.061 о свеобухватној заштити права деце и адолесцената.[160]

2.2.2. Уругвај

У Уругвају се способност деловања сматра општом када субјект може да закључује све правне послове без посебних ограничења. Међутим, може постојати и нека посебна неспособност. Општа способност деловања стиче се са осамнаест година.[161] Законска старосна граница је утврђена на осамнаест година Законом 16.179 од 11.10.1995. године. Чињеница да се општа способност стиче са осамнаест година не спречава ситуацију да се за одређене посебне правне послове страна може сматрати неспособном док не достигне касније године. Тако, на пример, да би био подобан за усвајање, подносилац захтева мора имати тридесет година.[162]

Неспособност за деловање је општа када субјект у принципу не може да закључи било какав правни посао, иако може имати неку посебну способност која му посебно омогућава да предузима појединачне или одређене радње. У Уругвају, особе у непубертетном добу, душевно неурачунљиве особе и глувонеми који не могу да комуницирају знаковним језиком су апсолутно неспособни.[163] Жене млађе од дванаест година и мушкарци млађи од четрнаест година су непубертетни. Међутим, малолетници старији од десет година уживају посебну способност: да буду одговорни за грађанске злочине или ненамерне деликте.

Уругвајско право познаје и категорију релативне неспособности. Они који су достигли пубертет – жене старије од дванаест година и мушкарци старији од четрнаест година – под родитељским надзором или старатељством су релативно неспособни.[164] Правни послови оних који су релативно неспособни су релативно ништави и њихов старатељ их може поништити. Ипак, уругвајски правни систем предвиђа да они могу обављати одређене правне послове са потпуном правном ваљаношћу. То су (а) склапање брака и, као последица тога, подношење захтева за развод или проглашење брака ништавим. Ово се односи на смањену

159 Нови грађански законик укључује принцип прогресивне аутономије, јасно и прецизно га признајући, и то посебно у области права на здравље у којој је он даље развијен с обзиром на појам компетентности и капацитета детета за предузимање одређених радњи.

160 Marisa Herrera, Natalia de la Torre, *IEL Family and Succession Law – Argentina: Suppl. 76*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 40.

161 Чл. 280 и 1278 Јединственог пословног законика.

162 Чл. 243 Јединственог пословног законика.

163 Чл. 1279 Јединственог пословног законика.

164 Чл. 1280 Јединственог пословног кодекса.

(Articles 91, paragraph 1° and 105 to 107 of the UCC) and, as a consequence, to apply for divorce or the invalidity of the marriage. This refers to an attenuated capacity, since the aid of other people is required for the celebration of marriage (Articles 105 to 110 of the UCC); **(b) To enter** into **pre-nuptial agreements** (Articles 1946 and 1938 of the UCC): this is also an attenuated capacity, since it requires the aid of other people; **(c) To make donations in contemplation of marriage** (Article 1656 of the UCC); **(d) To contract natural obligations** (1442 Section 1° of the UCC); **(e) To exercise mandates** (2062 of the UCC); **(f) To dispose by testament without need of assistance** (831 Section 1° of the UCC); **(g) To be witnesses in court from the age of fourteen years** (Articles 155 and 151.2 of the CGP); **(h) To be deposit receivers in contracts of necessary deposit** (Articles 2273 and 2275 of the UCC); **(i) To apply for the removal of one's guardian during the guardianship** (361 of the UCC); and (j) **To recognize children born out of wedlock** (Article 30 of the CCA).

59. **Full and attenuated capacity**. The ability to act is total when the subject can act by himself, with no need of any class of attendance. There is attenuated ability to act in situations in which the subject participates by himself in the act, that is to say, without being replaced, but his will is insufficient by itself and the aid of another person is required to complete the validity (for example: the minor who intends to contract marriage and requires the consent of his parents or other people as required by Articles 105 to 110 of the UCC).

60. **Limited capacity: ability by marriage**. By the mere fact of the valid marriage of the parties, minors under parental authority or guardianship acquire a greater capacity to govern themselves and their goods. The capacity is conferred automatically and irrevocably, by the law, as stated by Article 305 UCC. To verify capacity to marry, it is necessary that the subject has 'nuptial aptitude', that is to say, has reached the legal age of puberty, or the woman has conceived a child (Article 201 N° 2 of the UCC). The minor's marriage establishes an intermediate status between capacity and incapacity, there being created a range of acts of which they are fully capable. Article 307 of the UCC establishes:

> the [married] minor can execute all the acts and can contract all the obligations of which people of legal age are able, except those acts or obligations where the law expressly declares they are unable to act.

It is a range much larger than the one of the special capacities that the legislator grants to those who have reach puberty in general. In the case of capacity by marriage, the legislator does not make particular enumerations, but states the capacity in a generic form. Articles 308, 309 and 310 of the UCC establish the limits of that capacity, that is to say: (a) to contract a new marriage requires the previous consent of a special curator; (b) cannot engage in litigation without curator 'ad litem'; (c) it requires the prior authority of a Judge under penalty of invalidity to sell or to mortgage real estate, to make an inter vivos donation, to approve the accounts of a guardian, to contract debts of the value of 500 readjust units (UR), to sell the bottoms or public rents or shares held in commercial or industrial corporations, to

способност, јер је за склапање брака потребна помоћ других људи;[165] (б) закључивање предбрачних уговора;[166] (ц) давање прилога у очекивању брака;[167] (д) уговарање природних обавеза; (е) вршење налога; (ф) располагање тестаментом без потребе за помоћи;[168] (г) да буду сведоци на суду од четрнаест година;[169] (х) да буду примаоци депозита у уговорима о неопходном депозиту;[170] (и) да поднесу захтев за разрешење свог старатеља током старатељства;[171] и (ј) да признају децу рођену ван брака.[172] Способност деловања је потпуна када субјект може деловати сам, без потребе за било каквим присуством треће стране. Постоји ослабљена способност деловања у ситуацијама у којима субјект сам учествује у чину, то јест, без замене, али његова воља сама по себи није довољна и потребна је помоћ друге особе да би се употпунила валидност (на пример: малолетник који намерава да склопи брак и потребна му је сагласност родитеља или других особа). Самом чињеницом валидног брака странака, малолетници под родитељским старатељством или старатељством стичу већу способност да управљају собом и својом имовином. Способност се додељује аутоматски и неопозиво, законом. Да би се потврдила способност за брак, неопходно је да субјект има „брачну способност", тј. да је достигао пубертет или да је жена зачела дете. Брак малолетника успоставља средњи статус између способности и неспособности, стварајући низ радњи за које су они потпуно способни. Члан 307 Јединственог пословног кодекса утврђује да венчани малолетник може да изврши све радње и да преузме све обавезе за које су пунолетне особе способне, осим оних радњи или обавеза за које закон изричито проглашава да нису способни да делују.[173]

Као што је већ речено, свака неурачунљива особа или малолетник може имати право на законска права, јер имају правни капацитет. Заступање омогућава да правне последице радње коју је извршио субјект (представник) утичу на имовину другог субјекта (странке коју заступа). Јединствени трговачки законик (ЈТЗ) је сврстао правно заступање у оквиру института заштите неспособних (родитељска власт, старатељство и помоћник). Родитељи, старатељи и помоћници делују у име неспособних, замењујући њихову вољу, пошто први не могу да изразе своју вољу на ваљан начин. У конвенционалном заступању, заступана страна је та која одређује границе пуномоћника, што је од изузетног значаја, јер ако

165 Чл. 105–110 Јединственог класичког законика.
166 Чл. 1946 и 1938 Јединственог класичког законика.
167 Чл. 1656 Јединственог класичког законика
168 Чл. 831, одељак 1° Јединственог класичког законика.
169 Чл. 155 и 151.2 Укупног грађанског законика.
170 Чл. 2273 и 2275 Јединственог пословног законика.
171 Чл. 361 Јединственог пословног законика.
172 Чл. 30 Закона о заједничком грађанском законику.
173 W. T. H. Alanis, S. Altieri Massa, M. Otegiu Carrasco, *op. cit.*, стр. 34.

(Articles 91, paragraph 1° and 105 to 107 of the UCC) and, as a consequence, to apply for divorce or the invalidity of the marriage. This refers to an attenuated capacity, since the aid of other people is required for the celebration of marriage (Articles 105 to 110 of the UCC); **(b) To enter** into **pre-nuptial agreements** (Articles 1946 and 1938 of the UCC): this is also an attenuated capacity, since it requires the aid of other people; **(c) To make donations in contemplation of marriage** (Article 1656 of the UCC); **(d) To contract natural obligations** (1442 Section 1° of the UCC); **(e) To exercise mandates** (2062 of the UCC); **(f) To dispose** by **testament without need of assistance** (831 Section 1° of the UCC); **(g) To be witnesses in court from the age of fourteen years** (Articles 155 and 151.2 of the CGP); **(h) To be deposit receivers in contracts of necessary deposit** (Articles 2273 and 2275 of the UCC); **(i) To apply for the removal of one's guardian during the guardianship** (361 of the UCC); and (j) **To recognize children born out of wedlock** (Article 30 of the CCA).

59. **Full and attenuated capacity.** The ability to act is total when the subject can act by himself, with no need of any class of attendance. There is attenuated ability to act in situations in which the subject participates by himself in the act, that is to say, without being replaced, but his will is insufficient by itself and the aid of another person is required to complete the validity (for example: the minor who intends to contract marriage and requires the consent of his parents or other people as required by Articles 105 to 110 of the UCC).

60. **Limited capacity: ability by marriage.** By the mere fact of the valid marriage of the parties, minors under parental authority or guardianship acquire a greater capacity to govern themselves and their goods. The capacity is conferred automatically and irrevocably, by the law, as stated by Article 305 UCC. To verify capacity to marry, it is necessary that the subject has 'nuptial aptitude', that is to say, has reached the legal age of puberty, or the woman has conceived a child (Article 201 N° 2 of the UCC). The minor's marriage establishes an intermediate status between capacity and incapacity, there being created a range of acts of which they are fully capable. Article 307 of the UCC establishes:

> the [married] minor can execute all the acts and can contract all the obligations of which people of legal age are able, except those acts or obligations where the law expressly declares they are unable to act.

It is a range much larger than the one of the special capacities that the legislator grants to those who have reach puberty in general. In the case of capacity by marriage, the legislator does not make particular enumerations, but states the capacity in a generic form. Articles 308, 309 and 310 of the UCC establish the limits of that capacity, that is to say: (a) to contract a new marriage requires the previous consent of a special curator; (b) cannot engage in litigation without curator 'ad litem'; (c) it requires the prior authority of a Judge under penalty of invalidity to sell or to mortgage real estate, to make an inter vivos donation, to approve the accounts of a guardian, to contract debts of the value of 500 readjust units (UR), to sell the bottoms or public rents or shares held in commercial or industrial corporations, to

способност, јер је за склапање брака потребна помоћ других људи;[165] (б) закључивање предбрачних уговора;[166] (ц) давање прилога у очекивању брака;[167] (д) уговарање природних обавеза; (е) вршење налога; (ф) располагање тестаментом без потребе за помоћи;[168] (г) да буду сведоци на суду од четрнаест година;[169] (х) да буду примаоци депозита у уговорима о неопходном депозиту;[170] (и) да поднесу захтев за разрешење свог старатеља током старатељства;[171] и (ј) да признају децу рођену ван брака.[172] Способност деловања је потпуна када субјект може деловати сам, без потребе за било каквим присуством треће стране. Постоји ослабљена способност деловања у ситуацијама у којима субјект сам учествује у чину, то јест, без замене, али његова воља сама по себи није довољна и потребна је помоћ друге особе да би се употпунила валидност (на пример: малолетник који намерава да склопи брак и потребна му је сагласност родитеља или других особа). Самом чињеницом валидног брака странака, малолетници под родитељским старатељством или старатељством стичу већу способност да управљају собом и својом имовином. Способност се додељује аутоматски и неопозиво, законом. Да би се потврдила способност за брак, неопходно је да субјект има „брачну способност", тј. да је достигао пубертет или да је жена зачела дете. Брак малолетника успоставља средњи статус између способности и неспособности, стварајући низ радњи за које су они потпуно способни. Члан 307 Јединственог пословног кодекса утврђује да венчани малолетник може да изврши све радње и да преузме све обавезе за које су пунолетне особе способне, осим оних радњи или обавеза за које закон изричито проглашава да нису способни да делују.[173]

Као што је већ речено, свака неурачунљива особа или малолетник може имати право на законска права, јер имају правни капацитет. Заступање омогућава да правне последице радње коју је извршио субјект (представник) утичу на имовину другог субјекта (странке коју заступа). Јединствени трговачки законик (ЈТЗ) је сврстао правно заступање у оквиру института заштите неспособних (родитељска власт, старатељство и помоћник). Родитељи, старатељи и помоћници делују у име неспособних, замењујући њихову вољу, пошто први не могу да изразе своју вољу на ваљан начин. У конвенционалном заступању, заступана страна је та која одређује границе пуномоћника, што је од изузетног значаја, јер ако

165 Чл. 105–110 Јединственог класичког законика.
166 Чл. 1946 и 1938 Јединственог класичког законика.
167 Чл. 1656 Јединственог класичког законика
168 Чл. 831, одељак 1° Јединственог класичког законика.
169 Чл. 155 и 151.2 Укупног грађанског законика.
170 Чл. 2273 и 2275 Јединственог пословног законика.
171 Чл. 361 Јединственог пословног законика.
172 Чл. 30 Закона о заједничком грађанском законику.
173 W. T. H. Alanis, S. Altieri Massa, M. Otegiu Carrasco, *op. cit.*, стр. 34.

carry out business transactions, to subject business disputes to arbitration. In spite of the wording of Article 307, it is not possible to say that the capacity of a minor who is married is of a general nature, because the incapacities described in Articles 308, 309 and 310 of the UCC are of such magnitude as to substantially diminish that capacity. Law N° 16,719, of 11 October 1995, which reduces the beginning of legal age from twenty-one years to eighteen, has caused the institutions of emancipation and the capacity of age to disappear.

61. **Remedies for incapacity to exercise: (1) Legal representation.** As has been said, any insane person or minor can be entitled to legal rights, because they have legal capacity. Whilst incapables cannot by themselves obtain legal effects, those effects can nevertheless be obtained by the performance of another person, namely, the representative. Representation allows the legal effects of an act made by a subject (the representative) to affect the patrimony of another subject (the party represented) (Article 1254 of the UCC). The UCC placed legal representation within the institutes of protection of incapables (parental authority, guardianship and aide. Parents, guardians and aides act in the name of incapables, replacing their will, since the former cannot express their will in a valid way. In conventional representation, the represented party is the one who fixes the limits of the proxy, which has extreme importance, because if the agent acts beyond the imposed limits, these will not affect its patrimony (Article 2076 Inc. one. 2° of the UCC). In the case of legal representation, it is the law that fixes the limits of the function, since the will of the incapable is not able to create legal effects. The dispositions provided by Articles 271, 395 and 412 of the UCC generate a protection system for the incapable against its own representative. (2) **Assistance.** Legal representation constitutes another remedy for incapacity, different from assistance. Here, there is no substitution of the will of the incapable, but cooperation with it. In these situations, for the manifestation of the will to create a valid act, two wills are required: that of the incapable and that of the assistant. For this reason, these are denominated complex acts and include, for example, the attenuated capacity of one who reaches puberty to contract marriage, to make pre-nuptial agreements, etc. In the case of the minor's ability to contract marriage, the incapacity of exercise established in Articles 308, 309 and 310 of the UCC is translated into impossibility to act alone and the necessity for their will to be attended by a special curator (Article 308 of the UCC), a curator 'ad litem' (Article 309 of the UCC), or the Judge (Article 310 of the UCC). The minor is not excluded, but continues acting just as in the orbit of Article 307 – it merely requires that his will is attended. Even in the sphere of Article 310 of the UCC, the Judge is not restricted to the requirements of 'necessity or unity' that Articles 271 of the UCC and 395 of the UCC establish, but has a greater margin of discretion.[1]

1. Cf. Gamarra, Jorge Y. Blengio, Juan E., Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo X, FCU, 5th edn (2001): 189.

62. **Authorizations and approvals.** In some situations, for the incapable to be entitled to rights and obligations, in addition to the performance of its legal representative, a judicial authorization is required, (for example, Article 271, N° 1 of the UCC establishes that the parents can only validly sell real estate of their children if

заступник делује преко наметнутих граница, то неће утицати на његову имовину. У случају правног заступања, закон је тај који одређује границе функције, јер воља неспособног не може да створи правне последице.

Правно заступање представља још један облик помоћи за неспособност. Овде нема замене воље неспособног, већ сарадње са њим. У овим ситуацијама, за испољавање воље за стварање ваљаног чина, потребне су две воље: воља неспособног и воља помоћника.[174]

2.3. Азија

2.3.1. Малезија

Малезијско право се развијало под снажним утицајем англосаксонског система права. У Малезији не постоји законска дефиниција појма малолетник, али постоје закони који прописују да се малолетник односи на сваку особу која није навршила 18 година,[175] али и закони који прописују да је дете особа која није у браку, а није навршила 21 годину.[176] Што се тиче способности за закључивање уговора, Закон о уговорима из 1950. године, такође, не говори ништа о стварним годинама особе која испуњава услове. Ипак, наводи се да је уговор важећи ако га сачине надлежне стране, као и да уговорне стране морају навршити пунолетство да би склопиле важећи уговор. У комбинацији са Законом о пунолетству из 1971. године, ово јасно указује да особа мора имати 18 година да би се сматрала способном да закључи уговор.[177] Општи принцип који заступа судска пракса утврдио је да је уговор који је закључио малолетник ништаван због неспособности.[178] Даље се наводе конкретни правни послови које малолетник може да закључи, а који се могу тумачити као неопходни за његово функционисање, те самим тим и пуноважни. Ако малолетно лице које није способно да закључи уговор или било кога је законски обавезно да издржава, добије од другог лица ствари које су неопходне његовом животном стању, лице које је обезбедило те ствари има право на надокнаду из имовине тог неспособног лица. Реч „неспособан" укључује малолетно лице.[179] То указује да када

174 W. T. H. Alanis, S. Altieri Massa, M. Otegiu Carrasco, *op. cit.*, стр. 36.

175 Чл. 2. Закона о пунолетству из 1971. године. Закон о детету из 2001. године предвиђа да је дете особа млађа од 18 година.

176 Закон о усвојењу из 1952. године. О томе, Noor Aziah, Mohd Awal, "Malaysia: What lies ahead?", in: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 216.

177 Rosmawani Che Hashim, Farah Nini Dusuki, "Minors and their incapacity to contract: A revisit", *UUM Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 1, 2023, стр. 271.

178 *Mohori Bibee protiv Dharmodas Ghose* (1903) ILR 30 Cal 539.

179 „Када дете узраста добије услугу за услугу, биће обавезано законом... када купује одећу за своје тело, биће оптерећено дугом, јер те ствари мора нужно имати." Образложење иза ове доктрине је да је одговорност малолетника да плати нешто што му је неопходно за живот, без чега ће гладовати или неће моћи да преживи. То значи да ако су малолетнику обезбеђене неопходне ствари, пунолетна особа или друга

carry out business transactions, to subject business disputes to arbitration. In spite of the wording of Article 307, it is not possible to say that the capacity of a minor who is married is of a general nature, because the incapacities described in Articles 308, 309 and 310 of the UCC are of such magnitude as to substantially diminish that capacity. Law N° 16,719, of 11 October 1995, which reduces the beginning of legal age from twenty-one years to eighteen, has caused the institutions of emancipation and the capacity of age to disappear.

61. **Remedies for incapacity to exercise: (1) Legal representation.** As has been said, any insane person or minor can be entitled to legal rights, because they have legal capacity. Whilst incapables cannot by themselves obtain legal effects, those effects can nevertheless be obtained by the performance of another person, namely, the representative. Representation allows the legal effects of an act made by a subject (the representative) to affect the patrimony of another subject (the party represented) (Article 1254 of the UCC). The UCC placed legal representation within the institutes of protection of incapables (parental authority, guardianship and aide. Parents, guardians and aides act in the name of incapables, replacing their will, since the former cannot express their will in a valid way. In conventional representation, the represented party is the one who fixes the limits of the proxy, which has extreme importance, because if the agent acts beyond the imposed limits, these will not affect its patrimony (Article 2076 Inc. one. 2° of the UCC). In the case of legal representation, it is the law that fixes the limits of the function, since the will of the incapable is not able to create legal effects. The dispositions provided by Articles 271, 395 and 412 of the UCC generate a protection system for the incapable against its own representative. (2) **Assistance.** Legal representation constitutes another remedy for incapacity, different from assistance. Here, there is no substitution of the will of the incapable, but cooperation with it. In these situations, for the manifestation of the will to create a valid act, two wills are required: that of the incapable and that of the assistant. For this reason, these are denominated complex acts and include, for example, the attenuated capacity of one who reaches puberty to contract marriage, to make pre-nuptial agreements, etc. In the case of the minor's ability to contract marriage, the incapacity of exercise established in Articles 308, 309 and 310 of the UCC is translated into impossibility to act alone and the necessity for their will to be attended by a special curator (Article 308 of the UCC), a curator 'ad litem' (Article 309 of the UCC), or the Judge (Article 310 of the UCC). The minor is not excluded, but continues acting just as in the orbit of Article 307 – it merely requires that his will is attended. Even in the sphere of Article 310 of the UCC, the Judge is not restricted to the requirements of 'necessity or unity' that Articles 271 of the UCC and 395 of the UCC establish, but has a greater margin of discretion.[1]

1. Cf. Gamarra, Jorge Y. Blengio, Juan E., Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo X, FCU, 5th edn (2001): 189.

62. **Authorizations and approvals.** In some situations, for the incapable to be entitled to rights and obligations, in addition to the performance of its legal representative, a judicial authorization is required, (for example, Article 271, N° 1 of the UCC establishes that the parents can only validly sell real estate of their children if

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Malaysia

by

Zaleha Kamaruddin
Malaysian Law Professor

&

Mohammad Naqib Ishan Jan, Akmal Hidayah Halim, Azizah Mohd & Norliah Ibrahim
Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws, International Islamic University, Malaysia

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of September 2021

2022

Wolters Kluwer

дина, морају да добију родитељски пристанак пре прикупљања личних података од деце. Промене овог Закона из 2013. године су пооштриле прописе о приватности деце на мрежи, а родитељима је пружена већа контрола над личним подацима које *веб* странице прикупљају од деце. Овде се истиче одлука у случају из 2008. године у Вирџинији, *A.B. против Paradigms*, у којој је Окружни суд Сједињених Држава за Источни округ Вирџиније одбацио покушаје средњошколаца да пониште закључени *online* уговор на основу чињенице малолетства. Суд је утврдио да тужиоци нису могли да пониште уговор, јер су већ задржали користи од тог уговора. У оквиру аустралијског права, вреди напоменути да је Нови Јужни Велс, такође, усвојио свеобухватно законодавство које се односи на уговоре које закључују малолетници. Закон о имовини и уговорима са малолетницима из 1970. године значајно је променио схватање обичајног права да су уговори које закључују малолетници неизвршиви, осим оних који су неопходни или корисни. Тако, сматрано је да је уговор са шеснаестогодишњаком аутентичан и правно извршан, под условом да малолетник разуме услове и да тај уговор користи малолетнику. Најважније је да Закон каже да се сматра да је уговор обавезујући ако користи малолетнику и ако малолетник разуме услове из уговора. Занимљиво је да, у вези са *online* уговорима, постоји предлог да се створи логичнији приступ да се малолетник третира у складу са његовим интелектуалним капацитетом, а не са његовим узрастом и годинама. Међутим, треба нагласити да се овај приступ треба разматрати са опрезом, како би се осигурало да неспособност малолетника не злоупотребљавају предузећа која дају приоритет профиту и ослањају се на незнање и незрелост деце. Штавише, као даљи аргумент се истиче чињеница да родитељима није лако да прате интернет активности своје деце, те да деца не смеју бити препуштена себи у *online* сфери.[185]

У Малезији постоји претпоставка да свака особа има потпуну пословну способност. Међутим, закон поставља ограничења у погледу способности одређених особа да се обавежу обећањем или да спроведу обећање које им је дато. Ове особе укључују три групе: малолетнике, душевно оболеле особе и банкроте. Особа са инвалидитетом, односно одојче или пацијент (особа са менталним поремећајем), не може покренути никакав поступак, осим преко свог најближег пријатеља. У процесном смислу, ове особе не могу да се бране на суду, тј. заступају саме себе, да подносе контратужбу, нити да интервенишу у било ком поступку или да се појаве у било ком поступку по пресуди или налогу о коме је обавештење достављено, осим преко свог старатеља. Читав низ закона у Малезији дефинише термине малолетника, детета и одојчета. Њих карактерише различито дефинисање и непостојање извесности, што ћемо видети у наредним редовима, а што може довести до правне несигурности. У Малезији, дете, одојче или било која друга особа која није достигла

185 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 291.

Part I. Persons

Chapter 1. The Status of a Person

§1. Definition of a Person

43. Under Malaysian law, the term 'person' refers to both natural person (a human being) and corporation.[79] A corporation is an artificial person created by the law. It may be generated either by the common law, or by royal charter, or by parliamentary authority, or by prescription, or by custom. Whatever their foundation may be, the characteristics universal to most corporations are a distinguishing name, a common seal and perpetuity of existence. This existence is comparatively independent of the human beings who are members of the corporation. Fellows of a college and shareholders of a brewery company may perish, but the college and brewery company still persist. Thus, the personality of an artificial person is independent of its members as it can sue for breach of contract. It can also sue for torts committed against it, except the torts of assault and false imprisonment. Besides that, the company also can be sued for its acts, which are beyond the limitations stated by the terms of its incorporation.[80]

§2. Capacity

44. Every person has complete legal capacity. The law, however, places restrictions upon the capacity of certain persons to bind them by a promise or to implement a promise made to them. These persons consist of minors, insane persons, and bankrupts. The Rules of the High Court, Order 76, states that a person under disability, that is an infant or patient (a mentally disordered person), may not bring any proceedings except by his next friend. He may not defend, make a counterclaim, or intervene in any proceedings or appear in any proceedings under a judgment or order notice of which has been served on him, except by his guardian *ad litem*.[81] A next friend or guardian *ad litem* of a person under disability must take action through a solicitor.[82] This rule does not apply to a probate action.[83] Where the infant

79. *See Penal Code*, Ch. II: General Application.
80. W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 11th ed. (Sweet and Maxwell: London, 1979), 648.
81. Rules of the High Court, Order 76, r. 2(1).
82. *Ibid.*, r. 2(3).
83. *Ibid.*, r. 3(1).

дина, морају да добију родитељски пристанак пре прикупљања личних података од деце. Промене овог Закона из 2013. године су пооштриле прописе о приватности деце на мрежи, а родитељима је пружена већа контрола над личним подацима које *веб* странице прикупљају од деце. Овде се истиче одлука у случају из 2008. године у Вирџинији, *A.V. против и Paradigms*, у којој је Окружни суд Сједињених Држава за Источни округ Вирџиније одбацио покушаје средњошколаца да пониште закључени *online* уговор на основу чињенице малолетства. Суд је утврдио да тужиоци нису могли да пониште уговор, јер су већ задржали користи од тог уговора. У оквиру аустралијског права, вреди напоменути да је Нови Јужни Велс, такође, усвојио свеобухватно законодавство које се односи на уговоре које закључују малолетници. Закон о имовини и уговорима са малолетницима из 1970. године значајно је променио схватање обичајног права да су уговори које закључују малолетници неизвршиви, осим оних који су неопходни или корисни. Тако, сматрано је да је уговор са шеснаестогодишњаком аутентичан и правно извршан, под условом да малолетник разуме услове и да тај уговор користи малолетнику. Најважније је да Закон каже да се сматра да је уговор обавезујући ако користи малолетнику и ако малолетник разуме услове из уговора. Занимљиво је да, у вези са *online* уговорима, постоји предлог да се створи логичнији приступ да се малолетник третира у складу са његовим интелектуалним капацитетом, а не са његовим узрастом и годинама. Међутим, треба нагласити да се овај приступ треба разматрати са опрезом, како би се осигурало да неспособност малолетника не злоупотребљавају предузећа која дају приоритет профиту и ослањају се на незнање и незрелост деце. Штавише, као даљи аргумент се истиче чињеница да родитељима није лако да прате интернет активности своје деце, те да деца не смеју бити препуштена себи у *online* сфери.[185]

У Малезији постоји претпоставка да свака особа има потпуну пословну способност. Међутим, закон поставља ограничења у погледу способности одређених особа да се обавежу обећањем или да спроведу обећање које им је дато. Ове особе укључују три групе: малолетнике, душевно оболеле особе и банкроте. Особа са инвалидитетом, односно одојче или пацијент (особа са менталним поремећајем), не може покренути никакав поступак, осим преко свог најближег пријатеља. У процесном смислу, ове особе не могу да се бране на суду, тј. заступају саме себе, да подносе контратужбу, нити да интервенишу у било ком поступку или да се појаве у било ком поступку по пресуди или налогу о коме је обавештење достављено, осим преко свог старатеља. Читав низ закона у Малезији дефинише термине малолетника, детета и одојчета. Њих карактерише различито дефинисање и непостојање извесности, што ћемо видети у наредним редовима, а што може довести до правне несигурности. У Малезији, дете, одојче или било која друга особа која није достигла

185 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 291.

is not a patient that is a mentally disordered person and he has a statutory guardian or a testamentary guardian who is qualified to be his next friend by virtue of paragraph (8) of rule 4, that guardian will be entitled to be next friend of the infant in a probate action.[84]

I. Minors in Malaysian Law

45. In Malaysia, a child or an infant or any other person who has not attained the age of majority is a minor. Section 2 of the Age of Majority Act 1971 stipulates that all persons in Malaysia attain the age of majority at 18. Previously, the Age of Majority Act 1961 provided that Muslims attain the age of majority at 18, while non-Muslims attain it at 21. The 1961 Act has now been repealed. The Guardianship of Infants Act 1961, defines an 'infant' as a person who has not attained the age of majority. The Age of Majority Act 1971 does not apply here as section 2(2) goes on to explain what age of majority means in the context of the Guardianship of Infants Act 1961. The Juvenile Courts Act 1947 (JCA) defines 'child' as one aged below 14 years. However, section 87 of the LRA 1976, defines the term 'child' as 'child of marriage', as defined in section 2, who is under the age of 18 years. Section 10 provides that, the minimum age of marriage is fixed at 18 years, with the proviso that a female who has attained the age of 16 years, may be married by authorization or licence granted by the Chief Minister. 'A child of a marriage' under the LRA 1976 means a child of both parties to the marriage in question, or a child of one party to the marriage accepted as one of the family by the other party. The 'child' in this context encompasses an illegitimate child of either of the parties and a child adopted by either of the parties in pursuance of an adoption order made under any written law pertaining to adoption.[85]

II. Child as a Term of Relationship

46. Parentage of a child may be ascertained through marriage, acknowledgement or evidence. One of the most important rights emanating from marriage is the establishment of parentage, that is, maternity and paternity of the offspring of the spouse. Children who are born out of legal wedlock are recognized as illegitimate children. The law protects these children by providing for the process of legitimization and grants them certain rights. Couples who are lawfully married, but have no children of their own, are allowed under the law to adopt other peoples' children. The law also provides for the rights and duties of such children with regard to their adoptive and natural parents.[86]

47. The law on adoption is not, however, unified in Malaysia. Islamic law does not recognize adoption as a means of resolving paternity problems. Except in parts

84. *Ibid.*, r. 4(3).
85. Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976, s. 2.
86. M. Kamariah, *Family Law in Malaysia* (MLJ Sdn. Bhd.: Kuala Lumpur, 1999), 2.

пунолетство је малолетник. Закон предвиђа да све особе у Малезији достижу пунолетство са 18 година.[186] Раније је Закон о пунолетству из 1961. године предвиђао да муслимани достижу пунолетство са 18 година, док немуслимани достижу пунолетство са 21 годином. Закон из 1961. године је укинут и постоји јединствена граница пунолетвства. Закон о старатељству над одојчадима из 1961. године дефинише „одојче" као особу која није достигла пунолетство. Закон о пунолетству из 1971. године се овде не примењује, јер чл. 2(2) даље објашњава шта значи пунолетство у контексту Закона о старатељству над децом из 1961. године. Закон о малолетничким судовима из 1947. године (ЈЦА) дефинише „дете" као особу млађу од 14 година. Међутим, чл. 87 Закона о реформи закона (брак и развод) из 1976. године дефинише термин „дете" као „дете из брака", како је дефинисано у чл. 2, које је млађе од 18 година.[187]

У погледу уговорне способности, свака особа која је способна да закључи уговор слободна је да закључи уговор под условима које сматра прикладним. Све док су разматрање и предмет уговора законити и нису изричито проглашени ништавим и особа закључује уговор слободно и добровољно, њен уговор ће се сматрати светим и биће спровођен од стране судова. Међутим, закон поставља ограничења на способност одређених особа да се обавежу обећањем или да испуне обећање које им је дато. Ова лица обухватају малолетнике, душевно неурачунљиве особе и банкроте. Особа се сматра способном да закључи уговор ако је пунолетна према закону којем подлеже, која је здравог разума и која није дисквалификована за закључивање уговора било којим законом којем подлеже.[188] Свако лице, муслиман или немуслиман, које је млађе од 18 година је малолетно. Закон о уговорима из 1950. године не прописује изричито дејство уговора који је закључио малолетник.[189] Иако су сви

186 Чл. 2 Закона о пунолетству из 1971. године.

187 Чл. 10 предвиђа да је минимална старост за ступање у брак утврђена на 18 година, с тим да се жена која је навршила 16 година може удати уз дозволу или дозволу коју издаје главни министар. „Дете из брака" према Закону о реформи закона (брак и развод) из 1976. године означава дете обе стране у предметном браку или дете једне стране у браку које је друга страна прихватила као члана породице. „Дете" у овом контексту обухвата ванбрачно дете било које од страна и дете које је усвојила било која од страна на основу налога за усвајање донетог на основу било ког писаног закона који се односи на усвајање. Zaleha Kamaruddin, Ahmad Ibrahim Kulliyyah, Akmal Hidayah Halim, Mohd Naqib Ishan Jan, *IEL Family and Succession Law – Malaysia: Suppl. 38*, The Hague: Kluwer Law International, 2008, стр. 38.

188 Према чл. 11 Закона о уговорима из 1950. године.

189 Међутим, Судски одбор Тајног савета у случају *Mohari Bibi protiv Durmodas Ghose*, жалбе из Индије, утврдио је да је тужилац преко свог заступника позајмио малолетном туженом износ од 20.000 индијских рупија (ИНР) са каматом од 12% и обезбедио зајам хипотеком коју је малолетник положио у корист апеланта на неке куће које припадају малолетном туженом. Агент тужиоца је знао да је тужени малолетник. Касније је малолетник, преко своје мајке, као старатеља и најближег пријатеља, покренуо поступак за проглашење хипотеке ништавном због недостатка капацитета. Тужилац је тврдио да је, према становишту у енглеском обичајном праву, уговор био

is not a patient that is a mentally disordered person and he has a statutory guardian or a testamentary guardian who is qualified to be his next friend by virtue of paragraph (8) of rule 4, that guardian will be entitled to be next friend of the infant in a probate action.[84]

I. Minors in Malaysian Law

45. In Malaysia, a child or an infant or any other person who has not attained the age of majority is a minor. Section 2 of the Age of Majority Act 1971 stipulates that all persons in Malaysia attain the age of majority at 18. Previously, the Age of Majority Act 1961 provided that Muslims attain the age of majority at 18, while non-Muslims attain it at 21. The 1961 Act has now been repealed. The Guardianship of Infants Act 1961, defines an 'infant' as a person who has not attained the age of majority. The Age of Majority Act 1971 does not apply here as section 2(2) goes on to explain what age of majority means in the context of the Guardianship of Infants Act 1961. The Juvenile Courts Act 1947 (JCA) defines 'child' as one aged below 14 years. However, section 87 of the LRA 1976, defines the term 'child' as 'child of marriage', as defined in section 2, who is under the age of 18 years. Section 10 provides that, the minimum age of marriage is fixed at 18 years, with the proviso that a female who has attained the age of 16 years, may be married by authorization or licence granted by the Chief Minister. 'A child of a marriage' under the LRA 1976 means a child of both parties to the marriage in question, or a child of one party to the marriage accepted as one of the family by the other party. The 'child' in this context encompasses an illegitimate child of either of the parties and a child adopted by either of the parties in pursuance of an adoption order made under any written law pertaining to adoption.[85]

II. Child as a Term of Relationship

46. Parentage of a child may be ascertained through marriage, acknowledgement or evidence. One of the most important rights emanating from marriage is the establishment of parentage, that is, maternity and paternity of the offspring of the spouse. Children who are born out of legal wedlock are recognized as illegitimate children. The law protects these children by providing for the process of legitimization and grants them certain rights. Couples who are lawfully married, but have no children of their own, are allowed under the law to adopt other peoples' children. The law also provides for the rights and duties of such children with regard to their adoptive and natural parents.[86]

47. The law on adoption is not, however, unified in Malaysia. Islamic law does not recognize adoption as a means of resolving paternity problems. Except in parts

84. *Ibid.*, r. 4(3).
85. Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976, s. 2.
86. M. Kamariah, *Family Law in Malaysia* (MLJ Sdn. Bhd.: Kuala Lumpur, 1999), 2.

пунолетство је малолетник. Закон предвиђа да све особе у Малезији достижу пунолетство са 18 година.[186] Раније је Закон о пунолетству из 1961. године предвиђао да муслимани достижу пунолетство са 18 година, док немуслимани достижу пунолетство са 21 годином. Закон из 1961. године је укинут и постоји јединствена граница пунолетвства. Закон о старатељству над одојчадима из 1961. године дефинише „одојче" као особу која није достигла пунолетство. Закон о пунолетству из 1971. године се овде не примењује, јер чл. 2(2) даље објашњава шта значи пунолетство у контексту Закона о старатељству над децом из 1961. године. Закон о малолетничким судовима из 1947. године (ЈЦА) дефинише „дете" као особу млађу од 14 година. Међутим, чл. 87 Закона о реформи закона (брак и развод) из 1976. године дефинише термин „дете" као „дете из брака", како је дефинисано у чл. 2, које је млађе од 18 година.[187]

У погледу уговорне способности, свака особа која је способна да закључи уговор слободна је да закључи уговор под условима које сматра прикладним. Све док су разматрање и предмет уговора законити и нису изричито проглашени ништавим и особа закључује уговор слободно и добровољно, њен уговор ће се сматрати светим и биће спровођен од стране судова. Међутим, закон поставља ограничења на способност одређених особа да се обавежу обећањем или да испуне обећање које им је дато. Ова лица обухватају малолетнике, душевно неурачунљиве особе и банкроте. Особа се сматра способном да закључи уговор ако је пунолетна према закону којем подлеже, која је здравог разума и која није дисквалификована за закључивање уговора било којим законом којем подлеже.[188] Свако лице, муслиман или немуслиман, које је млађе од 18 година је малолетно. Закон о уговорима из 1950. године не прописује изричито дејство уговора који је закључио малолетник.[189] Иако су сви

186 Чл. 2 Закона о пунолетству из 1971. године.

187 Чл. 10 предвиђа да је минимална старост за ступање у брак утврђена на 18 година, с тим да се жена која је навршила 16 година може удати уз дозволу или дозволу коју издаје главни министар. „Дете из брака" према Закону о реформи закона (брак и развод) из 1976. године означава дете обе стране у предметном браку или дете једне стране у браку које је друга страна прихватила као члана породице. „Дете" у овом контексту обухвата ванбрачно дете било које од страна и дете које је усвојила било која од страна на основу налога за усвајање донетог на основу било ког писаног закона који се односи на усвајање. Zaleha Kamaruddin, Ahmad Ibrahim Kulliyyah, Akmal Hidayah Halim, Mohd Naqib Ishan Jan, *IEL Family and Succession Law – Malaysia: Suppl. 38*, The Hague: Kluwer Law International, 2008, стр. 38.

188 Према чл. 11 Закона о уговорима из 1950. године.

189 Међутим, Судски одбор Тајног савета у случају *Mohari Bibi protiv Durmodas Ghose*, жалбе из Индије, утврдио је да је тужилац преко свог заступника позајмио малолетном туженом износ од 20.000 индијских рупија (ИНР) са каматом од 12% и обезбедио зајам хипотеком коју је малолетник положио у корист апеланта на неке куће које припадају малолетном туженом. Агент тужиоца је знао да је тужени малолетник. Касније је малолетник, преко своје мајке, као старатеља и најближег пријатеља, покренуо поступак за проглашење хипотеке ништавном због недостатка капацитета. Тужилац је тврдио да је, према становишту у енглеском обичајном праву, уговор био

§4. Minors' Contracts

53. Every person who is competent to contract is free to contract upon such terms as he thinks fit. So long as the consideration and object of the agreement are lawful and not explicitly declared to be void and he enters into the contract freely and voluntarily, his contract will be held sacred and will be enforced by the courts of justice. The law, however, places limitations upon the capacity of certain persons to bind them by a promise, or to implement a promise made to them. These persons comprise minors, insane persons and bankrupts.

54. Section 10 of the Contracts Act 1950 provides that 'all agreements are contracts if they are made by the free consent of parties competent to contract'. According to section 11 of the same Act, a person is said to be competent to contract if he is one 'who is of the age of majority according to the law to which he is subject, and who is of sound mind, and is not disqualified from contracting by any law to which he is subject'. The words 'according to the law to which he is subject' appearing in section 11 of the Contracts Act 1950 are now superfluous and should be deleted from the section. This is because of the abolishment of the Age of Majority Act 1961 which made a distinction between Muslims and non-Muslims. The Age of Majority Act 1961 is replaced by the Age of Majority Act 1971. Section 2 of the Age of Majority Act 1971 which is the current law provides that all persons in Malaysia attain the age of majority at 18. Any person, whether Muslim or non-Muslim, who is below the age of 18 is a minor.

55. The Contracts Act 1950 does not expressly stipulate the effect of an agreement entered into by a minor. However, the Judicial Committee of the Privy Council in the case of *Mohari Bibee v. Dhurmodas Ghose*, an appeal from India, held that the effect of sections 9 and 10 of the Indian Contract Act 1872, which are in *pari material* with sections 10 and 11 of the Malaysian Contracts Act 1950 is to render all such agreements void. In that case, the appellant through his agent lent the infant-respondent the sum of 20,000 Indian rupees (INR) at 12% interest and secured the loan by way of mortgage executed by the infant in favour of the appellant on some houses belonging to the infant respondent. The appellant's agent knew that the respondent was an infant. Later, the infant, by his mother, as his guardian and next friend, commenced action for a declaration that the mortgage was void for lack of capacity. The appellant contended that following the position at English common law, the contract was voidable and that the infant-respondent should return to him the sum lent. The Judicial Committee of the Privy Council held that the contract of loan was void and not voidable.

56. Therefore, in Malaysia, section 65 of the Contracts Act 1950, which requires a party rescinding a voidable contract who has received any benefit thereunder to restore the benefit, is not appropriate. The decision of the Privy Council in Mohori Bibee's case has been followed in the Malaysian case of *Tan Hee Juan v. Teh Boon Kiat, Government of Malaysia v. Gurcharan Singh and Ors*, and the Federal Court

уговори које су закључили малолетници ништави, укључујући и уговор о неопходним стварима, чл. 69 Закона о уговорима из 1950. године дозвољава особи која је испоручила неопходне ствари малолетнику да јој се надокнаде трошкови из имовине малолетника.[190] Појам неопходних ствари има посебан значај у судској пракси Малезије и тумачењу уговорне способности малоетника.[191]

2.3.2. Индија

Индијско право карактерише неколико различитих правних система. У Индији, уопштено говорећи, малолетник је особа која није навршила 18 година.[192] Индијски закон о пунолетству из 1875. године при-

рушљив и да малолетни тужени треба да му врати позајмљени износ. Судски одбор Тајног савета утврдио је да је уговор о зајму ништав, а не рушљив.

190 Чл. 69 Закона предвиђа: „Ако особа, која није способна да закључи уговор, или било кога кога је она законски обавезна да издржава, лобије од друге особе неопходне ствари које одговарају њеном животном стању, особа која је обезбедила такве ствари има право на надокнаду из имовине те неспособне особе." Реч „неопходне ствари" није дефинисана у Закону о уговорима из 1950. године нити у Уредби о продаји робе (малајске државе) из 1957. године. Али тај члан једноставно значи да предмет мора бити такав да одговара животним условима малолетника. И у малезијском праву видимо појам неопходних ствари.

191 У случају *Влада Малезије против Гурчаран Синīха и других*, судија Чанг Мин Тат, након што је размотрио неколико случајева обичајног права и дефиниција о неопходним стварима, изнео је став: „(Какве) одлуке о томе шта представља неопходне ствари не могу бити од велике помоћи јер су случајеви јасно одлучени на основу њихових специфичних чињеница и околности живота и потреба детета." Уважени судија је закључио да се реч „неопходне ствари" мора тумачити широко и у свакој одлуци која се тиче тога да ли је оно што се испоручује спада под појам неопходне ствари, друго је узети у обзир чињенице случаја, услове и околности у којима је испорука извршена и сврху којој служи. Проблем у том случају била је валидност уговора о стипендији који је малолетник закључио са Владом Малезије. Уважени судија је јасно ставио до знања да обавеза малолетника да плати неопходне ствари обезбеђене у складу са чл. 69 не произлази из уговора. Дете је потпуно неспособно и неспособно да закључи уговор и стога не постоји уговор на основу којег може бити тужено. Стога, тужба владе за кршење уговора против детета мора бити одбијена. По стицању пунолетства, малолетник може, ако жели, да се ослободи свих будућих дугова фирме раскидом партнерства. Ако малолетник престане да поштује уговор или партнерство када постане пунолетан, има право на било који новац који је исплатио по основу уговора, под условом да није примио никакву корист од њега. Међутим, у случају *William Jacks & Co. (Malaya) Ltd. против Chan & Yong Trading Co.*, Јонг, малолетник, и Чан су основали партнерство под називом *Chan and Yong Trading*. Ово партнерство је имало намеру да изгради две куће. Тужиоци су их тужили за 12.734,91 малајских рингита за продату и испоручену робу. Чан је изјавио да је роба купљена од тужилаца била за приватну експлоатацију Јонга. Утврђено је да чињеница да је Јонг користио робу купљену од тужилаца за своје потребе није ослободила фирму и партнере одговорности. Пошто Јонг није предузео никакве кораке након пунолетства да би се одрекао партнерства, он је такође био одговоран као партнер фирме. Z. Kamaruddin, A. I. Kulliyyah, A. Hidayah Halim, M. Naqib Ishan Jan, *op. cit.*, стр. 43.

192 За дефиницију малолетника у индијском праву, Anil Malhotra, Ranjit Malhotra, „India: a perspective", у: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 151.

§4. Minors' Contracts

53. Every person who is competent to contract is free to contract upon such terms as he thinks fit. So long as the consideration and object of the agreement are lawful and not explicitly declared to be void and he enters into the contract freely and voluntarily, his contract will be held sacred and will be enforced by the courts of justice. The law, however, places limitations upon the capacity of certain persons to bind them by a promise, or to implement a promise made to them. These persons comprise minors, insane persons and bankrupts.

54. Section 10 of the Contracts Act 1950 provides that 'all agreements are contracts if they are made by the free consent of parties competent to contract'. According to section 11 of the same Act, a person is said to be competent to contract if he is one 'who is of the age of majority according to the law to which he is subject, and who is of sound mind, and is not disqualified from contracting by any law to which he is subject'. The words 'according to the law to which he is subject' appearing in section 11 of the Contracts Act 1950 are now superfluous and should be deleted from the section. This is because of the abolishment of the Age of Majority Act 1961 which made a distinction between Muslims and non-Muslims. The Age of Majority Act 1961 is replaced by the Age of Majority Act 1971. Section 2 of the Age of Majority Act 1971 which is the current law provides that all persons in Malaysia attain the age of majority at 18. Any person, whether Muslim or non-Muslim, who is below the age of 18 is a minor.

55. The Contracts Act 1950 does not expressly stipulate the effect of an agreement entered into by a minor. However, the Judicial Committee of the Privy Council in the case of *Mohari Bibee v. Dhurmodas Ghose*, an appeal from India, held that the effect of sections 9 and 10 of the Indian Contract Act 1872, which are in *pari material* with sections 10 and 11 of the Malaysian Contracts Act 1950 is to render all such agreements void. In that case, the appellant through his agent lent the infant-respondent the sum of 20,000 Indian rupees (INR) at 12% interest and secured the loan by way of mortgage executed by the infant in favour of the appellant on some houses belonging to the infant respondent. The appellant's agent knew that the respondent was an infant. Later, the infant, by his mother, as his guardian and next friend, commenced action for a declaration that the mortgage was void for lack of capacity. The appellant contended that following the position at English common law, the contract was voidable and that the infant-respondent should return to him the sum lent. The Judicial Committee of the Privy Council held that the contract of loan was void and not voidable.

56. Therefore, in Malaysia, section 65 of the Contracts Act 1950, which requires a party rescinding a voidable contract who has received any benefit thereunder to restore the benefit, is not appropriate. The decision of the Privy Council in Mohori Bibee's case has been followed in the Malaysian case of *Tan Hee Juan v. Teh Boon Kiat, Government of Malaysia v. Gurcharan Singh and Ors*, and the Federal Court

уговори које су закључили малолетници ништави, укључујући и уговор о неопходним стварима, чл. 69 Закона о уговорима из 1950. године дозвољава особи која је испоручила неопходне ствари малолетнику да јој се надокнаде трошкови из имовине малолетника.[190] Појам неопходних ствари има посебан значај у судској пракси Малезије и тумачењу уговорне способности малоетника.[191]

2.3.2. Индија

Индијско право карактерише неколико различитих правних система. У Индији, уопштено говорећи, малолетник је особа која није навршила 18 година.[192] Индијски закон о пунолетству из 1875. године при-

рушљив и да малолетни тужени треба да му врати позајмљени износ. Судски одбор Тајног савета утврдио је да је уговор о зајму ништав, а не рушљив.

190 Чл. 69 Закона предвиђа: „Ако особа, која није способна да закључи уговор, или било кога кога је она законски обавезна да издржава, добије од друге особе неопходне ствари које одговарају њеном животном стању, особа која је обезбедила такве ствари има право на надокнаду из имовине те неспособне особе." Реч „неопходне ствари" није дефинисана у Закону о уговорима из 1950. године нити у Уредби о продаји робе (малајске државе) из 1957. године. Али тај члан једноставно значи да предмет мора бити такав да одговара животним условима малолетника. И у малезијском праву видимо појам неопходних ствари.

191 У случају *Влада Малезије против Гурчаран Синіха и других*, судија Чанг Мин Тат, након што је размотрио неколико случајева обичајног права и дефиниција о неопходним стварима, изнео је став: „(Какве) одлуке о томе шта представља неопходне ствари не могу бити од велике помоћи јер су случајеви јасно одлучени на основу њихових специфичних чињеница и околности живота и потреба детета." Уважени судија је закључио да се реч „неопходне ствари" мора тумачити широко и у свакој одлуци која се тиче тога да ли је оно што се испоручује спада под појам неопходне ствари, друго је узети у обзир чињенице случаја, услове и околности у којима је испорука извршена и сврху којој служи. Проблем у том случају била је валидност уговора о стипендији који је малолетник закључио са Владом Малезије. Уважени судија је јасно ставио до знања да обавеза малолетника да плати неопходне ствари обезбеђене у складу са чл. 69 не произлази из уговора. Дете је потпуно неспособно и неспособно да закључи уговор и стога не постоји уговор на основу којег може бити тужено. Стога, тужба владе за кршење уговора против детета мора бити одбијена. По стицању пунолетства, малолетник може, ако жели, да се ослободи свих будућих дугова фирме раскидом партнерства. Ако малолетник престане да поштује уговор или партнерство када постане пунолетан, има право на било који новац који је исплатио по основу уговора, под условом да није примио никакву корист од њега. Међутим, у случају *William Jacks & Co. (Malaya) Ltd. против Chan & Yong Trading Co.*, Јонг, малолетник, и Чан су основали партнерство под називом *Chan and Yong Trading*. Ово партнерство је имало намеру да изгради две куће. Тужиоци су их тужили за 12.734,91 малајских рингита за продату и испоручену робу. Чан је изјавио да је роба купљена од тужилаца била за приватну експлоатацију Јонга. Утврђено је да чињеница да је Јонг користио робу купљену од тужилаца за своје потребе није ослободила фирму и партнере одговорности. Пошто Јонг није предузео никакве кораке након пунолетства да би се одрекао партнерства, он је такође био одговоран као партнер фирме. Z. Kamaruddin, A. I. Kulliyyah, A. Hidayah Halim, M. Naqib Ishan Jan, *op. cit.*, стр. 43.

192 За дефиницију малолетника у индијском праву, Anil Malhotra, Ranjit Malhotra, „India: a perspective", у: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 151.

in *Leha bte Jusoh v. Awang Johari bin Hashim.* It follows that in Malaysia, all contracts entered by minors are generally void and that a minor cannot sue or be sued in contract.

57. Although all contracts entered into by minors are void, including a contract for necessaries, section 69 of the Contracts Act 1950 allows a person who has supplied necessaries to the minor to be reimbursed from the property of the minor. Section 69 of the Act provides:

> If a person, incapable of entering into a contract, or anyone whom he is legally bound to support, is supplied by another person with necessaries suited to his condition in life, the person who has furnished such supplies is entitled to be reimbursed from the property of such incapable person.

58. The word 'necessaries' is not defined in the Contracts Act 1950 or under the Sale of Goods (Malay States) Ordinance 1957. But the section simply means that the object must be such that it suits the minor's condition in life. In *Government of Malaysia v. Gurcharan Singh & Ors.*, Chang Min Tat J., after looking into several common law cases and definitions on necessaries, expressed: '[W]hat decisions there are of what constituted necessaries cannot be of any great assistance as the cases were clearly decided on their peculiar facts, and the circumstances of the infant's life and needs'.

The learned judge concluded that the word 'necessaries' must be construed broadly and in any decision involving whether what are supplied are or are not necessaries, it is incumbent to have regard to the facts of the case, the conditions and circumstances in which the supply was made and the purpose which is served. The issue in that case was the validity of a scholarship agreement entered into by a minor with the Government of Malaysia. The learned judge made it clear that a minor's liability to pay for necessaries supplied under section 69 does not arise from contract. An infant is totally incompetent and incapable of entering into a contract and thus there is no contract on which he can be sued. Therefore, the government's claim for breach of contract against the infant must fail.

59. In England, there can be a partnership between a minor and an adult. The situation is also the same in Malaysia. It was decided in *Goode v. Harrison*[97] that a minor could be in a partnership for any duration of time until he disaffirms it. A minor, however, could not incur or be responsible for any contractual liability for the firm's debts. Lord Herschell decided in *Lovell and Christmas v. Beauchamp*,[98] that the adult partner would be entitled to insist that the partnership assets should be applied in payment of the liabilities of partnership. He further mentioned that judgment should be taken against the adult partner of the firm and in any bankruptcy proceedings, the partnership assets might be made disposable for those who had given credit to the firm.[99]

97. (1821) 5B & Ald. 147 at 157.
98. [1894] AC 607.
99. *Ibid.*, 611.

уговори које су закључили малолетници ништави, укључујући и уговор о неопходним стварима, чл. 69 Закона о уговорима из 1950. године дозвољава особи која је испоручила неопходне ствари малолетнику да јој се надокнаде трошкови из имовине малолетника.[190] Појам неопходних ствари има посебан значај у судској пракси Малезије и тумачењу уговорне способности малоетника.[191]

2.3.2. Индија

Индијско право карактерише неколико различитих правних система. У Индији, уопштено говорећи, малолетник је особа која није навршила 18 година.[192] Индијски закон о пунолетству из 1875. године при-

рушљив и да малолетни тужени треба да му врати позајмљени износ. Судски одбор Тајног савета утврдио је да је уговор о зајму ништав, а не рушљив.

190 Чл. 69 Закона предвиђа: „Ако особа, која није способна да закључи уговор, или било кога кога је она законски обавезна да издржава, добије од друге особе неопходне ствари које одговарају њеном животном стању, особа која је обезбедила такве ствари има право на надокнаду из имовине те неспособне особе." Реч „неопходне ствари" није дефинисана у Закону о уговорима из 1950. године нити у Уредби о продаји робе (малајске државе) из 1957. године. Али тај члан једноставно значи да предмет мора бити такав да одговара животним условима малолетника. И у малезијском праву видимо појам неопходних ствари.

191 У случају *Влада Малезије против Гурчаран Синїха и других*, судија Чанг Мин Тат, након што је размотрио неколико случајева обичајног права и дефиниција о неопходним стварима, изнео је став: „(Какве) одлуке о томе шта представља неопходне ствари не могу бити од велике помоћи јер су случајеви јасно одлучени на основу њихових специфичних чињеница и околности живота и потреба детета." Уважени судија је закључио да се реч „неопходне ствари" мора тумачити широко и у свакој одлуци која се тиче тога да ли је оно што се испоручује спада под појам неопходне ствари, друго је узети у обзир чињенице случаја, услове и околности у којима је испорука извршена и сврху којој служи. Проблем у том случају била је валидност уговора о стипендији који је малолетник закључио са Владом Малезије. Уважени судија је јасно ставио до знања да обавеза малолетника да плати неопходне ствари обезбеђене у складу са чл. 69 не произлази из уговора. Дете је потпуно неспособно и неспособно да закључи уговор и стога не постоји уговор на основу којег може бити тужено. Стога, тужба владе за кршење уговора против детета мора бити одбијена. По стицању пунолетства, малолетник може, ако жели, да се ослободи свих будућих дугова фирме раскидом партнерства. Ако малолетник престане да поштује уговор или партнерство када постане пунолетан, има право на било који новац који је исплатио по основу уговора, под условом да није примио никакву корист од њега. Међутим, у случају *William Jacks & Co. (Malaya) Ltd. против Chan & Yong Trading Co.*, Јонг, малолетник, и Чан су основали партнерство под називом *Chan and Yong Trading*. Ово партнерство је имало намеру да изгради две куће. Тужиоци су их тужили за 12.734,91 малајских рингита за продату и испоручену робу. Чан је изјавио да је роба купљена од тужилаца била за приватну експлоатацију Јонга. Утврђено је да чињеница да је Јонг користио робу купљену од тужилаца за своје потребе није ослободила фирму и партнере одговорности. Пошто Јонг није предузео никакве кораке након пунолетства да би се одрекао партнерства, он је такође био одговоран као партнер фирме. Z. Kamaruddin, A. I. Kulliyyah, A. Hidayah Halim, M. Naqib Ishan Jan, *op. cit.*, стр. 43.

192 За дефиницију малолетника у индијском праву, Anil Malhotra, Ranjit Malhotra, „India: a perspective", у: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 151.

60. On reaching the age of majority, a minor can, if he wants to, discharge himself from all future debts of the firm by terminating the partnership. If a minor avoids the agreement or partnership once he becomes a major, he is entitled to any money paid by him under the agreement provided he has not received any benefit under it.[100] Failure to repudiate the agreement will not make him liable for debts incurred during his minority.[101] However, in *William Jacks & Co. (Malaya) Ltd. v. Chan & Yong Trading Co.*,[102] Yong, a minor, and Chan formed a partnership called 'Chan and Yong Trading'. This partnership was for the intention of constructing two houses. The plaintiffs sued them for MYR 12,734.91 for goods sold and delivered. Chan stated that the goods bought from the plaintiffs were for the private exploit of Yong. It was held that the fact that Yong made use of the goods bought from the plaintiffs for his own function did not release the firm and partners from liability. Since Yong did not implement any steps after reaching the age of majority to relinquish the partnership, he was also liable as a partner of the firm.[103]

§5. Minors' Responsibility for Torts

61. A minor possesses the capacity to sue like an adult. However, he must sue by his next friend. He is as much liable to be sued for his tort, as in the case of an adult. Problems generally occur where the tortuous act complained of is also a breach of a contract. As a general rule, a minor cannot be sued in tort as a means of implementing a contract, which does not bind him. In *Leslie (R) Ltd. v. Shiell*,[104] a minor had fraudulently represented to the plaintiffs that he was of full age and had thereby persuaded them to lend him money. He was held not liable for the tort of deceit or on any other ground for a judgment against him would have amounted to the enforcement of the contract of loan in a roundabout way.

62. As far as the unborn child is concerned, there was no decisive English authority at common law on the issue of whether a minor can sue for an injury done to him before he was born. Today, in England, the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 provides a facility for a child who is born alive but with a disability as a result of an incident that occurred before its birth, may in certain circumstances, has a cause of action in negligence against the person responsible for that occurrence. Malaysia however does not have a similar legislation and it remains to be determined whether the Malaysian courts will follow English decisions in this regard. In *Burton v. Islington Health Authority*,[105] the defendant had carried out an operation on the plaintiff's mother when she was pregnant as a result of which the plaintiff was born with numerous abnormalities. It was argued that at the time of the wrongful act, there was no specific person towards whom a duty of care could be

100. *Steinberg v. Scala* (Leeds) Ltd. [1923] 2 Ch.D. 452.
101. *Goode v. Harrison* (1821) 5B & Ald. 147.
102. (1964) 30 MLJ 105.
103. P.K. Soon Kwang, *The Law of Partnership in Singapore & Malaysia*, 2nd ed. (Professional Publications: Singapore, 1984), 19–20.
104. [1914] 3 KB 607.
105. [1991] 1 All ER 825.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

UUM Journal of Legal Studies, 14, No. 1 (January) 2023, pp: 269–295

JOURNAL OF LEGAL STUDIES
https://e-journal.uum.edu.my/index.php/jls

How to cite this article:
Che Hashim, R., & Dusuki, F. N. (2023). Minors and their incapacity to contract: A revisit. *UUM Journal of Legal Studies*, *14*(1), 269-295. https://doi.org/10.32890/uumjls2023.14.1.11

MINORS AND THEIR INCAPACITY TO CONTRACT: A REVISIT

[1]Rosmawani Che Hashim & [2]Farah Nini Dusuki
[1]Faculty of Business and Economics, University of Malaya, Malaysia
[2]Faculty of Law, University Malaya, Malaysia

[1]Corresponding author: wanie285@um.edu.my
farahnini@um.edu.my

Received: 14/7/2021 Revised: 19/10/2022 Accepted: 26/10/2022 Published: 18/1/2023

ABSTRACT

Given the exposure to today's easy-to-know information, children should seemingly become mature faster than their predecessors, and therefore better informed even at a tender age. However, it remains to be seen whether fixing the age of 18 for minors or children to enter into contracts is relevant. This paper focuses on contract law; it examines the age of majority and the legal implications of contracts entered into by minors. To a certain extent, this paper examines the issue by making comparisons between Malaysian and English law. The findings derived imply that the determination of the age of majority needs to be compatible with the capacity of minors and current realities. This determination must be premised on a fair balance between protecting minors' welfare and the interest of those who have attained the age of majority.

Keywords: Minor, contract, necessity, scholarship, insurance, employment, marriage.

заступник делује преко наметнутих граница, то неће утицати на његову имовину. У случају правног заступања, закон је тај који одређује границе функције, јер воља неспособног не може да створи правне последице.

Правно заступање представља још један облик помоћи за неспособност. Овде нема замене воље неспособног, већ сарадње са њим. У овим ситуацијама, за испољавање воље за стварање ваљаног чина, потребне су две воље: воља неспособног и воља помоћника.[174]

2.3. Азија

2.3.1. Малезија

Малезијско право се развијало под снажним утицајем англосаксонског система права. У Малезији не постоји законска дефиниција појма малолетник, али постоје закони који прописују да се малолетник односи на сваку особу која није навршила 18 година,[175] али и закони који прописују да је дете особа која није у браку, а није навршила 21 годину.[176] Што се тиче способности за закључивање уговора, Закон о уговорима из 1950. године, такође, не говори ништа о стварним годинама особе која испуњава услове. Ипак, наводи се да је уговор важећи ако га сачине надлежне стране, као и да уговорне стране морају навршити пунолетство да би склопиле важећи уговор. У комбинацији са Законом о пунолетству из 1971. године, ово јасно указује да особа мора имати 18 година да би се сматрала способном да закључи уговор.[177] Општи принцип који заступа судска пракса утврдио је да је уговор који је закључио малолетник ништаван због неспособности.[178] Даље се наводе конкретни правни послови које малолетник може да закључи, а који се могу тумачити као неопходни за његово функционисање, те самим тим и пуноважни. Ако малолетно лице које није способно да закључи уговор или било кога је законски обавезно да издржава, добије од другог лица ствари које су неопходне његовом животном стању, лице које је обезбедило те ствари има право на надокнаду из имовине тог неспособног лица. Реч „неспособан" укључује малолетно лице.[179] То указује да када

174 W. T. H. Alanis, S. Altieri Massa, M. Otegiu Carrasco, *op. cit.*, стр. 36.

175 Чл. 2. Закона о пунолетству из 1971. године. Закон о детету из 2001. године предвиђа да је дете особа млађа од 18 година.

176 Закон о усвојењу из 1952. године. О томе, Noor Aziah, Mohd Awal, "Malaysia: What lies ahead?", in: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 216.

177 Rosmawani Che Hashim, Farah Nini Dusuki, "Minors and their incapacity to contract: A revisit", *UUM Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 1, 2023, стр. 271.

178 *Mohori Bibee protiv Dharmodas Ghose* (1903) ILR 30 Cal 539.

179 „Када дете узраста добије услугу за услугу, биће обавезано законом... када купује одећу за своје тело, биће оптерећено дугом, јер те ствари мора нужно имати." Образложење иза ове доктрине је да је одговорност малолетника да плати нешто што му је неопходно за живот, без чега ће гладовати или неће моћи да преживи. То значи да ако су малолетнику обезбеђене неопходне ствари, пунолетна особа или друга

UUM Journal of Legal Studies, 14, No. 1 (January) 2023, pp: 269–295

legal capacity to enter into a contract. The arguments supporting this mentioned that young people do not necessarily become full adults when they reach the age of 18 because the level of maturity in every individual differs. This implies that young people who have reached the age of 18 are not necessarily capable of adult decisions. The aim of determining a minimum age was for it to serve as a protection for minors, and not to restrict their capabilities in exercising their rights. The minimum age imposed was thus intended to protect minors from being disadvantaged from exercising their legal rights.

WHO IS A MINOR?

While there is no legal definition for what constitutes a 'minor' in Malaysia, there are statutes stipulating that a 'minor' refers to anyone who has not reached the age of 18 years old (Section 2 of the Age of Majority Act 1971 [Act 21]). The Child Act 2001 (Act 611), in the same section, provides that a child is a person who is under the age of 18 years. In respect to capacity to enter into a contract, the Contracts Act 1950 (Act 136) is also silent about the actual age of a person who is qualified. Nonetheless, it states that a contract is valid if made by competent parties (Section 10, Contracts Act 1950), and that the contracting parties must attain the age of majority in order to form a valid contract (Section 11, Contracts Act 1950). Read together with the Age of Majority Act 1971, this clearly indicates that a person must be 18 years old in order to be regarded as competent to enter into a contract.

Apart from these stipulations, there are other statutes providing differing definitions of the term, a 'child' and a 'young person.' For instance, the Amendment Act 2010 (Act A1386) of the Children and Young Persons (Employment) Act 1966 (Act 350) defines a 'child' as "any person who has not completed his fifteenth year of age" whereas a 'young person' is "any person who has not completed his eighteenth year of age" (Section 2, Children and Young Persons (Employment) Act 1966). Such a disparity exists to allow for different types of employment to be taken up by different age groups of children. For purposes of the adoption of children, a 'child' is defined as an "unmarried person under the age of 21" within the Adoption Act 1952 (Act 257). This includes a female under that age who has been divorced. The Guardianship of Infants Act 1961 (Act 351) defines 'a child' differently for Muslim and non-Muslim communities. It is 18 years of age for Muslims, and below 21 years of age for non-Muslims.

заступник делује преко наметнутих граница, то неће утицати на његову имовину. У случају правног заступања, закон је тај који одређује границе функције, јер воља неспособног не може да створи правне последице.

Правно заступање представља још један облик помоћи за неспособност. Овде нема замене воље неспособног, већ сарадње са њим. У овим ситуацијама, за испољавање воље за стварање ваљаног чина, потребне су две воље: воља неспособног и воља помоћника.[174]

2.3. Азија

2.3.1. Малезија

Малезијско право се развијало под снажним утицајем англосаксонског система права. У Малезији не постоји законска дефиниција појма малолетник, али постоје закони који прописују да се малолетник односи на сваку особу која није навршила 18 година,[175] али и закони који прописују да је дете особа која није у браку, а није навршила 21 годину.[176] Што се тиче способности за закључивање уговора, Закон о уговорима из 1950. године, такође, не говори ништа о стварним годинама особе која испуњава услове. Ипак, наводи се да је уговор важећи ако га сачине надлежне стране, као и да уговорне стране морају навршити пунолетство да би склопиле важећи уговор. У комбинацији са Законом о пунолетству из 1971. године, ово јасно указује да особа мора имати 18 година да би се сматрала способном да закључи уговор.[177] Општи принцип који заступа судска пракса утврдио је да је уговор који је закључио малолетник ништаван због неспособности.[178] Даље се наводе конкретни правни послови које малолетник може да закључи, а који се могу тумачити као неопходни за његово функционисање, те самим тим и пуноважни. Ако малолетно лице које није способно да закључи уговор или било кога је законски обавезно да издржава, добије од другог лица ствари које су неопходне његовом животном стању, лице које је обезбедило те ствари има право на надокнаду из имовине тог неспособног лица. Реч „неспособан" укључује малолетно лице.[179] То указује да када

174 W. T. H. Alanis, S. Altieri Massa, M. Otegiu Carrasco, *op. cit.*, стр. 36.

175 Чл. 2. Закона о пунолетству из 1971. године. Закон о детету из 2001. године предвиђа да је дете особа млађа од 18 година.

176 Закон о усвојењу из 1952. године. О томе, Noor Aziah, Mohd Awal, "Malaysia: What lies ahead?", in: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 216.

177 Rosmawani Che Hashim, Farah Nini Dusuki, "Minors and their incapacity to contract: A revisit", *UUM Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 1, 2023, стр. 271.

178 *Mohori Bibee protiv Dharmodas Ghose* (1903) ILR 30 Cal 539.

179 „Када дете узраста добије услугу за услугу, биће обавезано законом... када купује одећу за своје тело, биће оптерећено дугом, јер те ствари мора нужно имати." Образложење иза ове доктрине је да је одговорност малолетника да плати нешто што му је неопходно за живот, без чега ће гладовати или неће моћи да преживи. То значи да ако су малолетнику обезбеђене неопходне ствари, пунолетна особа или друга

UUM Journal of Legal Studies, 14, No. 1 (January) 2023, pp: 269–295

The loophole in the Contracts Act 1950 with regards to the age of majority is fulfilled by the mentioned statutes, such as the Age of Majority Act 1971 [Act 21], the Child Act 2001 [Act 611], the Children and Young Persons (Employment) Act 1966 [Act 350], the Adoption Act 1952 [Act 257], and the Guardianship of Infants Act 1961 [Act 351].

As far as the Contracts Act 1950 is concerned, Section 10 indicates that minors have no capacity, therefore, are not qualified to form valid contracts. The general principle held by case law has established that a contract made by a minor is void due to incapacity (*Mohori Bibee v Dharmodas Ghose* (1903) ILR 30 Cal 539).[1] Similar judgements had been decided in the local cases of *Tan Hee Juan v Teh Boon Keat* ([1934] MLJ 96), *Leha Binti Jusoh v Awang Johari bin Hashim* ([1978] 1 MLJ 202, FC), and *Khairil Anuar bin Muda & Ors* v *Sulong bin Muda & Anor* ([2017] 6 MLJ 192). An elaboration on this was also made by Harmindar Singh JCA in the case of *Khairil Anuar bin Muda & Ors* v *Sulong bin Muda & Anor* where he stated:

> 'In this context, section 11 of the Contracts Act 1950, among others, provides that only persons who are of the 'age of majority' are competent to contract. There was some initial controversy in the development of the law regarding the age of majority which is not relevant to the current proceedings as much of the issues raised were later settled with the coming into force of the Age of Majority Act 1971. Under section 4 of this Act, the minority of all males and females within Malaysia ceases at the age of 18 years and 'every such male or female attaining that age shall be of the age of majority'.

This general principle, however, has been excluded by section 4(a) of the Age of Majority Act 1971 which states that:

> "Nothing in this Act shall affect the capacity of any person to act in the following matters, namely, marriage, divorce, dower and adoption."

Apart from the above expressed provision, other elements, such as necessaries, insurance and apprenticeship are also included, where the

1 For local cases, see, *Tan Hee Juan v Teh Boon Keat* [1934] MLJ 96; *Leha Binti Jusoh v Awang Johari bin Hashim* [1978] 1 MLJ 202, FC).

заступник делује преко наметнутих граница, то неће утицати на његову имовину. У случају правног заступања, закон је тај који одређује границе функције, јер воља неспособног не може да створи правне последице.

Правно заступање представља још један облик помоћи за неспособност. Овде нема замене воље неспособног, већ сарадње са њим. У овим ситуацијама, за испољавање воље за стварање ваљаног чина, потребне су две воље: воља неспособног и воља помоћника.[174]

2.3. Азија

2.3.1. Малезија

Малезијско право се развијало под снажним утицајем англосаксонског система права. У Малезији не постоји законска дефиниција појма малолетник, али постоје закони који прописују да се малолетник односи на сваку особу која није навршила 18 година,[175] али и закони који прописују да је дете особа која није у браку, а није навршила 21 годину.[176] Што се тиче способности за закључивање уговора, Закон о уговорима из 1950. године, такође, не говори ништа о стварним годинама особе која испуњава услове. Ипак, наводи се да је уговор важећи ако га сачине надлежне стране, као и да уговорне стране морају навршити пунолетство да би склопиле важећи уговор. У комбинацији са Законом о пунолетству из 1971. године, ово јасно указује да особа мора имати 18 година да би се сматрала способном да закључи уговор.[177] Општи принцип који заступа судска пракса утврдио је да је уговор који је закључио малолетник ништаван због неспособности.[178] Даље се наводе конкретни правни послови које малолетник може да закључи, а који се могу тумачити као неопходни за његово функционисање, те самим тим и пуноважни. Ако малолетно лице које није способно да закључи уговор или било кога је законски обавезно да издржава, добије од другог лица ствари које су неопходне његовом животном стању, лице које је обезбедило те ствари има право на надокнаду из имовине тог неспособног лица. Реч „неспособан" укључује малолетно лице.[179] То указује да када

174 W. T. H. Alanis, S. Altieri Massa, M. Otegiu Carrasco, *op. cit.*, стр. 36.

175 Чл. 2. Закона о пунолетству из 1971. године. Закон о детету из 2001. године предвиђа да је дете особа млађа од 18 година.

176 Закон о усвојењу из 1952. године. О томе, Noor Aziah, Mohd Awal, "Malaysia: What lies ahead?", in: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 216.

177 Rosmawani Che Hashim, Farah Nini Dusuki, "Minors and their incapacity to contract: A revisit", *UUM Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 1, 2023, стр. 271.

178 *Mohori Bibee protiv Dharmodas Ghose* (1903) ILR 30 Cal 539.

179 „Када дете узраста добије услуту за услугу, биће обавезано законом... када купује одећу за своје тело, биће оптерећено дугом, јер те ствари мора нужно имати." Образложење иза ове доктрине је да је одговорност малолетника да плати нешто што му је неопходно за живот, без чега ће гладовати или неће моћи да преживи. То значи да ако су малолетнику обезбеђене неопходне ствари, пунолетна особа или друга

age of majority will not be a bottom line in determining the validity of a contract. In addition to this, certain aspects of the range of the age of majority also varies, for instance, voting rights, driving license, and alcohol consumption.

Exceptions to the General Principle

(1) Contract for necessaries

Necessaries originated from the English law doctrine in the fifteenth century where it was held in the case of *Stocks v Wilson* ((1431) YB Mich 10 Hen VI, fo14; Austen-Baker & Hunter, 2020)):

> "When an infant within age has quid pro quo, he will be bound by law… when he buys clothes for his body, he will be charged by action of debt, because these things he must of necessity have."

The rationale behind this doctrine is that it is a minor's responsibility to pay for something necessary for his/her life without which, he/she will be starving or will not be able to survive. This means that if the minor has been furnished with necessaries, the major or the providing party is entitled to claim reimbursements *Dale v Copping* (1610) 1 Bulstr 40; 80 ER 743; *Hart v Prater* (1837) 1 Jur 623.

A similar approach has been adopted in Malaysia, with regards to contract for necessaries. If a major has sponsored a minor with the necessaries suited to the minor's lifestyle, the Contracts Act 1950, through the provision of Section 69, allows a major to claim reimbursements from the minor. This section states:

> "If a person, incapable of entering into a contract, or anyone whom he is legally bound to support, is supplied by another person with necessaries suited to his condition in life, the person who has furnished such supplies is entitled to be reimbursed from the property of such incapable persons."

The word 'incapable' mentioned in the above provision includes a minor. It indicates that when a minor is sponsored by another person who impliedly, meant a major/sponsor, the latter has the right to claim reimbursements from the former. However, certain requirements need

малолетно лице даје накнаду за друго лице које је пунолетно, ово друго има право да захтева надокнаду од првог.[180]

Занимљив је став судске праксе да је аутомобил неоходна ствар за малолетника.[181] У једном случају поставило се питање пуноважности уговора малолетника од 17 година и 11 месеци, кога је Влада Малезије спонзорисала за курс обуке у Малајској институцији за обуку наставника.[182] До сада, не постоји судска пракса која оспорава 18 година као старосну границу пунолетства за малолетнике по питању неопходних ствари. На основу овога, закључује се да се ствари сматрају неопходним само ако су служиле потребама малолетника и ако су одговарале њиховим животним условима. Слично томе, околности у то време могу довести до тога да се одређени фактори категоришу као неопходне ствари. На пример, током недавне пандемије *Covid-19*, када је влада спровела Наредбу о контроли кретања (*MCO*), сва настава је морала да се одвија онлајн, па се лаптоп који су студенти користили за „похађање" онлајн наставе може сматрати неопходним за студент, јер то гарантује њихов правилан образовни процес. Стога, ако је малолетник спонзорисан лаптопом и уговором је договорено да малолетник касније надокнади

страна која је обезбедила има право да захтева надокнаду. Dale *v Copping (1610) 1 Bulstr 40; 80 ER 743; Hart v Prater (1837) 1 Jur 623.*

180 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, str. 274.

181 *У случају Mercantile Credit protiv Spinks [1968] QWN 32*, утврђено је да је аутомобил потврђен као неопходан, јер је малолетнику био потребан да би пружио своје услуге као продавац. Исти приступ је очигледно одражен у једном локалном случају где је наведено да то шта ће се сматрати неопходним стварима треба да се утврди на основу животних услова малолетника, узимајући у обзир његов друштвени статус и богатство. Пружа се критеријум околности случаја, не и претходног утврђивања појма неопходне ствари.

Даље, на пример, чл. 39(1) и (2) Закона о друмском саобраћају из 1987. године (Закон 333) предвиђа различите старосне границе за малолетнике који дозвољавају да поседују дозволе за управљање различитим врстама возила. На пример, малолетнику који је навршио 16 година може бити дозвољено да добије дозволу за мотоцикл и возило за особе са инвалидитетом (класа А, Б, Б1 и Б2), али малолетник мора имати 17 година да би стекао дозволу за аутомобил (класа Д, ДА и А1). На основу чл. 10 Закона о реформи закона (брак и развод) из 1976. године, минимална старост за брак је 18 година за немуслиманске дечаке, док шеснаестогодишњој девојчици, уз дозволу главног министра, може бити дозвољено да се уда. R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 272.

182 *Government of Malaysia v Thelma Fernandez & Anor (1967).* Уговор је предвиђао да први тужени мора служити Малезијској влади пет година након завршетка курса. Тврдило се да је први тужени прекршио уговор када је поднео оставку након што је служио три године и десет месеци. Влада је тужила првог туженог и његове јемце као другог и трећег туженог и захтевала је надокнаду стварног износа од 11.500 долара који је коришћен за образовање туженог. У својој одбрани, први тужени је тврдио да је уговор ништаван, јер је он био малолетан када га је закључио и стога он и његови јемци нису одговорни. Поред тога, тужени је тврдио да је тужени износ претеран и неразуман с обзиром на то да је он служио влади три године и десет месеци. Судија је пресудио да влада има право на надокнаду од првог туженог, јер је износ спонзорисан за његово образовање и обуку третиран као неопходан.

age of majority will not be a bottom line in determining the validity of a contract. In addition to this, certain aspects of the range of the age of majority also varies, for instance, voting rights, driving license, and alcohol consumption.

Exceptions to the General Principle

(1) Contract for necessaries

Necessaries originated from the English law doctrine in the fifteenth century where it was held in the case of *Stocks v Wilson* ((1431) YB Mich 10 Hen VI, fo14; Austen-Baker & Hunter, 2020)):

> "When an infant within age has quid pro quo, he will be bound by law… when he buys clothes for his body, he will be charged by action of debt, because these things he must of necessity have."

The rationale behind this doctrine is that it is a minor's responsibility to pay for something necessary for his/her life without which, he/she will be starving or will not be able to survive. This means that if the minor has been furnished with necessaries, the major or the providing party is entitled to claim reimbursements *Dale v Copping* (1610) 1 Bulstr 40; 80 ER 743; *Hart v Prater* (1837) 1 Jur 623.

A similar approach has been adopted in Malaysia, with regards to contract for necessaries. If a major has sponsored a minor with the necessaries suited to the minor's lifestyle, the Contracts Act 1950, through the provision of Section 69, allows a major to claim reimbursements from the minor. This section states:

> "If a person, incapable of entering into a contract, or anyone whom he is legally bound to support, is supplied by another person with necessaries suited to his condition in life, the person who has furnished such supplies is entitled to be reimbursed from the property of such incapable persons."

The word 'incapable' mentioned in the above provision includes a minor. It indicates that when a minor is sponsored by another person who impliedly, meant a major/sponsor, the latter has the right to claim reimbursements from the former. However, certain requirements need

малолетно лице даје накнаду за друго лице које је пунолетно, ово друго има право да захтева надокнаду од првог.[180]

Занимљив је став судске праксе да је аутомобил неоходна ствар за малолетника.[181] У једном случају поставило се питање пуноважности уговора малолетника од 17 година и 11 месеци, кога је Влада Малезије спонзорисала за курс обуке у Малајској институцији за обуку наставника.[182] До сада, не постоји судска пракса која оспорава 18 година као старосну границу пунолетства за малолетнике по питању неопходних ствари. На основу овога, закључује се да се ствари сматрају неопходним само ако су служиле потребама малолетника и ако су одговарале њиховим животним условима. Слично томе, околности у то време могу довести до тога да се одређени фактори категоришу као неопходне ствари. На пример, током недавне пандемије *Covid-19*, када је влада спровела Наредбу о контроли кретања (*MCO*), сва настава је морала да се одвија онлајн, па се лаптоп који су студенти користили за „похађање" онлајн наставе може сматрати неопходним за студент, јер то гарантује њихов правилан образовни процес. Стога, ако је малолетник спонзорисан лаптопом и уговором је договорено да малолетник касније надокнади

страна која је обезбедила има право да захтева надокнаду. Dale *v Copping (1610) 1 Bulstr 40; 80 ER 743; Hart v Prater (1837) 1 Jur 623.*

180 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, str. 274.

181 У случају *Mercantile Credit protiv Spinks [1968] QWN 32*, утврђено је да је аутомобил потврђен као неопходан, јер је малолетнику био потребан да би пружио своје услуге као продавац. Исти приступ је очигледно одражен у једном локалном случају где је наведено да то шта ће се сматрати неопходним стварима треба да се утврди на основу животних услова малолетника, узимајући у обзир његов друштвени статус и богатство. Пружа се критеријум околности случаја, не и претходног утврђивања појма неопходне ствари.

Даље, на пример, чл. 39(1) и (2) Закона о друмском саобраћају из 1987. године (Закон 333) предвиђа различите старосне границе за малолетнике који дозвољавају да поседују дозволе за управљање различитим врстама возила. На пример, малолетнику који је навршио 16 година може бити дозвољено да добије дозволу за мотоцикл и возило за особе са инвалидитетом (класа А, Б, Б1 и Б2), али малолетник мора имати 17 година да би стекао дозволу за аутомобил (класа Д, ДА и А1). На основу чл. 10 Закона о реформи закона (брак и развод) из 1976. године, минимална старост за брак је 18 година за немуслиманске дечаке, док шеснаестогодишњој девојчици, уз дозволу главног министра, може бити дозвољено да се уда, R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 272.

182 *Government of Malaysia v Thelma Fernandez & Anor (1967).* Уговор је предвиђао да први тужени мора служити Малезијској влади пет година након завршетка курса. Тврдило се да је први тужени прекршио уговор када је поднео оставку након што је служио три године и десет месеци. Влада је тужила првог туженог и његове јемце као другог и трећег туженог и захтевала је надокнаду стварног износа од 11.500 долара који је коришћен за образовање туженог. У својој одбрани, први тужени је тврдио да је уговор ништаван, јер је он био малолетан када га је закључио и стога он и његови јемци нису одговорни. Поред тога, тужени је тврдио да је тужени износ претеран и неразуман с обзиром на то да је он служио влади три године и десет месеци. Судија је пресудио да влада има право на надокнаду од првог туженог, јер је износ спонзорисан за његово образовање и обуку третиран као неопходан.

Despite having a clear age of majority, there are exceptions, under which a minor may be allowed to undertake certain responsibilities. For example, section 39(1) and (2) of the Road Transport Act 1987 (Act 333) provides different age limits in allowing minors to possess licenses in handling different types of vehicles. For example, a minor who has reached 16 years of age may be allowed to take up license for a motorcycle, and a disabled vehicle (Class A, B, B1 and B2), but a minor must be 17 years of age to acquire license for a car (Class D, DA and A1). By virtue of section 10 of the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976, the minimum age for marriage is 18 years for non-Muslim boys while a sixteen-year-old girl, with the permission of the Chief Minister, may be allowed to marry.

RATIONALE FOR HAVING AN AGE OF MAJORITY

In general, this common law driven principle is based on the necessity to safeguard children who are deemed fragile, hence require further protection. The age of majority was adopted to determine the dividing line between majority and minority. Treitel (2011) stated that there are two principles governing the law on minors' contracts. The first is based on the principle that the minor must be protected by law due to his immaturity, which "may enable an adult to take unfair advantage of him, or to induce him to enter into a contract, which, though in itself fair, is simply improvident" (Treitel, 2011). The second principle is straightforward; it states that the law should not trigger "unnecessary hardship to adults who deal fairly with minors" (Treitel, 2011). To reconcile this may be challenging because the first principle, for example, underlies the general rule that a minor's contract does not bind him. Yet, this is not absolute for the second principle which seems to allow the minor to be liable for certain types of contracts.

Contract with Minors – General Principle

In Malaysia, the age of majority is 18 years old (Section 2, Age of Majority Act 1971 [Act 21]). The Contracts Act 1950 is silent about the minimum age when a person is qualified to enter a contract. The Act mentions that the contract is valid if made by competent parties (Section 10, Contracts Act 1950 [Act 136]), and the contracting parties must attain the age of majority to form a valid contract (Section 11, Contracts Act 1950 [Act 136]).

малолетно лице даје накнаду за друго лице које је пунолетно, ово друго има право да захтева надокнаду од првог.[180]

Занимљив је став судске праксе да је аутомобил неоходна ствар за малолетника.[181] У једном случају поставило се питање пуноважности уговора малолетника од 17 година и 11 месеци, кога је Влада Малезије спонзорисала за курс обуке у Малајској институцији за обуку наставника.[182] До сада, не постоји судска пракса која оспорава 18 година као старосну границу пунолетства за малолетнике по питању неопходних ствари. На основу овога, закључује се да се ствари сматрају неопходним само ако су служиле потребама малолетника и ако су одговарале њиховим животним условима. Слично томе, околности у то време могу довести до тога да се одређени фактори категоришу као неопходне ствари. На пример, током недавне пандемије *Covid-19*, када је влада спровела Наредбу о контроли кретања (*MCO*), сва настава је морала да се одвија онлајн, па се лаптоп који су студенти користили за „похађање" онлајн наставе може сматрати неопходним за студент, јер то гарантује њихов правилан образовни процес. Стога, ако је малолетник спонзорисан лаптопом и уговором је договорено да малолетник касније надокнади

страна која је обезбедила има право да захтева надокнаду. Dale *v Copping (1610) 1 Bulstr 40; 80 ER 743; Hart v Prater (1837) 1 Jur 623.*

180 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, str. 274.

181 У случају *Mercantile Credit protiv Spinks [1968] QWN 32*, утврђено је да је аутомобил потврђен као неопходан, јер је малолетнику био потребан да би пружио своје услуге као продавац. Исти приступ је очигледно одражен у једном локалном случају где је наведено да то шта ће се сматрати неопходним стварима треба да се утврди на основу животних услова малолетника, узимајући у обзир његов друштвени статус и богатство. Пружа се критеријум околности случаја, не и претходног утврђивања појма неопходне ствари.

Даље, на пример, чл. 39(1) и (2) Закона о друмском саобраћају из 1987. године (Закон 333) предвиђа различите старосне границе за малолетнике који дозвољавају да поседују дозволе за управљање различитим врстама возила. На пример, малолетнику који је навршио 16 година може бити дозвољено да добије дозволу за мотоцикл и возило за особе са инвалидитетом (класа А, Б, Б1 и Б2), али малолетник мора имати 17 година да би стекао дозволу за аутомобил (класа Д, ДА и А1). На основу чл. 10 Закона о реформи закона (брак и развод) из 1976. године, минимална старост за брак је 18 година за немуслиманске дечаке, док шеснаестогодишњој девојчици, уз дозволу главног министра, може бити дозвољено да се уда, R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 272.

182 *Government of Malaysia v Thelma Fernandez & Anor (1967).* Уговор је предвиђао да први тужени мора служити Малезијској влади пет година након завршетка курса. Тврдило се да је први тужени прекршио уговор када је поднео оставку након што је служио три године и десет месеци. Влада је тужила првог туженог и његове јемце као другог и трећег туженог и захтевала је надокнаду стварног износа од 11.500 долара који је коришћен за образовање туженог. У својој одбрани, први тужени је тврдио да је уговор ништаван, јер је он био малолетан када га је закључио и стога он и његови јемци нису одговорни. Поред тога, тужени је тврдио да је тужени износ претеран и неразуман с обзиром на то да је он служио влади три године и десет месеци. Судија је пресудио да влада има право на надокнаду од првог туженог, јер је износ спонзорисан за његово образовање и обуку третиран као неопходан.

to be fulfilled before the sponsor can submit such claims to the minor. The first element is that the sponsor has supplied the minor with necessaries. The silence of the Contracts Act 1950 on the meaning of the word, 'necessaries', referred to relevant English law. The English court defines the word, 'necessaries' as something, without which, the minor cannot have a proper life (*per* Alderson B. in *Chapple v Cooper*, 153 ER 105). They include food, clothes, accommodation, and also education (*per* Lord Esher M. R. in *Walter v Everard* [1891] 2 QB 369; *per* Cozens-Hardy, M. R. in *Roberts v Gray* [1913] 1 KB 520).

It should be noted, however, that a major cannot ask for repayment from a minor should the things supplied be not within the ambit of the definition of 'necessaries'. Thus, majors who sponsored minors with luxuries, such as suits of satin and velvet, cannot claim these as necessaries even for a gentleman of the chamber of the Earl of Essex (*Mackarell v Bachelor (1597) Cro Eliz 583*; Austen-Baker & Hunter, 2020). The majors will be doing so at their own risk since they cannot demand the minors for repayment. Fletcher-Moulton L.J. had this to say in *Nash v Inman* ((1908) 2 KB 1) even though it was highlighted in *Peters v Fleming* (1840) 6 M & W 42; 151 ER 314):

> "It was 'perfectly clear' that 'from the earliest time down to the present, the word necessaries is not confined, in its strict sense, to such articles as were necessary to the support of life, but extended to articles fit to maintain the particular person in the state, station, and degree in life in which he is" (per Parke B).

In *Mercantile Credit v Spinks* [1968] QWN 32, it was held that a car was confirmed as a 'necessary' since the minor needed the car to render his service as a salesperson. The same approach was obviously reflected in a local case. What constituted as necessaries, it was stated, should be determined based on the condition of the minor's life which takes into consideration his social status and his wealth. In the Malaysian landmark case of *Government of Malaysia* v *Gurcharan Singh* (1971) 1 MLJ 211; (*Government of Malaysia* v *Thelma Fernandez & Anor* (1967)) 1 MLJ 194, Chang Ming Tat highlighted:

> "In my view, the word 'necessaries' must be construed broadly and, in any decision involving whether what

малолетно лице даје накнаду за друго лице које је пунолетно, ово друго има право да захтева надокнаду од првог.[180]

Занимљив је став судске праксе да је аутомобил неоходна ствар за малолетника.[181] У једном случају поставило се питање пуноважности уговора малолетника од 17 година и 11 месеци, кога је Влада Малезије спонзорисала за курс обуке у Малајској институцији за обуку наставника.[182] До сада, не постоји судска пракса која оспорава 18 година као старосну границу пунолетства за малолетнике по питању неопходних ствари. На основу овога, закључује се да се ствари сматрају неопходним само ако су служиле потребама малолетника и ако су одговарале њиховим животним условима. Слично томе, околности у то време могу довести до тога да се одређени фактори категоришу као неопходне ствари. На пример, током недавне пандемије *Covid-19*, када је влада спровела Наредбу о контроли кретања (*MCO*), сва настава је морала да се одвија онлајн, па се лаптоп који су студенти користили за „похађање" онлајн наставе може сматрати неопходним за студент, јер то гарантује њихов правилан образовни процес. Стога, ако је малолетник спонзорисан лаптопом и уговором је договорено да малолетник касније надокнади

страна која је обезбедила има право да захтева надокнаду. Dale *v Copping (1610) 1 Bulstr 40; 80 ER 743; Hart v Prater (1837) 1 Jur 623.*

180 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, str. 274.

181 У случају *Mercantile Credit protiv Spinks [1968] QWN 32*, утврђено је да је аутомобил потврђен као неопходан, јер је малолетнику био потребан да би пружио своје услуге као продавац. Исти приступ је очигледно одражен у једном локалном случају где је наведено да то шта ће се сматрати неопходним стварима треба да се утврди на основу животних услова малолетника, узимајући у обзир његов друштвени статус и богатство. Пружа се критеријум околности случаја, не и претходног утврђивања појма неопходне ствари.

Даље, на пример, чл. 39(1) и (2) Закона о друмском саобраćају из 1987. године (Закон 333) предвиђа различите старосне границе за малолетнике који дозвољавају да поседују дозволе за управљање различитим врстама возила. На пример, малолетнику који је навршио 16 година може бити дозвољено да добије дозволу за мотоцикл и возило за особе са инвалидитетом (класа А, Б, Б1 и Б2), али малолетник мора имати 17 година да би стекао дозволу за аутомобил (класа Д, ДА и А1). На основу чл. 10 Закона о реформи закона (брак и развод) из 1976. године, минимална старост за брак је 18 година за немуслиманске дечаке, док шеснаестогодишњој девојчици, уз дозволу главног министра, може бити дозвољено да се уда, R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 272.

182 *Government of Malaysia v Thelma Fernandez & Anor (1967).* Уговор је предвиђао да први тужени мора служити Малезијској влади пет година након завршетка курса. Тврдило се да је први тужени прекршио уговор када је поднео оставку након што је служио три године и десет месеци. Влада је тужила првог туженог и његове јемце као другог и трећег туженог и захтевала је надокнаду стварног износа од 11.500 долара који је коришћен за образовање туженог. У својој одбрани, први тужени је тврдио да је уговор ништаван, јер је он био малолетан када га је закључио и стога он и његови јемци нису одговорни. Поред тога, тужени је тврдио да је тужени износ претеран и неразуман с обзиром на то да је он служио влади три године и десет месеци. Судија је пресудио да влада има право на надокнаду од првог туженог, јер је износ спонзорисан за његово образовање и обуку третиран као неопходан.

performance, such as footballers or singers, from being exploited by opportunistic agents. On the other hand, it prejudices the *bona fide* agent since the contract is deemed to be voidable.

Thus far, there is no local case law challenging 18 years old as the age of majority for minors under the issue of necessaries. Based on this, it is deduced that things are deemed as necessaries only if they served the needs of minors, and which suited their living conditions. Likewise, the circumstances at the time can drive certain factors to be categorized as necessaries. For instance, in the recent Covid-19 pandemic when the Movement Control Oder (MCO) was enforced by the government, all classes had to be conducted online, and so the laptop which was used by students to 'attend' online classes can be considered as necessary for students because this warrants their proper education process. Therefore, if a minor is sponsored with a laptop, and it is contractually agreed that the sponsor needs to be reimbursed later by the minor, nothing can prevent the validity of such a contractual term even by reason of incapacity of the minor. Notwithstanding the fact that computers or laptops used by minors who are in primary or secondary schools are normally purchased by parents, in a broader sense, minors who do not have parents and are cared for by guardians, or have received sponsorship from financial providers or organizational funds which are used to sponsor or cover facilities such as laptops; and should there be an agreement that the minor must repay all the financial expenses sponsored by the major, the agreement can be enforced. As mentioned, given the nature of online learning these days, laptops or computers can be included under the definition of 'necessaries' as articulated by Alderson B in the case of *Chappel v Cooper* (153 ER 105). However, before laptops or other electronic equipment can be classified as necessaries, the court will consider the following factors, such as the laptop's specifications, the minor's age at the time the contract was executed, the minor's social and economic standing, and the reason the laptop was required (Giancaspro & Langos, 2016).

(2) Contract of Scholarship

In the case of a minor who has been awarded a scholarship, the same principle applies. The sponsor has the right to claim reimbursement from the minor. In Malaysia, this has been regulated under the Contracts (Amendment) Act 1976 [Act A329] whereby the position of the sponsors has been secured explicitly. Previously, there was a

спонзору трошкове, ништа не може спречити валидност такве уговорне одредбе, чак и због неспособности малолетника. Пословна способност малолетника у Малезији посебно се огледа кроз два уговора: уговор о стипендирању и уговор о осигурању. Важење уговора о стипендији који је закључио малолетник изричито је наведено у чл. 4(a): „Ниједан уговор о стипендији неће бити поништен на основу тога што стипендиста који закључује уговор није пунолетан." Стога, не постоји изузеће од обавезе враћања новца од стране стипендисте који је добио стипендију за своје студије. У случају кршења уговора или неуспеха стипендисте да врати износ наведен у уговору о стипендији, стипендиста и јемци ће бити солидарно и појединачно одговорни даваоцу стипендије, односно биће дужни да надокнаде цео износ без обзира на било какву стварну штету или губитак који произилази из кршења уговора.[183] Поред тога, није дозвољен одбитак чак и ако је стипендиста завршио студије или пружио делимичне услуге даваоцу стипендије. То значи да ће стипендиста и даље морати да плати пуни износ потрошен на његово образовање ако је прекршио уговор о служењу, како је тражено. Све наведене одредбе односе се само на стипендије које додељује влада, што искључује уговоре о стипендијама које додељују приватне агенције. Уговор о стипендији се сматра изузетком од општег принципа, јер пунолетство није доња граница која се користи за ослобађање малолетника од обавеза и за отплату стипендисте.[184]

Малезија такође има осигуравајуће компаније које нуде различите врсте осигурања за новорођенчад. Новорођенче може бити законски заштићено осигурањем већ са 30 дана. Међутим, ово морају да предложе родитељи, било отац или мајка. Ова врста уговора осигурава да беба има приступ и финансијску подршку од тренутка рођења, чак и ако је било проблема током порођаја или уколико се појави здравствени проблем. У овом уговору, родитељ је дужан да обавести осигуравача о рођењу, а новорођенче ће бити укључено као члан породице са истим правима као и остатак породице. На основу горе наведеног, малолетник је стога правно способан да закључује уговоре о осигурању и има право да ужива у бенефицијама и правима као власник полисе, као да је достигао пунолетство. Такав уговорни однос представља значајно одступање од општег правила о неспособности малолетника млађег од 18 година да закључи важећи уговор. Такође, дозвољава се родитељима да осигурају живот свог детета, јер се сматра да родитељи имају осигурани интерес за своје дете. Ова одредба разрађује општи принцип где је полиса животног осигурања ништава, осим ако лице које склапа осигурање нема осигурани интерес за тај живот у време када је осигурање уговорено.

183 Чл. 5(a) Закона о уговорима, (измена) из 1976. године.

184 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 278.

lacuna in the case of the right to claim by sponsors, and the duty of the scholar to repay the scholarship.

By virtue of the 1976 Amendment, the above grey area has been clarified. The validity of a scholarship agreement entered into by a minor has been expressly stated in section 4(a):

> "No scholarship agreement shall be invalidated on the grounds that the scholar entering into an agreement is not of the age of majority."

Thus, there is no exemption to a duty of repayment by a scholar who was awarded with a scholarship for his study. In the event of a breach or failure by the scholar to repay the amount stated in the scholarship agreement, the scholar and the sureties shall be liable jointly, and severally to the scholarship provider, that is, to reimburse the whole amount notwithstanding any actual damage or loss resulting from the breach (Section 5(a), Contracts (Amendment) Act 1976). In addition, no deduction is allowed even though the scholar has completed his study or has rendered partial services to the scholarship provider (Section 5(a), Contracts (Amendment) Act 1976). This means that the scholar will still have to pay the full amount spent on his education if he breached the contract to serve, as per requested.

The Act further clarifies that if the amount is not mentioned in the scholarship agreement, then the scholarship provider is entitled to be reimbursed for the whole amount spent on the scholar, and the amount expected to be incurred by the scholarship provider in engaging a person with similar qualifications and experience (Section 5(a), Contracts (Amendment) Act 1976).

It should be noted that the above sections apply only to scholarships awarded by the government (Section 2, Contracts (Amendment) Act 1976). It excludes contracts of scholarships given by private agencies. A contract of scholarship is considered as an exception to the general principle since the age of majority is not the bottom line used to exempt the minor from liabilities and to repay the scholarship provider.

A similar approach is seen in the case of sponsorship contracts provided by the government to college or university students. However, as far as Malaysia is concerned, there are methods offered

спонзору трошкове, ништа не може спречити валидност такве уговорне одредбе, чак и због неспособности малолетника. Пословна способност малолетника у Малезији посебно се огледа кроз два уговора: уговор о стипендирању и уговор о осигурању. Важење уговора о стипендији који је закључио малолетник изричито је наведено у чл. 4(а): „Ниједан уговор о стипендији неће бити поништен на основу тога што стипендиста који закључује уговор није пунолетан." Стога, не постоји изузеће од обавезе враћања новца од стране стипендисте који је добио стипендију за своје студије. У случају кршења уговора или неуспеха стипендисте да врати износ наведен у уговору о стипендији, стипендиста и јемци ће бити солидарно и појединачно одговорни даваоцу стипендије, односно биће дужни да надокнаде цео износ без обзира на било какву стварну штету или губитак који произилази из кршења уговора.[183] Поред тога, није дозвољен одбитак чак и ако је стипендиста завршио студије или пружио делимичне услуге даваоцу стипендије. То значи да ће стипендиста и даље морати да плати пуни износ потрошен на његово образовање ако је прекршио уговор о служењу, како је тражено. Све наведене одредбе односе се само на стипендије које додељује влада, што искључује уговоре о стипендијама које додељују приватне агенције. Уговор о стипендији се сматра изузетком од општег принципа, јер пунолетство није доња граница која се користи за ослобађање малолетника од обавеза и за отплату стипендисте.[184]

Малезија такође има осигуравајуће компаније које нуде различите врсте осигурања за новорођенчад. Новорођенче може бити законски заштићено осигурањем већ са 30 дана. Међутим, ово морају да предложе родитељи, било отац или мајка. Ова врста уговора осигурава да беба има приступ и финансијску подршку од тренутка рођења, чак и ако је било проблема током порођаја или уколико се појави здравствени проблем. У овом уговору, родитељ је дужан да обавести осигуравача о рођењу, а новорођенче ће бити укључено као члан породице са истим правима као и остатак породице. На основу горе наведеног, малолетник је стога правно способан да закључује уговоре о осигурању и има право да ужива у бенефицијама и правима као власник полисе, као да је достигао пунолетство. Такав уговорни однос представља значајно одступање од општег правила о неспособности малолетника млађег од 18 година да закључи важећи уговор. Такође, дозвољава се родитељима да осигурају живот свог детета, јер се сматра да родитељи имају осигурани интерес за своје дете. Ова одредба разрађује општи принцип где је полиса животног осигурања ништава, осим ако лице које склапа осигурање нема осигурани интерес за тај живот у време када је осигурање уговорено.

183 Чл. 5(а) Закона о уговорима, (измена) из 1976. године.

184 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 278.

to borrowers to structure payment of sponsorship. In view of this, various exceptions have been initiated by the government to facilitate borrowers to repay loans. To cite one exception, under the Malaysian Public Service Department, since 2016, loans will be converted to full scholarships and borrowers are exempted from repayment if they serve the government upon graduation within the period specified in the agreement. In contrast, a repayment of 25 percent of the total loan received is expected if the student serves with a Government Linked Company (GLC) upon graduation within the period as specified in the agreement; a repayment of 50 percent of the total loan received if the student serves with a private company in the country upon graduation within the period as specified in the agreement; and a repayment of the entire loan if the student works abroad (https://www.jpa.gov.my/pelajar/bayaran-balik-pinjaman-gantirugi). Furthermore, discount facilities (from the total loan amount) may also be given to any borrower who successfully meets the following criteria: (i) The scholar has completed the period of service either in a GLC/private company as stated in the agreement. (ii) The scholar has completed the period of service in the same GLC/private company within the minimum period as stated in the agreement. (iii) The scholar holds a position equivalent to an academic qualification (https://www.jpa.gov.my/pelajar/bayaran-balik-pinjaman-gantirugi).

This implementation is in line with the principle of return on investment to the country which ensures that the government acquires the best talent for the civil service. Furthermore, this idea could shape governmental accountability, and the aforementioned will be used to enforce loan arrangements (https://www.jpa.gov.my/pelajar/bayaran-balik-pinjaman-gantirugi).

(3) Contract of Insurance

In Malaysia, the Financial Services Act (FSA) 2013 [Act 758] governs legal issues pertaining to insurance. The Act had repealed the Insurance Act 1996 [Act 553]. Schedule 8 of the FSA 2013, Section 128, Para (4) (1) rules out that a minor above 10 years old can enter a contract of insurance, but a written consent of parents/guardian is required if the minor is under 16 years old. This requirement is waived when they have attained 16 years (Schedule 8 of The FSA 2013, Section 128, Para (4) (2)).

Malaysia also has insurance companies which offer various types of insurance coverage to newborns. A newborn can be legally protected

спонзору трошкове, ништа не може спречити валидност такве уговорне одредбе, чак и због неспособности малолетника. Пословна способност малолетника у Малезији посебно се огледа кроз два уговора: уговор о стипендирању и уговор о осигурању. Важење уговора о стипендији који је закључио малолетник изричито је наведено у чл. 4(а): „Ниједан уговор о стипендији неће бити поништен на основу тога што стипендиста који закључује уговор није пунолетан." Стога, не постоји изузеће од обавезе враћања новца од стране стипендисте који је добио стипендију за своје студије. У случају кршења уговора или неуспеха стипендисте да врати износ наведен у уговору о стипендији, стипендиста и јемци ће бити солидарно и појединачно одговорни даваоцу стипендије, односно биће дужни да надокнаде цео износ без обзира на било какву стварну штету или губитак који произилази из кршења уговора.[183] Поред тога, није дозвољен одбитак чак и ако је стипендиста завршио студије или пружио делимичне услуге даваоцу стипендије. То значи да ће стипендиста и даље морати да плати пуни износ потрошен на његово образовање ако је прекршио уговор о служењу, како је тражено. Све наведене одредбе односе се само на стипендије које додељује влада, што искључује уговоре о стипендијама које додељују приватне агенције. Уговор о стипендији се сматра изузетком од општег принципа, јер пунолетство није доња граница која се користи за ослобађање малолетника од обавеза и за отплату стипендисте.[184]

Малезија такође има осигуравајуће компаније које нуде различите врсте осигурања за новорођенчад. Новорођенче може бити законски заштићено осигурањем већ са 30 дана. Међутим, ово морају да предложе родитељи, било отац или мајка. Ова врста уговора осигурава да беба има приступ и финансијску подршку од тренутка рођења, чак и ако је било проблема током порођаја или уколико се појави здравствени проблем. У овом уговору, родитељ је дужан да обавести осигуравача о рођењу, а новорођенче ће бити укључено као члан породице са истим правима као и остатак породице. На основу горе наведеног, малолетник је стога правно способан да закључује уговоре о осигурању и има право да ужива у бенефицијама и правима као власник полисе, као да је достигао пунолетство. Такав уговорни однос представља значајно одступање од општег правила о неспособности малолетника млађег од 18 година да закључи важећи уговор. Такође, дозвољава се родитељима да осигурају живот свог детета, јер се сматра да родитељи имају осигурани интерес за своје дете. Ова одредба разрађује општи принцип где је полиса животног осигурања ништава, осим ако лице које склапа осигурање нема осигурани интерес за тај живот у време када је осигурање уговорено.

183 Чл. 5(а) Закона о уговорима, (измена) из 1976. године.
184 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 278.

by insurance in as early as 30 days old. However, this must be proposed by the parents, either the father or mother (https://mypf.my/risk/life/child-insurance-coverage). In some cases, the insurers offer the "Born into the Plan Coverage." As the name implies, this sort of coverage ensures that a baby has access to and financial support from the moment it is born, even if there were issues during delivery, or should a health concern arise. In this coverage, the parent is required to notify the insurer of the birth, and the infant will be included as a family member with the same rights as the rest of the family (https://www.malaysia-health-insurance.com/coverage/new-born/).

Based on the above, a minor is thus legally capable of entering into insurance contracts and is entitled to enjoy the benefits and rights as a policy owner, as if he has reached the age of majority. Such an allowance marks a significant departure from the general rule of a minor's incapacity, below the age of 18 years old, in Malaysia to enter into a valid contract.

The FSA 2013 also allows parents to insure the life of their child since parents are deemed to have an insurable interest in their child (Schedule 8 of The FSA 2013, Section 128, Para (3) (3)(a). This provision elaborates the general principle laid down in Para 3(1) where the life policy shall be void unless the person effecting the insurance has an insurable interest in that life at the time the insurance was affected.

On the other hand, there is no general right for a parent under the English law to insure the life of a child (Dickson, 1896; Clarke, 2016; Scottish Law Commission, 2018). The leading English case illuminating this issue is *Halford v Kymer* ((1830) 10 B&C 724). The insurance company refused to compensate the father who had taken a life insurance policy on his son's life. The father's contention that his chances of receiving care and support would be diminished if his son died was rejected by the court, which decided that the interest had to be monetary. Thus, basic love and affection for a family member is not enough under English law.

There is also no right for an adult child to insure the life of a parent (Scottish Law Commission, 2018). In the case of *Harse v Pearl Life Assurance Co Ltd* ([1904] 1 KB 558), a mother was insured by her adult child because she had cooked and kept house for him. The

Online уговори малолетника представљају посебну категорију уговора у савременом праву. Деца су редовно укључена у *онлине* трансакције, посебно у данашњем дигиталном добу. Коришћење и развој дигиталне имовине од стране деце је у порасту и многи производи или услуге које компаније продају малолетницима постали су сложенији. Када су у питању законски захтеви за валидност, генерално, *онлине* уговарање је еквивалентно уговарању *offline*. Према обичајном праву, исти критеријуми као што су понуда, прихватање, разматрање, капацитет, намера за стварање правног односа и сигурност, морају бити испуњени да би *online* уговори били правно обавезујући. Одлука о обиму одговорности малолетника не може се ослањати само на општа правила Закона о уговорима из 1950. године. Упркос томе што Малезија има посебне законе који регулишу правне радње у *online* простору уопште, као што су Закон о компјутерским криминалним активностима из 1997. године (Закон 563), Закон о дигиталном потпису из 1997. године (Закон 562), Закон о комуникацијама и мултимедијима из 1998. године (Закон 589), не постоји јединствени регулаторни оквир који регулише питање одговорности малолетника код *online* уговора. Судска пракса, стога, управља се на правила из других земаља које имају англосаксонску правну традицију. Тако, у Великој Британији деца морају имати најмање 13 година да би се укључила у *online* трансакције. Ово се може пратити до њиховог учешћа на платформама друштвених медија, као што су *Facebook, Instagram, WhatsApp, X, и Snapchat*, где се од корисника захтева да потврде да имају 13 или више година приликом креирања новог налога. Што се тиче обавеза малолетника приликом склапања *online* уговора, постоје различите правне импликације развијене на основу *online* уговора које су закључили малолетници, са или без постојања сагласности родитеља, као законских заступника. Према ранијој пракси, ако малолетник закључи уговор уз сагласност свог родитеља или старатеља или када је његов родитељ или старатељ закључио уговор у његово име, сматрало се да је малолетник обавезан условима из уговора. У другој ситуацији, ако малолетник закључи уговор без сагласности родитеља или старатеља, то ствара само једну натуралну, природну обавезу за малолетника, али, са друге стране, грађанску обавезу за другу уговорну страну. Сличан приступ практикује се у САД где је 13 година минимална старосна граница за приступ услугама друштвених медија (Закон о заштити приватности деце на мрежама из 1998. године). На основу спроведених истраживања, дошло се до закључка да без сагласности, тј. помоћи родитеља, пре него што кликну на опцију „прихватам", малолетници се придружују *online* трансакцијама без знања да такви уговори производе обавезе на њиховој страни. Прихватањем опције могу се установити финансијске обавезе, те компаније на тај начин постају повериоци из установљеног *онлине* уговорног односа. Према наведеном Закону из 1998. године, *online* предузећа којој су циљна група деца млађа од 13 го-

was under the legal age of puberty, was regarded to be not void, but voidable (Co Litt 79; Blackstone Commentaries, I, 436). This meant that the marriage could be avoided by either of them when that party reached the age of puberty. But as Lowe and Douglas (2015) aptly stated, 'if the marriage is ratified (as it would be implied by continued cohabitation), it becomes irrevocably binding'.

Although the current position of stipulating 16 as the minimum age of requirement for marriage does not augur with the principles underlying the Convention on the Rights of the Child on the best interest of the child, it has at least increased the age from 12 years old. Nonetheless, in reality the rate of children marrying below 18 in England and Wales is low (Lowe & Douglas, 2015).

While Malaysia, and England and Wales recognize contracts of marriage involving children, there is a significant difference in respect to the minimum allowable ages. In Malaysia, the position regarding marriages among non-Muslims is comparatively similar in that the absolute minimum age is 16. Marriages contracted below the age of 16 is void ab initio. Another similarity is regarding girls who have attained 16 years old, but below 18 years old. Both need to obtain prior consent or permission albeit from different authorities. In the case of Malaysia, permission must be obtained from the Chief Minister whereas in the case of England and Wales, consent should be obtained from the parent. The law in Malaysia is however, rather discriminatory between boys and girls. No marriage may be contracted by boys below the age of 18 years. In respect to Muslims, the position is starkly different because first, there is no specific age prescribed for absolute prohibition for any girl or boy below the age of 16 and 18 respectively, except for the state of Selangor where both parties must be of age 18. In the event of any girl or boy below the age of 16 or 18 wish to get married, then prior consent must be obtained from the shariah court. Without a minimum age prescribed for the total prohibition of marriage, the child is potentially exposed to harmful consequences and threats which may be due to the result of early marriages, primarily, the transgression of the child's basic rights, under the UNCRC.

(6) Online Contract

Children have become regularly involved in online transactions, particularly in today's digital era. The usage and development of

Online уговори малолетника представљају посебну категорију уговора у савременом праву. Деца су редовно укључена у *онлине* трансакције, посебно у данашњем дигиталном добу. Коришћење и развој дигиталне имовине од стране деце је у порасту и многи производи или услуге које компаније продају малолетницима постали су сложенији. Када су у питању законски захтеви за валидност, генерално, *онлине* уговарање је еквивалентно уговарању *offline*. Према обичајном праву, исти критеријуми као што су понуда, прихватање, разматрање, капацитет, намера за стварање правног односа и сигурност, морају бити испуњени да би *online* уговори били правно обавезујући. Одлука о обиму одговорности малолетника не може се ослањати само на општа правила Закона о уговорима из 1950. године. Упркос томе што Малезија има посебне законе који регулишу правне радње у *online* простору уопште, као што су Закон о компјутерским криминалним активностима из 1997. године (Закон 563), Закон о дигиталном потпису из 1997. године (Закон 562), Закон о комуникацијама и мултимедијима из 1998. године (Закон 589), не постоји јединствени регулаторни оквир који регулише питање одговорности малолетника код *online* уговора. Судска пракса, стога, управља се на правила из других земаља које имају англосаксонску правну традицију. Тако, у Великој Британији деца морају имати најмање 13 година да би се укључила у *online* трансакције. Ово се може пратити до њиховог учешћа на платформама друштвених медија, као што су *Facebook, Instagram, WhatsApp, X, и Snapchat*, где се од корисника захтева да потврде да имају 13 или више година приликом креирања новог налога. Што се тиче обавеза малолетника приликом склапања *online* уговора, постоје различите правне импликације развијене на основу *online* уговора које су закључили малолетници, са или без постојања сагласности родитеља, као законских заступника. Према ранијој пракси, ако малолетник закључи уговор уз сагласност свог родитеља или старатеља или када је његов родитељ или старатељ закључио уговор у његово име, сматрало се да је малолетник обавезан условима из уговора. У другој ситуацији, ако малолетник закључи уговор без сагласности родитеља или старатеља, то ствара само једну натуралну, природну обавезу за малолетника, али, са друге стране, грађанску обавезу за другу уговорну страну. Сличан приступ практикује се у САД где је 13 година минимална старосна граница за приступ услугама друштвених медија (Закон о заштити приватности деце на мрежама из 1998. године). На основу спроведених истраживања, дошло се до закључка да без сагласности, тј. помоћи родитеља, пре него што кликну на опцију „прихватам", малолетници се придружују *online* трансакцијама без знања да такви уговори производе обавезе на њиховој страни. Прихватањем опције могу се установити финансијске обавезе, те компаније на тај начин постају повериоци из установљеног *онлине* уговорног односа. Према наведеном Закону из 1998. године, *online* предузећа којој су циљна група деца млађа од 13 го-

digital assets by children is on the increase and many products or services sold by companies to minors have become more complex. A variety of initiatives have also been developed, and these are aimed at encouraging financial literacy among young people (Banta & Cahn, 2019; Omelchuk et al., 2020). When it comes to legal requirements for validity, generally, contracting online is equivalent to contracting offline. Under common law, the same criteria such as offer, acceptance, consideration, capacity, intention to create legal relation and certainty, must be fulfilled for online contracts to be legally binding (Gilbert, 2018). The legal question that arises out of this is to what extent are minors liable as a result of this form of contract, and whether the age of majority should be a deciding factor.

The decision made on the extent of the minor's liability, in this case, cannot rely on the Contracts Act 1950 alone. Notwithstanding that Malaysia has regulated legislations that govern actions in cyberspace in general, such as the Computer Crimes Act of 1997 (Act 563), the Digital Signature Act of 1997 (Act 562) and the Communications and Multimedia Act of 1998 (Act 589), there is no single regulatory framework that governs the issue on the liability of minors in online contracts (Farahin, 2018; Abdul Aziz & Ibrahim, 2012). As a matter of fact, the Malaysian law is remarkably quiet on the legal framework that specifically refers to this issue, which has yet to be challenged by local case laws or previous studies.

Based on the above, it is thus worthwhile to look at approaches from other countries to make distinctions. It has been noted that in the UK, children must be at least 13 years old in order to engage in online transactions (Banta & Cahn, 2019). This is traced to their involvement on social media platforms, such as Facebook, Instagram, WhatsApp, and Snapchat where users are required to verify that they are of age 13 or above when creating a new account (Pasquale et al., 2020; Zippo & Pasquale, 2019). Regarding their liabilities when contracting online, a study by Gilbert (2018) was able to segregate the different legal implications developed based on online contracts entered into by minors, whether with or without parental assistance. In an earlier situation, that is if a minor enters into a contract with the help of his parent or guardian, or when his parent or guardian acted on his behalf, it was held that he is obligated by the terms of the contract (*Moolman v Erasmus* 1910 CPD 79 85; *Skead v Colonial Banking and Trust Co Ltd* 1924 TPD 497 500; *Marshall v National Wool Industries Ltd* 1924

Online уговори малолетника представљају посебну категорију уговора у савременом праву. Деца су редовно укључена у *онлине* трансакције, посебно у данашњем дигиталном добу. Коришћење и развој дигиталне имовине од стране деце је у порасту и многи производи или услуге које компаније продају малолетницима постали су сложенији. Када су у питању законски захтеви за валидност, генерално, *онлине* уговарање је еквивалентно уговарању *offline*. Према обичајном праву, исти критеријуми као што су понуда, прихватање, разматрање, капацитет, намера за стварање правног односа и сигурност, морају бити испуњени да би *online* уговори били правно обавезујући. Одлука о обиму одговорности малолетника не може се ослањати само на општа правила Закона о уговорима из 1950. године. Упркос томе што Малезија има посебне законе који регулишу правне радње у *online* простору уопште, као што су Закон о компјутерским криминалним активностима из 1997. године (Закон 563), Закон о дигиталном потпису из 1997. године (Закон 562), Закон о комуникацијама и мултимедијима из 1998. године (Закон 589), не постоји јединствени регулаторни оквир који регулише питање одговорности малолетника код *online* уговора. Судска пракса, стога, управља се на правила из других земаља које имају англосаксонску правну традицију. Тако, у Великој Британији деца морају имати најмање 13 година да би се укључила у *online* трансакције. Ово се може пратити до њиховог учешћа на платформама друштвених медија, као што су *Facebook, Instagram, WhatsApp, X, и Snapchat*, где се од корисника захтева да потврде да имају 13 или више година приликом креирања новог налога. Што се тиче обавеза малолетника приликом склапања *online* уговора, постоје различите правне импликације развијене на основу *online* уговора које су закључили малолетници, са или без постојања сагласности родитеља, као законских заступника. Према ранијој пракси, ако малолетник закључи уговор уз сагласност свог родитеља или старатеља или када је његов родитељ или старатељ закључио уговор у његово име, сматрало се да је малолетник обавезан условима из уговора. У другој ситуацији, ако малолетник закључи уговор без сагласности родитеља или старатеља, то ствара само једну натуралну, природну обавезу за малолетника, али, са друге стране, грађанску обавезу за другу уговорну страну. Сличан приступ практикује се у САД где је 13 година минимална старосна граница за приступ услугама друштвених медија (Закон о заштити приватности деце на мрежама из 1998. године). На основу спроведених истраживања, дошло се до закључка да без сагласности, тј. помоћи родитеља, пре него што кликну на опцију „прихватам", малолетници се придружују *online* трансакцијама без знања да такви уговори производе обавезе на њиховој страни. Прихватањем опције могу се установити финансијске обавезе, те компаније на тај начин постају повериоци из установљеног *онлине* уговорног односа. Према наведеном Закону из 1998. године, *online* предузећа којој су циљна група деца млађа од 13 го-

OPD 238 248; *Wood v Davies* 1934 CPD 250 256; *Van Dyk v South African Railways and Harbours* 1956 (4) SA 410 (W) 412; Cockrell (1999); Boezaart (2016)). In a latter situation, that is if a minor enters into a contract without the assistance of his parent or guardian, it shall merely create "a natural obligation on the part of the minor, but a fully enforceable civil obligation for the other party" (Gilbert, 2018; Kruger & Skelton, 2010). Gilbert (2018) suggested that the best approach in dealing with a minor who enters into an online contract would be to treat the minor the same as one would in terms of criminal law and the law of delict.

Parallel to this, it is observed that a similar approach has been practised in US where the age of 13 is the minimum age for accessing social media services (Children's Online Privacy Protection Act [COPPA] 1998; Pasquale et al., 2020, Zippo & Pasquale, 2019). It has been emphasised in a study conducted by Slade (2011) that minors can surely reach a degree of consumer awareness that would constitute contracting capability, with the help of a parent as a guide and educator. Without parental guidance however, prior to clicking "I accept," minors have joined online transactions without knowledge that such contracts could trigger financial liabilities, and that they could be at the mercy of companies which can afford to attract young consumers (Slade, 2011). Likewise, it is also noted that under COPPA 1998, online businesses targeting children under the age of 13, or website services which are aware that they are serving children under the age of 13 need to obtain parental consent before collecting personal information from the children (COPPA, Sections 6501–6506; Slade, 2011; Banta & Cahn, 2018; Juanda, 2007). This could help them to develop procedures which can protect the privacy of information collected. COPPA was signed in 1998, and updated in 2013 to meet the enormous growth of technology because minors had been affected due to their increased usage of mobile devices, and social networking sites (Diffenderfer, 2016). The 2013 changes have tightened children's online privacy regulations, and parents have been provided with more control over personal information collected from children by websites. Herewith, it is highlighted the decision of the 2008 Virginia case, *A. V v. iParadigms* (A.V. v. iParadigms, Co., 44 F. Supp. 2d 473 (E.D. Va. 2008) in which the United States District Court for the Eastern District of Virginia dismissed high school students' attempts to disaffirm an online contract, under the infancy defence. The court held that the plaintiffs could not disaffirm because they had retained the benefits of the contract (Slade, 2011).

дина, морају да добију родитељски пристанак пре прикупљања личних података од деце. Промене овог Закона из 2013. године су пооштриле прописе о приватности деце на мрежи, а родитељима је пружена већа контрола над личним подацима које *веб* странице прикупљају од деце. Овде се истиче одлука у случају из 2008. године у Вирџинији, *A.B. против Paradigms*, у којој је Окружни суд Сједињених Држава за Источни округ Вирџиније одбацио покушаје средњошколаца да пониште закључени *online* уговор на основу чињенице малолетства. Суд је утврдио да тужиоци нису могли да пониште уговор, јер су већ задржали користи од тог уговора. У оквиру аустралијског права, вреди напоменути да је Нови Јужни Велс, такође, усвојио свеобухватно законодавство које се односи на уговоре које закључују малолетници. Закон о имовини и уговорима са малолетницима из 1970. године значајно је променио схватање обичајног права да су уговори које закључују малолетници неизвршиви, осим оних који су неопходни или корисни. Тако, сматрано је да је уговор са шеснаестогодишњаком аутентичан и правно извршан, под условом да малолетник разуме услове и да тај уговор користи малолетнику. Најважније је да Закон каже да се сматра да је уговор обавезујући ако користи малолетнику и ако малолетник разуме услове из уговора. Занимљиво је да, у вези са *online* уговорима, постоји предлог да се створи логичнији приступ да се малолетник третира у складу са његовим интелектуалним капацитетом, а не са његовим узрастом и годинама. Међутим, треба нагласити да се овај приступ треба разматрати са опрезом, како би се осигурало да неспособност малолетника не злоупотребљавају предузећа која дају приоритет профиту и ослањају се на незнање и незрелост деце. Штавише, као даљи аргумент се истиче чињеница да родитељима није лако да прате интернет активности своје деце, те да деца не смеју бити препуштена себи у *online* сфери.[185]

У Малезији постоји претпоставка да свака особа има потпуну пословну способност. Међутим, закон поставља ограничења у погледу способности одређених особа да се обавежу обећањем или да спроведу обећање које им је дато. Ове особе укључују три групе: малолетнике, душевно оболеле особе и банкроте. Особа са инвалидитетом, односно одојче или пацијент (особа са менталним поремећајем), не може покренути никакав поступак, осим преко свог најближег пријатеља. У процесном смислу, ове особе не могу да се бране на суду, тј. заступају саме себе, да подносе контратужбу, нити да интервенишу у било ком поступку или да се појаве у било ком поступку по пресуди или налогу о коме је обавештење достављено, осим преко свог старатеља. Читав низ закона у Малезији дефинише термине малолетника, детета и одојчета. Њих карактерише различито дефинисање и непостојање извесности, што ћемо видети у наредним редовима, а што може довести до правне несигурности. У Малезији, дете, одојче или било која друга особа која није достигла

185 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 291.

OPD 238 248; *Wood v Davies* 1934 CPD 250 256; *Van Dyk v South African Railways and Harbours* 1956 (4) SA 410 (W) 412; Cockrell (1999); Boezaart (2016)). In a latter situation, that is if a minor enters into a contract without the assistance of his parent or guardian, it shall merely create "a natural obligation on the part of the minor, but a fully enforceable civil obligation for the other party" (Gilbert, 2018; Kruger & Skelton, 2010). Gilbert (2018) suggested that the best approach in dealing with a minor who enters into an online contract would be to treat the minor the same as one would in terms of criminal law and the law of delict.

Parallel to this, it is observed that a similar approach has been practised in US where the age of 13 is the minimum age for accessing social media services (Children's Online Privacy Protection Act [COPPA] 1998; Pasquale et al., 2020, Zippo & Pasquale, 2019). It has been emphasised in a study conducted by Slade (2011) that minors can surely reach a degree of consumer awareness that would constitute contracting capability, with the help of a parent as a guide and educator. Without parental guidance however, prior to clicking "I accept," minors have joined online transactions without knowledge that such contracts could trigger financial liabilities, and that they could be at the mercy of companies which can afford to attract young consumers (Slade, 2011). Likewise, it is also noted that under COPPA 1998, online businesses targeting children under the age of 13, or website services which are aware that they are serving children under the age of 13 need to obtain parental consent before collecting personal information from the children (COPPA, Sections 6501–6506; Slade, 2011; Banta & Cahn, 2018; Juanda, 2007). This could help them to develop procedures which can protect the privacy of information collected. COPPA was signed in 1998, and updated in 2013 to meet the enormous growth of technology because minors had been affected due to their increased usage of mobile devices, and social networking sites (Diffenderfer, 2016). The 2013 changes have tightened children's online privacy regulations, and parents have been provided with more control over personal information collected from children by websites. Herewith, it is highlighted the decision of the 2008 Virginia case, *A. V v. iParadigms* (A.V. v. iParadigms, Co., 44 F. Supp. 2d 473 (E.D. Va. 2008) in which the United States District Court for the Eastern District of Virginia dismissed high school students' attempts to disaffirm an online contract, under the infancy defence. The court held that the plaintiffs could not disaffirm because they had retained the benefits of the contract (Slade, 2011).

290

дина, морају да добију родитељски пристанак пре прикупљања личних података од деце. Промене овог Закона из 2013. године су пооштриле прописе о приватности деце на мрежи, а родитељима је пружена већа контрола над личним подацима које *веб* странице прикупљају од деце. Овде се истиче одлука у случају из 2008. године у Вирџинији, *A.B. против и Paradigms*, у којој је Окружни суд Сједињених Држава за Источни округ Вирџиније одбацио покушаје средњошколаца да пониште закључени *online* уговор на основу чињенице малолетства. Суд је утврдио да тужиоци нису могли да пониште уговор, јер су већ задржали користи од тог уговора. У оквиру аустралијског права, вреди напоменути да је Нови Јужни Велс, такође, усвојио свеобухватно законодавство које се односи на уговоре које закључују малолетници. Закон о имовини и уговорима са малолетницима из 1970. године значајно је променио схватање обичајног права да су уговори које закључују малолетници неизвршиви, осим оних који су неопходни или корисни. Тако, сматрано је да је уговор са шеснаестогодишњаком аутентичан и правно извршан, под условом да малолетник разуме услове и да тај уговор користи малолетнику. Најважније је да Закон каже да се сматра да је уговор обавезујући ако користи малолетнику и ако малолетник разуме услове из уговора. Занимљиво је да, у вези са *online* уговорима, постоји предлог да се створи логичнији приступ да се малолетник третира у складу са његовим интелектуалним капацитетом, а не са његовим узрастом и годинама. Међутим, треба нагласити да се овај приступ треба разматрати са опрезом, како би се осигурало да неспособност малолетника не злоупотребљавају предузећа која дају приоритет профиту и ослањају се на незнање и незрелост деце. Штавише, као даљи аргумент се истиче чињеница да родитељима није лако да прате интернет активности своје деце, те да деца не смеју бити препуштена себи у *online* сфери.[185]

У Малезији постоји претпоставка да свака особа има потпуну пословну способност. Међутим, закон поставља ограничења у погледу способности одређених особа да се обавежу обећањем или да спроведу обећање које им је дато. Ове особе укључују три групе: малолетнике, душевно оболеле особе и банкроте. Особа са инвалидитетом, односно одојче или пацијент (особа са менталним поремећајем), не може покренути никакав поступак, осим преко свог најближег пријатеља. У процесном смислу, ове особе не могу да се бране на суду, тј. заступају саме себе, да подносе контратужбу, нити да интервенишу у било ком поступку или да се појаве у било ком поступку по пресуди или налогу о коме је обавештење достављено, осим преко свог старатеља. Читав низ закона у Малезији дефинише термине малолетника, детета и одојчета. Њих карактерише различито дефинисање и непостојање извесности, што ћемо видети у наредним редовима, а што може довести до правне несигурности. У Малезији, дете, одојче или било која друга особа која није достигла

185 R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 291.

Apart from the above, it is worth noting that New South Wales (NSW) have also enacted a comprehensive legislation pertaining to contracts entered into by minors. The Minors (Property and Contracts) Act 1970 (NSW) has significantly altered the common law notion that contracts made by minors are unenforceable, except for those that are necessary or beneficial. A contract with a 16-year-old in NSW is genuine and legally enforceable provided that the minor understands the terms and that the contract benefits the minor. Most crucially, the Act says that a contract is assumed to be binding if it benefits the minor and the youngster understands the conditions.

Thus, regarding specific online contracts, it is suggested that a more logical approach be created for contract laws because doing so means treating minors in accordance with their intellectual capacity rather than their age (Shiffman, 2012). However, it should be emphasised that this approach needs to be utilised with caution, to ensure that minors' incapacity is not exploited by businesses which prioritise profits and rely on the ignorance of children as a source of their income. Furthermore, the fact that it is not easy for parents to monitor their children's internet activities, relying on the age of majority to safeguard minors from unnecessary financial obligations is more equitable. Thus, businesses must ensure that specific information is controlled, and that some businesses should be excluded from children.

CONCLUSION

The age of majority for a minor can generally remain at 18 years old. Any exception formulated for this general principle must be premised on the rationale to protect the minor, and to offer a fair balance to the major. The bottom line of a minority age cannot be taken for granted by the minor to exclude liability. Simultaneously, their innocence cannot be manipulated by the major who may use it for the advantage of making business profit.

Based on the discussions, it is thus deduced that the age of majority must take into consideration, factors such as the condition of the minor, the current situation, and the implications suffered by both contracting parties - the major and the minor. Taking a cue from the maturity of minors in certain aspects of life, a subjective approach can

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Family and Succession Law in India

Second Edition

K.B. Agrawal

This book was originally published as a monograph in the International Encyclopaedia of Laws/Family and Succession Law.

General Editors: Roger Blanpain, Frank Hendrickx
Volume Editor: Walter Pintens

常州大学图书馆
藏书章

Wolters Kluwer
Law & Business

уговори које су закључили малолетници ништави, укључујући и уговор о неопходним стварима, чл. 69 Закона о уговорима из 1950. године дозвољава особи која је испоручила неопходне ствари малолетнику да јој се надокнаде трошкови из имовине малолетника.[190] Појам неопходних ствари има посебан значај у судској пракси Малезије и тумачењу уговорне способности малоетника.[191]

2.3.2. Индија

Индијско право карактерише неколико различитих правних система. У Индији, уопштено говорећи, малолетник је особа која није навршила 18 година.[192] Индијски закон о пунолетству из 1875. године при-

рушљив и да малолетни тужени треба да му врати позајмљени износ. Судски одбор Тајног савета утврдио је да је уговор о зајму ништав, а не рушљив.

190 Чл. 69 Закона предвиђа: „Ако особа, која није способна да закључи уговор, или било кога кога је она законски обавезна да издржава, добије од друге особе неопходне ствари које одговарају њеном животном стању, особа која је обезбедила такве ствари има право на надокнаду из имовине те неспособне особе." Реч „неопходне ствари" није дефинисана у Закону о уговорима из 1950. године нити у Уредби о продаји робе (малајске државе) из 1957. године. Али тај члан једноставно значи да предмет мора бити такав да одговара животним условима малолетника. И у малезијском праву видимо појам неопходних ствари.

191 У случају *Влада Малезије против Гурчаран Синґха и других*, судија Чанг Мин Тат, након што је размотрио неколико случајева обичајног права и дефиниција о неопходним стварима, изнео је став: „(Какве) одлуке о томе шта представља неопходне ствари не могу бити од велике помоћи јер су случајеви јасно одлучени на основу њихових специфичних чињеница и околности живота и потреба детета." Уважени судија је закључио да се реч „неопходне ствари" мора тумачити широко и у свакој одлуци која се тиче тога да ли је оно што се испоручује спада под појам неопходне ствари, друго је узети у обзир чињенице случаја, услове и околности у којима је испорука извршена и сврху којој служи. Проблем у том случају била је валидност уговора о стипендији који је малолетник закључио са Владом Малезије. Уважени судија је јасно ставио до знања да обавеза малолетника да плати неопходне ствари обезбеђене у складу са чл. 69 не произлази из уговора. Дете је потпуно неспособно и неспособно да закључи уговор и стога не постоји уговор на основу којег може бити тужено. Стога, тужба владе за кршење уговора против детета мора бити одбијена. По стицању пунолетства, малолетник може, ако жели, да се ослободи свих будућих дугова фирме раскидом партнерства. Ако малолетник престане да поштује уговор или партнерство када постане пунолетан, има право на било који новац који је исплатио по основу уговора, под условом да није примио никакву корист од њега. Међутим, у случају *William Jacks & Co. (Malaya) Ltd. против Chan & Yong Trading Co.*, Јонг, малолетник, и Чан су основали партнерство под називом *Chan and Yong Trading*. Ово партнерство је имало намеру да изгради две куће. Тужиоци су их тужили за 12.734,91 малајских рингита за продату и испоручену робу. Чан је изјавио да је роба купљена од тужилаца била за приватну експлоатацију Јонга. Утврђено је да чињеница да је Јонг користио робу купљену од тужилаца за своје потребе није ослободила фирму и партнере одговорности. Пошто Јонг није предузео никакве кораке након пунолетства да би се одрекао партнерства, он је такође био одговоран као партнер фирме. Z. Kamaruddin, A. I. Kulliyyah, A. Hidayah Halim, M. Naqib Ishan Jan, *op. cit.*, стр. 43.

192 За дефиницију малолетника у индијском праву, Anil Malhotra, Ranjit Malhotra, „India: a perspective", у: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 151.

II. Legal Status of a Deceased Person

165. The rights are generally created at birth and extinguished after death. Indian law, however, recognizes and protects the desires and interests of the deceased. There are three rights in this respect; that is, a man's body, his reputation, and his property. The law secures decent burial or cremation of the body of a person and violation of this law is a criminal offence. Section 499, Explanation I of the Indian Penal Code, 1860 (IPC), lays down regarding the reputation of the deceased person, that it may amount to defamation to impute anything to a deceased person, if the imputation would harm the reputation of that person if living, and is intended to be hurtful to the feelings of his family. The most significant matter in which the wishes of dead men are allowed by law to govern the actions of the living is that of testamentary succession. That is, the law respects the desires of the dead person regarding his estate, and his estate devolves according to his will, if he has left any.

§2. CAPACITY

166. All persons have full legal capacity. However, there is a category of persons who lack full capacity: minors and lunatics. In India, married women enjoy full legal capacity. Persons with mental handicaps lack full capacity, depending on the extent of their disability.

I. Minors

167. In India, broadly speaking, a minor is a person who has not attained the age of 18 years. Indian Majority Act, 1875, applies to all persons domiciled in India, and to all matters except marriage, dower, divorce, and adoption. According to that Act, every person who has completed the age of 18 years shall be deemed to be major. In Muslim law, however, a minor is a person under 15 years. Thus, under Muslim law, minors between the ages of 15 years and 18 years can act independently of any guardian in the matter of marriage, dower, and divorce. For instance, a Muslim wife of 16 years may sue for divorce without the intervention of a guardian.

168. A person below the age of majority is known as 'minor' under Indian law. Roman law used two terms, 'infant' and 'minor', and Indian law derived these terms from Roman law. The term 'infant' is in etymologically sense, under Roman law, applied to a person under the age of 7 years. The term literally means, 'unable to speak' and in late Roman law was fixed at 7 years. An infant has no contractual capacity. Under Roman law 'minor' is a person who has not completed the 25th year of age but has completed the age of 14 years if male and 12 years if female. Under Hindu law, however, infancy was divided into two periods:

(i) from the birth to completion of 8th year; and
(ii) from the 8th year to the completion of 25th year.

мењује се на сва лица са пребивалиштем у Индији и на сва питања осим брака, мираза, развода и усвајања. Према том закону, свака особа која је навршила 18 година сматра се пунолетном. Међутим, у муслиманском праву, малолетник је особа млађа од 15 година. Дакле, према муслиманском праву, малолетници између 15 и 18 година могу деловати независно од било ког старатеља у питањима брака, мираза и развода. На пример, муслиманска супруга у браку са 16 година може поднети захтев за развод без интервенције старатеља. Према хиндуистичком праву, детињство је било подељено на два периода: (1) од рођења до навршене 8. године и (2) од 8. до навршене 25. године. Занимљиво је да хиндуистичко право примењује паралелну фикцију између насцитуруса и детета до 8 године. Према старом хиндуистичком закону, особа млађа од 8 година сматрана је дететом у мајчиној утроби. Након навршених 8 година, пре него што напуни 15 или 16 година, сматрана је интелектуално незрелом и стога неспособном да склопи било какав правни посао. Међутим, правила о пунолетству према хиндуистичком закону су у великој мери измењена Индијским законом о пунолетству из 1875. године. Члан 2(2) Закона не утиче на способност хиндуса или муслимана у питањима брака, мираза, развода и усвајања. Што се тиче хиндуса, питање брака регулише се Законом о усвајању, према којем је старосна граница за брак за мушкарце 21 година, а за жене 18 година. За усвајање, дете старости 15 година или више не може бити усвојено, осим ако обичај дозвољава такво усвајање. Усвојиоци су такође требали да наврше 18 година. Дете није способно да закључи уговор.[193] Према чл. 10 Закона о уговорима и преговорима, малолетник није способан да делује као старатељ имовине било ког малолетника. Међутим, малолетни родитељ може бити старатељ личности своје малолетне деце и неспособност утврђена у овом члану се не примењује. Даље, малолетни муж нема способност да делује као природни старатељ имовине своје малолетне супруге, иако наставља да буде старатељ њене личности.[194]

Члан 11 Индијског закона о уговорима из 1872. године прописује да је свака особа способна за уговарање која је пунолетна у складу са законом којем подлеже, а такође је здравог разума и није дисквалификована за уговарање било којим законом којем подлеже. Неопходно је да све уговорне стране буду способне за уговарање. У случају *Mohori Bibi protiv Dharmodasa Goša*, Тајни савет је утврдио да је уговор са малолетником ништав, а не само рушљив, будући да је он особа која није способна за уговарање. Слично томе, пренос имовине, или споразум о преносу имовине од стране њега је на истој основи као и други уговори и ништав је. Чак и ако малолетник, на основу лажног представљања пунолетства,

193 Чл. 11. Индијског закона о уговорима из 1872. године.

194 K. B. Agrawal, *IEL Family and Succession Law – India: Suppl. 72*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 75.

II. Legal Status of a Deceased Person

165. The rights are generally created at birth and extinguished after death. Indian law, however, recognizes and protects the desires and interests of the deceased. There are three rights in this respect; that is, a man's body, his reputation, and his property. The law secures decent burial or cremation of the body of a person and violation of this law is a criminal offence. Section 499, Explanation I of the Indian Penal Code, 1860 (IPC), lays down regarding the reputation of the deceased person, that it may amount to defamation to impute anything to a deceased person, if the imputation would harm the reputation of that person if living, and is intended to be hurtful to the feelings of his family. The most significant matter in which the wishes of dead men are allowed by law to govern the actions of the living is that of testamentary succession. That is, the law respects the desires of the dead person regarding his estate, and his estate devolves according to his will, if he has left any.

§2. Capacity

166. All persons have full legal capacity. However, there is a category of persons who lack full capacity: minors and lunatics. In India, married women enjoy full legal capacity. Persons with mental handicaps lack full capacity, depending on the extent of their disability.

I. Minors

167. In India, broadly speaking, a minor is a person who has not attained the age of 18 years. Indian Majority Act, 1875, applies to all persons domiciled in India, and to all matters except marriage, dower, divorce, and adoption. According to that Act, every person who has completed the age of 18 years shall be deemed to be major. In Muslim law, however, a minor is a person under 15 years. Thus, under Muslim law, minors between the ages of 15 years and 18 years can act independently of any guardian in the matter of marriage, dower, and divorce. For instance, a Muslim wife of 16 years may sue for divorce without the intervention of a guardian.

168. A person below the age of majority is known as 'minor' under Indian law. Roman law used two terms, 'infant' and 'minor', and Indian law derived these terms from Roman law. The term 'infant' is in etymologically sense, under Roman law, applied to a person under the age of 7 years. The term literally means, 'unable to speak' and in late Roman law was fixed at 7 years. An infant has no contractual capacity. Under Roman law 'minor' is a person who has not completed the 25th year of age but has completed the age of 14 years if male and 12 years if female. Under Hindu law, however, infancy was divided into two periods:

(i) from the birth to completion of 8th year; and
(ii) from the 8th year to the completion of 25th year.

мењује се на сва лица са пребивалиштем у Индији и на сва питања осим брака, мираза, развода и усвајања. Према том закону, свака особа која је навршила 18 година сматра се пунолетном. Међутим, у муслиманском праву, малолетник је особа млађа од 15 година. Дакле, према муслиманском праву, малолетници између 15 и 18 година могу деловати независно од било ког старатеља у питањима брака, мираза и развода. На пример, муслиманска супруга у браку са 16 година може поднети захтев за развод без интервенције старатеља. Према хиндуистичком праву, детињство је било подељено на два периода: (1) од рођења до навршене 8. године и (2) од 8. до навршене 25. године. Занимљиво је да хиндуистичко право примењује паралелну фикцију између насцитуруса и детета до 8 године. Према старом хиндуистичком закону, особа млађа од 8 година сматрана је дететом у мајчиној утроби. Након навршених 8 година, пре него што напуни 15 или 16 година, сматрана је интелектуално незрелом и стога неспособном да склопи било какав правни посао. Међутим, правила о пунолетству према хиндуистичком закону су у великој мери измењена Индијским законом о пунолетству из 1875. године. Члан 2(2) Закона не утиче на способност хиндуса или муслимана у питањима брака, мираза, развода и усвајања. Што се тиче хиндуса, питање брака регулише се Законом о усвајању, према којем је старосна граница за брак за мушкарце 21 година, а за жене 18 година. За усвајање, дете старости 15 година или више не може бити усвојено, осим ако обичај дозвољава такво усвајање. Усвојиоци су такође требали да наврше 18 година. Дете није способно да закључи уговор.[193] Према чл. 10 Закона о уговорима и преговорима, малолетник није способан да делује као старатељ имовине било ког малолетника. Међутим, малолетни родитељ може бити старатељ личности своје малолетне деце и неспособност утврђена у овом члану се не примењује. Даље, малолетни муж нема способност да делује као природни старатељ имовине своје малолетне супруге, иако наставља да буде старатељ њене личности.[194]

Члан 11 Индијског закона о уговорима из 1872. године прописује да је свака особа способна за уговарање која је пунолетна у складу са законом којем подлеже, а такође је здравог разума и није дисквалификована за уговарање било којим законом којем подлеже. Неопходно је да све уговорне стране буду способне за уговарање. У случају *Mohori Bibi protiv Dharmodasa Goša*, Тајни савет је утврдио да је уговор са малолетником ништав, а не само рушљив, будући да је он особа која није способна за уговарање. Слично томе, пренос имовине, или споразум о преносу имовине од стране њега је на истој основи као и други уговори и ништав је. Чак и ако малолетник, на основу лажног представљања пунолетства,

193 Чл. 11. Индијског закона о уговорима из 1872. године.

194 K. B. Agrawal, *IEL Family and Succession Law – India: Suppl. 72*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 75.

169. Under the old Hindu law, a person below the age of 8 years for all purposes was considered to be a child in its mother's womb. After completion of the 8th year, before completing 15 or 16 years, he was considered to be intellectually immature and, therefore, incapable of entering into any legal transaction. However, the rules of majority under Hindu law were to a great extent modified by the Indian Majority Act, 1875. Section 2(2) of the Act, does not affect the capacity of a Hindu or Muslim in the matters of marriage, dower, divorce, and adoption. As far as Hindus are concerned, the matter of marriage is governed by the HMA, under which the age of marriage for a male is 21 years and for a female, the age is 18 years. For adoption, the matter is now regulated by the HAMA. Thus, a child of the age of 15 years or above cannot be adopted unless a custom permits such an adoption. The adopters should also have completed the age of 18 years.

170. A child under section 11 of the Indian Contract Act, 1872, is incompetent to make a contract. Under section 10 of the HMGA, a minor is incompetent to act as a guardian of the property of any minor. However, a minor parent can be a guardian of the person of his minor children, and the incompetency laid down in this section does not apply. Further, a minor husband lacks competency to act as the natural guardian of his minor wife's property though he continues to be the guardian of her person.

171. Ordinarily no court will appoint a person who is a minor as guardian of another person, either of his person or of property. Section 21 of the Guardian and Wards Act, 1890, lays down that a minor is incompetent to act as guardian of any minor except his own wife or child or another minor member of that family. Thus, under section 21, in the following three situations a minor can be guardian of another minor:

(a) a minor husband can be guardian of his minor wife;
(b) a minor parent (father and mother) can be guardian of his or her minor child;
(c) a minor *karta* can be the guardian of the minor child and wives of other coparceners. Section 21, however, does not state whether it is confined to guardianship of person or whether it is of both person and property.

II. Lunacy and Idiocy

172. The terms 'lunacy' and 'idiocy' have not been defined by any Act dealing with family law. The Federal Court as well as the Privy Council[60] said that there are various degrees of insanity and the fact that man has been adjudicated a lunatic may mean and imply that he is not competent to manage his own affairs, but it does not necessarily show that he suffers from complete mental aberration. He may still have

60. *Maujilal v. Chakravarti* 38 IA 122.

мењује се на сва лица са пребивалиштем у Индији и на сва питања осим брака, мираза, развода и усвајања. Према том закону, свака особа која је навршила 18 година сматра се пунолетном. Међутим, у муслиманском праву, малолетник је особа млађа од 15 година. Дакле, према муслиманском праву, малолетници између 15 и 18 година могу деловати независно од било ког старатеља у питањима брака, мираза и развода. На пример, муслиманска супруга у браку са 16 година може поднети захтев за развод без интервенције старатеља. Према хиндуистичком праву, детињство је било подељено на два периода: (1) од рођења до навршене 8. године и (2) од 8. до навршене 25. године. Занимљиво је да хиндуистичко право примењује паралелну фикцију између насцитуруса и детета до 8 године. Према старом хиндуистичком закону, особа млађа од 8 година сматрана је дететом у мајчиној утроби. Након навршених 8 година, пре него што напуни 15 или 16 година, сматрана је интелектуално незрелом и стога неспособном да склопи било какав правни посао. Међутим, правила о пунолетству према хиндуистичком закону су у великој мери измењена Индијским законом о пунолетству из 1875. године. Члан 2(2) Закона не утиче на способност хиндуса или муслимана у питањима брака, мираза, развода и усвајања. Што се тиче хиндуса, питање брака регулише се Законом о усвајању, према којем је старосна граница за брак за мушкарце 21 година, а за жене 18 година. За усвајање, дете старости 15 година или више не може бити усвојено, осим ако обичај дозвољава такво усвајање. Усвојиоци су такође требали да наврше 18 година. Дете није способно да закључи уговор.[193] Према чл. 10 Закона о уговорима и преговорима, малолетник није способан да делује као старатељ имовине било ког малолетника. Међутим, малолетни родитељ може бити старатељ личности своје малолетне деце и неспособност утврђена у овом члану се не примењује. Даље, малолетни муж нема способност да делује као природни старатељ имовине своје малолетне супруге, иако наставља да буде старатељ њене личности.[194]

Члан 11 Индијског закона о уговорима из 1872. године прописује да је свака особа способна за уговарање која је пунолетна у складу са законом којем подлеже, а такође је здравог разума и није дисквалификована за уговарање било којим законом којем подлеже. Неопходно је да све уговорне стране буду способне за уговарање. У случају *Mohori Bibi protiv Dharmodasa Goša*, Тајни савет је утврдио да је уговор са малолетником ништав, а не само рушљив, будући да је он особа која није способна за уговарање. Слично томе, пренос имовине, или споразум о преносу имовине од стране њега је на истој основи као и други уговори и ништав је. Чак и ако малолетник, на основу лажног представљања пунолетства,

193 Чл. 11. Индијског закона о уговорима из 1872. године.

194 K. B. Agrawal, *IEL Family and Succession Law – India: Suppl. 72*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 75.

Chapter 3. Personality Right

§1. Introduction

211. Section 3 of the Indian Majority Act, 1875, as amended in 1999, prescribes that a person becomes major only after he attains the age of 18 years. The district court and a High Court have, in the exercise of ordinary original civil jurisdiction, power (a) to appoint and declare guardians, (b) to remove guardians, and (c) to control guardians of the person and property or both of a minor. The powers of the guardian have been laid down under section 8 of the HMGA. Section 11 of the said Act bars a de facto guardian to deal with the property of a Hindu minor.[70] A contract of apprenticeship, under section 4 of the Apprenticeship Act, 1961, may be entered into by a guardian for a minor with the employer. Similarly, under section 5 of the Act in novation of contract of apprenticeship, a guardian of a minor apprentice is a necessary party. Such contracts bind the minor. A settlement of dispute in accordance with the provisions of section 20 of the said Act is binding on a minor apprentice. The object of these Acts is the protection of the minor. The legislature has thought it proper to confer a right of suit in certain circumstances not only on the minor, but also on a person to whom the minor has transferred his right.

§2. Minority Rights

212. Section 11 of the Indian Contract Act, 1872, lays down that every person is competent to contract who is of the age of majority according to the law to which he is subject, and also is of sound mind and is not disqualified from contracting by any law to which he is subject. Section 3 of the Indian Majority Act, 1872, as has been stated earlier, lays down the age of majority as 18 years. According to section 18 of the Indian Contract Act 1872, it is essential that all the contracting parties should be competent to contract. In *Mohori Bibee v. Dharmodas Ghosh*,[71] the Privy Council held that a contract with a minor is void and not merely voidable, he being a person who is not competent to contract. Similarly, transfer of property,[72] or agreement to transfer property by him,[73] is on the same footing as other contracts and is void. Even if on a fraudulent representation of age, a minor borrows money on a mortgage, the deed will be void *ab initio*.[74] Similarly, there can be no decree against a person on a contract made during minority.[75] When a person knowingly makes a contract with minors, appointing them agents and the contract of agency subsists for a time, the former cannot subsequently allege that the contract is void having been made with minors.[76] It has been held that it is the duty of the court to see that the interests of minors are adequately protected. When a compromise is effected to

70. *Amirtham Kudumban v. Sarmam Kudumban AIR 1991 SC 1256.*
71. ILR 30. Cal. 539 PC.
72. *Shankar v. Daoji* 61 MLJ 212, 217 PC; also *India Cotton Co. v. Raghunath* 33 Bom LR 11.
73. *Maung PO v. Ba* 33 IC 132.
74. *Ajudhia v. Chandan* 1937 ALJ 688 FB.
75. *Kalipakam v. Chinoor* AIR 1933 Mad 94.
76. *R. Madan v. Hindu Biscuit Co* 4 Bom LR 627.

позајми новац на основу хипотеке, уговор ће бити ништав од самог почетка. Када особа свесно склопи уговор са малолетницима, именујући их заступницима, и уговор о заступању траје неко време, прво лице не може накнадно тврдити да је уговор ништав јер је склопљен са малолетницима. Утврђено је да је дужност суда да се увери да су интереси малолетника адекватно заштићени. Када се постигне компромис у коме је малолетник страна, од велике је важности да суд буде уверен да је компромис заиста у интересу малолетника. Споразум малолетника је ништав од самог почетка. Будући да је ништав, он не постоји у очима закона, те је, стога, неспособан за ратификацију и не може подржати ново обећање детета након што је постало пунолетно. Доктрина естопела, као опште правило, обично се не примењује на малолетно лице. Када закон прогласи уговор малолетника ништавим, он не може бити одговоран на основу естопела, јер естопел не може изменити закон. Малолетно лице, дакле, које се лажно представља као пунолетно и закључи уговор није лишено права да успостави право малолетника на основу исказа. Пошто је уговор малолетника ништав, сам споразум је ништав; стога, не може се поставити питање конкретног испуњења. Међутим, ако уговор у име малолетника закључи неко ко је способан да делује, на пример, овлашћени старатељ, и ако је уговор у корист малолетника, биће дозвољено конкретно извршење. Малолетни члан заједничке породице, када достигне пунолетство, може тужити за конкретно извршење уговора о продаји земљишта који је закључио члан породице. Иако је продаја или хипотека његове имовине од стране малолетника ништава, уредно извршен пренос путем продаје или хипотеке у корист малолетника који је платио накнаду није ништав, већ га може извршити он или било која друга особа у његово име.[195]

Закон о облигацијама регулише спорове који произлазе из уговорних обавеза у Индији, укључујући уговоре са малолетницима. Према закону, малолетницима недостаје правна компетентност или способност да закључе ваљани уговор. Особе су способне да склапају уговоре када достигну пунолетство. Пунолетство је са 18 година и особа испод овог узраста се сматра малолетником. Иако Закон о облигацијама јасно наводи да малолетници немају способност да склапају уговоре, не говори ништа о томе да ли су уговори са малолетницима рушљиви, ништави или непостојећи.[196] Сматрао је да фразеологија одабраних одредби Закона о полицајцима одступа од установљених принципа у Аустралији и Великој Британији где су уговори са малолетницима ништави по њиховом избору, иако су се ови принципи доследно примењивали у Индији пре овог случаја.[197] Није

195 *Ibid.*, стр. 87.

196 Тајни савет је у случају *Mohori Bibi* утврдио да су уговори са малолетницима ништави од почетка.

197 Shaun Star, Divyangana Dhankar, "Major Differences in Minors' Contracts: A Comparative Analysis into the Validity of Contracts with Minors in the Sport and Entertainment Industry", *Liverpool Law Review*, Vol. 42, 2022, стр. 210.

Chapter 3. Personality Right

§1. Introduction

211. Section 3 of the Indian Majority Act, 1875, as amended in 1999, prescribes that a person becomes major only after he attains the age of 18 years. The district court and a High Court have, in the exercise of ordinary original civil jurisdiction, power (a) to appoint and declare guardians, (b) to remove guardians, and (c) to control guardians of the person and property or both of a minor. The powers of the guardian have been laid down under section 8 of the HMGA. Section 11 of the said Act bars a de facto guardian to deal with the property of a Hindu minor.[70] A contract of apprenticeship, under section 4 of the Apprenticeship Act, 1961, may be entered into by a guardian for a minor with the employer. Similarly, under section 5 of the Act in novation of contract of apprenticeship, a guardian of a minor apprentice is a necessary party. Such contracts bind the minor. A settlement of dispute in accordance with the provisions of section 20 of the said Act is binding on a minor apprentice. The object of these Acts is the protection of the minor. The legislature has thought it proper to confer a right of suit in certain circumstances not only on the minor, but also on a person to whom the minor has transferred his right.

§2. Minority Rights

212. Section 11 of the Indian Contract Act, 1872, lays down that every person is competent to contract who is of the age of majority according to the law to which he is subject, and also is of sound mind and is not disqualified from contracting by any law to which he is subject. Section 3 of the Indian Majority Act, 1872, as has been stated earlier, lays down the age of majority as 18 years. According to section 18 of the Indian Contract Act 1872, it is essential that all the contracting parties should be competent to contract. In *Mohori Bibee v. Dharmodas Ghosh*,[71] the Privy Council held that a contract with a minor is void and not merely voidable, he being a person who is not competent to contract. Similarly, transfer of property,[72] or agreement to transfer property by him,[73] is on the same footing as other contracts and is void. Even if on a fraudulent representation of age, a minor borrows money on a mortgage, the deed will be void *ab initio*.[74] Similarly, there can be no decree against a person on a contract made during minority.[75] When a person knowingly makes a contract with minors, appointing them agents and the contract of agency subsists for a time, the former cannot subsequently allege that the contract is void having been made with minors.[76] It has been held that it is the duty of the court to see that the interests of minors are adequately protected. When a compromise is effected to

70. *Amirtham Kudumban v. Sarmam Kudumban AIR 1991 SC 1256.*
71. ILR 30. Cal. 539 PC.
72. *Shankar v. Daoji* 61 MLJ 212, 217 PC; also *India Cotton Co. v. Raghunath* 33 Bom LR 11.
73. *Maung PO v. Ba* 33 IC 132.
74. *Ajudhia v. Chandan* 1937 ALJ 688 FB.
75. *Kalipakam v. Chinoor* AIR 1933 Mad 94.
76. *R. Madan v. Hindu Biscuit Co* 4 Bom LR 627.

позајми новац на основу хипотеке, уговор ће бити ништав од самог почетка. Када особа свесно склопи уговор са малолетницима, именујући их заступницима, и уговор о заступању траје неко време, прво лице не може накнадно тврдити да је уговор ништав јер је склопљен са малолетницима. Утврђено је да је дужност суда да се увери да су интереси малолетника адекватно заштићени. Када се постигне компромис у коме је малолетник страна, од велике је важности да суд буде уверен да је компромис заиста у интересу малолетника. Споразум малолетника је ништав од самог почетка. Будући да је ништав, он не постоји у очима закона, те је, стога, неспособан за ратификацију и не може подржати ново обећање детета након што је постало пунолетно. Доктрина естопела, као опште правило, обично се не примењује на малолетно лице. Када закон прогласи уговор малолетника ништавим, он не може бити одговоран на основу естопела, јер естопел не може изменити закон. Малолетно лице, дакле, које се лажно представља као пунолетно и закључи уговор није лишено права да успостави право малолетника на основу исказа. Пошто је уговор малолетника ништав, сам споразум је ништав; стога, не може се поставити питање конкретног испуњења. Међутим, ако уговор у име малолетника закључи неко ко је способан да делује, на пример, овлашћени старатељ, и ако је уговор у корист малолетника, биће дозвољено конкретно извршење. Малолетни члан заједничке породице, када достигне пунолетство, може тужити за конкретно извршење уговора о продаји земљишта који је закључио члан породице. Иако је продаја или хипотека његове имовине од стране малолетника ништава, уредно извршен пренос путем продаје или хипотеке у корист малолетника који је платио накнаду није ништав, већ га може извршити он или било која друга особа у његово име.[195]

Закон о облигацијама регулише спорове који произлазе из уговорних обавеза у Индији, укључујући уговоре са малолетницима. Према закону, малолетницима недостаје правна компетентност или способност да закључе ваљани уговор. Особе су способне да склапају уговоре када достигну пунолетство. Пунолетство је са 18 година и особа испод овог узраста се сматра малолетником. Иако Закон о облигацијама јасно наводи да малолетници немају способност да склапају уговоре, не говори ништа о томе да ли су уговори са малолетницима рушљиви, ништави или непостојећи.[196] Сматрао је да фразеологија одабраних одредби Закона о полицајцима одступа од установљених принципа у Аустралији и Великој Британији где су уговори са малолетницима ништави по њиховом избору, иако су се ови принципи доследно примењивали у Индији пре овог случаја.[197] Није

195 *Ibid.*, стр. 87.

196 Тајни савет је у случају *Mohori Bibi* утврдио да су уговори са малолетницима ништави од почетка.

197 Shaun Star, Divyangana Dhankar, "Major Differences in Minors' Contracts: A Comparative Analysis into the Validity of Contracts with Minors in the Sport and Entertainment Industry", *Liverpool Law Review*, Vol. 42, 2022, стр. 210.

which a minor is a party, it is of considerable importance that the conscience of court should be satisfied that the compromise is really in the interest of the minors.[77]

213. A minor's agreement is void *ab initio*. Being nullity it has no existence in the eyes of law. It is, therefore, incapable of ratification[78] and cannot support a fresh promise by the infant after he has attained majority.[79]

214. The doctrine of estoppel, as a general rule, is not ordinarily applicable to a minor person. He also cannot be estopped by the acts and admissions of other persons.[80] The law of estoppel has, therefore, to be read subject to other laws, such as the law of contract, which expressly provides that a minor cannot be made liable in respect of the contract.[81] Where the law declares a minor's contract to be void, he cannot be made liable by virtue of estoppel, because estoppel cannot alter the law.[82] A minor, therefore, who falsely represents himself to be of age and enters into a contract is not estopped from setting up the plea minority.[83]

215. The minor's contract being void, the agreement itself is a nullity; therefore, no question of specific performance can arise. If a contract, however, is entered into on behalf of an infant by one who is competent to act, for example, a certified guardian, and the contract being for the infant's benefit, specific performance will be allowed.[84] A minor member of a joint family, on attaining the age, may sue for the specific performance of a contract for sale of land entered by the managing member (*Karta*) of the family.[85]

216. Although a sale or mortgage of his property by a minor is void, a duly executed transfer by way of sale or mortgage in favour of a minor who has paid the consideration money is not void but enforceable by him or by any other person on his behalf. Because no disability can be incurred by a minor, he is not debarred from requiring a title to anything valuable.[86]

§3. Minor's Responsibility for Torts

217. In India, the law of tort is not codified. Therefore, the principles of English law of tort are normally followed. Thus, following English law in India, in the law of torts no exemption is given to the minors from liability to be sued by an injured

77. *State of Baroda v. Sahan* ILR (1937) 1 Cal. 586.
78. *Ulfat v. Gouri* AIR 1933 All 657, also *Tikaram v. Madhorao* AIR 1948 Nag. 293.
79. *Suraj v. Sudha* AIR 1951 All 164.
80. *Ram Charan v. Joyram* 17 CWN 10.
81. *Golam v. Hem* 20 CWN 418.
82. *Maung Tin v. Dun* 99 IC 148.
83. *Hari v. Roshan* 71 IC 161.
84. *Baba Ram v. Saidunnissa* AIR 1935 All 499.
85. *Kona v. Drona* AIR 1937 Mad 869.
86. *Lachhmi v. Bhagat* 99 IC 318.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Iran

by

Nadjma Yassari
Max Planck Institute for Comp. & Int. Private Law
Department for the Laws of Islamic Countries, Germany

This monograph has been reviewed by the Author and is up-to-date as of July 2017

2017



2.3.3. Иран

У иранском праву, релевантне старосне границе за малолетство и пунолетство нису увек доследне и многе правне последице су везане за различите узрасте. Грађански законик користи различите термине за означавање онога што се обично подразумева под дететом; могу се наћи речи *lefl, kedak, savir, farzand* и *valad*. Већина ових израза, укључујући правни концепт малолетства, нису експлицитно дефинисани у грађанском законику. У одсуству такве законске дефиниције, потребно је анализирати и друге одредбе грађанског закона да би се извеле релевантне законске старосне границе. Прва релевантна старосна граница је такозвана „старост пубертета" (*sen-e bolEV*). Пубертет као законска старосна граница изведен је из исламских прописа који постављају почетак обавезе молитве на почетку пубертета. Старост пубертета је 15 пуних лунарних година за дечаке и девет пуних лунарних година за девојчице. Пубертет је прва важна законска цезура у животу особе: свако ко још није достигао ову старосну границу сматра се малолетником. Штавише, пубертет је такође почетак кривичне одговорности.[204] Према Грађанском законику, кад год дете постане пунолетно (*kabCr*) и буде ментално зрело (*raOCd*), старатељство од стране његовог старатеља престаје.[205] Термин *kabCr*, који је овде преведен као „пунолетно", није дефинисан у грађанском законику. Није јасно шта је законодавац подразумевао под *kabCr*, тј. да ли означава пунолетство као правну појаву или само завршетак детињства као физичког догађаја. Према чл. 1210 Грађанског законика, имовина малолетника који је достигао пубертет може се пренети на њега само ако је ментално зрео (*raOS*). Дакле, особа је прво малолетник и нема уговорну способност. Тек када та особа достигне пубертет и буде ментално зрела, може заправо самостално располагати својом имовином. Стога можемо разликовати малолетнике који немају никакву уговорну способност (0–9 година за девојчице; 0–15 година за дечаке) и малолетнике који су достигли пубертет и показују менталну зрелост, уколико им је додељен одређени степен уговорне способности. Ова лица се могу назвати ментално зрелим малолетницима. Стога се претпоставља да дете које је достигло пубертет још увек није зрело. Његова ментална зрелост прво мора бити доказана, она се не претпоставља. Ипак, овај концепт није законски дефинисан. Срећом, израз „недостатак менталне зрелости" (*VeCr-e raOS*) је експлицитно наведен. Иранско право познаје и институт расипништва, те наводи да особи недостаје ментална зрелост када ирационално располаже својом имовином и финансијским правима.[206] Ментална зрелост је, стога, повезана са способношћу да се брине о својим финансијским пословима и да се сачува, а не угрози, сопствена имовина. Штавише, зрела особа делује на

204 Чл. 49 Грађанског законика.

205 Чл. 1193 Грађанског законика.

206 Чл. 1208 Грађанског законика.

Part I. Persons

Chapter 1. The Status of a Person

§1. Definition of a Person

27. Iranian law distinguishes between natural and legal persons. Every human being is a natural person. According to Article 958 CC, every human being may be the subject of rights and duties as far as he possesses the legal capacity for it.

§2. Capacity

I. General Remarks

28. The general Farsi expression for capacity (*ahliyyat*) has a general and a specific meaning: firstly, *ahliyyat-i tamattu*ᶜ, denoting the general capacity to be the subject of rights and duties and, secondly, *ahliyyat-i istiʾfā*, having contractual capacity.

The general capacity to be the subject of rights and duties (*ahliyyat-i tamattuᶜ*) begins with the birth of a person. The born child is, however, protected in certain instances, in particular as far as acquisition of rights is concerned. Only when the child is born alive will it enjoy full legal capacity (Articles 956, 957 CC). The legal capacity of a natural person ends with his actual or presumed death.[6]

Within the contractual capacity (*ahliyyat-i istiʾfā*), one can differentiate between the general contractual capacity (*ahliyyat-i istiʾfā-i ʿāmm*) and a specific capacity only for certain transactions (*ahliyyat-i istiʾfā-i khāṣṣ*) such as entering into a marriage (Article 1064 CC). Full contractual capacity is reached at the age of 18 for both sexes according to the single article of the Maturity Act 1934.

II. Minority and Majority

29. In Iranian law, the relevant ages for minority and majority are not always consistent and many legal effects are bound to different ages. The Civil Code uses

6. Sayyid ʿAlī Shāyigān, *Huqūq-i madanī* [Civil Law] 123 (1996).

2.3.3. Иран

У иранском праву, релевантне старосне границе за малолетство и пунолетство нису увек доследне и многе правне последице су везане за различите узрасте. Грађански законик користи различите термине за означавање онога што се обично подразумева под дететом; могу се наћи речи *lefl, kedak, savir, farzand* и *valad*. Већина ових израза, укључујући правни концепт малолетства, нису експлицитно дефинисани у грађанском законику. У одсуству такве законске дефиниције, потребно је анализирати и друге одредбе грађанског закона да би се извеле релевантне законске старосне границе. Прва релевантна старосна граница је такозвана „старост пубертета" (*sen-e bolEV*). Пубертет као законска старосна граница изведен је из исламских прописа који постављају почетак обавезе молитве на почетку пубертета. Старост пубертета је 15 пуних лунарних година за дечаке и девет пуних лунарних година за девојчице. Пубертет је прва важна законска цезура у животу особе: свако ко још није достигао ову старосну границу сматра се малолетником. Штавише, пубертет је такође почетак кривичне одговорности.[204] Према Грађанском законику, кад год дете постане пунолетно (*kabCr*) и буде ментално зрело (*raOCd*), старатељство од стране његовог старатеља престаје.[205] Термин *kabCr*, који је овде преведен као „пунолетно", није дефинисан у грађанском законику. Није јасно шта је законодавац подразумевао под *kabCr*, тј. да ли означава пунолетство као правну појаву или само завршетак детињства као физичког догађаја. Према чл. 1210 Грађанског законика, имовина малолетника који је достигао пубертет може се пренети на њега само ако је ментално зрео (*raOS*). Дакле, особа је прво малолетник и нема уговорну способност. Тек када та особа достигне пубертет и буде ментално зрела, може заправо самостално располагати својом имовином. Стога можемо разликовати малолетнике који немају никакву уговорну способност (0–9 година за девојчице; 0–15 година за дечаке) и малолетнике који су достигли пубертет и показују менталну зрелост, уколико им је додељен одређени степен уговорне способности. Ова лица се могу назвати ментално зрелим малолетницима. Стога се претпоставља да дете које је достигло пубертет још увек није зрело. Његова ментална зрелост прво мора бити доказана, она се не претпоставља. Ипак, овај концепт није законски дефинисан. Срећом, израз „недостатак менталне зрелости" (*VeCr-e raOS*) је експлицитно наведен. Иранско право познаје и институт расипништва, те наводи да особи недостаје ментална зрелост када ирационално располаже својом имовином и финансијским правима.[206] Ментална зрелост је, стога, повезана са способношћу да се брине о својим финансијским пословима и да се сачува, а не угрози, сопствена имовина. Штавише, зрела особа делује на

204 Чл. 49 Грађанског законика.
205 Чл. 1193 Грађанског законика.
206 Чл. 1208 Грађанског законика.

different terms to denote what is commonly understood as a child; one can find the words *țifl, kūdak, şaghīr, farzand* and *valad*. Most of these expressions, including the legal concept of minority, are not explicitly defined in the Civil Code. In the absence of such a statutory definition one must consult other provisions of the Civil Code to deduce the relevant legal ages.

A. The Age of Puberty

30. The first relevant age limit is the so-called age of puberty (*sinn-i bulūgh*).[7] Puberty as a legal age has been deduced from Islamic precepts that set the inception of praying obligations at the beginning of puberty. According to Article 1210, no. 1 CC, the age of puberty is 15 full lunar years for boys and 9 full lunar years for girls. The age of puberty is the first important legal *caesura* in a person's life: anyone who has not yet reached this age limit is considered a minor.[8] Moreover, the age of puberty is also the beginning of criminal responsibility (Articles 145, 146 Penal Code 2013).

B. Mental Maturity

31. According to Article 1193 CC, whenever a child has become an adult (*kabīr*) and is mentally mature (*rashīd*), the guardianship (*vilāyat*) of his guardian (*valī*) ends.

32. The term *kabīr*, which has here been translated as 'adult', is not defined in the Civil Code. It is unclear what the legislator meant by *kabīr*, i.e., whether it denotes majority as a legal phenomenon or just the ending of childhood as a physical event.

33. The expression of mental maturity (*rushd* (noun) or *rashīd* (adjective)), however, is partly explained in the Civil Code: According to Article 1208 CC, a person lacks mental maturity when he disposes of his assets and of his financial rights irrationally. Also, according to Article 1210, no. 2 CC, the assets of a minor who has reached the age of puberty can only be transferred to him if he is mentally mature (*rashīd*). Mental maturity is thus linked to the ability to take care of one's financial affairs and to make rational financial decisions, to preserve and maintain property, not to jeopardize or waste one's assets, to discern good from bad, to make reasonable decisions with a sound mind, to assess a situation appropriately, and to judge things for oneself. Moreover, a mature person acts in a way that is in accordance with custom and mores.[9]

The decision-making process of an immature person is not faulty and is different from that of a mentally ill person. The acts of a mentally immature person are, however, so irrational that he cannot be accorded an unlimited capacity to act. Persons who are not mentally mature can conclude contracts only with the permission of their guardian. Only a gratuitous contract can be concluded validly by an immature person (Article 1214 CC). In the doctrine, extravagance and excesses have been considered signs of immaturity. Deciding whether a person is mature or not can be influenced by the

7. Sayyid Husayn Ṣafā'ī & Asadallāh Imāmī, *Mukhtaṣar-i ḥuqūq-i khānivādih* [Textbook on Family Law] 334 (28th ed., 2011).
8. *Ibid.* at 345.
9. Sayyid ʿAlī Ḥā'irī Shāhbāgh, *Sharḥ-i qānūn-i madanī* [Commentary on the Iranian Civil Code] vol 2 (1997) on Arts 1193 and 1208 CC.

2.3.3. Иран

У иранском праву, релевантне старосне границе за малолетство и пунолетство нису увек доследне и многе правне последице су везане за различите узрасте. Грађански законик користи различите термине за означавање онога што се обично подразумева под дететом; могу се наћи речи *lefl, kedak, savir, farzand* и *valad*. Већина ових израза, укључујући правни концепт малолетства, нису експлицитно дефинисани у грађанском законику. У одсуству такве законске дефиниције, потребно је анализирати и друге одредбе грађанског закона да би се извеле релевантне законске старосне границе. Прва релевантна старосна граница је такозвана „старост пубертета" (*sen-e bolEV*). Пубертет као законска старосна граница изведен је из исламских прописа који постављају почетак обавезе молитве на почетку пубертета. Старост пубертета је 15 пуних лунарних година за дечаке и девет пуних лунарних година за девојчице. Пубертет је прва важна законска цезура у животу особе: свако ко још није достигао ову старосну границу сматра се малолетником. Штавише, пубертет је такође почетак кривичне одговорности.[204] Према Грађанском законику, кад год дете постане пунолетно (*kabCr*) и буде ментално зрело (*raOCd*), старатељство од стране његовог старатеља престаје.[205] Термин *kabCr*, који је овде преведен као „пунолетно", није дефинисан у грађанском законику. Није јасно шта је законодавац подразумевао под *kabCr*, тј. да ли означава пунолетство као правну појаву или само завршетак детињства као физичког догађаја. Према чл. 1210 Грађанског законика, имовина малолетника који је достигао пубертет може се пренети на њега само ако је ментално зрео (*raOS*). Дакле, особа је прво малолетник и нема уговорну способност. Тек када та особа достигне пубертет и буде ментално зрела, може заправо самостално располагати својом имовином. Стога можемо разликовати малолетнике који немају никакву уговорну способност (0–9 година за девојчице; 0–15 година за дечаке) и малолетнике који су достигли пубертет и показују менталну зрелост, уколико им је додељен одређени степен уговорне способности. Ова лица се могу назвати ментално зрелим малолетницима. Стога се претпоставља да дете које је достигло пубертет још увек није зрело. Његова ментална зрелост прво мора бити доказана, она се не претпоставља. Ипак, овај концепт није законски дефинисан. Срећом, израз „недостатак менталне зрелости" (*VeCr-e raOS*) је експлицитно наведен. Иранско право познаје и институт расипништва, те наводи да особи недостаје ментална зрелост када ирационално располаже својом имовином и финансијским правима.[206] Ментална зрелост је, стога, повезана са способношћу да се брине о својим финансијским пословима и да се сачува, а не угрози, сопствена имовина. Штавише, зрела особа делује на

204 Чл. 49 Грађанског законика.

205 Чл. 1193 Грађанског законика.

206 Чл. 1208 Грађанског законика.

circumstances of his life and his living standards; for example, a child living in rural areas will be judged differently from one living in urban areas.[10]

34. One can thus differentiate between minors, who have no contractual capacity whatsoever (0–9 years for girls; 0–15 years for boys), and minors who have reached the age of puberty *and* display mental maturity, insofar as a certain degree of contractual capacity is afforded to them. Therefore, the presumption is that a child who has reached the age of puberty is not yet mature for financial dispositions. His mental maturity must first be proven in court. These persons can be called mentally mature minors. Majority is reached with the age of 18, by which the need to prove mental maturity ends. According to the Maturity Act, a person is presumed mature when he reaches the age of 18, with the effect of being awarded full contractual capacity.

§3. Absentees

35. According to Article 1011 CC, a person is considered missing when his whereabouts have been unknown for a long time. According to Article 1019 CC, a person can be declared dead, provided that the period of time that has elapsed since the date of the last sign of life is such that any human being would normally be dead. For certain cases, the legislator has more clearly laid down the time that must have passed between the last signs of life and the date of application. According to Article 1020 CC, there is a presumption that the absentee is dead in the following cases:

- when ten years have passed without any news and the age of the absentee would have reached 75 years by then;
- when the absentee is a missing soldier and the ceasefire has taken effect for five years since he went missing; or
- when three years have elapsed after a shipwreck where the absentee was on board.

10. Shīrīn ʿIbādī, *Ḥuqūq-i kūdak* [Child Law] 12 (5th ed., 1999).

начин који је у складу са обичајима и владајућим друштвеним нормама. Процес доношења одлука незреле особе није погрешан и разликује се од процеса ментално болесне особе. Међутим, поступци ментално незреле особе су толико ирационални да јој се не може признати неограничена способност деловања. У свим случајевима, ментална зрелост је повезана са способношћу особе да доноси рационалне финансијске одлуке, да одржава и не расипа своју имовину, да разликује добро од лошег, да доноси разумне одлуке здравог разума, да процени ситуацију на одговарајући начин и да сама процени ствари. Особе које нису ментално зреле могу закључивати уговоре само уз дозволу свог старатеља. Само бесплатни уговор може закључити незрела особа (чл. 1214 Грађанског законика).[207]

2.3.4. Јапан

Јапанско право у погледу пословне способности има изутетно особена решења. Физичко лице има право на пословну способност када достигне пунолетство – 20 година.[208] Са овом способношћу, малолетник може самостално да делује, стиче права и преузима обавезе. Ради заштите интереса особе са недовољном способношћу и било које особе са којом обавља трансакцију, имплементиран је законски круг особа са ограниченом способношћу: малолетник[209], лице под старатељством пунолетног лица које је еквивалентно неспособном[210], лице под старатељством које је еквивалентно квазинеспособном[211], су у већини случајева ограничени у склапању правних радњи, а лице под старатељством мора добити сагласност старатеља да би склапало правне радње. Поред законског старатељства, јапанско право познаје оригинално решење тзв. „приватног старатељства" – доступно је и старатељство над пунолетним лицем по уговору.[212] У случају правних послова који се тичу склапања породичних односа, као што су брак и усвајање, особа има право да склапа правне послове, осим ако не изгуби способност да доноси разумне одлуке. Малолетник је особа млађа од двадесет година, која се, генерално, сматра неспособном да сама склапа правне послове. Да би могао да закључује правне послове, потребно је да добије одобрење свог законског заступника – обично родитеља са припадајућим родитељским правима и обавезама.[213] У супротном, заступници делују у име малолетника. У случају да малолетник делује самостално без одо-

207 Nadjma Yassari, *IEL Family and Succession Law – Iran: Suppl. 35*, The Hague: Kluwer Law International, 2007, стр. 29.
208 Чл. 4 Грађанског закона.
209 Чл. 5 Грађанског закона.
210 Чл. 7 и 838(2) Грађанског закона.
211 Чл. 11 и 876 Грађанског закона.
212 Закон о старатељству над пунолетним лицем по уговору из 1999. године.
213 Чл. 5(1) Грађанског закона.

different terms to denote what is commonly understood as a child; one can find the words *ṭifl*, *kūdak*, *ṣaghīr*, *farzand* and *valad*. Most of these expressions, including the legal concept of minority, are not explicitly defined in the Civil Code. In the absence of such a statutory definition one must consult other provisions of the Civil Code to deduce the relevant legal ages.

A. The Age of Puberty

30. The first relevant age limit is the so-called age of puberty (*sinn-i bulūgh*).[7] Puberty as a legal age has been deduced from Islamic precepts that set the inception of praying obligations at the beginning of puberty. According to Article 1210, no. 1 CC, the age of puberty is 15 full lunar years for boys and 9 full lunar years for girls. The age of puberty is the first important legal *caesura* in a person's life: anyone who has not yet reached this age limit is considered a minor.[8] Moreover, the age of puberty is also the beginning of criminal responsibility (Articles 145, 146 Penal Code 2013).

B. Mental Maturity

31. According to Article 1193 CC, whenever a child has become an adult (*kabīr*) and is mentally mature (*rashīd*), the guardianship (*vilāyat*) of his guardian (*valī*) ends.

32. The term *kabīr*, which has here been translated as 'adult', is not defined in the Civil Code. It is unclear what the legislator meant by *kabīr*, i.e., whether it denotes majority as a legal phenomenon or just the ending of childhood as a physical event.

33. The expression of mental maturity (*rushd* (noun) or *rashīd* (adjective)), however, is partly explained in the Civil Code: According to Article 1208 CC, a person lacks mental maturity when he disposes of his assets and of his financial rights irrationally. Also, according to Article 1210, no. 2 CC, the assets of a minor who has reached the age of puberty can only be transferred to him if he is mentally mature (*rashīd*). Mental maturity is thus linked to the ability to take care of one's financial affairs and to make rational financial decisions, to preserve and maintain property, not to jeopardize or waste one's assets, to discern good from bad, to make reasonable decisions with a sound mind, to assess a situation appropriately, and to judge things for oneself. Moreover, a mature person acts in a way that is in accordance with custom and mores.[9]

The decision-making process of an immature person is not faulty and is different from that of a mentally ill person. The acts of a mentally immature person are, however, so irrational that he cannot be accorded an unlimited capacity to act. Persons who are not mentally mature can conclude contracts only with the permission of their guardian. Only a gratuitous contract can be concluded validly by an immature person (Article 1214 CC). In the doctrine, extravagance and excesses have been considered signs of immaturity. Deciding whether a person is mature or not can be influenced by the

7. Sayyid Husayn Ṣafā'ī & Asadallāh Imāmī, *Mukhtaṣar-i ḥuqūq-i khānivādih* [Textbook on Family Law] 334 (28th ed., 2011).
8. *Ibid.* at 345.
9. Sayyid ʿAlī Ḥā'irī Shāhbāgh, *Sharḥ-i qānūn-i madanī* [Commentary on the Iranian Civil Code] vol 2 (1997) on Arts 1193 and 1208 CC.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Japan

by
Satoshi Minamikata
Soka University, Japan

This monograph has been reviewed by the Author and is up to date as of April 2015

2015

Wolters Kluwer
Law & Business

начин који је у складу са обичајима и владајућим друштвеним нормама. Процес доношења одлука незреле особе није погрешан и разликује се од процеса ментално болесне особе. Међутим, поступци ментално незреле особе су толико ирационални да јој се не може признати неограничена способност деловања. У свим случајевима, ментална зрелост је повезана са способношћу особе да доноси рационалне финансијске одлуке, да одржава и не расипа своју имовину, да разликује добро од лошег, да доноси разумне одлуке здравог разума, да процени ситуацију на одговарајући начин и да сама процени ствари. Особе које нису ментално зреле могу закључивати уговоре само уз дозволу свог старатеља. Само бесплатни уговор може закључити незрела особа (чл. 1214 Грађанског законика).[207]

2.3.4. Јапан

Јапанско право у погледу пословне способности има изутетно особена решења. Физичко лице има право на пословну способност када достигне пунолетство – 20 година.[208] Са овом способношћу, малолетник може самостално да делује, стиче права и преузима обавезе. Ради заштите интереса особе са недовољном способношћу и било које особе са којом обавља трансакцију, имплементиран је законски круг особа са ограниченом способношћу: малолетник[209], лице под старатељством пунолетног лица које је еквивалентно неспособном[210], лице под старатељством које је еквивалентно квазинеспособном[211], су у већини случајева ограничени у склапању правних радњи, а лице под старатељством мора добити сагласност старатеља да би склапало правне радње. Поред законског старатељства, јапанско право познаје оригинално решење тзв. „приватног старатељства" – доступно је и старатељство над пунолетним лицем по уговору.[212] У случају правних послова који се тичу склапања породичних односа, као што су брак и усвајање, особа има право да склапа правне послове, осим ако не изгуби способност да доноси разумне одлуке. Малолетник је особа млађа од двадесет година, која се, генерално, сматра неспособном да сама склапа правне послове. Да би могао да закључује правне послове, потребно је да добије одобрење свог законског заступника – обично родитеља са припадајућим родитељским правима и обавезама.[213] У супротном, заступници делују у име малолетника. У случају да малолетник делује самостално без одо-

207 Nadjma Yassari, *IEL Family and Succession Law – Iran: Suppl. 35*, The Hague: Kluwer Law International, 2007, стр. 29.
208 Чл. 4 Грађанског закона.
209 Чл. 5 Грађанског закона.
210 Чл. 7 и 838(2) Грађанског закона.
211 Чл. 11 и 876 Грађанског закона.
212 Закон о старатељству над пунолетним лицем по уговору из 1999. године.
213 Чл. 5(1) Грађанског закона.

II. The Capacity to Enter into Legal Acts (*Handlungsfähigkeit*)

95. A natural person is entitled to hold this capacity when he/she attains the age of majority – 20 years (Civ. section 4). With this capacity, he/she can act independently, obtain rights and assume responsibilities. For protecting the interests of a person with insufficient capacity and any person with whom he/she undertakes transaction, the statutory scheme of persons with limited capacity has been implemented: a minor (Civ. section 5), a person under guardianship on an adult who is equivalent to an incompetent (Civ. sections 7 and 838(2)), and a person under curatorship who is equivalent to a quasi-incompetent (Civ. sections 11 and 876), are restricted in most cases from entering into legal acts, and a person under tutorship must obtain consent from the tutor in order to enter into legal acts (Civ. sections 15(1) and 876-6). In addition to the statutory guardianship, guardianship of adult by contract is also available (Guardianship of Adult by Contract Act 1999). In the case of legal acts concerning the forging of family relationships such as marriage and adoption, a person is eligible to enter into legal acts unless he/she loses the capacity to make reasonable decisions.

96. A minor is a person who is under the age of twenty. A minor is, in general, regarded as unable to enter into legal transactions by his/herself. In order to engage in legal acts, he/she is required to obtain approval from his/her statutory agent(s) – usually his/her parents(s) with parental rights and duties (Civ. section 5(1)). Otherwise, the statutory agent(s) acts on behalf of the minor. In the case where a minor acts independently without the agents' approval, that act will be voidable, while the agent(s) can subsequently ratify the minor's act (Civ. section 5(2)).

97. A minor is entitled to act independently when he/she either obtains rights or is exempt from duties where his/her interests are unlikely to be infringed upon. In addition, a minor is treated as competent in the following situations: where he/she disposes of property such as pocket money where he/she appears to have been given the general approval of the statutory agent(s) to so dispose (Civ. section 5(3)), where he/she has been given the approval of the statutory agent(s) to engage in business (Civ. section 6(1)) and where he/she is claiming his/her wage from an employer (Labour Standard Act 1947 sections 58 and 59). Furthermore, a minor is eligible to act independently in certain cases of family affairs (see marriage, adoption and will). When a minor is married, he/she is regarded as a person of full age (Civ. section 753).However, it is not clear whether or not a minor is eligible to give valid consent to undergoing a medical operation.

98. When a person becomes continuously insane and lacking in sufficient capacity to make reasonable decisions, the family court can issue a determination declaring the person as a ward of guardianship on application by the insane person himself/herself,[78] relatives within the fourth degree, the guardian of a minor, the supervisor of the guardian of a minor, the curator (see curatorship), the supervisor

78. He/she can apply only during the period when he/she temporarily regains a normal state of mental health.

брења заступника, тај уговор ће бити ништав, док заступници могу накнадно да потврде чин малолетника.[214] Малолетник има право да делује самостално када стекне права или је ослобођен дужности тамо где је мало вероватно да ће његови интереси бити повређени. Поред тога, малолетник се сматра способним у следећим ситуацијама: када располаже имовином као што је џепарац, када изгледа да је добио опште одобрење законског заступника за такво располагање[215], када је добио одобрење законског заступника за обављање пословања[216], у области располагања својом зарадом – када потражује своју плату од послодавца.[217] Генерално, малолетник има право да делује самостално у одређеним случајевима породичних послова. Када је малолетник у браку, сматра се пунолетним.[218] Ово је случај еманципације у јапанском праву. Са друге стране, у неким другим областима није јасно да ли малолетник има пословну способност – тако је код права да да валидан пристанак за подвргавање медицинској операцији.[219]

2.4. Аустралија и Океанија

2.4.1. Аустралија

Сва пунолетна лица имају потпуну пословну способност. Међутим, одређене категорије људских бића немају пуну пословну способност. Традиционално, ова категорија је укључивала удате жене, као и бебе (малолетнике) и лудаке. Од реформе брачне имовине спроведене у Енглеској 1882. године, а убрзо након тога и у Аустралији, удате жене уживају исту пуну пословну способност. Термин „лудак" се више не користи. Међутим, особе са менталним инвалидитетом немају потпуну пословну способност или могу имати ограничену пословну способност – у зависности од степена њиховог инвалидитета. Осуђени криминалци и банкротиране особе, такође, немају потпуну пословну способност.[220] Статус малолетника који су се у обичајном праву називали „бебама" је сложен, с обзиром на то да постоји нова судска пракса, у складу са Конвенцијом о правима детета, да се пословна способност стиче постепено, а не потпуно са пунолетством. Према обичајном праву, особа достиже пунолетство дан пре свог двадесет првог рођендана. Међутим, савезни и државни закони спустили су ову старосну границу на осамнаест година. Особа сада постаје пунолетна на свој осамнаести рођендан. Закон

214 Чл. 5(2) Грађанског закона.

215 Чл. 5(3) Грађанског закона.

216 Чл. 6(1) Грађанског закона.

217 Закон о радним стандардима из 1947. године, чл. 58 и 59.

218 Чл. 753 Грађанског закона.

219 Satoshi Minamikata, *IEL Family and Succession Law – Japan: Suppl. 74*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 54.

220 John Neville Turner, *IEL Family and Succession Law – Australia: Suppl. 22*, The Hague: Kluwer Law International, 2003, стр. 54.

II. The Capacity to Enter into Legal Acts (*Handlungsfähigkeit*)

95. A natural person is entitled to hold this capacity when he/she attains the age of majority – 20 years (Civ. section 4). With this capacity, he/she can act independently, obtain rights and assume responsibilities. For protecting the interests of a person with insufficient capacity and any person with whom he/she undertakes transaction, the statutory scheme of persons with limited capacity has been implemented: a minor (Civ. section 5), a person under guardianship on an adult who is equivalent to an incompetent (Civ. sections 7 and 838(2)), and a person under curatorship who is equivalent to a quasi-incompetent (Civ. sections 11 and 876), are restricted in most cases from entering into legal acts, and a person under tutorship must obtain consent from the tutor in order to enter into legal acts (Civ. sections 15(1) and 876-6). In addition to the statutory guardianship, guardianship of adult by contract is also available (Guardianship of Adult by Contract Act 1999). In the case of legal acts concerning the forging of family relationships such as marriage and adoption, a person is eligible to enter into legal acts unless he/she loses the capacity to make reasonable decisions.

96. A minor is a person who is under the age of twenty. A minor is, in general, regarded as unable to enter into legal transactions by his/herself. In order to engage in legal acts, he/she is required to obtain approval from his/her statutory agent(s) – usually his/her parents(s) with parental rights and duties (Civ. section 5(1)). Otherwise, the statutory agent(s) acts on behalf of the minor. In the case where a minor acts independently without the agents' approval, that act will be voidable, while the agent(s) can subsequently ratify the minor's act (Civ. section 5(2)).

97. A minor is entitled to act independently when he/she either obtains rights or is exempt from duties where his/her interests are unlikely to be infringed upon. In addition, a minor is treated as competent in the following situations: where he/she disposes of property such as pocket money where he/she appears to have been given the general approval of the statutory agent(s) to so dispose (Civ. section 5(3)), where he/she has been given the approval of the statutory agent(s) to engage in business (Civ. section 6(1)) and where he/she is claiming his/her wage from an employer (Labour Standard Act 1947 sections 58 and 59). Furthermore, a minor is eligible to act independently in certain cases of family affairs (see marriage, adoption and will). When a minor is married, he/she is regarded as a person of full age (Civ. section 753).However, it is not clear whether or not a minor is eligible to give valid consent to undergoing a medical operation.

98. When a person becomes continuously insane and lacking in sufficient capacity to make reasonable decisions, the family court can issue a determination declaring the person as a ward of guardianship on application by the insane person himself/herself,[78] relatives within the fourth degree, the guardian of a minor, the supervisor of the guardian of a minor, the curator (see curatorship), the supervisor

78. He/she can apply only during the period when he/she temporarily regains a normal state of mental health.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

New Zealand

by

W.R. (Bill) Atkin
Faculty of Law, Victoria University, Wellington, New Zealand

This monograph has been reviewed by the Author and is up-to-date as of May 2025

2025

Wolters Kluwer

2.4.2. Нови Зеланд

Право Новог Зеланда представља још један од англосаксонских правних система. Претпоставља се да све пунолетне особе имају потпуну пословну способност. Пунолетство на Новом Зеланду се стиче са 20 година.[228] Решење које је јединствено и постоји још у јапанском праву. Међутим, ово нема велики значај за већину случајева када се разматра способност младих људи. На пример, старосна граница за пијење и гласање је 18 година. Малолетници могу возити аутомобиле са 15 година и служити у оружаним снагама са 17 година. Родитељи, као старатељи детета, имају право да доносе одлуке у име детета, али шеснаестогодишњак може доносити медицинске одлуке као да је одрасла особа. Шеснаестогодишњак не може бити предмет родитељског налога, осим ако не постоје посебне околности, а осамнаестогодишњаку, чак и ако је стављен под судску заштиту, не може се одредити са ким ће живети, осим ако не постоје изузетне околности. Новозеландско право познаје институт еманципације. Малолетници који су у браку имају исту уговорну способност као и одрасли. Малолетници старији од 18 година имају пуну уговорну способност. Одређени шеснаестогодишњаци могу да уговоре животно осигурање. Уговори о раду које закључују малолетници су важећи, али се ови уговори могу оспорити ако садрже елементе којима се малолетник радно експлоатише или је надокнада неадекватна или несавесна. Други уговори које закључују малолетници млађи од 18 година нису извршни против малолетника, осим ако суд не утврди да је уговор био праведан и разуман.[229]

Особа која из медицинских или старосних разлога предвиђа да неће имати капацитет у догледној будућности може потписати трајно пуномоћје, именујући неког другог да делује у њено име. Трајно пуномоћје, међутим, може бити потписано у било којој фази живота особе и то се често може учинити истовремено са састављањем тестамента. Трајна пуномоћја могу имати два облика, прво, она која се односе на имовину, и друго, она која се односе на личну добробит. Ова друга ступају на снагу само када особа дође до тачке у којој више не може сама да доноси одлуке. Амандмани које је Парламент усвојио 2007. године уводе нове формалности или мере заштите у вези са трајним пуномоћјима. Након датума ступања на снагу Закона о изменама и допунама, пуномоћје се не може створити без његовог оверења од стране адвоката и, у многим случајевима, пуномоћје се не може активирати без потврде релевантног здравственог радника да даваоц нема капацитет.

228 Bill Atkin, New Zealand: „The emergence of cultural diversity", у: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 273.

229 Bill Atkin, *IEL Family and Succession Law – New Zealand: Suppl. 73*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 24.

examples of the latter include orders for sterilization,[52] enforced feeding of an anorexia sufferer[53] and birth by caesarean section.[54] Other court orders have involved access of service providers to the place where the protected person lives,[55] and contact between the person and her mother.[56] In a recent decision, a young woman suffered from a psychological/psychiatric condition that was treatable only by therapy.[57] The health authorities sought an order to be able to treat her without consent, but the woman, who did not believe in the diagnosis, was held to have the necessary capacity to consent to or refuse treatment. The woman wanted to let 'nature take its course' even if this 'may ultimately result in her death'. The judge held that no jurisdiction existed to make an order, but even if there was jurisdiction, he would not have made one.

37. Where the person's lack of capacity is total in relation to a particular issue, the court may appoint a welfare guardian who can make personal decisions on behalf of the person concerned in accordance with the terms of the court order. The appointment of a welfare guardian with wide powers may be appropriate for a person with a severe intellectual handicap, someone who is comatose, or someone who is seriously affected by an illness such as Alzheimer's disease. As with property management orders, the court must nevertheless make the least restrictive intervention whenever it makes a personal order.[58]

38. A person who, perhaps for medical or age reasons, predicts that he or she will lack capacity in the foreseeable future may sign an enduring power of attorney, appointing someone else to act for them.[59] An enduring power may, however, be signed at any stage in a person's life, and this may often be done at the same time as the making of a will. Enduring powers can be of two kinds: first, those relating to property, and second, those relating to personal welfare. The latter come into operation only when the person reaches the point where he or she can no longer make decisions for themselves. Amendments passed by Parliament in 2007 introduced new formalities or safeguards in relation to enduring powers. After the date when the Amendment Act came into force, a power cannot be created without its being witnessed by a lawyer (or an equivalent) and, in many instances, a power cannot be activated without the certification by a relevant health professional that the donor lacks capacity.

52. *Re H* [1993] NZFLR 225 and *R v. R* [2004] NZFLR 797.
53. *Re CMC* [1995] NZFLR 538.
54. *In the* matter *of V* [1997] NZFLR 718.
55. *JMG v.* CCS *Disability Action (Wellington Branch) Inc.* [2012] NZFLR 369, per Miller J. For the Family Court judgment, *see CCS Disability Action (Wellington) Branch Inc. v. JCE [Services for protected person]* [2011] NZFLR 696.
56. *T-E v. B* [Contact] [2009] NZFLR 844.
57. *Te Whatu Ora – Health New Zealand North Shore Hospital v. P* [2025] NZHC 969 at [45] and [63].
58. Section 8, Protection of Personal and Property Rights Act 1988.
59. Sections 94–108AB, Protection of Personal and Property Rights Act 1988.

2.4.2. Нови Зеланд

Право Новог Зеланда представља још један од англосаксонских правних система. Претпоставља се да све пунолетне особе имају потпуну пословну способност. Пунолетство на Новом Зеланду се стиче са 20 година.[228] Решење које је јединствено и постоји још у јапанском праву. Међутим, ово нема велики значај за већину случајева када се разматра способност младих људи. На пример, старосна граница за пијење и гласање је 18 година. Малолетници могу возити аутомобиле са 15 година и служити у оружаним снагама са 17 година. Родитељи, као старатељи детета, имају право да доносе одлуке у име детета, али шеснаестогодишњак може доносити медицинске одлуке као да је одрасла особа. Шеснаестогодишњак не може бити предмет родитељског налога, осим ако не постоје посебне околности, а осамнаестогодишњаку, чак и ако је стављен под судску заштиту, не може се одредити са ким ће живети, осим ако не постоје изузетне околности. Новозеландско право познаје институт еманципације. Малолетници који су у браку имају исту уговорну способност као и одрасли. Малолетници старији од 18 година имају пуну уговорну способност. Одређени шеснаестогодишњаци могу да уговоре животно осигурање. Уговори о раду које закључују малолетници су важећи, али се ови уговори могу оспорити ако садрже елементе којима се малолетник радно експлоатише или је надокнада неадекватна или несавесна. Други уговори које закључују малолетници млађи од 18 година нису извршни против малолетника, осим ако суд не утврди да је уговор био праведан и разуман.[229]

Особа која из медицинских или старосних разлога предвиђа да неће имати капацитет у догледној будућности може потписати трајно пуномоћје, именујући неког другог да делује у њено име. Трајно пуномоћје, међутим, може бити потписано у било којој фази живота особе и то се често може учинити истовремено са састављањем тестамента. Трајна пуномоћја могу имати два облика, прво, она која се односе на имовину, и друго, она која се односе на личну добробит. Ова друга ступају на снагу само када особа дође до тачке у којој више не може сама да доноси одлуке. Амандмани које је Парламент усвојио 2007. године уводе нове формалности или мере заштите у вези са трајним пуномоћјима. Након датума ступања на снагу Закона о изменама и допунама, пуномоћје се не може створити без његовог оверења од стране адвоката и, у многим случајевима, пуномоћје се не може активирати без потврде релевантног здравственог радника да даваоц нема капацитет.

228 Bill Atkin, New Zealand: „The emergence of cultural diversity", у: *The Future of Child and Family Law* (ed. Elaine E. Sutherland), Cambridge, 2012, стр. 273.

229 Bill Atkin, *IEL Family and Succession Law – New Zealand: Suppl. 73*, The Hague: Kluwer Law International, 2015, стр. 24.

39. The age of majority in New Zealand is 20.[60] This, however, has little relevance for most purposes when considering the capacity of young people. For example, the drinking and voting age is 18. People can drive cars at 15 and serve in the armed forces at 17. Parents, as guardians of a child, have the right to make decisions on behalf of a child, but a 16-year-old can make medical decisions as if an adult. A 16-year-old cannot be the subject of a parenting order unless there are special circumstances, and an 18-year-old, even if made a ward of court,[61] cannot be told with whom to live unless there are exceptional circumstances.[62] Since 2021, a reference in a will to the age of majority means the age of 18.[63]

40. In the landmark House of Lords decision in *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*,[64] it was held that a minor could make decisions without parental approval depending on the child's age and maturity. It is widely accepted that this decision applies in New Zealand.[65] It, therefore, follows that independent of specific statutory provisions, the capacity of minors may exist at varying ages depending on the minor's individual circumstances and the decision to be made.

41. Children aged 18 or over have full contractual capacity.[66] Certain 16-year-olds can take out life insurance. Contracts of service entered into by minors are valid, but these contracts can be challenged if they are harsh or oppressive or if the consideration is inadequate or unconscionable.[67] Other contracts entered into by minors under 18 are unenforceable against the minor unless the court determines that the contract was fair and reasonable.[68]

§3. Absentees

42. The question of missing persons is dealt with elsewhere.[69] When a person is absent from New Zealand, it is common for them to grant a trusted friend or relative a power of attorney. This enables the attorney to act on behalf of the donor in

60. Age of Majority Act 1970.
61. *See* Part II, Ch. 7.
62. Sections 36, 50 and 34, Care of Children Act 2004.
63. Section 4A, Administration Act 1969, inserted on 30 Jan. 2021 by s. 161 of the Trusts Act 2019.
64. [1986] 1 AC 112.
65. In *Hawthorn v. Cox* [2008] 1 NZLR 409; [2008] NZFLR 1, Heath J, although dealing with a 16-year-old, expressed the view that the Care of Children Act 2004 tended to embrace the *Gillick* notion that the role of a guardian turned not so much on the exercise of rights as upon duties and responsibilities towards the child. In particular, as a child gets older, the role found in s. 16(1)(c) of the 2004 Act to help the child make decisions becomes more important. In *ARB v. KLB [Guardianship dispute]* [2011] NZFLR 290 followed *Gillick* in a case about the choice of a doctor and dentist for a 14-year-old girl.
66. Section 85, Contract and Commercial Law Act 2017.
67. Sections 92–93, Contract and Commercial Law Act 2017.
68. Sections 87–91, Contract and Commercial Law Act 2017.
69. Part IV, Ch. 1, §1, II.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

South Africa

by
Jacqueline Heaton
Professor of Law, University of South Africa, Pretoria, South Africa

&

Anneliese Roos
Professor of Law, University of South Africa, Pretoria, South Africa

This monograph has been reviewed by the Authors and is up-to-date as of September 2015

2016

Wolters Kluwer

2.5. Африка

2.5.1. Јужна Африка

Јужноафричко право је још једно у низу афричких права које се развијало под англосаксонским утицајем. Карактерише га широк спектар различитих узраста детета код пословне способности. Физичко лице стиче пунолетство када наврши 18 година. Пунолетство настаје почетком дана осамнаестог рођендана особе, осим ако није у њеној корист да продужи малолетство до тачног тренутка који одговара времену њеног рођења. Особа која склопи важећи грађански или обичајни брак пре навршених 18 година постаје пунолетна у свим правним последицама брака. То је случај еманципације. Ако се брак раскине смрћу или разводом пре него што особа наврши 18 година, њено малолетство се не обнавља, тј. остаје већ стечена пословна способност. Иако, генерално говорећи, Јужноафриканци стичу пуну способност на свој осамнаести рођендан, неколико ранијих старосних граница је од правног значаја. На пример, малолетници старији од седам година имају ограничену способност деловања, што значи да, по правилу, могу закључивати уговоре уз помоћ свог старатеља. Специфичност јавног здравља и заштите права детета у медицинске сврхе огледа се у томе да дете са 12 година стиче способност самостално да купује кондоме и добија бесплатне кондоме на захтев, а могу му се обезбедити и друга контрацептивна средства ако то затражи, добије одговарајући медицински савет и подвргне се лекарском прегледу како би се утврдило да ли постоје медицински разлози зашто му се одређена контрацепција не би требало обезбедити. У истом узрасту, дете стиче способност да пристане на медицински третман или операцију ако је довољно зрело и има менталне способности да разуме користи, ризике, друштвене и друге импликације третмана или операције. У погледу неких правних питања фиксна старосна граница се не примењује. Уместо тога, користи се индивидуална процена зрелости. Тако, на пример, право детета да буде обавештено о свакој радњи или одлуци у ствари која значајно утиче на њега и његово право на учешће утврђују се у светлу његовог узраста, зрелости и фазе развоја. Трудна девојка било ког узраста може дати пристанак на прекид трудноће под условом да је у стању да да информисани пристанак.[230] Решење коме се може упутити озбиљан приговор из угла заштите детета ако нпр. трудна девојка, тј. дете има само 11 или 12 година.

Пошто малолетник нема пословну способност, не може ваљано закључити било какав уговор. Ово правило се примењује чак и ако старатељ детета помаже при закључењу уговора. Једини начин на који малолетник може стећи права и обавезе јесте ако његов старатељ делује

230 Jacqueline Heaton, Anneliese Roos, *IEL Family and Succession Law – South Africa: Suppl. 78*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 40.

§2. Capacity

I. General

30. South African law distinguishes between legal capacity (the capacity to have rights and duties), capacity to act (the capacity to perform juristic acts by which rights and duties are acquired or disposed of), *locus standi in iudicio* (the capacity to be a party to a lawsuit), and the capacity to be held accountable for crimes and torts (or delicts, as they are called in South Africa).[112]

All persons have legal capacity, but their legal capacity does not extend equally far. Some natural persons cannot have particular rights or duties at all, or cannot have particular rights or duties at a specific moment. This means that their legal capacity is limited to some extent. Thus, *infantes* (children below the age of 7 years) have no capacity to act, capacity to litigate, or capacity to be held accountable for crimes and delicts, while minors over the age of 7 years and mentally ill persons have limited capacity to act, litigate, and be held accountable for crimes and delicts. Insolvents (bankrupts) and prodigals who have been restrained by court order from administering their estate lack full capacity to act and to litigate. Depending on the degree of their intoxication or disability, persons who are under the influence of alcohol or drugs, and persons who are incapable of managing their own affairs because of a physical or mental disability may also lack full capacity to act, litigate, and be held accountable for crimes and delicts. The limited capacities of the above-mentioned categories of persons are discussed in more detail in Chapters 3, 7, 8 and 9, below.

II. Minority in South African Law

31. A natural person attains majority when he or she reaches the age of 18 years.[113] Majority ensues at the beginning of the day of the person's eighteenth birthday, unless it is to the person's advantage to prolong minority to the precise moment that corresponds to the time of his or her birth.[114]

A person who enters into a valid civil or customary marriage before turning 18 becomes a major for all purposes. If the marriage is dissolved by death or divorce before the person reaches the age of 18 years, his or her minority does not revive.[115]

specific purposes, such as taxation: see the definition of 'person' in s. 1 of the Income Tax Act 58 of 1962. See further Part IV, Ch. 2, §8.

112. Some authors call the first capacity 'passive legal capacity', and the capacity to perform an act which affects one's rights and duties (i.e., the second and third capacities) 'active legal capacity': see, e.g., J. Heaton, 'The Concepts of Status and Capacity: A Jurisprudential Excursus', in *Boberg's Law of Persons and the Family*, 2nd ed., eds B. van Heerden, A. Cockrell & R. Keightley (Kenwyn: Juta & Co, Ltd, 1999), 66, 73–74; C. Himonga, 'Persons and Family: Introduction', in *Wille's Principles of South African Law*, 9th ed., F. du Bois et al., (Cape Town: Juta & Co, 2007), 146.

113. Children's Act 38 of 2005, s. 17.

114. Voet, 4.4.1; Grotius, 3.48.9; S. Van Leeuwen, *Censura Forensis*, Lugduni in Batavis: S Luchtmans and C Haak, 1741, 1.1.8.4–1.1.8.5, 1.4.43.11–1.4.43.12.

115. *Cohen v. Sytner* (1897) 14 SC 13.

2.5. Африка

2.5.1. Јужна Африка

Јужноафричко право је још једно у низу афричких права које се развијало под англосаксонским утицајем. Карактерише га широк спектар различитих узраста детета код пословне способности. Физичко лице стиче пунолетство када наврши 18 година. Пунолетство настаје почетком дана осамнаестог рођендана особе, осим ако није у њеној корист да продужи малолетство до тачног тренутка који одговара времену њеног рођења. Особа која склопи важећи грађански или обичајни брак пре навршених 18 година постаје пунолетна у свим правним последицама брака. То је случај еманципације. Ако се брак раскине смрћу или разводом пре него што особа наврши 18 година, њено малолетство се не обнавља, тј. остаје већ стечена пословна способност. Иако, генерално говорећи, Јужноафриканци стичу пуну способност на свој осамнаести рођендан, неколико ранијих старосних граница је од правног значаја. На пример, малолетници старији од седам година имају ограничену способност деловања, што значи да, по правилу, могу закључивати уговоре уз помоћ свог старатеља. Специфичност јавног здравља и заштите права детета у медицинске сврхе огледа се у томе да дете са 12 година стиче способност самостално да купује кондоме и добија бесплатне кондоме на захтев, а могу му се обезбедити и друга контрацептивна средства ако то затражи, добије одговарајући медицински савет и подвргне се лекарском прегледу како би се утврдило да ли постоје медицински разлози зашто му се одређена контрацепција не би требало обезбедити. У истом узрасту, дете стиче способност да пристане на медицински третман или операцију ако је довољно зрело и има менталне способности да разуме користи, ризике, друштвене и друге импликације третмана или операције. У погледу неких правних питања фиксна старосна граница се не примењује. Уместо тога, користи се индивидуална процена зрелости. Тако, на пример, право детета да буде обавештено о свакој радњи или одлуци у ствари која значајно утиче на њега и његово право на учешће утврђују се у светлу његовог узраста, зрелости и фазе развоја. Трудна девојка било ког узраста може дати пристанак на прекид трудноће под условом да је у стању да да информисани пристанак.[230] Решење коме се може упутити озбиљан приговор из угла заштите детета ако нпр. трудна девојка, тј. дете има само 11 или 12 година.

Пошто малолетник нема пословну способност, не може ваљано закључити било какав уговор. Ово правило се примењује чак и ако старатељ детета помаже при закључењу уговора. Једини начин на који малолетник може стећи права и обавезе јесте ако његов старатељ делује

230 Jacqueline Heaton, Anneliese Roos, *IEL Family and Succession Law – South Africa: Suppl. 78*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 40.

32. Although, generally speaking, South Africans acquire full capacity on their eighteenth birthday, several earlier ages are of legal importance. For example, minors over the age of seven have limited capacity to act, which means that they can, as a rule, enter into contracts with their guardian's assistance.[116] At the age of 12, a child acquires the capacity independently to buy condoms and receive free condoms on request, and he or she may be provided with other contraceptives if he or she requests this, receives proper medical advice, and undergoes a medical examination to determine whether there are any medical reasons why a specific contraceptive should not be provided to him or her.[117] At the same age, a child acquires capacity to consent to medical treatment or an operation if he or she is sufficiently mature and has the mental capacity to understand the benefits, risks, social and other implications of the treatment or operation.[118]

33. In respect of some legal matters a fixed age does not apply. Instead, an individual maturity assessment is employed. Thus, for example, the child's right to be informed of any action or decision in a matter which significantly affects him or her, and his or her right to participate are determined in the light of his or her age, maturity and stage of development;[119] and a pregnant girl of any age can consent to termination of her pregnancy provided that she is able to give informed consent.[120]

III. Child as a Term of Relationship

34. In South African law, the word 'child' is used either to denote a relationship to another person (such as being someone's biological child, stepchild, foster child, or grandchild) or to signify a person below a particular age. In the latter context, 'child' is usually equated with 'minor', that is, a person below the age of 18 years.[121]

35. In the context of relationship for purposes of the Law of Succession, a presumption operated in the past that if a male testator used the word 'child', it referred only to a child born in wedlock (or, in accordance with modern terminology, a child born of married parents).[122] This presumption did not apply to female testators.

116. On the capacity to act of an *infans* and a minor see Part I, Ch. 3, §2 below.
117. Children's Act 38 of 2005, s. 134(1) and (2).
118. Children's Act 38 of 2005, s. 129(2). The child still needs his or her guardian's assistance to have an operation: s. 129(3)(c).
119. Children's Act 38 of 2005, ss 6(5) and 10.
120. Choice on Termination of Pregnancy Act 92 of 1996, s. 5(1)–(3); *Christian Lawyers Association of South Africa v. The Minister of Health (Reproductive Health Alliance as Amicus Curiae)* 2005 (1) SA 509 (T).
121. See e.g. the definition of 'child' in s. 1 of the Children's Act 38 of 2005 and s. 28(3) of the Constitution.
122. In the past, South African law categorized children as either legitimate or illegitimate. Now, the Children's Act 38 of 2005 refers to a married or an unmarried father, a married or an unmarried mother, a married or an unmarried person, and married parents: see, e.g., ss 19–21, 38, 40 and 233. Thus, the terms 'child born of married parents' and 'child born of unmarried parents' are the more up-to-date descriptors. See also Part II, Ch. 4, §1 below.

2.5. Африка

2.5.1. Јужна Африка

Јужноафричко право је још једно у низу афричких права које се развијало под англосаксонским утицајем. Карактерише га широк спектар различитих узраста детета код пословне способности. Физичко лице стиче пунолетство када наврши 18 година. Пунолетство настаје почетком дана осамнаестог рођендана особе, осим ако није у њеној корист да продужи малолетство до тачног тренутка који одговара времену њеног рођења. Особа која склопи важећи грађански или обичајни брак пре навршених 18 година постаје пунолетна у свим правним последицама брака. То је случај еманципације. Ако се брак раскине смрћу или разводом пре него што особа наврши 18 година, њено малолетство се не обнавља, тј. остаје већ стечена пословна способност. Иако, генерално говорећи, Јужноафриканци стичу пуну способност на свој осамнаести рођендан, неколико ранијих старосних граница је од правног значаја. На пример, малолетници старији од седам година имају ограничену способност деловања, што значи да, по правилу, могу закључивати уговоре уз помоћ свог старатеља. Специфичност јавног здравља и заштите права детета у медицинске сврхе огледа се у томе да дете са 12 година стиче способност самостално да купује кондоме и добија бесплатне кондоме на захтев, а могу му се обезбедити и друга контрацептивна средства ако то затражи, добије одговарајући медицински савет и подвргне се лекарском прегледу како би се утврдило да ли постоје медицински разлози зашто му се одређена контрацепција не би требало обезбедити. У истом узрасту, дете стиче способност да пристане на медицински третман или операцију ако је довољно зрело и има менталне способности да разуме користи, ризике, друштвене и друге импликације третмана или операције. У погледу неких правних питања фиксна старосна граница се не примењује. Уместо тога, користи се индивидуална процена зрелости. Тако, на пример, право детета да буде обавештено о свакој радњи или одлуци у ствари која значајно утиче на њега и његово право на учешће утврђују се у светлу његовог узраста, зрелости и фазе развоја. Трудна девојка било ког узраста може дати пристанак на прекид трудноће под условом да је у стању да да информисани пристанак.[230] Решење коме се може упутити озбиљан приговор из угла заштите детета ако нпр. трудна девојка, тј. дете има само 11 или 12 година.

Пошто малолетник нема пословну способност, не може ваљано закључити било какав уговор. Ово правило се примењује чак и ако старатељ детета помаже при закључењу уговора. Једини начин на који малолетник може стећи права и обавезе јесте ако његов старатељ делује

230 Jacqueline Heaton, Anneliese Roos, *IEL Family and Succession Law – South Africa: Suppl. 78*, The Hague: Kluwer Law International, 2016, стр. 40.

§2. MINORS' CONTRACTS

I. General

A. Infantes

46. As an *infans* has no capacity to act, he or she cannot validly enter into any agreement.[165] This rule applies even if the *infans*' guardian assists him or her.[166] The only way in which an *infans* can acquire rights and duties is if his or her guardian acts on his or her behalf.[167] There are, however, certain transactions a guardian cannot conclude on an *infans*' behalf, such as a contract of engagement to marry (betrothal).[168]

Because an *infans* has legal capacity, he or she – not his or her guardian – acquires the rights and duties arising from the legal transactions his or her guardian concludes on his or her behalf.[169]

B. Minors

47. A minor has limited capacity to act. As a rule, he or she can enter into a contract only if he or she is assisted by his or her guardian. However, if a contract is non-onerous in the sense of conferring rights on the minor without imposing any duties on him or her, he or she does not need assistance.[170] For example, a minor may independently accept a donation or enter into an agreement releasing him or her from a debt. Various Acts also create exceptions to the rule that a minor cannot incur contractual liability without his or her guardian's assistance.[171]

48. A minor's guardian has a duty to assist the minor in legal transactions that benefit the minor or to conclude such transactions on the minor's behalf. If the guardian is unable or unwilling to assist the minor, the court may order him or her to do so, or may itself give the required consent.[172] The court will also intervene if a guardian's interests in a particular transaction run counter to those of the minor.[173]

If a minor enters into a contract with the consent of his or her guardian, or if the minor's guardian enters into a contract on the minor's behalf or ratifies the minor's

165. Voet, 26.8.9.
166. A child's parent is normally his or her guardian: see Part II, Ch. 6, §3 below.
167. Voet, 26.8.9, 41.2.6; S. van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-Regt with Notes by C.W. Decker & J. Ten Houten* (Amsterdam: Hendrik en de Wed van Dirk Boom, vol. I 1780, vol. II 1783), 4.2.2.
168. Children's Act 38 of 2005, s. 12(2)(a).
169. Voet, 26.9.2.
170. *Edelstein v Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).
171. E.g., in terms of s. 24(2) of the Matrimonial Property Act 88 of 1984, an antenuptial contract a minor entered into without consent is valid in certain circumstances: see further Part III, Ch. 4, §3 below.
172. Voet, 26.8.8.
173. See, e.g., Voet, 26.8.6; Grotius, 1.7.11; Van Leeuwen, *Rooms-Hollands-Regt*, 1.16.4.

у његово име. Међутим, постоје одређене трансакције које старатељ не може закључити у име детета, као што је уговор о веридби. Пошто малолетник има пословну способност, он – а не његов старатељ – стиче права и обавезе које произлазе из правних трансакција које његов старатељ закључује у његово име.

Иако малолетник може закључити уговор само ако му помаже његов старатељ, ако уговор није теретни у смислу давања права малолетнику без наметања било каквих обавеза, њему није потребна помоћ. На пример, малолетник може самостално прихватити донацију или закључити уговор којим се ослобађа дуга. Разни закони такође стварају изузетке од правила да малолетник не може преузети уговорну одговорност без помоћи свог старатеља. Старатељ малолетника има дужност да помогне малолетнику у правним трансакцијама које користе малолетнику или да закључи такве трансакције у име малолетника. Ако старатељ није у могућности или не жели да помогне малолетнику, суд му може наложити да то учини или може сам дати потребну сагласност која надомешћује сагласност старатеља. Суд ће, такође, интервенисати ако су интереси старатеља у одређеној трансакцији супротни интересима малолетника. Нешто налик институту колизијског старатељства у нашем праву, али само се суд овде појављује у улози старатеља. Ако малолетник закључи уговор уз сагласност свог старатеља или ако старатељ малолетника закључи уговор у име малолетника или ратификује уговор малолетника без његове помоћи, малолетник је уговорно одговоран као да је пунолетан. Осим ако малолетник није деловао као заступник старатеља, старатељ не сноси личну одговорност у погледу уговора. Сагласност старатеља може бити дата изричито или прећутно и може се односити на једну трансакцију или на више њих. сада долазимо до једног специфичног општег облика еманципације у јужноафричком праву. Сагласност може бити чак толико опсежна да представља еманципацију малолетника. Еманципација настаје ако старатељ да малолетнику слободу да самостално закључује уговоре. То се може догодити, на пример, ако малолетник води сопствени посао уз сагласност свог старатеља. Степен правне независности који еманциповани малолетник ужива је питање чињенице које зависи од свих околности случаја. Ако је старатељ дао малолетнику „потпуну слободу деловања у погледу начина живота и зарађивања за живот", малолетник је еманципован у погледу свих уговора, осим отуђења и оптерећења непокретне имовине. Способност малолетника да делује ограничена је на питања везана за његово пословање ако га је старатељ еманциповао само у сврху тог одређеног посла. У неким случајевима, сагласност старатеља није довољна да омогући малолетнику да закључи одређену врсту уговора. Ту је потребно одобрење судске власти, што је донекле логично, имајући у виду утицај и уплив англосаксонског права. Тако је, на пример, сагласност Високог суда или магистра Високог суда потребна за отуђење или

§2. MINORS' CONTRACTS

I. General

A. Infantes

46. As an *infans* has no capacity to act, he or she cannot validly enter into any agreement.[165] This rule applies even if the *infans*' guardian assists him or her.[166] The only way in which an *infans* can acquire rights and duties is if his or her guardian acts on his or her behalf.[167] There are, however, certain transactions a guardian cannot conclude on an *infans*' behalf, such as a contract of engagement to marry (betrothal).[168]

Because an *infans* has legal capacity, he or she – not his or her guardian – acquires the rights and duties arising from the legal transactions his or her guardian concludes on his or her behalf.[169]

B. Minors

47. A minor has limited capacity to act. As a rule, he or she can enter into a contract only if he or she is assisted by his or her guardian. However, if a contract is non-onerous in the sense of conferring rights on the minor without imposing any duties on him or her, he or she does not need assistance.[170] For example, a minor may independently accept a donation or enter into an agreement releasing him or her from a debt. Various Acts also create exceptions to the rule that a minor cannot incur contractual liability without his or her guardian's assistance.[171]

48. A minor's guardian has a duty to assist the minor in legal transactions that benefit the minor or to conclude such transactions on the minor's behalf. If the guardian is unable or unwilling to assist the minor, the court may order him or her to do so, or may itself give the required consent.[172] The court will also intervene if a guardian's interests in a particular transaction run counter to those of the minor.[173]

If a minor enters into a contract with the consent of his or her guardian, or if the minor's guardian enters into a contract on the minor's behalf or ratifies the minor's

165. Voet, 26.8.9.
166. A child's parent is normally his or her guardian: see Part II, Ch. 6, §3 below.
167. Voet, 26.8.9, 41.2.6; S. van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-Regt with Notes by C.W. Decker & J. Ten Houten* (Amsterdam: Hendrik en de Wed van Dirk Boom, vol. I 1780, vol. II 1783), 4.2.2.
168. Children's Act 38 of 2005, s. 12(2)(a).
169. Voet, 26.9.2.
170. *Edelstein v Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).
171. E.g., in terms of s. 24(2) of the Matrimonial Property Act 88 of 1984, an antenuptial contract a minor entered into without consent is valid in certain circumstances: see further Part III, Ch. 4, §3 below.
172. Voet, 26.8.8.
173. See, e.g., Voet, 26.8.6; Grotius, 1.7.11; Van Leeuwen, *Rooms-Hollands-Regt*, 1.16.4.

у његово име. Међутим, постоје одређене трансакције које старатељ не може закључити у име детета, као што је уговор о веридби. Пошто малолетник има пословну способност, он – а не његов старатељ – стиче права и обавезе које произлазе из правних трансакција које његов старатељ закључује у његово име.

Иако малолетник може закључити уговор само ако му помаже његов старатељ, ако уговор није теретни у смислу давања права малолетнику без наметања било каквих обавеза, њему није потребна помоћ. На пример, малолетник може самостално прихватити донацију или закључити уговор којим се ослобађа дуга. Разни закони такође стварају изузетке од правила да малолетник не може преузети уговорну одговорност без помоћи свог старатеља. Старатељ малолетника има дужност да помогне малолетнику у правним трансакцијама које користе малолетнику или да закључи такве трансакције у име малолетника. Ако старатељ није у могућности или не жели да помогне малолетнику, суд му може наложити да то учини или може сам дати потребну сагласност која надомешћује сагласност старатеља. Суд ће, такође, интервенисати ако су интереси старатеља у одређеној трансакцији супротни интересима малолетника. Нешто налик институту колизијског старатељства у нашем праву, али само се суд овде појављује у улози старатеља. Ако малолетник закључи уговор уз сагласност свог старатеља или ако старатељ малолетника закључи уговор у име малолетника или ратификује уговор малолетника без његове помоћи, малолетник је уговорно одговоран као да је пунолетан. Осим ако малолетник није деловао као заступник старатеља, старатељ не сноси личну одговорност у погледу уговора. Сагласност старатеља може бити дата изричито или прећутно и може се односити на једну трансакцију или на више њих. сада долазимо до једног специфичног општег облика еманципације у јужноафричком праву. Сагласност може бити чак толико опсежна да представља еманципацију малолетника. Еманципација настаје ако старатељ да малолетнику слободу да самостално закључује уговоре. То се може догодити, на пример, ако малолетник води сопствени посао уз сагласност свог старатеља. Степен правне независности који еманциповани малолетник ужива је питање чињенице које зависи од свих околности случаја. Ако је старатељ дао малолетнику „потпуну слободу деловања у погледу начина живота и зарађивања за живот", малолетник је еманципован у погледу свих уговора, осим отуђења и оптерећења непокретне имовине. Способност малолетника да делује ограничена је на питања везана за његово пословање ако га је старатељ еманциповао само у сврху тог одређеног посла. У неким случајевима, сагласност старатеља није довољна да омогући малолетнику да закључи одређену врсту уговора. Ту је потребно одобрење судске власти, што је донекле логично, имајући у виду утицај и уплив англосаксонског права. Тако је, на пример, сагласност Високог суда или магистра Високог суда потребна за отуђење или

unassisted contract, the minor is contractually liable as if he or she were a major.[174] Unless the minor acted as the guardian's agent, the guardian does not incur personal liability in respect of the contract.[175]

The guardian's consent may be provided expressly or tacitly and may apply to a single transaction or to several. The consent may even be so extensive that it amounts to emancipation of the minor. Emancipation occurs if the guardian grants the minor freedom independently to enter into contracts. This may happen, for instance, if the minor runs his or her own business with the consent of his or her guardian. The degree of legal independence an emancipated minor enjoys is a question of fact that depends on all the circumstances of the case. If the guardian has given the minor 'complete freedom of action with regard to his mode of living and earning his livelihood',[176] the minor is emancipated in respect of all contracts except alienation and encumbrance of immovable property.[177] The minor's capacity to act is restricted to matters connected with his or her business if his or her guardian has only emancipated him or her for the purpose of that particular business.

49. In some instances the guardian's consent is insufficient to enable the minor to enter into a particular type of contract. Thus, for example, the consent of the High Court or the Master of the High Court is required for alienating or mortgaging the minor's immovable property.[178]

50. If a minor independently enters into a contract which does not fall within one of the exceptions where the assistance of his or her guardian is not required, the contract creates a natural obligation (*naturalis obligatio*) insofar as the minor is concerned. This means that the contract cannot be enforced against the minor or his or her guardian.[179] However, the agreement is not void, for the other party must honour his or her part of the agreement.[180] From the other party's side the obligation is a civil one (*civilis obligatio*), which is enforceable against him or her. As the minor's unassisted contract creates a natural obligation, it can be ratified by his or her guardian or by the minor personally once he or she has attained majority. Ratification converts the natural obligation into a civil one with the result that it becomes fully enforceable against both parties with retroactive effect.[181]

While the minor's minority lasts it is up to the guardian to decide whether the contract should be honoured or repudiated.[182] If the minor has already performed in

174. See, e.g., *Skead v. Colonial Banking & Trust Co Ltd* 1924 TPD 497; *Marshall v. National Wool Industries Ltd* 1924 OPD 238; *Wood v. Davies* 1934 CPD 250; *Van Dyk v. SAR & H* 1956 (4) SA 410 (W).
175. See, e.g., *Marshall v. National Wool Industries Ltd* 1924 OPD 238; *Ex parte Fortoen* 1938 WLD 62; *Fouche v. Battenhausen & Co* 1939 CPD 228.
176. *Dickens v. Daley* 1956 (2) SA 11 (N) 16G.
177. Administration of Estates Act 66 of 1965, s. 80.
178. *Ibid.*
179. See, e.g., *McCallum v. Hallen* 1916 EDL 74; *Mazzur v. Cleghorn & Harris Ltd* 1917 CPD 291; *Marshall v. National Wool Industries Ltd* 1924 OPD 238.
180. *Edelstein v. Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).
181. See, e.g., *Du Toit v. Lotriet* 1918 OPD 99; *Baddeley v. Clarke* (1923) 44 NLR 306; *Fouche v. Battenhausen & Co* 1939 CPD 228; *Perkins v. Danford* 1996 (2) SA 128 (C).
182. See, e.g., *Rhode v. Minister of Defence* 1943 CPD 40; *Edelstein v. Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).

хипотеку непокретне имовине малолетника. Ако малолетник самостално закључи уговор који не спада у један од изузетака где помоћ његовог старатеља није потребна, уговор ствара природну обавезу (*naturalis obligatio*) у мери у којој се то тиче малолетника. То значи да се уговор не може извршити против малолетника или његовог старатеља. Међутим, споразум није ништав, јер друга страна мора поштовати свој део споразума. Са стране друге стране, обавеза је грађанска (*civilis obligatio*), која се може извршити против њега. Пошто малолетников уговор без помоћи ствара природну обавезу, може је ратификовати његов старатељ или малолетник лично када постане пунолетан. Ратификација претвара природну обавезу у грађанску, што резултира тиме да она постаје у потпуности извршна против обе стране са ретроактивним дејством.[231] Малолетник који се лажно представља као пунолетан, еманципован или да има потребну сагласност и тиме убеди другу страну да закључи уговор са њим, сноси одговорност, али не постоји једногласност о основу његове одговорности. Према неким ставовима, уговор постаје извршан против малолетника због лажног представљања, док други, пак, тврде да је малолетник одговоран за деликт и да мора да плати одштету која надокнађује другој страни губитак који је претрпео као резултат лажног представљања. Малолетник може сносити одговорност као резултат закључивања уговора без помоћи ако добије неосновано богаћење као резултат трансакције. Пошто одговорност за обогаћивање није заснована на уговору, ограничена способност деловања малолетника је ирелевантна. Потраживање за обогаћивање је ограничено на мањи износ од износа за који имовина обогаћене особе остаје обогаћена на дан покретања поступка или износа за који имовина осиромашене особе остаје осиромашена на тај датум. Уговорна цена се занемарује. Спорна је стварна вредност имовине у време покретања поступка. Ако је имовина отуђена пре покретања поступка, осиромашена страна може захтевати само оно што је преостало од прихода, осим ако је приход коришћен за неопходне ствари, као што су храна, одећа, смештај и медицински третман. Овде опет видимо стандард неопходних ствари за малолетника, који је присутан у многим упоредноправним системима. У овом другом случају, трошкови неопходних ствари се користе за одређивање износа обогаћивања.[232]

2.5.2. Замбија

Први главни фактор који ограничава пословни капацитет физичког лица у Замбији јесте малолетство. Пунолетство по обичајном праву се стиче са 21 годином. Међутим, не постоји доследност у законодавству која се односи на децу у погледу старости испод које се деца сматрају неспособним за обављање правних послова. На пример, док чл.

231 *Ibid.*, стр. 47.
232 *Ibid.*, стр. 48.

unassisted contract, the minor is contractually liable as if he or she were a major.[174] Unless the minor acted as the guardian's agent, the guardian does not incur personal liability in respect of the contract.[175]

The guardian's consent may be provided expressly or tacitly and may apply to a single transaction or to several. The consent may even be so extensive that it amounts to emancipation of the minor. Emancipation occurs if the guardian grants the minor freedom independently to enter into contracts. This may happen, for instance, if the minor runs his or her own business with the consent of his or her guardian. The degree of legal independence an emancipated minor enjoys is a question of fact that depends on all the circumstances of the case. If the guardian has given the minor 'complete freedom of action with regard to his mode of living and earning his livelihood',[176] the minor is emancipated in respect of all contracts except alienation and encumbrance of immovable property.[177] The minor's capacity to act is restricted to matters connected with his or her business if his or her guardian has only emancipated him or her for the purpose of that particular business.

49. In some instances the guardian's consent is insufficient to enable the minor to enter into a particular type of contract. Thus, for example, the consent of the High Court or the Master of the High Court is required for alienating or mortgaging the minor's immovable property.[178]

50. If a minor independently enters into a contract which does not fall within one of the exceptions where the assistance of his or her guardian is not required, the contract creates a natural obligation (*naturalis obligatio*) insofar as the minor is concerned. This means that the contract cannot be enforced against the minor or his or her guardian.[179] However, the agreement is not void, for the other party must honour his or her part of the agreement.[180] From the other party's side the obligation is a civil one (*civilis obligatio*), which is enforceable against him or her. As the minor's unassisted contract creates a natural obligation, it can be ratified by his or her guardian or by the minor personally once he or she has attained majority. Ratification converts the natural obligation into a civil one with the result that it becomes fully enforceable against both parties with retroactive effect.[181]

While the minor's minority lasts it is up to the guardian to decide whether the contract should be honoured or repudiated.[182] If the minor has already performed in

174. See, e.g., *Skead v. Colonial Banking & Trust Co Ltd* 1924 TPD 497; *Marshall v. National Wool Industries Ltd* 1924 OPD 238; *Wood v. Davies* 1934 CPD 250; *Van Dyk v. SAR & H* 1956 (4) SA 410 (W).
175. See, e.g., *Marshall v. National Wool Industries Ltd* 1924 OPD 238; *Ex parte Fortoen* 1938 WLD 62; *Fouche v. Battenhausen & Co* 1939 CPD 228.
176. *Dickens v. Daley* 1956 (2) SA 11 (N) 16G.
177. Administration of Estates Act 66 of 1965, s. 80.
178. *Ibid.*
179. See, e.g., *McCallum v. Hallen* 1916 EDL 74; *Mazzur v. Cleghorn & Harris Ltd* 1917 CPD 291; *Marshall v. National Wool Industries Ltd* 1924 OPD 238.
180. *Edelstein v. Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).
181. See, e.g., *Du Toit v. Lotriet* 1918 OPD 99; *Baddeley v. Clarke* (1923) 44 NLR 306; *Fouche v. Battenhausen & Co* 1939 CPD 228; *Perkins v. Danford* 1996 (2) SA 128 (C).
182. See, e.g., *Rhode v. Minister of Defence* 1943 CPD 40; *Edelstein v. Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).

хипотеку непокретне имовине малолетника. Ако малолетник самостално закључи уговор који не спада у један од изузетака где помоћ његовог старатеља није потребна, уговор ствара природну обавезу (*naturalis obligatio*) у мери у којој се то тиче малолетника. То значи да се уговор не може извршити против малолетника или његовог старатеља. Међутим, споразум није ништав, јер друга страна мора поштовати свој део споразума. Са стране друге стране, обавеза је грађанска (*civilis obligatio*), која се може извршити против њега. Пошто малолетников уговор без помоћи ствара природну обавезу, може је ратификовати његов старатељ или малолетник лично када постане пунолетан. Ратификација претвара природну обавезу у грађанску, што резултира тиме да она постаје у потпуности извршна против обе стране са ретроактивним дејством.[231]

Малолетник који се лажно представља као пунолетан, еманципован или да има потребну сагласност и тиме убеди другу страну да закључи уговор са њим, сноси одговорност, али не постоји једногласност о основу његове одговорности. Према неким ставовима, уговор постаје извршан против малолетника због лажног представљања, док други, пак, тврде да је малолетник одговоран за деликт и да мора да плати одштету која надокнађује другој страни губитак који је претрпео као резултат лажног представљања. Малолетник може сносити одговорност као резултат закључивања уговора без помоћи ако добије неосновано богаћење као резултат трансакције. Пошто одговорност за обогаћивање није заснована на уговору, ограничена способност деловања малолетника је ирелевантна. Потраживање за обогаћивање је ограничено на мањи износ од износа за који имовина обогаћене особе остаје обогаћена на дан покретања поступка или износа за који имовина осиромашене особе остаје осиромашена на тај датум. Уговорна цена се занемарује. Спорна је стварна вредност имовине у време покретања поступка. Ако је имовина отуђена пре покретања поступка, осиромашена страна може захтевати само оно што је преостало од прихода, осим ако је приход коришћен за неопходне ствари, као што су храна, одећа, смештај и медицински третман. Овде опет видимо стандард неопходних ствари за малолетника, који је присутан у многим упоредноправним системима. У овом другом случају, трошкови неопходних ствари се користе за одређивање износа обогаћивања.[232]

2.5.2. Замбија

Први главни фактор који ограничава пословни капацитет физичког лица у Замбији јесте малолетство. Пунолетство по обичајном праву се стиче са 21 годином. Међутим, не постоји доследност у законодавству која се односи на децу у погледу старости испод које се деца сматрају неспособним за обављање правних послова. На пример, док чл.

231 *Ibid.*, стр. 47.
232 *Ibid.*, стр. 48.

terms of a contract that is repudiated, he or she may recover whatever he or she has performed, but the value of his or her performance is reduced by the amount by which he or she was unduly enriched by the other party's performance.[183]

51. A minor who misrepresents himself or herself to be a major, to be emancipated or to have the necessary consent, and who thereby persuades the other party to enter into a contract with him or her incurs liability, but there is no unanimity on the basis of his or her liability. According to some decisions and authors the contract becomes enforceable against the minor because of the misrepresentation.[184] Other authors argue that the minor is liable in delict and must pay damages which compensate the other party for loss he or she suffered as a result of the misrepresentation.[185]

52. A minor can incur liability as a result of entering into an unassisted contract if he or she obtains an unjustified enrichment as a result of the transaction.[186] Liability on the ground of unjustified enrichment arises if one person obtains a patrimonial advantage at the expense of another in the absence of a recognized legal ground justifying the enrichment.[187] Because enrichment liability is not based on contract, the minor's limited capacity to act is irrelevant.

An enrichment claim is limited to the lesser of either the amount by which the enriched person's estate remains enriched at the date of institution of the action or the amount by which the impoverished person's estate remains impoverished at that date.[188] The contract price is ignored. It is the actual value of the asset at the time of institution of the action that is at issue. If the asset was alienated prior to institution of the action, the impoverished party can claim only what is left of the proceeds, unless the proceeds were used for necessaries, such as food, clothing, accommodation and medical treatment.[189] In the latter event, the cost of the necessaries is used to determine the amount of the enrichment.[190]

53. A minor may escape contractual liability even if he or she validly entered into a contract or his or her guardian validly entered into a contract on his or her

183. *Baddeley v. Clarke* (1923) 44 NLR 306.
184. See, e.g., *Fouche v. Battenhausen & Co* 1939 CPD 228; *Louw v. MJ & H Trust (Pty) Ltd* 1975 (4) SA 268 (T); J.C. de Wet & A.H. van Wyk, *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg: Volume I: Kontraktereg*, 5th ed. (Durban: Butterworths, 1992), 63.
185. See, e.g., A. Cockrell, 'Capacity to Perform Juristic Acts: Contracts', in *Boberg's Law of Persons and the Family*, 2nd ed., eds B. van Heerden, A. Cockrell & R. Keightley (Kenwyn: Juta & Co, Ltd, 1999), 826; Heaton, *Law of Persons*, 99; Himonga, 'Children (Minors)', 181; H. Kruger & A. Skelton (eds), *The Law of Persons in South Africa*, (Cape Town: Oxford University Press Southern Africa, 2010), 128; E. Spiro, *Law of Parent and Child*, 4th ed. (Cape Town: Juta, 1985), 115.
186. *Edelstein v. Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).
187. See, e.g., *Nortjé v. Pool* 1966 (3) SA 96 (A); *McCarthy Retail Ltd v. Shortdistance Carriers CC* 2001 (3) SA 482 (SCA).
188. See, e.g., T. Boezaart, *Law of Persons*, 5th ed., (Claremont: Juta, 2010), 76; Cockrell, 'Capacity to Perform Juristic Acts: Contracts', 811; J. du Plessis, *The South African Law of Unjustified Enrichment*, (Claremont: Juta, 2012), 80–81; Himonga, 'Children (Minors)', 181–182; Kruger & Skelton (eds), 125.
189. *Edelstein v. Edelstein* 1952 (3) SA 1 (A).
190. See, e.g., Boezaart, 76; Himonga, 'Children (Minors)', 182; Kruger & Skelton (eds), 125.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Zambia

by

Chuma Himonga
Professor Emeritus, University of Cape Town, South Africa

This monograph has been reviewed by the Author and is up-to-date as of June 2024

2025

Wolters Kluwer

хипотеку непокретне имовине малолетника. Ако малолетник самостално закључи уговор који не спада у један од изузетака где помоћ његовог старатеља није потребна, уговор ствара природну обавезу (*naturalis obligatio*) у мери у којој се то тиче малолетника. То значи да се уговор не може извршити против малолетника или његовог старатеља. Међутим, споразум није ништав, јер друга страна мора поштовати свој део споразума. Са стране друге стране, обавеза је грађанска (*civilis obligatio*), која се може извршити против њега. Пошто малолетников уговор без помоћи ствара природну обавезу, може је ратификовати његов старатељ или малолетник лично када постане пунолетан. Ратификација претвара природну обавезу у грађанску, што резултира тиме да она постаје у потпуности извршна против обе стране са ретроактивним дејством.[231] Малолетник који се лажно представља као пунолетан, еманципован или да има потребну сагласност и тиме убеди другу страну да закључи уговор са њим, сноси одговорност, али не постоји једногласност о основу његове одговорности. Према неким ставовима, уговор постаје извршан против малолетника због лажног представљања, док други, пак, тврде да је малолетник одговоран за деликт и да мора да плати одштету која надокнађује другој страни губитак који је претрпео као резултат лажног представљања. Малолетник може сносити одговорност као резултат закључивања уговора без помоћи ако добије неосновано богаћење као резултат трансакције. Пошто одговорност за обогаћивање није заснована на уговору, ограничена способност деловања малолетника је ирелевантна. Потраживање за обогаћивање је ограничено на мањи износ од износа за који имовина обогаћене особе остаје обогаћена на дан покретања поступка или износа за који имовина осиромашене особе остаје осиромашена на тај датум. Уговорна цена се занемарује. Спорна је стварна вредност имовине у време покретања поступка. Ако је имовина отуђена пре покретања поступка, осиромашена страна може захтевати само оно што је преостало од прихода, осим ако је приход коришћен за неопходне ствари, као што су храна, одећа, смештај и медицински третман. Овде опет видимо стандард неопходних ствари за малолетника, који је присутан у многим упоредноправним системима. У овом другом случају, трошкови неопходних ствари се користе за одређивање износа обогаћивања.[232]

2.5.2. Замбија

Први главни фактор који ограничава пословни капацитет физичког лица у Замбији јесте малолетство. Пунолетство по обичајном праву се стиче са 21 годином. Међутим, не постоји доследност у законодавству која се односи на децу у погледу старости испод које се деца сматрају неспособним за обављање правних послова. На пример, док чл.

231 *Ibid.*, стр. 47.
232 *Ibid.*, стр. 48.

incorporated the whole of the common law doctrine, and the interests of the unborn child in intestate and testate succession are protected in accordance with both the doctrine and the rule of construction stated above. In this case, the definition of a child should be expanded to include the common law requirements that, in order to benefit, the child must be born alive subsequently and that it would be to its benefit had it 'actually been born at the time of the death of the testator or person dying intestate'.

Furthermore, it may well be that the courts in Zambia will extend the common law doctrine for protecting unborn children to other areas of the law, in the same way as the South African courts, for example, have extended the *nasciturus* fiction (doctrine) from the law of succession to the law of delict, maintenance and custody of children.[482]

In criminal law, the unborn child is protected by the Penal Code,[483] which makes it an offence to abort a child unlawfully.[484] However, this protection has no relevance to the child's status in private law.

§2. Capacity

64. Capacity denotes the totality of a person's standing in law or their legal status, as well as the abilities and competencies that they have in a given legal system to perform acts to which the law attaches consequences. There are generally four kinds of capacity. These are the capacity to be the bearer of rights and duties, which every legal person possesses; the capacity to perform legal acts, for example, to enter into a contract; the capacity to be accountable for civil wrongs and the capacity to be accountable for criminal wrongdoing.

In private law, the relevant capacities of an individual may be limited by a number of factors. Examples of the major factors under Zambian common law and legislation are: minority, unsoundness of mind, extra-marital birth (illegitimacy), sex and gender and adoption. These factors are briefly discussed in the following section.

I. Minority

65. The first major factor limiting the capacity of a natural legal person is minority.[485] The age of majority at common law is 21 years.[486] However, there is no consistency in legislation dealing with children or young people regarding the age below which these categories of people are considered to be incompetent to perform juristic acts or to owe legal duties. For example, section 17 of the Marriage

482. For the discussion of this subject under South African law, *see* Davel & Jordaan, *supra, n. 472*, 13–24.
483. Chap. 87 of the Laws of Zambia.
484. *See* ss. 151 and 152 of the Act.
485. For a detailed discussion, *see Halsbury's Laws of England* 582 et seq. (Hailsham ed. Vol. 17, 2d., Butterworths 1935).
486. *Bromley's Family Law* 288 (N.V. Lowe & G. Douglas eds 9, Butterworths 1998).

17 Закона о браку дефинише узраст у коме се дете може венчати без сагласности родитеља као 21 годину, Закон о тестаментима и управљању тестаментом, Закон о наслеђивању без тестамента и Закон о вези и издржавању деце дефинишу малолетнике у сврху наслеђивања, односно у вези издржавања као особе које нису навршиле 18 година. Конвенција Уједињених нација о правима детета и Афричка повеља о правима и добробити детета слично дефинишу дете као особу млађу од 18 година. Малолетност по обичајном праву генерално намеће одређена ограничења на различите способности дотичне особе. Као опште правило, малолетник ужива законску заштиту услед своје незрелости и закон му не дозвољава да чини било шта што би штетило његовим интересима. Стога је његова способност по обичајном праву да се обавеже уговором, ограничена на случајеве у којима је уговор јасно одређен у његову корист. Други уговори су генерално рушљиви на захтев малолетника, мада су обавезујући за другу страну (ако је пунолетан). Уговори који су очигледно штетни за малолетника су апсолутно ништави. Постоје и законска ограничења способности малолетника. На пример, Закон о браку предвиђа да особа која је, иако није удовица или удовац, навршила 16 година, али је млађа од 21 године, може склопити брак.[233] Али он или она то могу учинити само уз помоћ (тј. сагласност) свог родитеља или старатеља.[234] Дакле, малолетник у овом случају има ограничену способност да изврши правни чин брака. Насупрот томе, чл. 33(1) истог закона наводи да малолетник млађи од 16 година генерално нема никакву способност да склопи брак. Слично томе, чл. 4 Закона о тестаментима и управљању имовином ускраћује малолетнику способност да сачини тестамент, иако има способност да буде сведок тестамента друге особе.[235]

Према етиопском Грађанском законику од 1960. године, законски заступник може овластити малолетника да закључује уговоре који се, с обзиром на његов узраст и имовинске прилике, могу сматрати као „акти свакодневног живота.[236]

2.6. Северна Америка

2.6.1. Канада

У Канади, генерално, они који су достигли пунолетство уживају потпуну пословну способност, уз ограничења у случајевима менталне неспособности. Малолетници немају потпуну пословну способност. Узраст када малолетник постаје пунолетан различит је у односу на федералне државе. Тако, пунолетство се стиче са 18 година у Алберти, Манитоби, Онтарију, Острву Принца Едварда, Квебеку и Саскачевану, а

233 Чл. 17 Закона о браку.

234 Чл. 103 Закона о браку.

235 C. Himonga, *op. cit.*, стр. 84.

236 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1223.

Act defines the age at which a person may marry without parental consent to be 21 years (section 17 of the Marriage Act was not removed from the statute book by the Marriage (Amendment) Act, *see* paragraph 90, *infra*) , while the WATEA, the ISA and the Children's Code define a minor for purposes of the respective Acts as a person who has not reached the age of 18 years.[487] The UN Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child similarly define a child as a person below the age of 18 years.

In Article 266 of the Constitution, a child is defined as 'a person who has attained, or is below, the age of eighteen years'. It seems that there is an error in this definition where it states that a child is 'a person who *has attained*, or is below, the age of eighteen years'. The correct reading should be '*has not attained*, or is below, the age of eighteen years'.

Arguably, since the Constitution is the supreme law of the land,[488] the constitutional definition of a child invalidates any other purported legal definitions minoority. Nevertheless, there may be instances in personal law where a blanket application of the age of 18 years disadvantages the person who is being defined as a child. The UN Convention on the Rights of the Child seems to recognize this point when it incorporates concepts such as 'evolving capacity of the child' in providing for the rights of the child in relation to the responsibilities, rights and duties of parents, among others.[489] Furthermore, the Convention recognizes that the age of majority may be attained at different ages when it states: 'For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years *unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier*.'[490] For these reasons, this monograph adopts the cautious approach that the Constitution does not blindly nullify the definitions of a child in all the laws or automatically replace them with its threshold of 18 years. The exceptions are where the law in question clearly undermines the protection of the child's rights or legal interests or has been declared unconstitutional by a competent court. This monograph, therefore, presents the law as it exists, with different definitions of a child or minority for different purposes while it attempts to identify, in specific situations, where the constitutional definition of the child should prevail or situations where it is not clear whether that definition should prevail.

At common law, minority (i.e., below the age of 21 years) generally imposes certain limitations on the capacity of the minor. As a general rule, a minor enjoys the protection of the law due to their immaturity and are not permitted by law to do anything that would prejudice their interests. Thus, their capacity at common law to bind themselves by contract is limited to cases in which the contract is clearly for their benefit. Other contracts are generally voidable at the instance of the minor, although binding on the other party (if a major). Contracts that are manifestly prejudicial to the minor are absolutely void.[491]

487. *See* ss 3 and 3 of the ISA and WATEA Act, respectively, and s. 2 of the Children's Code.

488. Art. 1 of the Constitution.

489. *See* the Convention Art. 5.

490. *Ibid.*, Art. 1 (the emphasis is supplied).

491. Hailsham ed. Vol. 17, 2d ed., *supra* n. 486, 586 et seq. On the capacity of minors to enter into commercial contracts at common law, *see* further Keenan, *supra*, n. 56, 218 et seq.; Hailsham ed. Vol. 17, 2d ed., *ibid.*, 604 et seq. It is arguable that to the extent that the common law seeks to protect

17 Закона о браку дефинише узраст у коме се дете може венчати без сагласности родитеља као 21 годину, Закон о тестаментима и управљању тестаментом, Закон о наслеђивању без тестамента и Закон о вези и издржавању деце дефинишу малолетнике у сврху наслеђивања, односно у вези издржавања као особе које нису навршиле 18 година. Конвенција Уједињених нација о правима детета и Афричка повеља о правима и добробити детета слично дефинишу дете као особу млађу од 18 година. Малолетност по обичајном праву генерално намеће одређена ограничења на различите способности дотичне особе. Као опште правило, малолетник ужива законску заштиту услед своје незрелости и закон му не дозвољава да чини било шта што би штетило његовим интересима. Стога је његова способност по обичајном праву да се обавеже уговором, ограничена на случајеве у којима је уговор јасно одређен у његову корист. Други уговори су генерално рушљиви на захтев малолетника, мада су обавезујући за другу страну (ако је пунолетан). Уговори који су очигледно штетни за малолетника су апсолутно ништави. Постоје и законска ограничења способности малолетника. На пример, Закон о браку предвиђа да особа која је, иако није удовица или удовац, навршила 16 година, али је млађа од 21 године, може склопити брак.[233] Али он или она то могу учинити само уз помоћ (тј. сагласност) свог родитеља или старатеља.[234] Дакле, малолетник у овом случају има ограничену способност да изврши правни чин брака. Насупрот томе, чл. 33(1) истог закона наводи да малолетник млађи од 16 година генерално нема никакву способност да склопи брак. Слично томе, чл. 4 Закона о тестаментима и управљању имовином ускраћује малолетнику способност да сачини тестамент, иако има способност да буде сведок тестамента друге особе.[235]

Према етиопском Грађанском законику од 1960. године, законски заступник може овластити малолетника да закључује уговоре који се, с обзиром на његов узраст и имовинске прилике, могу сматрати као „акти свакодневног живота.[236]

2.6. Северна Америка

2.6.1. Канада

У Канади, генерално, они који су достигли пунолетство уживају потпуну пословну способност, уз ограничења у случајевима менталне неспособности. Малолетници немају потпуну пословну способност. Узраст када малолетник постаје пунолетан различит је у односу на федералне државе. Тако, пунолетство се стиче са 18 година у Алберти, Манитоби, Онтарију, Острву Принца Едварда, Квебеку и Саскачевану, а

233 Чл. 17 Закона о браку.

234 Чл. 103 Закона о браку.

235 C. Himonga, *op. cit.*, стр. 84.

236 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 1223.

There are also statutory limitations on the capacity of a minor. For instance, section 4 of the WATEA denies a minor the capacity to make a will, although they have the capacity to witness another person's will.[492]

II. Persons with Disabilities and Mental Illness

66. The Persons with Disabilities Act of 2012[493] seeks to, *inter alia*, domesticate the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and its Protocol and other international instruments on persons with disabilities to which Zambia is a party in order to promote and protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by persons with disabilities and to promote respect for their inherent dignity. The Act repeals the Persons with Disabilities Act of 1996.[494]

The Act defines 'disability' as 'permanent physical, mental, intellectual or sensory impairment that alone, or in combination with social or environmental barriers, hinders the ability of a person to fully or effectively participate in society on an equal basis with others'.[495] The inclusion of mental disability in this definition seems to broaden the definition enough to include persons with mental illness, which is now dealt with by a separate Act, the Mental Health Act of 2019.[496] If this is correct, it is not clear how the overlap between these Acts should be addressed. It is also not clear whether the built-in conflict of laws provision of the Persons with Disabilities Act applies to the Mental Health Act of 2019 as well. The former states:

> 'Subject to the Constitution, where there is any inconsistency between the provisions of any other written law impacting on the rights of persons with disabilities
>
> as provided in this Act or any other matter specified or prescribed under this Act with respect to persons with disabilities, the provisions of this Act shall prevail to the extent of the inconsistency.'[497]

Presumably, this provision does not apply to the common law since it refers to written law.

In the absence of clarity on these issues, the legal status of Persons with Disabilities and persons with mental illness will be dealt with separately. Their capacity at common law will also be considered where applicable.

persons from contractual liability connected with the possible immature exercise of the will of the persons concerned, in the specific area of commercial contracts, the common law age of majority should prevail over the constitutional age of 18 years.

492. *See* s. 6 of the Act.

493. No. 6 of 2012.

494. Chap. 65 of the Laws of Zambia.

495. Section 2 of the Act.

496. *See* s. 41 of the Mental Health Act 6 of 2019. This Act repealed the Mental Disorders Act, Chap. 305 of the Laws of Zambia (Mental Disorders Act 21 of 1949).

497. Section 3 of the Act.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

*Ljubinka Kovačević**
Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet

UNIVERZALNI MEĐUNARODNI STANDARDI O ZABRANI DEČIJEG RADA I NJIHOVA PRIMENA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt: Radno pravo utvrđuje minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa koji je niži od uzrasta određenog za sticanje punoletstva u građanskom pravu, uz obezbeđivanje niza zaštitnih mera koje treba da doprinesu nesmetanom razvoju i obrazovanju maloletnih radnikâ. S tim u vezi, valja imati u vidu da, i pored univerzalno prihvaćene zabrane rada lica mlađih od 15 godina i velikog napretka koji je ostvaren u pogledu suzbijanja najgorih oblika dečijeg rada, on ni danas nije samo gorka uspomena iz prošlosti ili predmet teorijskih debata, već sastavni deo tržišta rada u mnogim regionima sveta. Time se, nažalost, ne iscrpljuju svi problemi vezani za rad maloletnikâ. Oni opterećuju i rad lica starijih od 15 godina, jer i njihovo radno angažovanje prati rizik ekonomskog iskorišćavanja i drugih zloupotreba. Ipak, pored štetnih, rad može proizvesti i niz pozitivnih posledica po razvoj maloletnikâ, zbog čega se u savremenom pravu razvijaju dvojaka radnopravna pravila: štetan uticaj rada sprečava se zabranom zapošljavanja maloletnikâ na opasnim poslovima, dok se njegova pozitivna obeležja uvažavaju kroz mogućnost maloletnikâ da samostalno zasnivaju radni odnos. Na ovaj način se odstupa od polazne ideje da su maloletnici samo učesnici u tržištu rada odraslih i potencijalne žrtve eksploatacije. Ovakvo ambivalentno shvatanje rada maloletnikâ u savremenom pravu čini opravdanim i preispitivanje međunarodnih standarda o zabrani dečijeg rada i njihovog uticaja na nacionalne pravne sisteme, uključujući i naš. Autorka je, otud, nastojala da identifikuje osnovne tendencije u uređivanju zapošljavanja maloletnikâ pod okriljem Međunarodne organizacije rada, kao i da ispita usklađenost domaćeg zakonodavstva sa ovim standardima, naročito imajući u vidu sledeća pitanja: pitanje posebne zaštite lica koja ispunjavaju opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, ali nisu okončala obavezno školovanje; pitanje umesnosti uvođenja kategorije lakih poslova, na kojima je dopušten rad lica mlađih od 15 godina; pitanje angažovanja maloletnikâ za rad van radnog odnosa; pitanje autorizovanog zapošljavanja maloletnikâ; pitanje uređivanja rada učenikâ u nastavi, te pitanje nadzora nad primenom merodavnog zakonodavstva.

Ključne reči: posebna zaštita maloletnikâ, minimalni uzrast za zapošljavanje, laki poslovi, opasni poslovi, Međunarodna organizacija rada, Republika Srbija.

1. POTREBA MALOLETNIKÂ ZA POSEBNOM RADNOPRAVNOM ZAŠTITOM

Razvoj radnog prava je, usmeren, između ostalog, i na zaštitu fizičkog integriteta i dostojanstva radnikâ, kao i na obezbeđivanje uslovâ rada koji radnicima omogućavaju razvoj ličnosti, sticanje sredstava za život i učešće u kolektivnom životu.[1]

* vanredni profesor, ljubinka@ius.bg.ac.rs

1 Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1947, 114.

III МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗАШТИТЕ ПРАВА МАЛОЛЕТНИХ РАДНИКА

1. ИСТОРИЈАТ УРЕЂИВАЊА РАДА МАЛОЛЕТНИКА ПОД ОКРИЉЕМ МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ РАДА

Први универзални међународни стандард о минималном узрасту за заснивање радног односа потврђен је већ на првом заседању Опште конференције рада. Одредбама Конвенције МОР број 5 је било забрањено запошљавање деце млађе од 14 година у индустријским предузећима, уз изузетке рада у породичним предузећима и рада у техничким школама. Конвенцијом је узраст за запошљавање био спуштен и у погледу тачно одређених држава (Индија и Јапан 12 година). Предвиђена је обавеза послодавца да води евиденције запослених који су млађи од 16 година. Идентично је било предвиђено у Конвенцији МОР број 7 о минималном узрасту за заснивање радног односа с поморцима из 1920. године. Иако је у Конвенцији бр. 7 атрибут посебно штетног посла признат само овим двема врстама послова, ваља имати у виду да се у савременом праву, послови који се обављају на мору редовно сматрају опасним, због чега се у националним законодавствима, за њихово обављање постављају виша старосна граница или други строжи услови. Ипак, национална законодавства допуштају и изузетке посебно у погледу послова које деца обављају заједно с родитељима и другим члановима породице у територијалним водама одређене државе, као и за рад и обуку деце на школским бродовима. Разлику прописивања узраста у односу на претходне две конвенције, предвиђа Конвенција МОР број 10 о минималном узрасту за заснивање радног односа у пољопривреди јер у њој уопште није био прописан минимални узраст за запошљавање, већ је само потврђено је правило да деца млађа од 14 година не смеју бити запослена у пољопривредним предузећима, осим ван периода утврђеног за похађање школских часова, а под условом да то не штети њиховом образовању. Не можемо знати који су разлози за изостављање минималног узраста, али можемо претпоставити да се сматрало да рад деце у пољопривреди није тако опасан и штетан као онај у индустрији. То је донекле начелно тачно али ни рад у пољопривреди није без опасности по дете (изложеност хемикалијама, падови са машина, изложеност тешким временским условима).[334]

334 О томе и Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, стр. 545. Пољопривредни послови повлаче да се користи опасна опрема, хемикалије и ис-

deteta, pod kojim se, u smislu odredaba ove konvencije, smatra „svako ljudsko biće, koje nije navršilo osamnaest godina života, ukoliko se, po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije".[33] To je izuzetno važno imajući u vidu, između ostalog, i činjenicu da je dete biće u razvoju, kao i to da se svet sve brže menja, zbog čega ni odnos deteta i rada ne treba posmatrati van te optike.[34]

Konačno, valja imati u vidu i to da su univerzalni međunarodni radni standardi inspirisali evropske standarde u ovoj oblasti, te i oni zabranjuju zapošljavanje lica mlađih od 15 godina, ali ne na apsolutan način. Umesto toga, dopuštaju se izuzeci u pogledu lakih poslova, tj. poslova, kod kojih ne postoji opasnost da bi mogli ugroziti zdravlje, moral i obrazovanje lica mlađih od ovog uzrasta. Ove izuzetke dopuštaju standardi Saveta Evrope,[35] imajući u vidu edukativnu i druge vrednosti rada, zbog kojih se apsolutna zabrana rada lica mlađih od 15 godina čini nemogućom, pa i nepoželjnom (npr. u slučaju pomaganja roditeljima u porodičnom preduzeću, ili rada dece za džeparac tokom raspusta). Isto vredi i za izvore prava Evropske unije, u kojima se, takođe, pravi razlika između uslovâ za zasnivanje radnog odnosa prema prirodi poslova i okolnostima u kojima se oni obavljaju, s tim što se, u tim okvirima, pravi i razlika između nekoliko „stadijuma" detinjstva. Poput ugovornica Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 138, i države članice Unije su dužne da zabrane dečiji rad i da obezbede da minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa ne bude niži od uzrasta u kojem se završava obavezno obrazovanje utvrđeno nacionalnim zakonodavstvom, a, u svakom slučaju ne niži od 15 godina života.[36] Sekundarno zakonodavstvo, pritom, dopušta derogaciju zabrane dečijeg rada, u specijalnim slučajevima i pod posebnim uslovima, osim ako bi to bilo štetno po redovno pohađanje škole ili bi sprečavalo dete da uživa sve koristi od obrazovanja.[37] Konačno, rad adolescenata (lica starijih od 15 i mlađih od 18 godina koje više ne opterećuje dužnost sticanja obaveznog obrazovanja) mora biti strogo uređen, ne bi li se uvažile sve osobenosti prelaska iz detinjstva u svet odraslih.

2.2. Sektorska pravila Međunarodne organizacije rada

Prvi međunarodni standard o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa potvrđen je Konvencijom broj 5, koja je usvojena već na prvom zasedanju Opšte konferencije rada. Njenim odredbama je bilo zabranjeno zapošljavanje dece

33 Konvencija o pravima deteta, član 1.

34 M. Bonnet, 458.

35 Revidirana evropska socijalna povelja (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 42/09), član 7, stav 1.

36 Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work (*Official Journal* L 216, 20.8.1994, 12–20) – u daljem tekstu: Direktiva Saveta 94/33/EZ, član 1, stav 1.

37 Države članice Evropske unije mogu odlučiti da se zabrana dečijeg rada ne odnosi na rad dece u kulturnim i sličnim aktivnostima. Isto vredi i za rad dece starije od 14 godina u okviru shema u kojima se kombinuju rad i obuka učenikâ ili obezbeđuje sticanje radnog iskustva u fabrikama. Osim toga, deca starija od 14 godina mogu obavljati lake poslove ne samo u kulturi, već i u drugim oblastima, dok deca starija od 13 godina imaju pravo da obavljaju ostale lake poslove tokom određenog broja sati u nedelji, pod uslovom da su takvi poslovi i uslovi u kojima se oni obavljaju utvrđeni nacionalnim zakonodavstvima. Direktiva Saveta 94/33/EZ, čl. 4.

III МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗАШТИТЕ ПРАВА МАЛОЛЕТНИХ РАДНИКА

1. ИСТОРИЈАТ УРЕЂИВАЊА РАДА МАЛОЛЕТНИКА ПОД ОКРИЉЕМ МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ РАДА

Први универзални међународни стандард о минималном узрасту за заснивање радног односа потврђен је већ на првом заседању Опште конференције рада. Одредбама Конвенције МОР број 5 је било забрањено запошљавање деце млађе од 14 година у индустријским предузећима, уз изузетке рада у породичним предузећима и рада у техничким школама. Конвенцијом је узраст за запошљавање био спуштен и у погледу тачно одређених држава (Индија и Јапан 12 година). Предвиђена је обавеза послодавца да води евиденције запослених који су млађи од 16 година. Идентично је било предвиђено у Конвенцији МОР број 7 о минималном узрасту за заснивање радног односа с поморцима из 1920. године. Иако је у Конвенцији бр. 7 атрибут посебно штетног посла признат само овим двема врстама послова, ваља имати у виду да се у савременом праву, послови који се обављају на мору редовно сматрају опасним, због чега се у националним законодавствима, за њихово обављање постављају виша старосна граница или други строжи услови. Ипак, национална законодавства допуштају и изузетке посебно у погледу послова које деца обављају заједно с родитељима и другим члановима породице у територијалним водама одређене државе, као и за рад и обуку деце на школским бродовима. Разлику прописивања узраста у односу на претходне две конвенције, предвиђа Конвенција МОР број 10 о минималном узрасту за заснивање радног односа у пољопривреди јер у њој уопште није био прописан минимални узраст за запошљавање, већ је само потврђено је правило да деца млађа од 14 година не смеју бити запослена у пољопривредним предузећима, осим ван периода утврђеног за похађање школских часова, а под условом да то не штети њиховом образовању. Не можемо знати који су разлози за изостављање минималног узраста, али можемо претпоставити да се сматрало да рад деце у пољопривреди није тако опасан и штетан као онај у индустрији. То је донекле начелно тачно али ни рад у пољопривреди није без опасности по дете (изложеност хемикалијама, падови са машина, изложеност тешким временским условима).[334]

334 О томе и Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, стр. 545. Пољопривредни послови повлаче да се користи опасна опрема, хемикалије и ис-

mlađe od 14 godina u industrijskim preduzećima,[38] ali ta zabrana nije bila apsolutna. Derogacija zabrane dečijeg rada bila je, naime, dopuštena u pogledu rada u porodičnim preduzećima (tj. preduzećima u kojima su svi radnici članovi iste porodice), kao i u pogledu rada u tehničkim školama, ako je za to postojalo ovlašćenje i nadzor nadležnog državnog organa ili tela.[39] Štaviše, Konvencijom je starosni prag za zapošljavanje bio spušten i u pogledu tačno određenih država (Indija i Japan /12 godina/), dok je kao važna garantija poštovanja zabrane dečijeg rada i dopuštenih izuzetaka bila predviđena poslodavčeva obaveza vođenja evidencije zaposlenih koji su mlađi od 16 godina.[40]

Isto opšte pravilo i dopušteni izuzeci, kao i ista osnovna obaveza poslodavca, potvrđeni su i u Konvenciji broj 7 o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa sa pomorcima (1920),[41] s tim što će naredne godine biti usvojeni specijalni viši standardi o zapošljavanju magacinskih radnika i ložača na brodovima, koje je bilo uslovljeno navršenjem 18 godina života.[42] Premda je u potonjoj konvenciji, atribut posebno štetnog posla priznat samo ovim dvema vrstama posolova, valja imati u vidu da se u savremenom pravu, poslovi koji se obavljaju na moru redovno smatraju opasnim, i da se, posledično, u nacionalnim zakonodavstvima, za njihovo obavljanje postavlja viša starosna granica ili drugi stroži uslovi.[43] Ipak, nacionalna zakonodavstva dopuštaju i izuzetke od tog pravila. Oni redovno vrede za poslove koje deca obavljaju zajedno sa roditeljima i drugim članovima porodice u teritorijalnim vodama određene države, kao i za rad i obuku dece na školskim brodovima.[44]

Od ovog niza odstupa Konvencija broj 10 o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa u poljoprivredi, budući da, i pored takvog naziva, njome nije bila potvrđena zabrana zapošljavanja dece mlađe od određenog uzrasta. Umesto toga, potvrđeno je pravilo da deca mlađa od 14 godina ne smeju biti zaposlena u poljoprivrednim preduzećima, osim van perioda utvrđenog za pohađanje školskih časova, a, pod uslovom da to ne šteti njihovom obrazovanju.[45] Konvencijom je, štaviše, bilo dopuštena i modifikacija rasporeda časova ne bi li se deci omogućilo obavljanje lakih poslova u poljoprivredi, posebno u vreme žetve, a, odstupanje je bilo dopušteno i u pogledu rada u tehničkim školama, pod istim uslovom kao i po Konvenciji

38 Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (No. 5) – u daljem tekstu: Konvencija broj 5, član 2. Naša država je ratifikovala ovu konvenciju (*Službene novine*, broj 95-XXII/1927), ali je otkazala ratifikaciju 1983. godine, zbog ratifikacije Konvencije broj 138.

39 Konvencija broj 5, čl. 2–3.

40 Konvencija broj 5, čl. 4–6.

41 Minimum Age (Sea) Convention, 1920 (No. 7). Naša država je ratifikovala ovu konvenciju (*Službene novine*, broj 95-XXII/1927), ali je 1983. godine otkazala ratifikaciju.

42 Minimum Age (Trimmers and Stokers) Convention, 1921 (No. 15), član 2. Naša država nije ratifikovala ovu konvenciju.

43 Vid. Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1997, 39–46, 49–51.

44 *Modern policy and legislative responses to child labour*, International Labour Office, Geneva, 2007, 20.

45 Minimum Age (Agriculture) Convention, 1921 (No. 10) – u daljem tekstu Konvencija broj 10, član 1. Naša država je ratifikovala ovu konvenciju (*Službene novine*, broj 95-XXII/1927), ali je otkazala ratifikaciju 1983. godine.

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Мр Драгана Радовановић

UDK: 349.244-053.2

ДЕЧИЈИ РАД – ПОЈАМ И ФАКТОРИ

Апстракт: *У тексту се одређује појам "дечијег рада" наслањањем на међународне инструменте који за предмет имају, посредно или непосредно, заштиту деце од економског искоришћавања. У тексту се указује на факторе који доводе до настанка, формирања и реализације дечијег рада и експлицира утицај сиромаштва, недовољне развијености, привредних диспаритета, нефункционалних породица, недостатку образовања, миграцији из села у град, дискриминацији на основу пола, неодговорном сексуалном понашању одраслих, штетних традиционалних обичаја, оружаних сукоба и трговини децом на настанак, формирање и реализацију дечијег рада.*

Кључне речи: *дечији рад, фактори дечијег рада, запослена деца.*

1. Појам дечијег рада

Дечији рад представља економску активност коју обављају деца и младе особе. Стога је дефиниција "детета" и дефиниција "рада" од фундаменталног значаја за разумевање суштине дечијег рада.

1.1. Појам детета

Појам "детета" одређен је у међународним инструментима који за предмет, посредно или непосредно, имају заштиту деце од економског искоришћавања. Конвенција о правима детета из 1999. године[1], члан 1, утврђује да је дете "људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који

1 Ова Конвенција усвојена је на Генералној скупштини Уједињених нација 20. новембра 1989. године, а ступила је на снагу 2. септембра 1990. године. Југославија ју је ратификовала законом од 18. децембра 1990. године ("Службени лист СФРЈ" – Међународни уговори број 15/1990).

3. УЗРОЦИ ПОЈАВЕ ДЕЧИЈЕГ РАДА

Узроци дечијег рада поимају се као објективне животне појаве које повлаче узрочно последични однос са дечијим радом, односно имају одлучујући, непосредан и директан утицај на настанак и формирање дечијег рада.

Ако посматрамо који су разлози за појаву дечијег рада, не може се издвојити само један узрок, већ је овај феномен разултат читавог низа узрока– економских, културних,[298] социјалних, породичних. Неретко се поред осталих узорка за дечији рад као главни наводи сиромаштво.[299] Оно што је занимљиво јесте да је нејасно да ли сиромаштво доводи до појаве дечијег рада или дечији рад производи сиромаштво. Ипак, као и остале узроке за појаву дечијег рада, и сиромаштво треба посматрати, не изоловано, већ као један део целине узрока појаве дечијег рада. Дејство узрока, услова и повода дечијег рада не испољава се увек и у сваком конкретном случају на исти начин, што се најбоље може видети на примеру сиромаштва. Сиромаштво има непосредан утицај на дечији рад, јер деца која потичу из сиромашних породица суочена су са недостатком основних могућности. Обављајући економску активност помажу родитељима у попуњавању кућног буџета. Сиромаштво, осим директног, може имати и посредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Такође, сиромаштво доводи до настанка других негативних појава у друштву, као што су: насиље, миграције, дисфункционалност породице, а свака од ових појава може имати непосредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Сва деца која потичу из сиромашних породица, самим тим што су сиромашна, аутоматски не обављају економску активност. Њихови родитељи могу обављати привремене и повремене послове у области неформалне привреде и себи и својој породици обезбедити такав животни стандард да је непотребно прибегавати економској активности деце.[300] Тзв. неформални сектор је

298 Културолошки аспект дечијег рада огледа се у томе да је у многим државама рад деце у пољопривреди културно, историјски и обичајно условљен, то је ствар културних образаца дате државе. Чак се некада тумачи да је онемогућавање рада деце у неким пословима који су културолошки условљени (попут рада девојчица у индустрији тепиха у Мароку) супротан добробит те деце. N. Ferreira, *op. cit.*, стр. 71. Овакви подаци нам говоре да је (и) овај феномен потребно посматрати из угла датих традиционалних и културних околности одређеног друштва, а не само глобално, како се у савремено доба покушава једино осветлити дечији рад. Поређење дечијег рада са праксом ратовања деце на афричком континенту, као такође обликом праксе ангажовања деце, на налазимо адекватним. Ипак, налазимо да заштита деце на раду услед злоупотребе, не сме услед тих регионалних околности, трпети ограничења.

299 Faraaz Siddilji, Harry Anthony Patrinos, Child Labour: Issues, Causes and Interventions, Human Capital Development and Operational Policy, Working Paper, January 1995, стр. 5.

300 Драгана Радовановић, „Дечији рад – појам и фактори", у: *Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије*, Зборник Правног факултета у Нишу, 2012, стр. 276.

рије – узроке, услове и поводе, а, према другој подели, у факторе гурања – push factors, факторе привлачења – pull factors и факторе који олакшавају настанак, формирање и реализацију дечијег рада.[10]

Узроци дечијег рада поимају се као објективне (реалне) појаве које имају одлучујући, непосредан и директан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Те објективне (реалне) појаве истовремено се јављају као фактори гурања.[11] У преамбули Конвенције о забрани најгорих облика дечијег рада и непосредним мерама за укидање таквог рада (број 182) каже се "да је рад деце, у великој мери узрокован сиромаштвом и да је дугорочно решење у сталном економском развоју који води друштвеном напретку, нарочито ублажавању сиромаштва и образовању за све". У преамбули Факултативног протокола о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, уз Конвенцију о правима детета каже се да продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, поред сиромаштва, доприносе: економски диспаритети, неправедна социо-економска структура, дисфункционалне породице, миграције, растућа потрошња, мањак образовања, дискриминација по роду, неодговорно сексуално понашање одраслих, штетни традиционални обичаји, оружани сукоби и трговина децом. Такође, каже се да пракса сексуалног туризма децу чини посебно рањивом, будући да непосредно подстиче продају деце, дечију проституцију и дечију порнографију.

Услови дечијег рада представљају активности и утицаје који омогућавају и олакшавају настанак, формирање и реализацију дечијег рада, те се сматрају његовим доприносећим факторима.[12] Сексуалну експлоатацију деце, како је истакнуто у преамбули Декларације против комерцијалне сексуалне злоупотребе деце[13], посредно или непосредно, омогућава: корупција запослених у државним органима који су надлежни за примену закона; одсуство или неадекватно законодавство; лабава примена закона; лимитирана осетљивост кадрова који спроводе закон.

Поводи дечијег рада наглашавају рањивост деце и њихову изложеност ризику од дечијег рада. То су, заправо, замишљене предности живота који се може остварити уколико дете обавља какву економску активност, на пример: очекивано запослење и финансијске награде, приступ материјалним добробити-

10 G.K..Llten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www. childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

11 Ibidem

12 Ibidem

13 Декларација против комерцијалне сексуалне злоупотребе деце усвојена је на Светском конгресу против комерцијалне сексуалне експлоатације деце одржаном у Стокхолму 1996. године.

3. УЗРОЦИ ПОЈАВЕ ДЕЧИЈЕГ РАДА

Узроци дечијег рада поимају се као објективне животне појаве које повлаче узрочно последични однос са дечијим радом, односно имају одлучујући, непосредан и директан утицај на настанак и формирање дечијег рада.

Ако посматрамо који су разлози за појаву дечијег рада, не може се издвојити само један узрок, већ је овај феномен разултат читавог низа узрока– економских, културних,[298] социјалних, породичних. Неретко се поред осталих узорка за дечији рад као главни наводи сиромаштво.[299] Оно што је занимљиво јесте да је нејасно да ли сиромаштво доводи до појаве дечијег рада или дечији рад производи сиромаштво. Ипак, као и остале узроке за појаву дечијег рада, и сиромаштво треба посматрати, не изоловано, већ као један део целине узрока појаве дечијег рада. Дејство узрока, услова и повода дечијег рада не испољава се увек и у сваком конкретном случају на исти начин, што се најбоље може видети на примеру сиромаштва. Сиромаштво има непосредан утицај на дечији рад, јер деца која потичу из сиромашних породица суочена су са недостатком основних могућности. Обављајући економску активност помажу родитељима у попуњавању кућног буџета. Сиромаштво, осим директног, може имати и посредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Такође, сиромаштво доводи до настанка других негативних појава у друштву, као што су: насиље, миграције, дисфункционалност породице, а свака од ових појава може имати непосредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Сва деца која потичу из сиромашних породица, самим тим што су сиромашна, аутоматски не обављају економску активност. Њихови родитељи могу обављати привремене и повремене послове у области неформалне привреде и себи и својој породици обезбедити такав животни стандард да је непотребно прибегавати економској активности деце.[300] Тзв. неформални сектор је

298 Културолошки аспект дечијег рада огледа се у томе да је у многим државама рад деце у пољопривреди културно, историјски и обичајно условљен, то је ствар културних образаца дате државе. Чак се некада тумачи да је онемогућавање рада деце у неким пословима који су културолошки условљени (попут рада девојчица у индустрији тепиха у Мароку) супротан добробит те деце. N. Ferreira, *op. cit.*, стр. 71. Овакви подаци нам говоре да је (и) овај феномен потребно посматрати из угла датих традиционалних и култирних околности одређеног друштва, а не само глобално, како се у савремено доба покушава једино осветлити дечији рад. Поређење дечијег рада са праксом ратовања деце на афричком континенту, као такође обликом праксе ангажовања деце, на налазимо адекватним. Ипак, налазимо да заштита деце на раду услед злоупотребе, не сме услед тих регионалних околности, трпети ограничења.

299 Faraaz Siddilji, Harry Anthony Patrinos, Child Labour: Issues, Causes and Interventions, Human Capital Development and Operational Policy, Working Paper, January 1995, стр. 5.

300 Драгана Радовановић, „Дечији рад – појам и фактори", у: *Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије*, Зборник Правног факултета у Нишу, 2012, стр. 276.

ма, бољи друштвени положај и третман, замишљени гламур западно-европске свакодневнице. То су фактори привлачења.[14]

Дејство узрока, услова и повода дечијег рада не испољава се увек и у сваком конкретном случају на исти начин, што се најбоље може видети на примеру сиромаштва. Сиромаштво има непосредан утицај на дечији рад, јер деца која потичу из сиромашних породица, суочена су са недостатком основних могућности, обављајући економску активност помажу родитељима у попуњавању кућног буџета. Сиромаштво може имати и посредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Оно доводи до настанка других негативних појава у друштву, као што су: насиље, дисфункционалне породице, а свака од ових појава може имати непосредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Из тог разлога, између узрока, услова и повода дечијег рада не треба правити стриктну границу. Они нису јединствене категорије, али немају ни супротне конотације.[15]

Дејство узрока, услова и повода не доводи аутоматски до настанка, формирања и реализације дечијег рада. Сва деца која потичу из сиромашних породица, самим тим што су сиромашна, аутоматски не обављају економску активност. Њихови родитељи могу обављати привремене и повремене послове у области неформалне привреде и себи и својој породици обезбедити такав животни стандард да је непотребно прибегавати економској активности деце.[16]

Пажњу усмеравамо на узроке дечијег рада.

2.1. Привредни диспаритети и недовољна развијеност

У недовољно развијеним областима пољопривреда представља основу привредну делатност. На малим пољопривредним газдинствима у којима се користе застареле машине сви чланови породице морају да раде да би се на време обавили сви планирани радови. Деца још у најранијем детињству почињу да раде или помажу родитељима у обављању пољопривредних радова: доносе им алат, храну и воду, чувају стоку, сакупљају усеве, а обично најстарији члан породице одређује ко ће које послове обављати и када ће се правити паузе, што рад деце чини мање експлоатативним. Дугачки летњи распусти, који се падају у време обављања главних пољопривредних радова, омогућавају деци да раде, а да њихово образовање не трпи због тога.[17]

У недовољно развијеним областима постоји висока стопа сиромаштва. Велики број газдинстава производи само за своје потребе и има мале вишкове

14 Op.cit: G.K..Llten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www. childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

15 Ibidem

16 Ibidem

17 Hoobs S, McKechine J and Lavalette M, Child Labour: A World History Companion, Unated States of America,1999, page 5.

2. РОДНА РАВНОПРАВНОСТ И ПРАВО НА РАД

Несумњиво је да постоји велики значај запослења и радног ангажовања за родну равноправност.[488] И на пољу упоредног права имамо примере да је усвајањем законских текстова дошло до побољшања положаја жена и девојчица у области запошљавања и образовања.[489]

Када су у питању родне улоге и дечији рад, истиче се да дечаци имају већу стопу запослености у односу на девојчице на тржишту рада, а са друге стране, мањи обим у вршењу послова у оквиру породичног домаћинства.[490] Дечаци се углавном ангажују у индустрији а девојчице у пољопривредним пословима, текстилној индустрији, кућним пословима и узгајању животиња.[491] Девојчице које напусте кућни посао, често су у повећаном ризику да заврше у проституцији или другим облицима комерцијалне сексуалне експлоатације и имају већи ризик да буду жртве насиља.[492] Када је реч о раду код куће, као и раду ван куће, истиче се да је вероватније да ће девојчице радити код куће, док ће дечаци вероватније радити изван куће. Фокусирање искључиво на рад изван кућног окружења може потценити количину времена коју девојчице посвећују раду у кући.[493]

Однос родне равноправности код малолетних запослених, у нашој држави, имамо и у оквиру података Националне службе за запошљавање, које смо приказали у наредном делу монографије.

Мираз који су родитељи женске деце дужни да дају младожењи, односно његовој породици приликом склапања брака, такође, спада у многим државама у традиционалне обичаје. Постоји и веза између мираза и дечијег рада. Тако, у многим случајевима услед недостатка средстава за мираз у породицама које су, махом, сиромашне, девојчице су приморане да раде још од најмлађег узраста да би зарадиле новац за мираз. Уколико се малолетнички брак посматра као негатив-

488 Милан Томић, Ђорђе Мариловић, „Економски аспекти равноправности полова", у: *Права детета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. Горан Марковић), Источно Сарајево, 2012, стр. 494 и даље.

489 Peter de Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 235.

490 Наводи се да у сиромашним државама велики број деце ради у сопственим породичним домаћинствима и да су им родитељи „фактички послодавци", а да само мањи проценат (2,4%) деце ради ван породичног окружења, D. Levinson, M. Murray-Close, *op. cit.*, стр. 616. Слично, да у сиромашним државама деца раде „раме уз раме" са родитељима и E. V. Edmonds, N. Pavcnik, *op. cit.*, стр. 202. Највећи број деце у сиромашним државама радно је ангажован у области пољопривреде.

491 E. V. Edmonds, *op. cit.*, стр. 17.

492 О насиљу у породици над женама и девојчицама у српском праву, Урош Новаковић, „Насиље у породици и жене са инвалидитетом", у: Љубинка Ковачевић, Драгица Вујадиновић, Марко Евола, *Укрштена дискриминација жена и девојчица са инвалидитетом и инструменти за њихово оснаживање*, Београд, 2022, стр. 268.

493 P. F. Orazem, *op. cit.*, стр. 7.

види се као начин да се родитељи ослободе терета финансијске природе у вези са њеним одгајањем и стратегија преживљавања осталих чланова породице, стицање финансијске користи за оне који су посредовали у склапању брака, отплата породичног дуга. Иако се склапају без пристанка младе и, знатно ређе, младожење, овакви бракови ретко успевају и још ређе се разводе. Девојчице морају да плате одштету онима који су посредовали у склапању брака или им се прети репресалијама.

Мираз који су, по обичајним правилима, родитељи невесте дужни да дају младожењи, односно његовој породици приликом склапања брака, такође, спада у штетне традиционалне обичаје. Многе девојчице приморане су да раде од малих ногу да би зарадиле новац за мираз, а продаја на улици сматра се прихватљивим начином за упознавање будућег мужа. У неким земљама, као што су азијске, једном уговорен мираз није коначан. Није неуобичајено да муж и његови родитељи, чак и неколико година након венчања, истичу нове захтеве за мираз из овог или оног разлога: много прича, не кува добро и, наравно, никако да роди дете мушког пола. Родитељи, који нису у материјалној могућности да испуне новоистакнуте захтеве, падају у дужничко ропство, а невеста ризикује да буде отерана из куће, што се сматра великом срамотом. Да не би дошли у такву ситуацију, деца женског пола убијају се одмах по рођењу или се врше полно селективни побачаји. Онај ко учини чедоморство или полно селективни побачај, чини "добро дело", јер помаже "несретним" родитељима. Масовна абортирања и чедоморства деце женског пола стварају несразмеру у броју мушкараца и жена и представљају фактор продаје деце ради склапања брака, јер мушкарци, под притиском својих најближих да се ожене, а у недостатку девојака за удају немају другог избора, осим да купе невесту из других делова земље или из пограничних подручја са суседним земљама. Масовна чедоморства деце женског пола и полно селективни побачаји и, сходно томе, недостатак девојака за удају подстиче и проституцију у коју се све више укључују деца, јер се претпоставља да, због година старости, не болују ни од каквих полно преносивих болести, нити имају ХИВ вирус, односно АИДС.[25]

У муслиманским земљама деца, која похађају школе у којима се подучавају Курану, традиционално проводе време просећи, јер се давање милостиње сматра религијском дужношћу; до појаве закона о социјалној сигурности и заштити грађана, давање милостиње било је једини облик помоћи убогима и немоћнима.[26]

У неким земљама родитељи на основу споразума са зајмодавцем, чије се постојање претпоставља у складу са друштвеним обичајима, обавезују

25 Op.cit: G.K..Liten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www. childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

26 Канцеларија за надзор и борбу против трговине људима САД, Извештај о трговини људима за 2003. годину, доступно на: www.belgrade,usembassy,gov.policy/repors/tipintro.srpski.pdf

на појава, девојчице које су радно ангажоване имају мању могућност да се удају и закључе малолетнички брак, услед тога што привређују, остварују приходе и мање су зависне, како од своје биолошке породице, тако и од будућег супружника. Радна експлоатација деце на улицама није ретка појава. Послови у области продаје на улици сматрају се прихватљивим начином за упознавање будућег мужа и стицање средстава за мираз.[494]

Дискриминација на основу пола манифестује се и у области рада и у области образовања деце. Пол представља фактор дечијег рада уколико се девојчицама онемогућава приступ разним врстама и степенима школовања или им се школовање ограничава. У традиционалним друштвима постоје предрасуде да је непотребно улагати новчана средтсва у школовање девојчица, јер девојчицама није потребно никакво знање које се стиче у школи да би успешно обављале своју родну улогу, као и да немају способност као дечаци, те не могу обављати многе послове, нарочито оне који се, према традиционалној подели послова на мушке и женске, сматрају мушким.[495] Шира породица и родитељи могу бити невољни да улажу у образовање своје деце ако се плаше да их неће чекати сигурне одговарајуће економске прилике. У том случају, рад деце се јавља као алтернатива образовању које повлачи несигурну будућу околност. Рад у домаћинству са децом је широко распрострањена пракса у Азији, а и поред низа предузетих мера на међународном плану, можда се чак и погоршао последњих година са растућом неједнакошћу у приходима и руралним сиромаштвом. Истиче се да деца у сеоским руралним срединама раде више сати него деца у урбаним срединама. Деца радом у домаћинству који се углавном састоји од ангажовања девојчица које обављају широк спектар задатака које традиционално касније обављају жене у домаћинству, као што су брига о деци, припрема хране, чишћење куће, прање и пеглање и брига о болеснима.[496] Ове младе жене дају важан економски допринос, стога што ослобађају своје родитеље или послодавце, посебно жене, да траже исплативије запослење у националној радној снази.[497]

Улогу родне равноправности имамо и у делу који се односи на трговину људима, тј. трговину децом. Девојчице су у посебно неповољ-

494 Д. Радовановић, *op. cit.*, стр. 280.

495 Одгајање деце традиционално се сматра „женским послом". У том правцу је и ЕУ доносила низ правила којима би се ублажио овакав став, Claire McGlynn, "Children and European Union law: instrumentalism, protection and empowerment", у: Claire McGlynn, *Families and the European Union*, стр. 61.

496 Истиче се да и даље постоји неједнакост на тржишту рада између жена и мушкараца, Claire McGlynn, "Families, ideologies and value pluralism: towards an epanded concepı of family", у: Claire McGlynn, *Families and the European Union*, стр. 33.

497 Видети Љубинка Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца", *Радно и социјално право*, бр. 2, 2013, стр 75–102.

види се као начин да се родитељи ослободе терета финансијске природе у вези са њеним одгајањем и стратегија преживљавања осталих чланова породице, стицање финансијске користи за оне који су посредовали у склапању брака, отплата породичног дуга. Иако се склапају без пристанка младе и, знатно ређе, младожење, овакви бракови ретко успевају и још ређе се разводе. Девојчице морају да плате одштету онима који су посредовали у склапању брака или им се прети репресалијама.

Мираз који су, по обичајним правилима, родитељи невесте дужни да дају младожењи, односно његовој породици приликом склапања брака, такође, спада у штетне традиционалне обичаје. Многе девојчице приморане су да раде од малих ногу да би зарадиле новац за мираз, а продаја на улици сматра се прихватљивим начином за упознавање будућег мужа. У неким земљама, као што су азијске, једном уговорен мираз није коначан. Није неуобичајено да муж и његови родитељи, чак и неколико година након венчања, истичу нове захтеве за мираз из овог или оног разлога: много прича, не кува добро и, наравно, никако да роди дете мушког пола. Родитељи, који нису у материјалној могућности да испуне новоистакнуте захтеве, падају у дужничко ропство, а невеста ризикује да буде отерана из куће, што се сматра великом срамотом. Да не би дошли у такву ситуацију, деца женског пола убијају се одмах по рођењу или се врше полно селективни побачаји. Онај ко учини чедоморство или полно селективни побачај, чини "добро дело", јер помаже "несретним" родитељима. Масовна абортирања и чедоморства деце женског пола стварају несразмеру у броју мушкараца и жена и представљају фактор продаје деце ради склапања брака, јер мушкарци, под притиском својих најближих да се ожене, а у недостатку девојака за удају немају другог избора, осим да купе невесту из других делова земље или из пограничних подручја са суседним земљама. Масовна чедоморства деце женског пола и полно селективни побачаји и, сходно томе, недостатак девојака за удају подстиче и проституцију у коју се све више укључују деца, јер се претпоставља да, због година старости, не болују ни од каквих полно преносивих болести, нити имају ХИВ вирус, односно АИДС.[25]

У муслиманским земљама деца, која похађају школе у којима се подучавају Курану, традиционално проводе време просећи, јер се давање милостиње сматра религијском дужношћу; до појаве закона о социјалној сигурности и заштити грађана, давање милостиње било је једини облик помоћи убогима и немоћнима.[26]

У неким земљама родитељи на основу споразума са зајмодавцем, чије се постојање претпоставља у складу са друштвеним обичајима, обавезују

25 Op.cit: G.K..Liten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www. childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

26 Канцеларија за надзор и борбу против трговине људима САД, Извештај о трговини људима за 2003. годину, доступно на: www.belgrade,usembassy,gov.policy/repors/tipintro.srpski.pdf

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Banić Milena[*]
Filić Miloš[**]

UDK: 331.104-053.6
Review article
DOI: 10.5937/ptp2104142B
Received: 02.11.2021.
Approved on: 24.11.2021.
Pages: 142–159

THE EMPLOYMENT OF THE MINORS IN THE CONTEXT OF EXERCISING THE CHILD'S RIGHT TO WORK

ABSTRACT: Exercising the child's right to work requires a good legislative framework for labour relations and a set of conditions prescribed to ensure that the minors work in a way that does not harm their safety, health, physical, mental and moral development and does not interfere with their education. The aim of this paper is to consider both the international and national standards regulating the children's work and challenges in their application in practice. It also points out the necessary actions aimed at improving the position of the minors in the labour law environment. A special attention is paid to the issues related to the prohibition of discrimination against children in the field of work, the consent for employment including the regulation of the minimum age for employment and protection at work. The paper focuses in particular on the issue of the implementation of labour legislation in practice of Republic of Serbia, especially in the context of the efficiency of control mechanisms and the results of inspections conducted in 2019 by the Labour Inspectorate of the Ministry of Labour, Employment, Veteran and Social Affairs, which revealed a series of violations of the child's right to work. In this paper, in order to grasp an insight into this issue, there have been used the historical comparative-legal and theoretical-analytical methods. The research findings indicate that the national labour legislation

[*] LL.D, Attorney-at-Law, Law Office Milena Banić, Belgrade, Serbia, e-mail: milena.banic@gmail.com
[**] PhD candidate at the Faculty of Law, The University of Business Academy in Novi Sad, Serbia, e-mail: coozy@gmail.com

© 2021 by the authors. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

IV УПОРЕДНО ПРАВО

Дечији рад, као негативна појава, постоји универзално на свим континентима и у свим друштвима. Од краја XX века, када је дечији рад био најраспростањенији у Африци и Азији[374], није се много променило ни до данас. Наиме, дечији рад уско је везан са степеном економског напретка државе и њеног социјалног стања. Државе које су најсиромашније имају већи број деце радника у односу на оне које су економски јаке. Државе које имају економско богатство више улажу у образовање деце и њихово здравље и развој деце. Дечији рад је свакако и економско питање. Сиромашна друштва и породице без адекватне социјалне подршке принуђене су да ангажују своју децу ради обезбеђења егзистенције. Ову позицију обично искоришћавају било моћне корпорације или појединци које се појављују у улози послодаваца. Дечији рад и забрана дечјег рада су једна од главних и базних питања социјалне заштите у савремено доба. Земља која има развијен систем социјалне заштите сигурно ће имати веом строг однос према овом питању и прописивати нулту толеранцију према злоупотреби деце на тржишту рада.[375]

Приказаћемо, најпре, решења на европском правном подручју, а потом и правила из упоредног права по једне државе са различитих континената, поводом радног ангажовања малолетника.

1. ЕВРОПСКЕ ДРЖАВЕ

Посматрајући упоредноправна решења, не постоји јединствен став по питању додатне провере запошљавања малолетника у погледу сагласавања законског заступнијка. Постоје две групе држава. Већину чине државе у којима заснивање радног односа с малолетником није условљено сагласношћу законског заступника, већ само захтевом да посао није штетан по здравље, морал, образовање и развој малолетника. Већ смо делимично одговорили зашто се залажемо за ово решење. У овим правним системима важи правило о посебној пуној способности малолетника за заснивање радног односа. Полази се од тога да малолетник који испуњава све услове за заснивање радног односа (објективно и субјективно), има способност да заснује радни однос, а да постоје други механизми заштите малолетника, као што је закључење уговора у пи-

374 F. Siddilji, H. Anthony Patrinos, *op. cit.*, стр. 3.

375 Milena Banić, Milos Filić, The Employment of the Minors in the Context of Exercising the Child's Right to Work, *Law – Theory and Practice*, Vol. 38, No. 4, 2021, стр. 144.

We shall analyse the labour status of children also from the aspect of existing non-discrimination standards. On the one hand, children must be protected from any form of discrimination in terms of inadequate pay or other forms of unequal position, while on the other hand, certain provisions must be explained from the aspect of positive discrimination.

Child labour is certainly an economic issue as well. Poor societies and families without adequate social support are forced to engage their children in work, in order to provide a subsistence. This position is usually exploited by either powerful corporations or individuals. Child labour and the prohibition of child labour[1] are the top-level issues of social protection. A country that is proud of its developed social protection system will certainly have a very strict attitude towards this issue.

Child labour has to be observed and studied from the medical as well as from the psychological aspect. It is indisputable that children up to the age of eighteen are still in the process of psychophysical development, so it is strictly forbidden for children to perform work that involves high vapours, ionising radiation, high or excessively low temperatures, etc. In addition to health protection, it has to be taken into account that children are not allowed to perform work that will affect their growing up and psychological formation, such as work in casinos, night clubs, places of prostitution, etc.

This short introduction shows well how serious this issue is and how delicate it is to regulate this issue, but also to monitor the implementation of regulations, and to create the conditions that, on the one hand, ensure the child's right to work for children who need work and create appropriate working conditions, and on the other hand, prevent the abuse and exploitation of children in the work environment and ensure the protection of their rights in case of violations.

2. Sources of law regulating child labour

The development of the legislative framework for the protection of children in the field of labour began in the second half of the nineteenth century, in response to the serious consequences of child labour exploitation during the Industrial Revolution. This does not mean that children were not engaged in

[1] It should be noted that according to the International Labour Organization, the term "child labour" means the abuse of child labour in terms of the exploitation of the child, or work in conditions that harm the welfare of the child, while the terms "working children" or "economically active children" are used for children who work in adequate conditions and in accordance with prescribed standards (International Labour Organization, 2018) .

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

Kinderarbeit in den Medien

Zwischen Schutzanspruch, Interessenwahrung und Selbstverwirklichung[1]

Melanie Garbas



Melanie Garbas

Zusammenfassung
Die Arbeit bzw. die Mitwirkung von Kindern an Foto-, – Film- und Fernsehproduktionen etabliert sich – dem Trend aus den USA folgend – auch in Deutschland immer mehr. Kinder jeder Altersgruppe finden sich zunehmend im Werbemarkt und der Filmbranche. Grundsätzlich wird die Beschäftigung von Kindern durch das Jugendarbeitsschutzgesetz geregelt. Dies wird allerdings der Komplexität der Erfahrungen sowie dem Schutzanspruch und den Interessen der Kinder am expandierenden Markt nicht länger gerecht. Unter Bezug auf neuere rechtliche Regelungen in Nordrhein-Westfalen und Einbeziehung empirischer Erhebungen werde ich zeigen, dass durch angemessene pädagogische Begleitung und entsprechende rechtliche Regelungen nicht nur den Risiken besser begegnet werden kann, sondern auch neue Beteiligungs- und Bildungschancen sowie Raum für die Persönlichkeitsentwicklung entstehen.

Schlagworte: Kinderarbeit, Medien, Kinderschutz, Bildungschancen

Child labour in the media
Between pretense of protection, interest preservation and self-realization

Abstract
The amount of children's participation in photo-, film- and TV-productions in Germany increases more and more - following the trend from the USA. Children of every age group are increasingly found in the advertising market and the film industry. In principle, the occupation of children is regulated by the Youth Factory Act. This does not do justice to the complexity of the experiences as well as the pretense of protection and the interests of the children in the expanding market anymore, though. With reference to newer legal regulations in North Rhine-Westphalia and inclusion of empirical elevations I will show that not only the risks can be met better by adequate pedagogical accompaniment and corresponding legal regulations but also new participation and education chances as well as room for the personality development are made.

Key words: Child labor, Media, Protection of children, Education chances

Dekurs Kindheits- und Jugendforschung Heft 1-2009, S. 91-105

одлучити да ли је за наставак образовања или, пак, за потпуно укључивање у радни процес. У питању је својеврсно тестирање детета на прагу савремене радне арене. Нека истраживања указују да се образовање деце значајно смањује и кад дете ради са непуним радним временом (*парт тиме јоб*),[426] а не само када заснује радни однос са пуним радним временом.[427] Резултати истраживања у неким савезним покрајинама Немачке показују да је 42 до 51,8% деце школског узраста било привремено запослено уз школовање током школске године.[428] Друга истраживања иду толико далеко да доводе у везу дечији рада са повећаним коришћењем алкохола и психоактивних супстанци.[429]

4. ЗАПОШЉАВАЊЕ ДЕЦЕ У СПОРТУ И ИНДУСТРИЈИ ЗАБАВЕ

Пословање спорта и забаве еволуирало је у глобалну индустрију која доноси милијарде евра профита. Радно ангажовање деце у медијима, пре свега, у филмској и музичкој индустрији представља једне од најисплативијих области у оквиру дечијег рада. Тако, Делфос (*Delfosse*) описује учешће деце у медијским продукцијама, као „елитни дечји рад" који се јасно разликује од дечјег рада у другим областима. Оно што привлачи децу у овим областима и чини да су послови посебно атрактивни, јесу изгледи за високом зарадом, јавно признање и интересовање, као и могуће будуће шансе да постану филмска звезда или фото-модел.[430]

Деца глумци и млади спортисти су постала важан део спортског и забавног система. Граница уласка у професионални спорт све је нижа. Сведоци смо да се нпр. у фудбалу, у најуспешнијим светским тимовима такмиче малолетници, односно деца од 16 и 17 година. Та деца, потписују професионалне уговоре већ са 12 или 13 година, тј. у њихово име то чине њихови законски заступници, или чак и менаџери. Образовање деце професионалних спортиста и уметника готово да стаје са потписивањем тих уговора. Истиче се и да дете које зарађује од спорта треба да самостално доприноси свом издржавању, као и да, с обзиром на то да су износи накнада која остварују на основу уговора велики, не би било правдено да га само родитељи издржавају.[431] Недостатак јасних прави-

426 Слобода кретања радника у оквиру ЕУ је једна од основних слобода. Поставило се питање да ли се ова слобода односи и на неформалне облике запослења, не само на радни однос. Правила о слободном кретању радника односе се и на рад са непуним радним временом, Stephen Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford, 2010, стр. 407.

427 A. Eryilmaz, R. Kumek, H. Bek, *op. cit.*, стр. 181.

428 M. Garbas, *op. cit.*, стр. 95.

429 N. Ferreira, *op. cit.*, стр. 87.

430 M. Garbas, *op. cit.*, стр. 93.

431 М. Алинчић, Д. Храбар, Д. Јаковац-Лозић, А. Кораћ Граовац, *op. cit.*, 2007, стр. 451.

des Schutzgedankens, sondern auch, um dem Wunsch des Kindes nach Selbstverwirklichung gerecht zu werden und damit seine Persönlichkeitsentwicklung zu fördern und seinem natürlichen Autonomiebedürfnis nachzukommen.

In einem rechtlichen Dunkelfeld bewegt sich das große Interesse der Medienbranche an kindlichen Darstellern im Alter unter 3 Jahren. Für diese Altersgruppe ist die Arbeit im Kultur- und Medienbereich untersagt, jedoch haben empirische Untersuchungen von *Matthias Petzold* (vgl. 2000) ergeben, dass Kinder oftmals illegal mitwirken und Stichproben der Gewerbeaufsicht aufgrund von Personalmangel nur unzureichend stattfinden. Hier stellt sich die Frage, ob Regelungen für den Schutz und die Wahrung der Interessen dieser Altersgruppe in der vorhandenen Gesetzeslage ergänzt werden müssen.

2 Mögliche Belastungen

In medienpadagogischen und psychologischen Untersuchungen wird der möglichen Belastung der in der Branche arbeitenden Kinder besondere Aufmerksamkeit geschenkt. *Matthias Petzold* (2000, S. 100ff.) ist z.B. „direkten und indirekten Belastungsfaktoren" in Deutschland (mit Schwerpunkt auf dem Bundesland NRW) nachgegangen, „die nicht zwingend negative Auswirkungen auf das Kind haben, aber im Zusammenwirken verschiedener Faktoren zu einer empfindlichen Beeintrachtigung des Kindeswohls führen können." *Gabrielle Bieber-Delfosse* hat ihren Blick auf die Medienbranche weltweit ausgerichtet und dabei insbesondere Forschungsergebnisse aus den USA zusammengetragen, wo der „Markt" der in Medien arbeitenden Kinder zu einem beachtlichen Wirtschaftsfaktor geworden ist. *Delfosse* bezeichnet die Beteiligung von Kindern an Medienproduktionen als „elitäre Kinderarbeit", die sich zum einen aufgrund der rechtlichen Ausnahmeregelungen gegenüber anderen Arten von Kinderarbeit deutlich abgrenzt und allein dadurch einen besonderen Status im gesellschaftlichen Ansehen erhält. Aber auch die Aussicht auf große Verdienstmöglichkeiten, Anerkennung und Interesse der Öffentlichkeit und möglicher zukünftiger Chancen für die Karriere als Film-Star oder Fotomodell macht diese Arbeit attraktiv.

Medienproduktionen als ‚elitäre Kinderarbeit'

Mögliche direkte Belastungsfaktoren (*Bieber-Delfosse* 2002, S. 242) treten bereits mit der Vorstellung bei Agenturen und in Auswahlverfahren, den Castings, auf, die je nach Anforderungsprofil und Erwartungen des Kindes an sich selbst zu mehr oder weniger zeitlicher Hektik, Stress und Anspannung führen konnen. Das Casting ist ein stark selektiver Prozess, bei dem das Kind im Falle einer Absage mit der Enttäuschung zurechtkommen muss. Dies kann auch im Falle einer Umbesetzung passieren, wenn das zunächst ausgewählte Kind den Anforderungen nicht gerecht werden kann. Am Set selbst sind die „soziale Einbettung" des Kindes und der Umgang des Produktionsteams mit dem Kind ausschlaggebend für den Umgang mit Belastungssituationen. Für eine gelingende Produktion ist neben einer guten Organisation der Abläufe die Einstellung des Teams zum „Stellenwert des Kindes" entscheidend (a.a.O., S. 259). Im günstigsten Fall haben beteiligte Schauspieler bereits „Erfahrungen im Umgang mit Kindern", man ist flexibel genug, um Arbeitsabläufe zugunsten des beteiligten

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

ЉУБИНКА КОВАЧЕВИЋ

ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА



БЕОГРАД • 2021

0100705

Код намере ограничавању рада деце, реч је о томе да се детињство може посматрати на један од два начина: као доминантно биолошко-психолошка категорија или економско-социјална. У првом схватању право детета на рад потиснуто је у корист права на здравље,[442] правилан и потпун развој и права на образовање, јер се детињство посматра као период живота човека када се особа биолошки и психолошки највише развија и када треба да се да примат заштити детета, посебно од штетних утицаја. Школовањем дете продужава своје детињство.[443] У другој аргументацији сматра се да је развој детета примаран, да је дете мање дете, а више мали човек, мала радна индивидуа која треба да се социјално и економски развија, а то се манифестује и кроз рад детета.

Радно ангажовање малолетника може произвести и низ позитивних последица по његов развој, због чега у савременом праву постоје радноправне норме којима се штетан утицај рада спречава забраном запошљавања малолетника на опасним пословима. Једна од првих интервенција државе у свет рада тицала се баш заштите деце и омладине, тј. укидања најгорих облика њихове радне експлоатације. Ипак, у поређењу с другим посебно заштићеним категоријама радника, посебна заштита малолетника није укључила само предузимање мера од значаја за њихово пуно учешће на тржишту рада, унапређивање услова рада и спречавање дискриминације, већ и искључивање лица млађих од одређеног узраста из тржишта рада прописивањем минималног узраста.[444] Две су последице заштите малолетника кроз просписивање минималног узраста: деца која су млађа, а раде постају невидљива, и повећава се рад деце на црно. До појаве индустријализације, дечији рад није био доживљаван као друштвени проблем, већ је сматран саставним делом друштвеног живота детета који повезује образовање, процес социјализације и економску активност чије се обављање очекивало од свих чланова заједнице, а самим тим и детета. То је била очекивана активност сваког детета. Заокрет је учињен с индустријском револуцијом, коју је обележио рад деце у нехуманим условима и искоришћавање њиховог рада. Промовисање образовања детета и здравствене заштите, до-

442 Истиче се да постоји веза између рада деце и утицаја на њихово здравље: родитељи ће вероватније бирати снажнију децу за посао и задржавати нежнију децу у школи или код куће; Здравија деца ће имати више енергије за тражење посла или за обављање задатака за породични посао; здравија деца ће вероватније наставити да раде када се запосле; мање је вероватно да ће деца која раде патити од повреда или ће бити способнија да издрже захтеве посла. Такође, послодавци при избору деце која ће обављати рад, гледају да изаберу здраву децу. О томе, Deborah Levinson, Marta Murray-Close, *Chalenges in Determing How Child Work Affects Child Health*, Public Helth Reports, Vol. 120, November-December 2005, стр. 618

443 Владимир Милановић, „Радна средина и средина живљења – дијалектика рада и дијалектика живота", у: Илија Станојчић, Предраг Раденовић, *Социологија рада*, Београд, 1973, стр. 122.

444 О посебној заштити малолетника, Љубинка Ковачевић, Заснивање радног односа, Београд, 2012, стр. 303.

вају радни однос.[2080] На овај начин се одступа од полазне идеје да су малолетници само учесници у тржишту рада одраслих и потенцијалне жртве радне експлоатације, док се пред законодавцима отварају најмање следећа питања: питање посебне заштите лица која испуњавају општи услов за заснивање радног односа, али нису окончала обавезно школовање; питање умесности увођења категорије лаких послова, на којима је допуштен рад лица млађих од 15 година; питање ангажовања малолетникâ за рад ван радног односа; питање ауторизованог запошљавања малолетникâ; питање уређивања рада ученикâ у настави, те питање надзора над применом меродавног законодавства.

С тим у вези, најпре треба истаћи да је развој радног права усмерен, између осталог, и на заштиту физичког интегритета и достојанства радникâ, као и на обезбеђивање условâ рада који омогућавају развој личности, стицање средстава за живот и учешће у друштвеном животу. У том смислу се и једна од првих интервенција државе у свет рада тицала, управо, заштите деце и омладине, тј. укидања најгорих облика њихове радне експлоатације.[2081] Обезбеђивање посебне заштите малолетникâ обележило је и касније фазе развоја радног права, при чему се норме којима се пружа интензивна посебна заштита малолетникâ (као и жена, особа с инвалидитетом, старијих лица, припадникâ националних мањина и др.) не могу сматрати дискриминаторним, јер њихово постојање и примену оправдају важни објективни разлози. Ипак, у поређењу с другим посебно заштићеним категоријама радника, посебна заштита малолетникâ није укључила само предузимање мера од значаја за њихово пуно учешће у тржишту рада, унапређивање условâ њиховог рада и спречавање њихове дискриминације, већ, управо супротно – и искључивање лица млађих од одређеног узраста из тржишта рада (реч је, дакле, пре о аболиционизму него о протекционизму).[2082] С друге стране, ваља имати у виду и то да у пракси, неки чланови посебно заштићених категорија радника неретко бивају доведени у неповољнији положај, управо, због признавања посебне радноправне заштите. То нарочито вреди за законску забрану рада лица млађих од 15 година, будући да је, у неким државама, њено потврђивање учинило децу која раде – правно невидљивим лицима.[2083] Такође,

2080 Karl Hanson, Arne Vandaele, „Working children and International Labour Law: A critical analysis", *International Journal of Childrens' Rights*, vol. 11, 2/2003, 77.

2081 B. Hepple, „Introduction", 11–12. „Искуство сведочи, чак и у нашем XX веку", пише први генерални директор Међународног бироа рада Тома (Albert Thomas), „да у свим индустријским друштвима која се раћају, експлоатација деце представља најгнуснији зло, зло које је најнеподношљивије за људско срце и у погледу чијег искорењивања се одмах постиже сагласност. Посао стварања озбиљног социјалног законодавства увек је започињао заштитом деце". *L'Organisation internationale du Travail et la protection du travail des enfants*, Bureau International du Travail, Paris, 1930, 1.

2082 Ben White, *Children, work and 'child labour': Changing responses to the employment of children*, Institute of Social Studies, The Hague, 1994, 1. Вид. Предраг Јовановић, „Посебна радноправна заштита појединих категорија радника", *Зборник радова Правног факултета у Новом Сад*у, број 4/2015, 1459–1486.

2083 Karin Calitz, „The failure of the Minimum Age Convention to eradicate child labour in developing countries, with particular reference to the Southern African development

УРОШ НОВАКОВИЋ

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ И ПРАВО ДЕТЕТА НА РАД

БЕОГРАД • 2025

UUM Journal of Legal Studies, 14, No. 1 (January) 2023, pp: 269–295

JOURNAL OF LEGAL STUDIES
https://e-journal.uum.edu.my/index.php/jls

How to cite this article:
Che Hashim, R., & Dusuki, F. N. (2023). Minors and their incapacity to contract: A revisit. *UUM Journal of Legal Studies*, *14*(1), 269-295. https://doi.org/10.32890/uumjls2023.14.1.11

MINORS AND THEIR INCAPACITY TO CONTRACT: A REVISIT

[1]Rosmawani Che Hashim & [2]Farah Nini Dusuki
[1]Faculty of Business and Economics, University of Malaya, Malaysia
[2]Faculty of Law, University Malaya, Malaysia

[1]Corresponding author: wanie285@um.edu.my
farahnini@um.edu.my

Received: 14/7/2021 Revised: 19/10/2022 Accepted: 26/10/2022 Published: 18/1/2023

ABSTRACT

Given the exposure to today's easy-to-know information, children should seemingly become mature faster than their predecessors, and therefore better informed even at a tender age. However, it remains to be seen whether fixing the age of 18 for minors or children to enter into contracts is relevant. This paper focuses on contract law; it examines the age of majority and the legal implications of contracts entered into by minors. To a certain extent, this paper examines the issue by making comparisons between Malaysian and English law. The findings derived imply that the determination of the age of majority needs to be compatible with the capacity of minors and current realities. This determination must be premised on a fair balance between protecting minors' welfare and the interest of those who have attained the age of majority.

Keywords: Minor, contract, necessity, scholarship, insurance, employment, marriage.

Са друге стране, пример из Перуа показује како се жели утицати на то да се деца склоне са тржишта рада и да се примат да праву на образовање. Деца која касне, као и деца којој су руке прљаве не могу ући у учионицу чиме се показује да она раде на плантажама.[403] Наводи се да у Јужној Америци деца која су радила имају мање шансе и мање могућности да буду укључена у криминалне активности и просјачење.

2.3. Малезија

Заштита деце од економске експлоатације представља кључни принцип који је у основи члана 32 Конвенције Уједињених нација о правима детета у коме се наводи: „Право детета да буде заштићено од економске експлоатације и од обављања било ког посла који је вероватно опасан или омета образовање детета, или штетан за здравље или физички, ментални, духовни, морални или друштвени развој детета". Државе потписнице су обавезне да утврде минималну старост за дозволу за запослење, да регулишу одговарајући број радних сати, да утврде услове за запослење и да предвиде релевантне казне или друге санкције како би се обезбедило ефикасно спровођење ових обавеза. У Малезији, запошљавање деце није забрањено и регулисано је Законом о деци и омладини из 1966. године. Регулисање права деце која раде у Малезији било је једно од кључних питања владе Малајске уније, након јапанске окупације. Услед економских тешкоћа које су владале током тог периода, многа деца су се окренула раду као облику преживљавања за себе и своје породице. С обзиром на то да школе тада нису биле лако доступне свој деци, није се чинило разумним спречавати децу да раде. Истовремено, стопа малолетничке делинквенције била је висока. Од два основана одбора на државном нивоу, један је требало да испита проблеме малолетничке делинквенције, док је други требало да регулише положај деца која раде. Напори ових тела довели су до каснијег усвајања два кључна правна акта о деци: Уредба о малолетничким судовима из 1947. године, којом је основан Суд за малолетнике и којом су донете одредбе које су се односиле на посебне потребе деце, Уредба о деци и младима из 1947. године, која је донета ради регулисања радног ангажовања деце. Према малезијском Закону о пунолетству из 1971. године, старост од 18 година је била утврђена као старосна граница пунолетства. У Малезији не постоји посебан закон који потпуно забрањује дечји рад. Када је Закон о деци и младима усвојен 1966. године, њиме је укинута претходна Уредба о деци и младима из 1947. године, која је утврђивала минимални узраст од 8 година за децу која раде. Ово је јединствени пример у упоредном праву да се регулише и омогућава да деца тако ниског узраста раде. Уважавајући историјске и обичајне норме, као и потребе датог друштва, не налазимо да је могуће

403 D. Aufseeser, M. Bourdillon, R. Carothers, O. Lecoufle, *op. cit.*, стр. 250.

insurance was allegedly purchased to cover funeral costs. The policy was declared void by the court due to a lack of interest. There was no legal requirement for a son to pay for his mother's burial (the council would cover such costs if required), and the mother had no legal responsibility to keep house for her son. Although the death of a parent may cause financial hardship to a minor, there is no general common law or statutory entitlement for a child to insure the life of a parent in England and Wales. In some instances, a child may have sufficient pecuniary interest on which to build an insurable interest since parents are obligated to sustain their children (Scottish Law Commission, 2018).

(4) Contract of Employment

Protecting children from economic exploitation is the key principle underlying Article 32 of The United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC). It states the:

> "Right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development" (Article 32(1), UNCRC).

State parties are further required to set a minimum age(s) for the allowance to employment; to regulate an appropriate number of hours, to determine the conditions of employment, and to provide for relevant penalties or other sanctions in order to secure effective enforcement of these obligations. In Malaysia, the employment of children is not outlawed. In fact, it is regulated by the Children and Young Persons (Employment) Act 1966 [Act 350].

The regulation of working children in Malaysia was one of the key foci of the Malayan Union government, following the post Japanese Occupation. Due to economic hardships that had prevailed during that era, many children had resorted to working as a form of survival for themselves and their families. As schools were not readily available for all children then, it did not seem prudent to stop children from working. At the same time, the rate of juvenile delinquency was high. Two high level committees were then established. One was to examine the problems of juvenile delinquency while the other was to regulate

Са друге стране, пример из Перуа показује како се жели утицати на то да се деца склоне са тржишта рада и да се примат да праву на образовање. Деца која касне, као и деца којој су руке прљаве не могу ући у учионицу чиме се показује да она раде на плантажама.[403] Наводи се да у Јужној Америци деца која су радила имају мање шансе и мање могућности да буду укључена у криминалне активности и просјачење.

2.3. Малезија

Заштита деце од економске експлоатације представља кључни принцип који је у основи члана 32 Конвенције Уједињених нација о правима детета у коме се наводи: „Право детета да буде заштићено од економске експлоатације и од обављања било ког посла који је вероватно опасан или омета образовање детета, или штетан за здравље или физички, ментални, духовни, морални или друштвени развој детета". Државе потписнице су обавезне да утврде минималну старост за дозволу за запослење, да регулишу одговарајући број радних сати, да утврде услове за запослење и да предвиде релевантне казне или друге санкције како би се обезбедило ефикасно спровођење ових обавеза. У Малезији, запошљавање деце није забрањено и регулисано је Законом о деци и омладини из 1966. године. Регулисање права деце која раде у Малезији било је једно од кључних питања владе Малајске уније, након јапанске окупације. Услед економских тешкоћа које су владале током тог периода, многа деца су се окренула раду као облику преживљавања за себе и своје породице. С обзиром на то да школе тада нису биле лако доступне свој деци, није се чинило разумним спречавати децу да раде. Истовремено, стопа малолетничке делинквенције била је висока. Од два основана одбора на државном нивоу, један је требало да испита проблеме малолетничке делинквенције, док је други требало да регулише положај деца која раде. Напори ових тела довели су до каснијег усвајања два кључна правна акта о деци: Уредба о малолетничким судовима из 1947. године, којом је основан Суд за малолетнике и којом су донете одредбе које су се односиле на посебне потребе деце, Уредба о деци и младима из 1947. године, која је донета ради регулисања радног ангажовања деце. Према малезијском Закону о пунолетству из 1971. године, старост од 18 година је била утврђена као старосна граница пунолетства. У Малезији не постоји посебан закон који потпуно забрањује дечји рад. Када је Закон о деци и младима усвојен 1966. године, њиме је укинута претходна Уредба о деци и младима из 1947. године, која је утврђивала минимални узраст од 8 година за децу која раде. Ово је јединствени пример у упоредном праву да се регулише и омогућава да деца тако ниског узраста раде. Уважавајући историјске и обичајне норме, као и потребе датог друштва, не налазимо да је могуће

403 D. Aufseeser, M. Bourdillon, R. Carothers, O. Lecoufle, *op. cit.*, стр. 250.

the working children. The Committees' efforts led to the subsequent passing of two (2) key legislations on children. One was the Juvenile Courts Ordinance 1947 which established the Juvenile Court, and made provisions which catered to the special needs of children. The other was the Children and Young Persons Ordinance 1947 which was established to regulate working children.

Under the Malaysian Age of Majority Act 1971, the age of 18 years was set as the age of majority. There is no specific law in Malaysia which totally bans child labour. When the Children and Young Persons (Employment) Act [Act 350] was passed in 1966, it repealed the previous Children and Young Persons Ordinance 1947, which set the minimum age of 8 years for children who worked. The current Act, which applies only to the States of Peninsular Malaysia, does not prescribe such a minimum age (Section 1 (2), [Act 350].

Section 1A which came into force via the Children and Young Persons (Employment) (Amendment) Act 2010 [Act A1386] defines a 'child' as "any person who has not completed his fifteenth year of age". In comparison, a 'young person' means any person "who, not being a child, has not completed his eighteenth year of age"[2].

No child or young person "shall be, or be required or permitted to be engaged in any hazardous work, or any employment other than those specified in this section" (Section 2(1), [Act 350].The employments which are allowed for a child are "light work suitable to his capacity in any undertaking carried on by his family, or public entertainment, in accordance with the terms and conditions of a license granted under the Act, work approved or sponsored by the Federal Government or the government of any state, and carried on in any school, training institution or training vessel". It also includes "apprenticeship under a written contract approved by the Director General with whom a copy of such contract has been filed" (Section 2 (2), [Act 350]). A young person may be employed in any employment mentioned in subsection (2), and in relation to paragraph *(a)* of that subsection - "any employment suitable to his capacity (whether or not the undertaking is carried on by his family), domestic servant, office, shop (including hotels, bars, restaurants and stalls), godown, factory, workshop, store, boarding

2 This Act shall not apply to "a person above the age of sixteen but below the age of eighteen who is engaged in an existing employment before the commencement of the amendment."

разматрати да дете пре навршене 10.године буде на било који начин радно ангажовано. Важећи Закон, који се примењује само на државе Малајског полуострва, не прописује такву минималну старосну границу. Члан 1А, који је ступио на снагу путем Закона о деци и младима из 2010. године (Закон А1386), дефинише дете као „сваку особу која није навршила петнаесту годину живота". У поређењу са том дефиницијом, „млада особа" подразумева сваку особу „која, будући да није дете, није навршила осамнаесту годину живота". Ово је, такође, приступ који није могуће видети у другим државама да се разликују деца од младих особа, као и да се појам детета везује за узраст до 15 година. Имајући у виду овакве одредбе, не делује нелогично претходно решење да се регулише рад деце од само осам година. Ниједно дете или млада особа „не сме бити, нити ће од ње бити захтевано или дозвољено да буде ангажовано на било ком опасном послу или било ком послу осим оном наведеном у овом закону".[404] Послови који су дозвољени детету су лаки послови прикладни његовим способностима у било којој активности коју обавља његова породица, или јавна забава, у складу са условима лиценце издате према Закону, рад одобрен или спонзорисан од стране Савезне владе или владе било које државе, и спроведен у било којој школи, установи за обуку или броду за обуку. Такође, прописује се шегртовање по писаном уговору који је одобрио генерални директор коме је копија таквог уговора поднета.[405] Млада особа може бити запослена у било ком послу поменутом у закону – било који посао који одговара њеном капацитету: помоћни кућни послови, канцеларијски посао, посао у продавници (укључујући хотеле, баре, ресторане и тезге), посао у фабрици, радионици, кућном пансиону, позоришту, биоскопу, клубу или удружењу, индустријском предузећу прикладно његовом капацитету, и на било ком пловилу под личном одговорношћу његовог родитеља или старатеља.[406] Ниједно дете или млада особа запослена на било ком послу неће у било ком периоду од седам узастопних дана бити обавезна, нити ће јој бити дозвољено да ради више од шест дана.[407] Закон изузетно води рачуна о заштити деце од прекомерног и ноћног рада. Тако, ниједно дете запослено на било ком послу неће бити обавезно или му неће бити дозвољено да ради у складу са следећим ограничењима: током вечери, између 20 часова и 7 часова ујутру следећег дана (ово ограничење се не односи на дете запослено на било којој јавној забави; дуже од 3 сата узастопно без паузе за одмор од најмање пола сата; дуже од 6 сати дневно; ако дете иде у школу, у периоду који заједно са временом које проводи похађање школе, прелази 7 сати; започиње рад било ког дана без периода

404 Чл. 2, ст. 1 (Закон 350).
405 Чл. 2, ст. 2 (Закон 350).
406 Чл. 2, ст. 3 (Закон А1386).
407 Чл. 4 (Закон 350).

the working children. The Committees' efforts led to the subsequent passing of two (2) key legislations on children. One was the Juvenile Courts Ordinance 1947 which established the Juvenile Court, and made provisions which catered to the special needs of children. The other was the Children and Young Persons Ordinance 1947 which was established to regulate working children.

Under the Malaysian Age of Majority Act 1971, the age of 18 years was set as the age of majority. There is no specific law in Malaysia which totally bans child labour. When the Children and Young Persons (Employment) Act [Act 350] was passed in 1966, it repealed the previous Children and Young Persons Ordinance 1947, which set the minimum age of 8 years for children who worked. The current Act, which applies only to the States of Peninsular Malaysia, does not prescribe such a minimum age (Section 1 (2), [Act 350].

Section 1A which came into force via the Children and Young Persons (Employment) (Amendment) Act 2010 [Act A1386] defines a 'child' as "any person who has not completed his fifteenth year of age". In comparison, a 'young person' means any person "who, not being a child, has not completed his eighteenth year of age"[2].

No child or young person "shall be, or be required or permitted to be engaged in any hazardous work, or any employment other than those specified in this section" (Section 2(1), [Act 350].The employments which are allowed for a child are "light work suitable to his capacity in any undertaking carried on by his family, or public entertainment, in accordance with the terms and conditions of a license granted under the Act, work approved or sponsored by the Federal Government or the government of any state, and carried on in any school, training institution or training vessel". It also includes "apprenticeship under a written contract approved by the Director General with whom a copy of such contract has been filed" (Section 2 (2), [Act 350]). A young person may be employed in any employment mentioned in subsection (2), and in relation to paragraph *(a)* of that subsection - "any employment suitable to his capacity (whether or not the undertaking is carried on by his family), domestic servant, office, shop (including hotels, bars, restaurants and stalls), godown, factory, workshop, store, boarding

2 This Act shall not apply to "a person above the age of sixteen but below the age of eighteen who is engaged in an existing employment before the commencement of the amendment."

разматрати да дете пре навршене 10.године буде на било који начин радно ангажовано. Важећи Закон, који се примењује само на државе Малајског полуострва, не прописује такву минималну старосну границу. Члан 1А, који је ступио на снагу путем Закона о деци и младима из 2010. године (Закон А1386), дефинише дете као „сваку особу која није навршила петнаесту годину живота". У поређењу са том дефиницијом, „млада особа" подразумева сваку особу „која, будући да није дете, није навршила осамнаесту годину живота". Ово је, такође, приступ који није могуће видети у другим државама да се разликују деца од младих особа, као и да се појам детета везује за узраст до 15 година. Имајући у виду овакве одредбе, не делује нелогично претходно решење да се регулише рад деце од само осам година. Ниједно дете или млада особа „не сме бити, нити ће од ње бити захтевано или дозвољено да буде ангажовано на било ком опасном послу или било ком послу осим оном наведеном у овом закону".[404] Послови који су дозвољени детету су лаки послови прикладни његовим способностима у било којој активности коју обавља његова породица, или јавна забава, у складу са условима лиценце издате према Закону, рад одобрен или спонзорисан од стране Савезне владе или владе било које државе, и спроведен у било којој школи, установи за обуку или броду за обуку. Такође, прописује се шегртовање по писаном уговору који је одобрио генерални директор коме је копија таквог уговора поднета.[405] Млада особа може бити запослена у било ком послу поменутом у закону – било који посао који одговара њеном капацитету: помоћни кућни послови, канцеларијски посао, посао у продавници (укључујући хотеле, баре, ресторане и тезге), посао у фабрици, радионици, кућном пансиону, позоришту, биоскопу, клубу или удружењу, индустријском предузећу прикладно његовом капацитету, и на било ком пловилу под личном одговорношћу његовог родитеља или старатеља.[406] Ниједно дете или млада особа запослена на било ком послу неће у било ком периоду од седам узастопних дана бити обавезна, нити ће јој бити дозвољено да ради више од шест дана.[407] Закон изузетно води рачуна о заштити деце од прекомерног и ноћног рада. Тако, ниједно дете запослено на било ком послу неће бити обавезно или му неће бити дозвољено да ради у складу са следећим ограничењима: током вечери, између 20 часова и 7 часова ујутру следећег дана (ово ограничење се не односи на дете запослено на било којој јавној забави; дуже од 3 сата узастопно без паузе за одмор од најмање пола сата; дуже од 6 сати дневно; ако дете иде у школу, у периоду који заједно са временом које проводи похађање школе, прелази 7 сати; започиње рад било ког дана без периода

404 Чл. 2, ст. 1 (Закон 350).
405 Чл. 2, ст. 2 (Закон 350).
406 Чл. 2, ст. 3 (Закон А1386).
407 Чл. 4 (Закон 350).

house, theatre, cinema, club or association, industrial undertaking suitable to his capacity, and on any vessel under the personal charge of his parent or guardian" (Section 2 (3), [Act A1386])[3].

No child or young person engaged in any employment shall "in any period of seven consecutive days be required or permitted to work for more than six days" (Section 4, [Act 350]). No child engaged in any employment shall be required or is permitted to work according to the following restrictions:

- during the evening, between 8 p.m. and 7 a.m. the following day, however, this restriction does not apply to any child engaged in "employment in any public entertainment" (Section 5(2), [Act 350]);
- for more than 3 straight hours without a break for rest of at least half an hour;
- for more than 6 hours in a day; or,
- if the child goes to school, for a period, which together with the time he spends attending school, exceeds 7 hours, or
- commence work on any day without having had "a period of not less than 14 consecutive hours free from work" (Section 5 (1), [Act 350]).

Young persons are allowed to work subject to the following limitations:

- between 8 p.m. to 6 a.m. the following day;
- for more than 4 straight hours without a minimum break of 30 minutes;
- for more than 7 hours in any one day or,
- if the young person goes to school, for a period, which together with the time he spends attending school, exceeds 8 hours[4]; or
- commence work on any day without having had a period of not less than 12 consecutive hours free from work (Section 6 (1), [Act 350]).

3 Proviso: "No female young person may be engaged in any employment in hotels, bars, restaurants, boarding houses or clubs unless such establishments are under the management or control of her parent or guardian: Provided further that a female young person may be engaged in any employment in a club not managed by her parent or guardian with the approval of the Director General."

4 Provided that if the young person is an apprentice under paragraph 2(2)*(d)*, the period of work in any one day shall not exceed 8 hours.

од најмање 14 узастопних сати слободних од рада. За разлику од деце, младим особама је дозвољено да раде уз следећа ограничења: између 20 часова и 6 часова ујутру следећег дана; дуже од 4 сата узастопно без минималне паузе од 30 минута; дуже од 7 сати у било ком дану; ако млада особа иде у школу, у периоду који заједно са временом које проводи похађајући школу прелази 8 сати; започиње рад било ког дана без периода од најмање 12 узастопних сати слободних од рада. Ова ограничења се не примењују на младе особе запослене у пољопривредном предузећу, јавној забави или на било ком пловилу. У Малезији је присутна недоследност поводом дефинисања појма детета. Члан 3 Закона о фабрикама и машинама из 1967. године дефинише „младу особу" као сваку особу која није навршила 16 година. Ниједна млада особа не сме обављати посао који укључује управљање, опслуживање или близину било које машине.[408] Ово ограничење се неће примењивати на младе особе које нису млађе од четрнаест година и похађају курс наставе у државној техничкој школи или другој образовној институцији или нису млађе од петнаест година ако обављају признати шегртски стаж. Према члану 28, ставу 4. истог закона, предвиђа се да инспектор може захтевати од власника или станара да предузме одговарајуће и ефикасне мере како би се спречио улазак младих особа у просторије или било који њихов део, у којима су инсталиране машине, осим на организоване посете фабрикама у образовне сврхе, у ком случају ће се предузети све могуће мере предострожности како би се осигурала безбедност младих особа. Закон о снабдевању електричном енергијом из 1990. године (Закон 447) ограничава али не забрањује у потпуности запошљавање деце. Према члану 50, ставу 1, ниједан носилац лиценце или управа не смеју запослити или дозволити да буде запослена било која особа млађа од шеснаест година у било којој служби која укључује управљање, одржавање, или близину опреме под напоном која није ефикасно изолована.

Положај деце која раде у Малезији је веома лош. Подаци који приказују стварно стање деце која раде у Малезији су ограничени. Званични извештаји су оскудни, а студије на националном нивоу не постоје.[409]

408 Чл. 28, ст. 1 Закона о фабрикама и машинама из 1967. године.

409 Студија о ситуацији дечјег рада спроведена на укупно 454 деце која раде у четири државе у Малезији открила је да је више од половине (63%) деце емоционално злостављано, 27% је било изложено физичком злостављању, а најмање 10% је било сексуално злостављано. Већина анкетиране деце била је незадовољна својим тренутним послом и постојало је кајање због тога што нису похађали школу. Малезијски закон и закон у Енглеској и Велсу изгледа да се слажу по питању запошљавања деце и њиховог обавезног узраста за завршетак школовања. Из перспективе енглеског права, уговори о раду су важећи ако уговор није суров или угњетавајући према младим особама. Малолетник је као резултат тога одговоран свом послодавцу, и слично, малолетник ће имати уговорни регрес против послодавца ако послодавац прекрши уговор. Видети R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 281 и даље.

UUM Journal of Legal Studies, 14, No. 1 (January) 2023, pp: 269–295

house, theatre, cinema, club or association, industrial undertaking suitable to his capacity, and on any vessel under the personal charge of his parent or guardian" (Section 2 (3), [Act A1386])[3].

No child or young person engaged in any employment shall "in any period of seven consecutive days be required or permitted to work for more than six days" (Section 4, [Act 350]). No child engaged in any employment shall be required or is permitted to work according to the following restrictions:

- during the evening, between 8 p.m. and 7 a.m. the following day, however, this restriction does not apply to any child engaged in "employment in any public entertainment" (Section 5(2), [Act 350]);
- for more than 3 straight hours without a break for rest of at least half an hour;
- for more than 6 hours in a day; or,
- if the child goes to school, for a period, which together with the time he spends attending school, exceeds 7 hours, or
- commence work on any day without having had "a period of not less than 14 consecutive hours free from work" (Section 5 (1), [Act 350]).

Young persons are allowed to work subject to the following limitations:

- between 8 p.m. to 6 a.m. the following day;
- for more than 4 straight hours without a minimum break of 30 minutes;
- for more than 7 hours in any one day or,
- if the young person goes to school, for a period, which together with the time he spends attending school, exceeds 8 hours[4]; or
- commence work on any day without having had a period of not less than 12 consecutive hours free from work (Section 6 (1), [Act 350]).

3 Proviso: "No female young person may be engaged in any employment in hotels, bars, restaurants, boarding houses or clubs unless such establishments are under the management or control of her parent or guardian: Provided further that a female young person may be engaged in any employment in a club not managed by her parent or guardian with the approval of the Director General."

4 Provided that if the young person is an apprentice under paragraph 2(2)*(d)*, the period of work in any one day shall not exceed 8 hours.

од најмање 14 узастопних сати слободних од рада. За разлику од деце, младим особама је дозвољено да раде уз следећа ограничења: између 20 часова и 6 часова ујутру следећег дана; дуже од 4 сата узастопно без минималне паузе од 30 минута; дуже од 7 сати у било ком дану; ако млада особа иде у школу, у периоду који заједно са временом које проводи похађајући школу прелази 8 сати; започиње рад било ког дана без периода од најмање 12 узастопних сати слободних од рада. Ова ограничења се не примењују на младе особе запослене у пољопривредном предузећу, јавној забави или на било ком пловилу. У Малезији је присутна недоследност поводом дефинисања појма детета. Члан 3 Закона о фабрикама и машинама из 1967. године дефинише „младу особу" као сваку особу која није навршила 16 година. Ниједна млада особа не сме обављати посао који укључује управљање, опслуживање или близину било које машине.[408] Ово ограничење се неће примењивати на младе особе које нису млађе од четрнаест година и похађају курс наставе у државној техничкој школи или другој образовној институцији или нису млађе од петнаест година ако обављају признати шегртски стаж. Према члану 28, ставу 4. истог закона, предвиђа се да инспектор може захтевати од власника или станара да предузме одговарајуће и ефикасне мере како би се спречио улазак младих особа у просторије или било који њихов део, у којима су инсталиране машине, осим на организоване посете фабрикама у образовне сврхе, у ком случају ће се предузети све могуће мере предострожности како би се осигурала безбедност младих особа. Закон о снабдевању електричном енергијом из 1990. године (Закон 447) ограничава али не забрањује у потпуности запошљавање деце. Према члану 50, ставу 1, ниједан носилац лиценце или управа не смеју запослити или дозволити да буде запослена било која особа млађа од шеснаест година у било којој служби која укључује управљање, одржавање, или близину опреме под напоном која није ефикасно изолована.

Положај деце која раде у Малезији је веома лош. Подаци који приказују стварно стање деце која раде у Малезији су ограничени. Званични извештају су оскудни, а студије на националном нивоу не постоје.[409]

408 Чл. 28, ст. 1 Закона о фабрикама и машинама из 1967. године.

409 Студија о ситуацији дечјег рада спроведена на укупно 454 деце која раде у четири државе у Малезији открила је да је више од половине (63%) деце емоционално злостављано, 27% је било изложено физичком злостављању, а најмање 10% је било сексуално злостављано. Већина анкетиране деце била је незадовољна својим тренутним послом и постојало је кајање због тога што нису похађали школу. Малезијски закон и закон у Енглеској и Велсу изгледа да се слажу по питању запошљавања деце и њиховог обавезног узраста за завршетак школовања. Из перспективе енглеског права, уговори о раду су важећи ако уговор није суров или угњетавајући према младим особама. Малолетник је као резултат тога одговоран свом послодавцу, и слично, малолетник ће имати уговорни регрес против послодавца ако послодавац прекрши уговор. Видети R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 281 и даље.

These restrictions are not applicable to any young person employed in an agricultural undertaking, public entertainment, or on any vessel (Section 6 (2), [Act 350]).

Section 3 of the Factories and Machinery Act 1967 (Act 139) defines a "young person" as any person who has not reached 16 years old. Section 28 (1) provides that no young person "shall carry out work involving the management of, or attendance on, or proximity to, any machinery." Section 28 (2) requires that it shall be "the duty of the owner or occupier" to ensure that subsection (1) is complied with. According to section 28 (3), subsection (1) shall not apply to a young person "not being under the age of fourteen years receiving a course of instruction at a government technical school or other educational institution or not being under the age of fifteen years if serving a recognized apprenticeship". Section 28 (4) provides that "an Inspector may require an owner or occupier to make suitable and effective arrangements to prevent the ingress of young persons into premises, or any part thereof, in which machinery is installed, provided that this subsection shall not apply to organized visits to factories for educational purposes in which case, all possible precautions shall be taken to ensure the safety of young persons".

The Electricity Supply Act 1990 [Act 447] limits, but does not totally outlaw the employment of children. According to Section 50(1), "no licensee or management shall employ or permit to be employed, any person under the age of sixteen years in any service involving management of, or attendance on, or proximity to live equipment not effectively insulated". Under section 50 (2), "any person who contravenes the Section shall be guilty of an offence and shall, upon conviction, be liable to a fine not exceeding five thousand Ringgit."

Data depicting the actual state of children who are working in Malaysia are limited. Official records are scarce and nationwide study is non-existent. Reliance is accordingly placed on case law reports, small-scale studies, or available reports submitted to foreign authorities. A study on child labour situation conducted on a total of 454 working children in four states in Malaysia (Mahmod et al., 2016) found that more than half (63%) of the children were emotionally abused, 27 percent were subjected to physical abuse, and at least 10 percent had been sexually abused. Most of the children surveyed were unhappy with their current employment, and there was remorse for not attending school.

од најмање 14 узастопних сати слободних од рада. За разлику од деце, младим особама је дозвољено да раде уз следећа ограничења: између 20 часова и 6 часова ујутру следећег дана; дуже од 4 сата узастопно без минималне паузе од 30 минута; дуже од 7 сати у било ком дану; ако млада особа иде у школу, у периоду који заједно са временом које проводи похађајући школу прелази 8 сати; започиње рад било ког дана без периода од најмање 12 узастопних сати слободних од рада. Ова ограничења се не примењују на младе особе запослене у пољопривредном предузећу, јавној забави или на било ком пловилу. У Малезији је присутна недоследност поводом дефинисања појма детета. Члан 3 Закона о фабрикама и машинама из 1967. године дефинише „младу особу" као сваку особу која није навршила 16 година. Ниједна млада особа не сме обављати посао који укључује управљање, опслуживање или близину било које машине.[408] Ово ограничење се неће примењивати на младе особе које нису млађе од четрнаест година и похађају курс наставе у државној техничкој школи или другој образовној институцији или нису млађе од петнаест година ако обављају признати шегртски стаж. Према члану 28, ставу 4. истог закона, предвиђа се да инспектор може захтевати од власника или станара да предузме одговарајуће и ефикасне мере како би се спречио улазак младих особа у просторије или било који њихов део, у којима су инсталиране машине, осим на организоване посете фабрикама у образовне сврхе, у ком случају ће се предузети све могуће мере предострожности како би се осигурала безбедност младих особа. Закон о снабдевању електричном енергијом из 1990. године (Закон 447) ограничава али не забрањује у потпуности запошљавање деце. Према члану 50, ставу 1, ниједан носилац лиценце или управа не смеју запослити или дозволити да буде запослена било која особа млађа од шеснаест година у било којој служби која укључује управљање, одржавање, или близину опреме под напоном која није ефикасно изолована.

Положај деце која раде у Малезији је веома лош. Подаци који приказују стварно стање деце која раде у Малезији су ограничени. Званични извештају су оскудни, а студије на националном нивоу не постоје.[409]

408 Чл. 28, ст. 1 Закона о фабрикама и машинама из 1967. године.

409 Студија о ситуацији дечјег рада спроведена на укупно 454 деце која раде у четири државе у Малезији открила је да је више од половине (63%) деце емоционално злостављано, 27% је било изложено физичком злостављању, а најмање 10% је било сексуално злостављано. Већина анкетиране деце била је незадовољна својим тренутним послом и постојало је кајање због тога што нису похађали школу. Малезијски закон и закон у Енглеској и Велсу изгледа да се слажу по питању запошљавања деце и њиховог обавезног узраста за завршетак школовања. Из перспективе енглеског права, уговори о раду су важећи ако уговор није суров или угњетавајући према младим особама. Малолетник је као резултат тога одговоран свом послодавцу, и слично, малолетник ће имати уговорни регрес против послодавца ако послодавац прекрши уговор. Видети R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 281 и даље.

The Malaysian law, and the law in England and Wales seem to concur on the employment of children and their compulsory school-leaving age. From the perspective of English law, employment contracts are valid if the contract is not harsh or oppressive to young persons. In fact, this law is most beneficial to children (*Roberts v Gray* [1913] 1 KB 520). A minor is accountable to his employer as a result of this, and similarly, a minor will have a contractual recourse against the employer if the employer violates the contract (Giancaspro & Langos, 2016).

(5) Contract of Marriage

In Malaysia, child marriage is permissible and regulated by domestic law, both for non-Muslims and Muslims, even though Malaysia has withdrawn the reservation made to Article 16(2) of the Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). The law recognizes such contracts to be valid provided that, they comply to the requirements. Minimum marriageable ages are provided by both laws governing marriages among non-Muslims and Muslims. The effect of these minimum marriageable ages, however, differs significantly in their impact with regards to the validity of such contracts. For non-Muslims, a marriage contracted by minors below these minimum marriable ages will render such contracts to be void *ab initio*, whereas for Muslims, marriage under these minimum ages is allowed, and accordingly valid, provided prior permission is sought from the respective shariah courts.

Marriages of non-Muslims in Malaysia are regulated by the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976 (Act 164). Section 10 specifies that the minimum age of marriage for boys is 18 years old whereas for girls, it is 16 years old, but special permission is required and this must be obtained from the Chief Minister of state. No similar requirement is provided for boys. Additional requirement is stipulated under section 12(1) where anyone below the age of 21 years old needs to have parental consent in writing from his or her father, or, if he or she is illegitimate, or the father is dead, then of his or her mother, or if he or she is adopted, then of his or her adopted father or adopted mother, or if both his or her parents (natural or adopted) are dead, then it is of the person standing in loco parentis to him or her before he or she attains the age of 21 years old.

The validity of marriage of minors was given further legal effect by *Rajeswary & Anor v Balakrishnan & Anor* ((1958) 3 MC 178) where

као равноправан члан друштва. Упоредном анализом Закона о раду и Породичног закона, може се доћи до неких нелогичности, или у најмању руку, недоследности и недовољне регулације законских одреби поводом заштите права детета. Породични закон даје детету са одређеним узрастом одређени степен пословне способности и права да самостално одлучује, док Закон о раду код заснивања радног односа захтева сагласност родитеља/старатеља, када је реч о детету. Према одредбама Породичног закона дефинише се само питање пунолетства и пословне способности. Чланом 11. Породичног закона регулисано је да се пунолетство стиче са навршеном осамнаестом годином живота. Потпуна пословна способност стиче се пунолетством и склапањем брака пре пунолетства уз дозволу суда.[479] Суд може дозволити стицање потпуне пословне

479 Овде бисмо се задржали на специфичном решењу малезијског права, према коме деца могу закључити уговор о браку. У Малезији, дечји бракови су дозвољени и регулисани домаћим законом, како за немуслимане, тако и за муслимане, иако је Малезија повукла резерву у вези са чл. 16(2) Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена (*CEDAW*). Закон признаје такве уговоре као валидне под условом да испуњавају одређене захтеве. Минималне старосне границе за ступање у брак прописане су законима који регулишу брачке односе између немуслимана и муслимана. Међутим, ефекат ових минималних старосних граница за ступање у брак значајно се разликује у погледу њиховог утицаја на валидност таквих уговора. За немуслимане, брак склопљен од стране малолетника испод ових минималних старосних граница за ступање у брак учиниће такве уговоре ништавним од почетка, док је за муслимане брак испод ових минималних старосних граница дозвољен и сходно томе валидан, али под условом да се претходно затражи дозвола од одговарајућих шеријатских судова. Брачки немуслимана у Малезији регулисани су Законом о реформи закона (брака и развода) из 1976. године (Закон број 164). Члан 10 закона наводи да је минимална старост за брак за дечаке 18 година, док је за девојчице 16 година, али је потребна посебна дозвола и она се мора добити од главног министра државе. Сличан захтев није предвиђен за дечаке. Додатни захтев је прописан у чл. 12(1), где свако млађи од 21 године мора имати родитељски пристанак у писаној форми од свог оца или, ако је ванбрачно дете или је отац мртав, онда од своје мајке. Ако је усвојено дете, онда од свог усвојеног оца или усвојене мајке, или ако су оба његова родитеља (биолошка или усвојена) преминула, онда то је на лицу које заступа родитеље пре него што дете напуни 21 годину. Ваљаност брака малолетника добила је додатну правну снагу у случају *Rajeswary & Anor protiv Balakrishnan & Anor* ((1958) 3 MC 178), где је Виши суд, пратећи преседан из Индије, утврдио да се старосна граница пунолетства за ступање у брак разликује од других уговора које закључују малолетници и као таква неће бити погођена општим правилима која регулишу уговоре које закључују малолетници. Законитост брачних уговора које закључују деца додатно је заштићена чл. 4(а) Закона о пунолетству из 1971. године, који наводи да ништа у закону неће утицати на способност било које особе да делује у следећим стварима: брак, развод, мираз и усвајање. Став муслимана, који подржавају различити државни прописи који регулишу приватно право муслимана, прописује сличну старосну границу, али са различитим правним импликацијама. Осим државе Селангор, све остале државе у Малезији, укључујући и Савезне територије, прописују да ако било која девојчица млађа од 16 година, као и било који дечак млађи од 18 година жели да се ожени, биће му потребна претходна сагласност шеријатског суда, како је наведено у чл. 8 Закона о исламском породичном праву (Савезна територија) из 1984. године (Закон број 303). Без изричитог помињања било какве минималне старости за потпуну забрану за децу млађу од 16 и 18 година, респективно, то значи да дете, без обзира на то колико је младо,

UUM Journal of Legal Studies, 14, No. 1 (January) 2023, pp: 269–295

The Malaysian law, and the law in England and Wales seem to concur on the employment of children and their compulsory school-leaving age. From the perspective of English law, employment contracts are valid if the contract is not harsh or oppressive to young persons. In fact, this law is most beneficial to children (*Roberts v Gray* [1913] 1 KB 520). A minor is accountable to his employer as a result of this, and similarly, a minor will have a contractual recourse against the employer if the employer violates the contract (Giancaspro & Langos, 2016).

(5) Contract of Marriage

In Malaysia, child marriage is permissible and regulated by domestic law, both for non-Muslims and Muslims, even though Malaysia has withdrawn the reservation made to Article 16(2) of the Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). The law recognizes such contracts to be valid provided that, they comply to the requirements. Minimum marriageable ages are provided by both laws governing marriages among non-Muslims and Muslims. The effect of these minimum marriageable ages, however, differs significantly in their impact with regards to the validity of such contracts. For non-Muslims, a marriage contracted by minors below these minimum marriable ages will render such contracts to be void *ab initio*, whereas for Muslims, marriage under these minimum ages is allowed, and accordingly valid, provided prior permission is sought from the respective shariah courts.

Marriages of non-Muslims in Malaysia are regulated by the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976 (Act 164). Section 10 specifies that the minimum age of marriage for boys is 18 years old whereas for girls, it is 16 years old, but special permission is required and this must be obtained from the Chief Minister of state. No similar requirement is provided for boys. Additional requirement is stipulated under section 12(1) where anyone below the age of 21 years old needs to have parental consent in writing from his or her father, or, if he or she is illegitimate, or the father is dead, then of his or her mother, or if he or she is adopted, then of his or her adopted father or adopted mother, or if both his or her parents (natural or adopted) are dead, then it is of the person standing in loco parentis to him or her before he or she attains the age of 21 years old.

The validity of marriage of minors was given further legal effect by *Rajeswary & Anor v Balakrishnan & Anor* ((1958) 3 MC 178) where

као равноправан члан друштва. Упоредном анализом Закона о раду и Породичног закона, може се доћи до неких нелогичности, или у најмању руку, недоследности и недовољне регулације законских одреби поводом заштите права детета. Породични закон даје детету са одређеним узрастом одређени степен пословне способности и права да самостално одлучује, док Закон о раду код заснивања радног односа захтева сагласност родитеља/старатеља, када је реч о детету. Према одредбама Породичног закона дефинише се само питање пунолетства и пословне способности. Чланом 11. Породичног закона регулисано је да се пунолетство стиче са навршеном осамнаестом годином живота. Потпуна пословна способност стиче се пунолетством и склапањем брака пре пунолетства уз дозволу суда.[479] Суд може дозволити стицање потпуне пословне

479 Овде бисмо се задржали на специфичном решењу малезијског права, према коме деца могу закључити уговор о браку. У Малезији, дечји бракови су дозвољени и регулисани домаћим законом, како за немуслимане, тако и за муслимане, иако је Малезија повукла резерву у вези са чл. 16(2) Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена (*CEDAW*). Закон признаје такве уговоре као валидне под условом да испуњавају одређене захтеве. Минималне старосне границе за ступање у брак прописане су законима који регулишу брачке односе између немуслимана и муслимана. Међутим, ефекат ових минималних старосних граница за ступање у брак значајно се разликује у погледу њиховог утицаја на валидност таквих уговора. За немуслимане, брак склопљен од стране малолетника испод ових минималних старосних граница за ступање у брак учиниће такве уговоре ништавним од почетка, док је за муслимане брак испод ових минималних старосних граница дозвољен и сходно томе валидан, али под условом да се претходно затражи дозвола од одговарајућих шеријатских судова. Брачки немуслимана у Малезији регулисани су Законом о реформи закона (брака и развода) из 1976. године (Закон број 164). Члан 10 закона наводи да је минимална старост за брак за дечаке 18 година, док је за девојчице 16 година, али је потребна посебна дозвола и она се мора добити од главног министра државе. Сличан захтев није предвиђен за дечаке. Додатни захтев је прописан у чл. 12(1), где свако млађи од 21 године мора имати родитељски пристанак у писаној форми од свог оца или, ако је ванбрачно дете или је отац мртав, онда од своје мајке. Ако је усвојено дете, онда од свог усвојеног оца или усвојене мајке, или ако су оба његова родитеља (биолошка или усвојена) преминула, онда то је на лицу које заступа родитеље пре него што дете напуни 21 годину. Ваљаност брака малолетника добила је додатну правну снагу у случају *Rajeswary & Anor protiv Balakrishnan & Anor* ((1958) 3 MC 178), где је Виши суд, пратећи преседан из Индије, утврдио да се старосна граница пунолетства за ступање у брак разликује од других уговора које закључују малолетници и као таква неће бити погођена општим правилима која регулишу уговоре које закључују малолетници. Законитост брачних уговора које закључују деца додатно је заштићена чл. 4(a) Закона о пунолетству из 1971. године, који наводи да ништа у закону неће утицати на способност било које особе да делује у следећим стварима: брак, развод, мираз и усвајање. Став муслимана, који подржавају различити државни прописи који регулишу приватно право муслимана, прописује сличну старосну границу, али са различитим правним импликацијама. Осим државе Селангор, све остале државе у Малезији, укључујући и Савезне територије, прописују да ако било која девојчица млађа од 16 година, као и било који дечак млађи од 18 година жели да се ожени, биће му потребна претходна сагласност шеријатског суда, како је наведено у чл. 8 Закона о исламском породичном праву (Савезна територија) из 1984. године (Закон број 303). Без изричитог помињања било какве минималне старости за потпуну забрану за децу млађу од 16 и 18 година, респективно, то значи да дете, без обзира на то колико је младо,

the High Court, following a precedent from India, held that the age of majority for joining in marriage differed from other contracts entered into by minors, and as such, will not be affected by general rules governing contracts entered by minors. The legality of contracts of marriage entered into by children are further safeguarded/amplified by section 4(a) of the Age of Majority Act 1971 which states that nothing in the Act shall affect the capacity of any person to act in the following matters, namely, marriage, divorce, dower, and adoption.

The position for Muslims, upheld by the different state enactments governing the private law of Muslims, prescribe a similar age limit, but with different legal implications. Apart from Selangor, all other states in Malaysia including the Federal Territories, stipulate that if any girl below the age of 16 years, and any boy below the age of 18 years, wishes to get married, he or she will require the prior consent of the shariah court, as noted in Section 8 of the Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984 [Act 303]. Without the express mention of any minimum age of total prohibition for children below 16 and 18 years, respectively, it means that a child, regardless of how young, may enter into a contract of marriage upon obtaining the prior permission of a shariah court judge.

In the case of Selangor, the enactment was duly amended in August 2019 to increase the minimum age of marriage for girls, from 16 to 18 years old (Section 8), "where either the man or the woman is under the age of eighteen". The new Section fittingly prescribes various requirements, such as a medical report of the girl's health, a medical report of the man's mental, physical, and physiological health stage, a social report from the Social Welfare Officer stating the socio-economic background of the man or girl, and a police report for any possible criminal records of the parties, should there be any, before a judge can satisfactorily decide on the application for early marriage. The progress made by the Selangor State government is to be commended as the judge is now required to make a holistic analysis of the suitability of the parties to be married, being below the age of 18 years old.

The above position, under the civil law which regulates non-Muslims, coincides to a certain extent with the law of England and Wales. Under section 11(a) (ii) of the Matrimonial Causes Act 1973, a marriage is void if either party to the marriage is under the age of

способности малолетном лицу које је навршило 16. годину живота, а постало је родитељ и достигло је телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о сопственој личности, правима и интересима. О дозволи суд одлучује у ванпарничном поступку. Ово су (једина) два случаја еманципације у нашем праву. У делу који се односи на стицање пословне способности пре пунолетства, нема одредаба о пословној способности у вези са заснивањем радног односа. Даље, у одељку који говори о правима детета, према члану 64., дете које није навршило 14.годину живота (млађи малолетник) може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја. Дете које је навршило 14. годину живота (старији малолетник) може предузимати, поред правних послова из става 1 овог члана, и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно сагласност органа старатељства за правне послове из члана 193, став 3 овог закона. Дете које је навршило 15. годину живота може предузимати правне послове којима управља и располаже својом зарадом или имовином коју је стекло сопственим радом. Закон овде не тражи и услов који се тиче способности детета за расуђивање.[480] Као што видимо Породични закон регулише питања пословне способности али не и закључење уговора о раду. У вези са радним односом, релевантан је члан 66 Породичног закона према коме је дете дужно да родитељима помаже у складу са својим годи-

може закључити уговор о браку уз претходну дозволу судије шеријатског суда. У случају Селангора, закон је прописно измењен у августу 2019. године, како би се повећала минимална старосна граница за ступање у брак, за девојчице са 16 на 18 година (чл. 8), и то када су мушкарац или жена млађи од осамнаест година. Нови члан на одговарајући начин прописује разне захтеве, као што су лекарски извештај о здравственом стању девојчице, медицински извештај о менталном, физичком и физиолошком здравственом стању мушкарца, социјални извештај службеника за социјално старање у којем се наводи социо-економска позадина мушкарца или девојчице, те чак и полицијски извештај о евентуалним кривичним досијеима странака, ако их има, пре него што судија може на правилан начин да одлучи о захтеву за рани брак. Напредак који је постигла влада државе Селангор је за похвалу, јер је судија сада дужан да направи холистичку анализу подобности странака за брак, с обзиром на то да су особе млађе од 18 година. Иако тренутни став који прописује 16 година као минималну старосну границу за ступање у брак не указује на принципе који леже у основи Конвенције о правима детета о најбољем интересу детета, бар је повећана старосна граница са 12 година. Енглеска и Велс, такође, пружају могућност да деца млађа од 18 година закључе брак, али ипак, у стварности је стопа деце која се венчавају испод 18 година у Енглеској и Велсу ниска. Иако Малезија, као и Енглеска и Велс, признају брачне уговоре који укључују децу, постоји значајна разлика у погледу минималне дозвољене старосне границе. У случају Малезије, дозвола мора бити добијена од главног министра, док у случају Енглеске и Велса, сагласност треба добити од родитеља. Међутим, закон у Малезији је прилично дискриминаторан између дечака и девојчица. Дечаци млађи од 18 година не могу склопити брак. Без прописане минималне старосне границе за потпуну забрану брака, дете је потенцијално изложено штетним последицама и претњама које могу бити последица раних бракова, првенствено, кршења основних права детета, према UNHCR-у. О овоме, R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 287.

480 О томе, Слободан Панов, *Породично право*, Београд, 2016, стр. 218.

the High Court, following a precedent from India, held that the age of majority for joining in marriage differed from other contracts entered into by minors, and as such, will not be affected by general rules governing contracts entered by minors. The legality of contracts of marriage entered into by children are further safeguarded/amplified by section 4(a) of the Age of Majority Act 1971 which states that nothing in the Act shall affect the capacity of any person to act in the following matters, namely, marriage, divorce, dower, and adoption.

The position for Muslims, upheld by the different state enactments governing the private law of Muslims, prescribe a similar age limit, but with different legal implications. Apart from Selangor, all other states in Malaysia including the Federal Territories, stipulate that if any girl below the age of 16 years, and any boy below the age of 18 years, wishes to get married, he or she will require the prior consent of the shariah court, as noted in Section 8 of the Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984 [Act 303]. Without the express mention of any minimum age of total prohibition for children below 16 and 18 years, respectively, it means that a child, regardless of how young, may enter into a contract of marriage upon obtaining the prior permission of a shariah court judge.

In the case of Selangor, the enactment was duly amended in August 2019 to increase the minimum age of marriage for girls, from 16 to 18 years old (Section 8), "where either the man or the woman is under the age of eighteen". The new Section fittingly prescribes various requirements, such as a medical report of the girl's health, a medical report of the man's mental, physical, and physiological health stage, a social report from the Social Welfare Officer stating the socio-economic background of the man or girl, and a police report for any possible criminal records of the parties, should there be any, before a judge can satisfactorily decide on the application for early marriage. The progress made by the Selangor State government is to be commended as the judge is now required to make a holistic analysis of the suitability of the parties to be married, being below the age of 18 years old.

The above position, under the civil law which regulates non-Muslims, coincides to a certain extent with the law of England and Wales. Under section 11(a) (ii) of the Matrimonial Causes Act 1973, a marriage is void if either party to the marriage is under the age of

способности малолетном лицу које је навршило 16. годину живота, а постало је родитељ и достигло је телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о сопственој личности, правима и интересима. О дозволи суд одлучује у ванпарничном поступку. Ово су (једина) два случаја еманципације у нашем праву. У делу који се односи на стицање пословне способности пре пунолетства, нема одредаба о пословној способности у вези са заснивањем радног односа. Даље, у одељку који говори о правима детета, према члану 64., дете које није навршило 14.годину живота (млађи малолетник) може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја. Дете које је навршило 14. годину живота (старији малолетник) може предузимати, поред правних послова из става 1 овог члана, и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно сагласност органа старатељства за правне послове из члана 193, став 3 овог закона. Дете које је навршило 15. годину живота може предузимати правне послове којима управља и располаже својом зарадом или имовином коју је стекло сопственим радом. Закон овде не тражи и услов који се тиче способности детета за расуђивање.[480] Као што видимо Породични закон регулише питања пословне способности али не и закључење уговора о раду. У вези са радним односом, релевантан је члан 66 Породичног закона према коме је дете дужно да родитељима помаже у складу са својим годи-

може закључити уговор о браку уз претходну дозволу судије шеријатског суда. У случају Селангора, закон је прописно измењен у августу 2019. године, како би се повећала минимална старосна граница за ступање у брак, за девојчице са 16 на 18 година (чл. 8), и то када су мушкарац или жена млађи од осамнаест година. Нови члан на одговарајући начин прописује разне захтеве, као што су лекарски извештај о здравственом стању девојчице, медицински извештај о менталном, физичком и физиолошком здравственом стању мушкарца, социјални извештај службеника за социјално старање у којем се наводи социо-економска позадина мушкарца или девојчице, те чак и полицијски извештај о евентуалним кривичним досијеима странака, ако их има, пре него што судија може на правилан начин да одлучи о захтеву за рани брак. Напредак који је постигла влада државе Селангор је за похвалу, јер је судија сада дужан да направи холистичку анализу подобности странака за брак, с обзиром на то да су особе млађе од 18 година. Иако тренутни став који прописује 16 година као минималну старосну границу за ступање у брак не указује на принципе који леже у основи Конвенције о правима детета о најбољем интересу детета, бар је повећана старосна граница са 12 година. Енглеска и Велс, такође, пружају могућност да деца млађа од 18 година закључе брак, али ипак, у стварности је стопа деце која се венчавају испод 18 година у Енглеској и Велсу ниска. Иако Малезија, као и Енглеска и Велс, признају брачне уговоре који укључују децу, постоји значајна разлика у погледу минималне дозвољене старосне границе. У случају Малезије, дозвола мора бити добијена од главног министра, док у случају Енглеске и Велса, сагласност треба добити од родитеља. Међутим, закон у Малезији је прилично дискриминаторан између дечака и девојчица. Дечаци млађи од 18 година не могу склопити брак. Без прописане минималне старосне границе за потпуну забрану брака, дете је потенцијално изложено штетним последицама и претњама које могу бити последица раних бракова, првенствено, кршења основних права детета, према UNHCR-у. О овоме, R. Che Hashim, F. Nini Dusuki, *op. cit.*, стр. 287.

480 О томе, Слободан Панов, *Породично право*, Београд, 2016, стр. 218.

was under the legal age of puberty, was regarded to be not void, but voidable (Co Litt 79; Blackstone Commentaries, I, 436). This meant that the marriage could be avoided by either of them when that party reached the age of puberty. But as Lowe and Douglas (2015) aptly stated, 'if the marriage is ratified (as it would be implied by continued cohabitation), it becomes irrevocably binding'.

Although the current position of stipulating 16 as the minimum age of requirement for marriage does not augur with the principles underlying the Convention on the Rights of the Child on the best interest of the child, it has at least increased the age from 12 years old. Nonetheless, in reality the rate of children marrying below 18 in England and Wales is low (Lowe & Douglas, 2015).

While Malaysia, and England and Wales recognize contracts of marriage involving children, there is a significant difference in respect to the minimum allowable ages. In Malaysia, the position regarding marriages among non-Muslims is comparatively similar in that the absolute minimum age is 16. Marriages contracted below the age of 16 is void ab initio. Another similarity is regarding girls who have attained 16 years old, but below 18 years old. Both need to obtain prior consent or permission albeit from different authorities. In the case of Malaysia, permission must be obtained from the Chief Minister whereas in the case of England and Wales, consent should be obtained from the parent. The law in Malaysia is however, rather discriminatory between boys and girls. No marriage may be contracted by boys below the age of 18 years. In respect to Muslims, the position is starkly different because first, there is no specific age prescribed for absolute prohibition for any girl or boy below the age of 16 and 18 respectively, except for the state of Selangor where both parties must be of age 18. In the event of any girl or boy below the age of 16 or 18 wish to get married, then prior consent must be obtained from the shariah court. Without a minimum age prescribed for the total prohibition of marriage, the child is potentially exposed to harmful consequences and threats which may be due to the result of early marriages, primarily, the transgression of the child's basic rights, under the UNCRC.

(6) Online Contract

Children have become regularly involved in online transactions, particularly in today's digital era. The usage and development of

СИНОПТИЧКИ ПРИКАЗ ДОСЛОВНОГ ПРЕУЗИМАЊА ТЕКСТА ИЗ ЗАКОНСКИХ ОДРЕДАБА

Изменама ЗВПП, које су извршене, између осталог, и под утицајем пресуда ЕСЉП, омогућено је периодично преиспитивање одлуке о лишењу пословне способности.

Кад нађе да постоје услови за лишење пословне способности, суд ће лице према коме се поступак води лишити пословне способности потпуно или делимично. У решењу којим је одлучио о лишењу пословне способности суд одређује рок у коме ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере, а који не може бити дужи од три године. У решењу којим се лице делимично лишава пословне способности, суд је дужан да на основу резултата медицинског вештачења одреди врсту послова које то лице може самостално предузимати поред послова на које је законом овлашћено, а посебно да одреди да ли је то лице способно да врши изборно право.[244]

Имајући у виду да су последице лишења пословне способности далекосежне, предвиђено је и право жалбе. Тако, против решења о лишењу пословне способности, лице које је лишено пословне способности може изјавити жалбу без обзира на стање свог менталног здравља у року од осам дана од дана када му је решење достављено. Другостепени суд је дужан да о жалби одлучи у року од осам дана од дана када му је жалба достављена. Суд може одложити доношење решења о делимичном лишењу пословне способности због злоупотребе алкохола или других опојних средстава, ако се основано може очекивати да ће се лице, према коме се води поступак, уздржати од злоупотребе алкохола или других опојних средстава. Суд може да одложи доношење решења о лишењу пословне способности за време од шест до 12 месеци. Решење може да се опозове ако лице прекине лечење или буде отпуштено из здравствене установе због нарушавања реда.

Када истекне време проверавања, суд по службеној дужности испитује да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности. Ако утврди да и даље постоје разлози за лишење пословне способности, суд доноси решење којим утврђује да не постоје услови за враћање пословне способности. У решењу којим је утврдио да не постоје услови за враћање пословне способности суд одређује рок у коме ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере, а који не може бити дужи од три године. Ако утврди да су престали разлози због којих је лице лишено пословне способности, суд доноси решење о враћању пословне способности. Могуће је временско преиначење одлуке о потпуном лишењу пословне псособности у делимично лишење. Ако утврди да се стање менталног здравља лица потпуно лишеног пословне способности толико поправило да је довољно и делимично лишење пословне способности, суд одређује делимично лишење пословне способности. Ако утврди да се стање менталног здравља лица делимично лишеног пословне способности погоршало тако да су се сте-

244 Чл. 40 ЗВПП.

(1) Postupak za lišenje poslovne sposobnosti sud pokreće po službenoj dužnosti, kao i na predlog organa starateljstva, supružnika, vanbračnog partnera, deteta ili roditelja lica koje treba lišiti poslovne sposobnosti.

(2) Postupak se pokreće i po predlogu dede, babe, brata, sestre, kao i unuka, ako sa tim licem žive u porodičnoj zajednici.

(3) Predlog za pokretanje postupka može da stavi i samo lice koje treba lišiti poslovne sposobnosti, ako može da shvati značenje i pravne posledice svog predloga.

Član 33

(1) Predlog mora da sadrži činjenice na kojima se zasniva, kao i dokaze kojima se te činjenice utvrđuju ili čine verovatnim.

(2) Ako postupak nije pokrenuo organ starateljstva, predlog mora da sadrži i podatke iz kojih proizilazi ovlašćenje za pokretanje postupka.

Član 34

(1) Ako lice, prema kojem je pokrenut postupak za lišenje poslovne sposobnosti, ima nepokretnu imovinu, sud će bez odlaganja izvestiti organ koji vodi zemljišnu ili drugu javnu knjigu o evidenciji nepokretnosti radi zabeležbe postupka.

(2) O pokretanju postupka obaveštava se i matičar koji vodi matičnu knjigu rođenih za to lice.

Član 35

(1) U ovom postupku sud odlučuje na osnovu rasprave na ročištu.

(2) Na ročište se pozivaju, pored organa starateljstva, lice prema kome se postupak vodi, njegov staralac, odnosno privremeni zastupnik i predlagač.

Član 36

(1) Sud će lično saslušati lice prema kome se postupak vodi, a ako se isto nalazi u zdravstvenoj ustanovi, saslušaće se obavezno u toj ustanovi, gde će se održati i ročište.

(2) Sud uvažava mišljenje i stavove lica prema kome se postupak vodi, u meri u kojoj je to moguće s obzirom na stanje njegovog mentalnog zdravlja.

(3) Sud može odustati od saslušanja lica prema kome se postupak vodi, samo ako bi to moglo da bude štetno po njegovo zdravlje ili ako saslušanje uopšte nije moguće s obzirom na duševno ili fizičko stanje tog lica.

Član 37

Sud je dužan da sasluša staraoca, odnosno privremenog zastupnika, predlagača i druga lica koja mogu da daju potrebna obaveštenja o životu i o ponašanju lica prema kome se postupak vodi i o drugim važnim okolnostima. Po potrebi, sud će podatke o tim činjenicama pribaviti od pravnih i drugih lica, koja tim podacima raspolažu.

Član 38

(1) Lice prema kome se postupak za lišenje poslovne sposobnosti vodi mora biti pregledano od najmanje dva lekara odgovarajuće specijalnosti, koji će dati nalaz i mišljenje o stanju mentalnog zdravlja i sposobnosti tog lica za rasuđivanje.

(2) Veštačenje se vrši u prisustvu sudije, sem kada se obavlja u stacionarnoj zdravstvenoj ustanovi.

(3) Sud može rešenjem odrediti da lice prema kome se vodi postupak, privremeno ali najduže 30 dana, bude smešteno u odgovarajuću zdravstvenu ustanovu, ako je to po mišljenju lekara neophodno da se utvrdi stanje njegovog mentalnog zdravlja, osim ako bi time mogle nastupiti štetne posledice po njegovo zdravlje.

Član 39

(1) Protiv rešenja o smeštaju u zdravstvenu ustanovu mogu izjaviti žalbu lice prema kome se postupak vodi i njegov staralac, odnosno privremeni zastupnik u roku od tri dana od dostavljanja prepisa rešenja.

(2) Lice prema kome se postupak vodi može izjaviti žalbu bez obzira na stanje svog mentalnog zdravlja.

(3) Žalba zadržava izvršenje rešenja, ako sud iz opravdanih razloga, drugačije ne odluči.

(4) Sud će žalbu sa spisima bez odlaganja dostaviti drugostepenom sudu, koji je dužan odlučiti u roku od tri dana od dana prijema žalbe.

Član 40

(1) Kad nađe da postoje uslovi za lišenje poslovne sposobnosti, sud će lice prema kome se postupak vodi lišiti poslovne sposobnosti potpuno ili delimično.

(2) U rešenju kojim je odlučio o lišenju poslovne sposobnosti sud određuje rok u kome će se proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere, a koji ne može biti duži od tri godine.

Изменама ЗВПП, које су извршене, између осталог, и под утицајем пресуда ЕСЉП, омогућено је периодично преиспитивање одлуке о лишењу пословне способности.

Кад нађе да постоје услови за лишење пословне способности, суд ће лице према коме се поступак води лишити пословне способности потпуно или делимично. У решењу којим је одлучио о лишењу пословне способности суд одређује рок у коме ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере, а који не може бити дужи од три године. У решењу којим се лице делимично лишава пословне способности, суд је дужан да на основу резултата медицинског вештачења одреди врсту послова које то лице може самостално предузимати поред послова на које је законом овлашћено, а посебно да одреди да ли је то лице способно да врши изборно право.[244]

Имајући у виду да су последице лишења пословне способности далекосежне, предвиђено је и право жалбе. Тако, против решења о лишењу пословне способности, лице које је лишено пословне способности може изјавити жалбу без обзира на стање свог менталног здравља у року од осам дана од дана када му је решење достављено. Другостепени суд је дужан да о жалби одлучи у року од осам дана од дана када му је жалба достављена. Суд може одложити доношење решења о делимичном лишењу пословне способности због злоупотребе алкохола или других опојних средстава, ако се основано може очекивати да ће се лице, према коме се води поступак, уздржати од злоупотребе алкохола или других опојних средстава. Суд може да одложи доношење решења о лишењу пословне способности за време од шест до 12 месеци. Решење може да се опозове ако лице прекине лечење или буде отпуштено из здравствене установе због нарушавања реда.

Када истекне време проверавања, суд по службеној дужности испитује да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности. Ако утврди да и даље постоје разлози за лишење пословне способности, суд доноси решење којим утврђује да не постоје услови за враћање пословне способности. У решењу којим је утврдио да не постоје услови за враћање пословне способности суд одређује рок у коме ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере, а који не може бити дужи од три године. Ако утврди да су престали разлози због којих је лице лишено пословне способности, суд доноси решење о враћању пословне способности. Могуће је временско прекинуто лишење одлуке о потпуном лишењу пословне псособности у делимично лишење. Ако утврди да се стање менталног здравља лица потпуно лишеног пословне способности толико поправило да је довољно и делимично лишење пословне способности, суд одређује делимично лишење пословне способности. Ако утврди да се стање менталног здравља лица делимично лишеног пословне способности погоршало тако да су се сте-

244 Чл. 40 ЗВПП.

(3) U rešenju kojim se lice delimično lišava poslovne sposobnosti, sud je dužan da na osnovu rezultata medicinskog veštačenja odredi vrstu poslova koje to lice može samostalno preduzimati pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno, a posebno da odredi da li je to lice sposobno da vrši izborno pravo.

Član 40a

(1) Protiv rešenja o lišenju poslovne sposobnosti, lice koje je lišeno poslovne sposobnosti može izjaviti žalbu bez obzira na stanje svog mentalnog zdravlja u roku od osam dana od dana kada mu je rešenje dostavljeno.

(2) Drugostepeni sud je dužan da o žalbi odluči u roku od osam dana od dana kada mu je žalba dostavljena.

Član 41

(1) Sud može odložiti donošenje rešenja o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, ako se osnovano može očekivati da će se lice, prema kome se vodi postupak, uzdržati od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava.

(2) Sud će odložiti donošenje rešenja iz stava 1 ovog člana ako se to lice po svojoj inicijativi ili po predlogu suda podvrgne lečenju u određenoj zdravstvenoj ustanovi.

(3) Sud može da odloži donošenje rešenja o lišenju poslovne sposobnosti za vreme od šest do 12 meseci.

(4) Rešenje može da se opozove ako lice prekine lečenje ili bude otpušteno iz zdravstvene ustanove zbog narušavanja reda.

Član 42

(1) Kada istekne vreme proveravanja, sud po službenoj dužnosti ispituje da li i dalje postoje razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti.

(2) Ako utvrdi da i dalje postoje razlozi za lišenje poslovne sposobnosti sud donosi rešenje kojim utvrđuje da ne postoje uslovi za vraćanje poslovne sposobnosti.

(3) U rešenju kojim je utvrdio da ne postoje uslovi za vraćanje poslovne sposobnosti sud određuje rok u kome će se proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere, a koji ne može biti duži od tri godine.

(4) Ako utvrdi da su prestali razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti, sud donosi rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti.

Član 42a

(1) Ako utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti toliko popravilo da je dovoljno i delimično lišenje poslovne sposobnosti, sud određuje delimično lišenje poslovne sposobnosti.

(2) Ako utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica delimično lišenog poslovne sposobnosti pogoršalo tako da su se stekli zakonski uslovi za potpuno lišenje poslovne sposobnosti, sud određuje potpuno lišenje poslovne sposobnosti.

(3) Sud je dužan da, u skladu sa utvrđenim promenama stanja mentalnog zdravlja lica delimično lišenog poslovne sposobnosti, poveća, odnosno smanji obim poslova koje ono može samostalno da preduzima pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno.

Član 42b

(1) Sud po službenoj dužnosti ili na predlog organa starateljstva i lica iz člana 32. ovog zakona, donosi rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti pre nego što istekne vreme proveravanja ako utvrdi da više ne postoje razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti.

(2) Ako pre nego što istekne vreme proveravanja utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica koje je potpuno lišeno poslovne sposobnosti toliko popravilo da je dovoljno i delimično lišenje poslovne sposobnosti, sud po službenoj dužnosti ili na predlog organa starateljstva i lica iz člana 32. ovog zakona određuje delimično lišenje poslovne sposobnosti.

(3) Ako pre nego što istekne vreme proveravanja utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica koje je delimično lišeno poslovne sposobnosti promenilo, sud po službenoj dužnosti ili na predlog organa starateljstva i lica iz člana 32. ovog zakona donosi rešenje kojim povećava, odnosno smanjuje obim poslova koje lice delimično lišeno poslovne sposobnosti može samostalno da preduzima pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno.

Član 43

U postupku vraćanja poslovne sposobnosti shodno se primenjuju odredbe ove Glave o lišenju sposobnosti.

Član 44

Pravnosnažno rešenje o lišenju, kao i rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti, sud će dostaviti matičaru radi upisa u matičnu knjigu rođenih za to lice, organu koji vodi zemljišnu ili drugu javnu knjigu o evidenciji nepokretnosti ako lice na koje se rešenje odnosi ima nepokretnost, kao i organu starateljstva.

кли законски услови за потпуно лишење пословне способности, суд одређује потпуно лишење пословне способности. Суд је дужан да, у складу са утврђеним променама стања менталног здравља лица делимично лишеног пословне способности, повећа, односно смањи обим послова које оно може самостално да предузима поред послова на које је законом овлашћено.[245]

Суд по службеној дужности или на предлог органа старатељства, као и овлашћених особа, доноси решење о враћању пословне способности пре него што истекне време проверавања ако утврди да више не постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности. Ако пре него што истекне време проверавања утврди да се стање менталног здравља лица које је потпуно лишено пословне способности толико поправило да је довољно и делимично лишење пословне способности, суд по службеној дужности или на предлог органа старатељства и лица из чл. 32 овог закона одређује делимично лишење пословне способности. Ако пре него што истекне време проверавања утврди да се стање менталног здравља лица које је делимично лишено пословне способности променило, суд по службеној дужности или на предлог органа старатељства, као и овлашћених лица доноси решење којим повећава, односно смањује обим послова које лице делимично лишено пословне способности може самостално да предузима поред послова на које је законом овлашћено.

2. ИСТОРИЈАТ

Постојање одређеног капацитета детета да закључује правне послове новијег је датума и представља одраз тога да је дете у савремено доба развило свест да заснива правне односе и да се таква свест призна у правном промету. Како је дете и даље дете и потребна му је и даље (правна) заштита, дошло се до готово јединственог става да се призна делимични, ограничени, посебни, капацитет детета за заснивање правних односа у виду делимичне пословне способности. Међутим, тако није било кроз историју. Малолетници су били категорија особа која није имала пословну способност или је пословна способност била под великим ограничењима.

Кад се говори о ограничењу пословне способности, треба напоменути да су разлози за ограничење били различити током историје: узраст, пол, здравствено стање, друштвени статус и расипништво. У Римском праву, узраст појединца као степен зрелости утврђивао се од случаја до случаја, а тај акт манифестирао се облачењем мушке тоге, што се најчешће догађало од 14. до 16. године детета. Током развоја Римског царства мењали су се како услови тако и круг лица који нису имали потпуну пословну способност. Такође, у оквиру категорије ма-

245 Чл. 426 ЗВПП.

(3) U rešenju kojim se lice delimično lišava poslovne sposobnosti, sud je dužan da na osnovu rezultata medicinskog veštačenja odredi vrstu poslova koje to lice može samostalno preduzimati pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno, a posebno da odredi da li je to lice sposobno da vrši izborno pravo.

Član 40a

(1) Protiv rešenja o lišenju poslovne sposobnosti, lice koje je lišeno poslovne sposobnosti može izjaviti žalbu bez obzira na stanje svog mentalnog zdravlja u roku od osam dana od dana kada mu je rešenje dostavljeno.

(2) Drugostepeni sud je dužan da o žalbi odluči u roku od osam dana od dana kada mu je žalba dostavljena.

Član 41

(1) Sud može odložiti donošenje rešenja o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, ako se osnovano može očekivati da će se lice, prema kome se vodi postupak, uzdržati od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava.

(2) Sud će odložiti donošenje rešenja iz stava 1 ovog člana ako se to lice po svojoj inicijativi ili po predlogu suda podvrgne lečenju u određenoj zdravstvenoj ustanovi.

(3) Sud može da odloži donošenje rešenja o lišenju poslovne sposobnosti za vreme od šest do 12 meseci.

(4) Rešenje može da se opozove ako lice prekine lečenje ili bude otpušteno iz zdravstvene ustanove zbog narušavanja reda.

Član 42

(1) Kada istekne vreme proveravanja, sud po službenoj dužnosti ispituje da li i dalje postoje razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti.

(2) Ako utvrdi da i dalje postoje razlozi za lišenje poslovne sposobnosti sud donosi rešenje kojim utvrđuje da ne postoje uslovi za vraćanje poslovne sposobnosti.

(3) U rešenju kojim je utvrdio da ne postoje uslovi za vraćanje poslovne sposobnosti sud određuje rok u kome će se proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere, a koji ne može biti duži od tri godine.

(4) Ako utvrdi da su prestali razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti, sud donosi rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti.

Član 42a

(1) Ako utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti toliko popravilo da je dovoljno i delimično lišenje poslovne sposobnosti, sud određuje delimično lišenje poslovne sposobnosti.

(2) Ako utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica delimično lišenog poslovne sposobnosti pogoršalo tako da su se stekli zakonski uslovi za potpuno lišenje poslovne sposobnosti, sud određuje potpuno lišenje poslovne sposobnosti.

(3) Sud je dužan da, u skladu sa utvrđenim promenama stanja mentalnog zdravlja lica delimično lišenog poslovne sposobnosti, poveća, odnosno smanji obim poslova koje ono može samostalno da preduzima pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno.

Član 42b

(1) Sud po službenoj dužnosti ili na predlog organa starateljstva i lica iz člana 32. ovog zakona, donosi rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti pre nego što istekne vreme proveravanja ako utvrdi da više ne postoje razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti.

(2) Ako pre nego što istekne vreme proveravanja utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica koje je potpuno lišeno poslovne sposobnosti toliko popravilo da je dovoljno i delimično lišenje poslovne sposobnosti, sud po službenoj dužnosti ili na predlog organa starateljstva i lica iz člana 32. ovog zakona određuje delimično lišenje poslovne sposobnosti.

(3) Ako pre nego što istekne vreme proveravanja utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica koje je delimično lišeno poslovne sposobnosti promenilo, sud po službenoj dužnosti ili na predlog organa starateljstva i lica iz člana 32. ovog zakona donosi rešenje kojim povećava, odnosno smanjuje obim poslova koje lice delimično lišeno poslovne sposobnosti može samostalno da preduzima pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno.

Član 43

U postupku vraćanja poslovne sposobnosti shodno se primenjuju odredbe ove Glave o lišenju sposobnosti.

Član 44

Pravnosnažno rešenje o lišenju, kao i rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti, sud će dostaviti matičaru radi upisa u matičnu knjigu rođenih za to lice, organu koji vodi zemljišnu ili drugu javnu knjigu o evidenciji nepokretnosti ako lice na koje se rešenje odnosi ima nepokretnost, kao i organu starateljstva.

ресу је рушљивост установљена не исходује његово поништење.[72] Ми се залажемо за заштиту малолетника, те се, имајући у виду правну природу пословне способности као института који се налази између права и одговорности детета, али ипак са претежном функцијом заштите имовинских права детета, приклањамо апсолутној ништавости ових уговора.[73] У том погледу јесте и обавеза нотара који солемнизују ове уговоре да испитају да ли је уговор који је дете закључило апсолутно ништав. То је још један вид заштите малолетника у домену пословне способности.

3.2. Уговор о доживотном издржавању

Уговор о доживотном издржавању, од свих потенцијалних уговора које малолетник може да закључи, најчешће се јавља у пракси као уговор који у име малолетника закључују његови законски заступници. У делу монографије у коме су судске одлуке поводом пословне способности малолетника, детаљније ћемо анализирати принципе које заузимају наши судови код уговора о доживотном издржавању. Несумњиво је да овај уговор може закључити старији малолетник, али је за његову пуноважност потребна сагласност родитеља.

Уговором о доживотном издржавању обавезује се прималац издржавања да се после његове смрти на даваоца издржавања пренесе својина тачно одређених ствари или каква друга права, а давалац издржавања се обавезује да га, као накнаду за то, издржава и да се брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани. Прималац издржавања уговором може обухватити само ствари или права постојећа у тренутку закључења уговора. Ако што друго није уговорено, обавеза издржавања нарочито обухвата обезбеђивање становања, хране, одеће

72 Н. Тешић, *op. cit.*, стр. 421.

73 У теорији се истиче да (ограничена) пословна способност малолетника има пет функција: волунтативна функција (уважава се у правном промету само оно што је права воља малолетника); функција заштите малолетника (малолетника услед недовољне зрелости и недостатка искуства треба заштити од ризика и опасности које не схвата); функција развијања малолетника (овиме се омогућује малолетнику да се укључује у пословни живот и да се припрема постепено за улазак на равноправној основи са одраслима у исти тај свет); функција заштите интереса законског заступника (с обзиром на то да малолетници живе са родитељима или другим особама, недовољна зрелости и поступци малолетника без постојања ограничене пословне способности, могли би погађати ове особе); функција заштите интереса трећих лица (ради сигурности правног промета трећа лица се осигуравају да иако закључе правни посао са малолетником, постоје правила према којима ће такав правни посао бити пуноважан, иако постоји ограничена пословна способност), В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 44. У потпуности смо сагласни са оваквом поделом аутора и можемо видети да заступа готово идентичну теоријску концепцију пословне способности детета, а то је да она има, пре свега, заштитну функцију и то самог детета, али и свих трећих лица које или живе са дететом или ступају у правне односе са дететом. Истиче се заштитна, а не искључиво „људскоправна" природа пословне способности детета.

Члан 191

Obaveza jemstva koja posle deobe nastaje među sanaslednicima, nastaje i među potomcima i posle ustupanja i raspodele.

Opoziv

Član 192

Ustupilac može zahtevati da mu potomak vrati sve što je primio ako je potomak pokazao grubu neblagodarnost prema njemu.

Isto pravo ima ustupilac i ako potomak njemu ili kome drugome ne daje izdržavanje određeno ugovorom o ustupanju i raspodeli, ili ne namiri ustupiočeve dugove.

U drugim slučajevima neizvršenja tereta određenih ugovorom o ustupanju i raspodeli, sud, vodeći računa o važnosti tereta za ustupioca i drugim okolnostima, odlučuje da li ustupilac ima pravo na vraćanje datih dobara, ili pravo da traži prinudno izvršenje tereta.

Pravo potomka posle opoziva

Član 193

Potomak koji je vratio primljeno može posle smrti ustupiočeve zahtevati nužni deo.

Pri utvrđivanju njegovog nužnog dela delovi imovine koje je ostavilac ustupio ostalim potomcima i bračnom drugu smatraće se kao poklon.

III UGOVOR O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

Pojam ugovora

Član 194

Ugovorom o doživotnom izdržavanju obavezuje se primalac izdržavanja da se posle njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese svojina tačno određenih stvari ili kakva druga prava, a davalac izdržavanja se obavezuje da ga, kao naknadu za to, izdržava i da se brine o njemu do kraja njegovog života i da ga posle smrti sahrani.

Primalac izdržavanja ugovorom može obuhvatiti samo stvari ili prava postojeća u trenutku zaključenja ugovora.

Ako što drugo nije ugovoreno, obaveza izdržavanja naročito obuhvata obezbeđivanje stanovanja, hrane, odeće i obuće, odgovarajuću negu u bolesti i starosti, troškove lečenja i davanja za svakodnevne uobičajene potrebe.

Oblik

Član 195

Ugovor o doživotnom izdržavanju mora biti zaključen u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave.

Prilikom potvrđivanja (solemnizacije) ugovora javni beležnik je dužan da ugovornike naročito upozori na to da imovina koja je predmet ugovora ne ulazi u zaostavštinu primaoca izdržavanja i da se njome ne mogu namiriti njegovi nužni naslednici, o čemu stavlja napomenu u klauzuli o potvrđivanju.

U suprotnom, ugovor je ništav.

Poseban slučaj ništavosti ugovora

Član 196

Ništav je ugovor u kome je davalac izdržavanja fizičko ili pravno lice koje se u okviru svog zanimanja, odnosno delatnosti i stara o primaocu izdržavanja (medicinsko osoblje, bolnice, različite agencije i slično), ako prethodno za ugovor nije dobijena saglasnost nadležnog organa starateljstva.

Doživotno izdržavanje više lica

Član 197

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno za dvoje ili više lica, svako od njih ima zasebno pravo na određena davanja i činjenja.

Doživotno izdržavanje u korist trećeg lica

Član 198

и обуће, одговарајућу негу у болести и старости,[74] трошкове лечења и давања за свакодневне уобичајене потребе.[75]

Уговор о доживотном издржавању мора бити закључен у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Приликом потврђивања (солемнизације) уговора, јавни бележник је дужан да уговорнике нарочито упозори на то да имовина која је предмет уговора не улази у заоставштину примаоца издржавања и да се њоме не могу намирити његови нужни наследници, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању. У супротном, уговор је ништав.

Ништав је уговор у коме је даваоац издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности и стара о примаоцу издржавања (медицинско особље, болнице, различите агенције и слично), ако претходно за уговор није добијена сагласност надлежног органа старатељства. Кад је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица, даваоац издржавања стиче својину на предметима уговора у тренутку смрти његовог сауговарача ако уговором није одређено да својина прелази у тренутку смрти трећег лица. Обавеза издржавања траје до смрти трећег лица.[76] Битна карактеристика овог уговора је лично својство уговорне стране, те се потраживања примаоца издржавања не могу пренети на другога. Раскид овог уговора могућ је из три разлога: услед поремећених односа, промењених околности и неиспуњења обавезе даваоца издржавања. Имајући у виду лични карактер овог уговора, први разлог намеће се као логичан. Ако се међусобни односи уговорника из било ког узрока толико поремете да постану неподношљиви, свако од њих може захтевати да суд раскине уговор. Кад суд изрекне раскид, прималац издржавања је дужан дати накнаду за примљена давања и услуге. Ако је до раскида дошло због кривице једне стране, друга страна има право на правичну накнаду. Кад је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица, раскид уговора после смрти сауговарача даваоца издржавања може захтевати и лице у чију је корист издржавање уговорено.[77] Ако се после закључења уговора околности толико промене да његово испуњење постане знатно отежано, суд може, на захтев једне или друге уговорнице, њихове односе изнова уредити или раскинути. Суд може право примаоца издржавања преиначити у доживотну ренту ако се сагласе уговорнице.

Кад је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица, раскид уговора после смрти сауговарача даваоца издржавања може за-

74 Уговор о доживотном издржавању има карактеристике уговора којим се старијим члановима друштва пружа потребна нега. За негу старијих чланова породице, Ann Stewart, „Home of Home: Caring about and for Elderly Family Members in a Welfare State", у: *Family Life and the Law: under one roof* (ed. Rebecca Probert), Ashgate, 2007, стр. 159–177.

75 Чл. 194 ЗОН.

76 Чл. 198 ЗОН.

77 Чл. 201 ЗОН.

Član 191

Obaveza jemstva koja posle deobe nastaje među sanaslednicima, nastaje i među potomcima i posle ustupanja i raspodele.

Opoziv

Član 192

Ustupilac može zahtevati da mu potomak vrati sve što je primio ako je potomak pokazao grubu neblagodarnost prema njemu.

Isto pravo ima ustupilac i ako potomak njemu ili kome drugome ne daje izdržavanje određeno ugovorom o ustupanju i raspodeli, ili ne namiri ustupiočeve dugove.

U drugim slučajevima neizvršenja tereta određenih ugovorom o ustupanju i raspodeli, sud, vodeći računa o važnosti tereta za ustupioca i drugim okolnostima, odlučuje da li ustupilac ima pravo na vraćanje datih dobara, ili pravo da traži prinudno izvršenje tereta.

Pravo potomka posle opoziva

Član 193

Potomak koji je vratio primljeno može posle smrti ustupiočeve zahtevati nužni deo.

Pri utvrđivanju njegovog nužnog dela delovi imovine koje je ostavilac ustupio ostalim potomcima i bračnom drugu smatraće se kao poklon.

III UGOVOR O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

Pojam ugovora

Član 194

Ugovorom o doživotnom izdržavanju obavezuje se primalac izdržavanja da se posle njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese svojina tačno određenih stvari ili kakva druga prava, a davalac izdržavanja se obavezuje da ga, kao naknadu za to, izdržava i da se brine o njemu do kraja njegovog života i da ga posle smrti sahrani.

Primalac izdržavanja ugovorom može obuhvatiti samo stvari ili prava postojeća u trenutku zaključenja ugovora.

Ako što drugo nije ugovoreno, obaveza izdržavanja naročito obuhvata obezbeđivanje stanovanja, hrane, odeće i obuće, odgovarajuću negu u bolesti i starosti, troškove lečenja i davanja za svakodnevne uobičajene potrebe.

Oblik

Član 195

Ugovor o doživotnom izdržavanju mora biti zaključen u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave.

Prilikom potvrđivanja (solemnizacije) ugovora javni beležnik je dužan da ugovornike naročito upozori na to da imovina koja je predmet ugovora ne ulazi u zaostavštinu primaoca izdržavanja i da se njome ne mogu namiriti njegovi nužni naslednici, o čemu stavlja napomenu u klauzuli o potvrđivanju.

U suprotnom, ugovor je ništav.

Poseban slučaj ništavosti ugovora

Član 196

Ništav je ugovor u kome je davalac izdržavanja fizičko ili pravno lice koje se u okviru svog zanimanja, odnosno delatnosti i stara o primaocu izdržavanja (medicinsko osoblje, bolnice, različite agencije i slično), ako prethodno za ugovor nije dobijena saglasnost nadležnog organa starateljstva.

Doživotno izdržavanje više lica

Član 197

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno za dvoje ili više lica, svako od njih ima zasebno pravo na određena davanja i činjenja.

Doživotno izdržavanje u korist trećeg lica

Član 198

и обуће, одговарајућу негу у болести и старости,[74] трошкове лечења и давања за свакодневне уобичајене потребе.[75]

Уговор о доживотном издржавању мора бити закључен у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Приликом потврђивања (солемнизације) уговора, јавни бележник је дужан да уговорнике нарочито упозори на то да имовина која је предмет уговора не улази у заоставштину примаоца издржавања и да се њоме не могу намирити његови нужни наследници, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању. У супротном, уговор је ништав.

Ништав је уговор у коме је давалац издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности и стара о примаоцу издржавања (медицинско особље, болнице, различите агенције и слично), ако претходно за уговор није добијена сагласност надлежног органа старатељства. Кад је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица, давалац издржавања стиче својину на предметима уговора у тренутку смрти његовог сауговарача ако уговором није одређено да својина прелази у тренутку смрти трећег лица. Обавеза издржавања траје до смрти трећег лица.[76] Битна карактеристика овог уговора је лично својство уговорне стране, те се потраживања примаоца издржавања не могу пренети на другога. Раскид овог уговора могућ је из три разлога: услед поремећених односа, промењених околности и неиспуњења обавезе даваоца издржавања. Имајући у виду лични карактер овог уговора, први разлог намеће се као логичан. Ако се међусобни односи уговорника из било ког узрока толико поремете да постану неподношљиви, свако од њих може захтевати да суд раскине уговор. Кад суд изрекне раскид, прималац издржавања је дужан дати накнаду за примљена давања и услуге. Ако је до раскида дошло због кривице једне стране, друга страна има право на правичну накнаду. Кад је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица, раскид уговора после смрти сауговарача даваоца издржавања може захтевати и лице у чију је корист издржавање уговорено.[77] Ако се после закључења уговора околности толико промене да његово испуњење постане знатно отежано, суд може, на захтев једне или друге уговорнице, њихове односе изнова уредити или раскинути. Суд може право примаоца издржавања преиначити у доживотну ренту ако се сагласе уговорнице.

Кад је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица, раскид уговора после смрти сауговарача даваоца издржавања може за-

74 Уговор о доживотном издржавању има карактеристике уговора којим се старијим члановима друштва пружа потребна нега. За негу старијих чланова породице, Ann Stewart, „Home of Home: Caring about and for Elderly Family Members in a Welfare State", у: *Family Life and the Law: under one roof* (ed. Rebecca Probert), Ashgate, 2007, стр. 159–177.

75 Чл. 194 ЗОН.

76 Чл. 198 ЗОН.

77 Чл. 201 ЗОН.

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno u korist trećeg lica, davalac izdržavanja stiče svojinu na predmetima ugovora u trenutku smrti njegovog saugovarača ako ugovorom nije određeno da svojina prelazi u trenutku smrti trećeg lica.

Obaveza izdržavanja traje do smrti trećeg lica.

Obezbeđivanje prava iz ugovora

Član 199

Davalac izdržavanja može svoje pravo iz ugovora obezbediti upisom u javnoj knjizi.

Isto pravo posle smrti saugovarača davaoca izdržavanja ima i treće lice u čiju je korist izdržavanje ugovoreno.

Neprenosivost prava

Član 200

Potraživanja primaoca izdržavanja ne mogu se preneti na drugoga.

Raskid ugovora zbog poremećenih odnosa

Član 201

Ako se međusobni odnosi ugovornika iz bilo kog uzroka toliko poremete da postanu nepodnošljivi, svako od njih može zahtevati da sud raskine ugovor.

Kad sud izrekne raskid, primalac izdržavanja je dužan dati naknadu za primljena davanja i usluge.

Ako je do raskida došlo zbog krivice jedne strane, druga strana ima pravo na pravičnu naknadu.

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno u korist trećeg lica, raskid ugovora posle smrti saugovarača davaoca izdržavanja može zahtevati i lice u čiju je korist izdržavanje ugovoreno.

Raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti

Član 202

Ako se posle zaključenja ugovora okolnosti toliko promene da njegovo ispunjenje postane znatno otežano, sud može, na zahtev jedne ili druge ugovornice, njihove odnose iznova urediti ili raskinuti.

Sud može pravo primaoca izdržavanja preinačiti u doživotnu rentu ako se saglase ugovornice.

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno u korist trećeg lica, raskid ugovora posle smrti saugovarača davaoca izdržavanja može zahtevati i lice u čiju je korist izdržavanje ugovoreno.

Pravo zakonskih naslednika primaoca izdržavanja

Član 203

Na zahtev zakonskih naslednika primaoca izdržavanja, sud može poništiti ugovor o doživotnom izdržavanju ako zbog bolesti ili starosti primaoca izdržavanja ugovor nije predstavljao nikakvu neizvesnost za davaoca izdržavanja.

Zakonski naslednici mogu poništaj ugovora zahtevati u roku od jedne godine od dana saznanja za ugovor, a najkasnije u roku od tri godine od dana smrti primaočeve.

Rok od jedne godine ne može početi da teče pre smrti primaočeve.

Smrt davaoca izdržavanja

Član 204

Posle smrti davaoca izdržavanja njegove obaveze prelaze na njegovog bračnog druga i potomke koji su pozvani na nasleđe, ako pristanu.

Ako oni ne pristanu na produženje ugovora o doživotnom izdržavanju, ugovor se raskida a oni ne mogu zahtevati naknadu za ranije dato izdržavanje.

Član 205

Ako bračni drug i potomci davaoca izdržavanja nisu u stanju da preuzmu ugovorne obaveze, mogu zahtevati naknadu od primaoca izdržavanja.

Sud će tu naknadu odrediti po slobodnoj oceni ceneći imovno stanje primaoca izdržavanja i onih koji su bili ovlašćeni na produženje ugovora.

хтевати и лице у чију је корист издржавање уговорено. У светлу наше теме, посебно је битан чл. 204 ЗОН који говори о наследницима даваоца издржавања, тј. разматрања питања да ли дете може да буде уговорна страна. После смрти даваоца издржавања његове обавезе прелазе на његовог брачног друга и потомке који су позвани на наслеђе, ако пристану. Ако они не пристану на продужење уговора о доживотном издржавању, уговор се раскида, а они не могу захтевати накнаду за раније дато издржавање. Ако брачни друг и потомци даваоца издржавања нису у стању да преузму уговорне обавезе, могу захтевати накнаду од примаоца издржавања. Суд ће ту накнаду одредити по слободној оцени ценећи имовно стање примаоца издржавања и оних који су били овлашћени на продужење уговора. Поред става наше судске праксе да родитељ може у име детета закључити уговор о доживотном издржавању, поставља се питање да ли би то могао учинити и старатељ малолетног штићеника. Према ставу у теорији, сматра се да старатељ може у име штићеника закључити уговор о доживотном издржавању, уколико је претходно добијено одобрење центра за социјални рад.[78]

78 Ирена Мајсторовић, *Обитељскоправна заштита старијих особа*, Загреб, 2024, стр. 89.

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno u korist trećeg lica, davalac izdržavanja stiče svojinu na predmetima ugovora u trenutku smrti njegovog saugovarača ako ugovorom nije određeno da svojina prelazi u trenutku smrti trećeg lica.

Obaveza izdržavanja traje do smrti trećeg lica.

Obezbeđivanje prava iz ugovora

Član 199

Davalac izdržavanja može svoje pravo iz ugovora obezbediti upisom u javnoj knjizi.

Isto pravo posle smrti saugovarača davaoca izdržavanja ima i treće lice u čiju je korist izdržavanje ugovoreno.

Neprenosivost prava

Član 200

Potraživanja primaoca izdržavanja ne mogu se preneti na drugoga.

Raskid ugovora zbog poremećenih odnosa

Član 201

Ako se međusobni odnosi ugovornika iz bilo kog uzroka toliko poremete da postanu nepodnošljivi, svako od njih može zahtevati da sud raskine ugovor.

Kad sud izrekne raskid, primalac izdržavanja je dužan dati naknadu za primljena davanja i usluge.

Ako je do raskida došlo zbog krivice jedne strane, druga strana ima pravo na pravičnu naknadu.

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno u korist trećeg lica, raskid ugovora posle smrti saugovarača davaoca izdržavanja može zahtevati i lice u čiju je korist izdržavanje ugovoreno.

Raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti

Član 202

Ako se posle zaključenja ugovora okolnosti toliko promene da njegovo ispunjenje postane znatno otežano, sud može, na zahtev jedne ili druge ugovornice, njihove odnose iznova urediti ili raskinuti.

Sud može pravo primaoca izdržavanja preinačiti u doživotnu rentu ako se saglase ugovornice.

Kad je doživotno izdržavanje ugovoreno u korist trećeg lica, raskid ugovora posle smrti saugovarača davaoca izdržavanja može zahtevati i lice u čiju je korist izdržavanje ugovoreno.

Pravo zakonskih naslednika primaoca izdržavanja

Član 203

Na zahtev zakonskih naslednika primaoca izdržavanja, sud može poništiti ugovor o doživotnom izdržavanju ako zbog bolesti ili starosti primaoca izdržavanja ugovor nije predstavljao nikakvu neizvesnost za davaoca izdržavanja.

Zakonski naslednici mogu poništaj ugovora zahtevati u roku od jedne godine od dana saznanja za ugovor, a najkasnije u roku od tri godine od dana smrti primaočeve.

Rok od jedne godine ne može početi da teče pre smrti primaočeve.

Smrt davaoca izdržavanja

Član 204

Posle smrti davaoca izdržavanja njegove obaveze prelaze na njegovog bračnog druga i potomke koji su pozvani na nasleđe, ako pristanu.

Ako oni ne pristanu na produženje ugovora o doživotnom izdržavanju, ugovor se raskida a oni ne mogu zahtevati naknadu za ranije dato izdržavanje.

Član 205

Ako bračni drug i potomci davaoca izdržavanja nisu u stanju da preuzmu ugovorne obaveze, mogu zahtevati naknadu od primaoca izdržavanja.

Sud će tu naknadu odrediti po slobodnoj oceni ceneći imovno stanje primaoca izdržavanja i onih koji su bili ovlašćeni na produženje ugovora.

ПРИКАЗ ДОСЛОВНОГ НАВОЂЕЊА ТЕКСТА ИЗ СУДСКИХ ОДЛУКА

V СУДСКА ПРАКСА

У оквиру овог дела монографије изложићемо пресуде у вези са пословном способношћу малолетника до којих смо дошли. Предмет анализе ће бити пресуде апелационих судова у Крагујевцу, Београду и Новом Саду, док Апелациони суд у Нишу није доставио пресуде, тј. добили смо одговор да нема ових пресуда у бази. Такође, биће анализирана и пракса Врховног касационог суда (Врховног суда).

1. АПЕЛАЦИОНИ СУДОВИ

1.1. Крагујевац

Према пресуди Апелационог суда у Крагујевцу радило се о купопродаји покретне ствари (камиона) који је закључио малолетник, тачније заступања малолетника од стране родитеља при закључењу овог уговора.[255] Закључени предуговор о купопродаји покретне ствари је

255 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж 1989/24 од 18.12.2024. године. На основу чињеничног стања утврђеног у првостепеном поступку, решењем јавног бележника од 30.05.2022. године утврђено је да заоставштину покојног Г. В. из Крагујевца чини, између осталог, и теретно возило марке „МАН", тип „ЛЕ 8.225 4x2 ЛЛЦ" и да се за наследника заоставштине под теретом накнаде евентуалних дугова оставиоца до висине вредности наслеђене имовине оглашава на основу закона ћерка мал. М. В. из Крагујевца, које је решење постало правноснажно 16.06.2022. године. Првостепени суд је утврдио да је закључен споразум о међусобном регулисању права и обавеза законских наследника, као и лица са правним интересом од 19.12.2021. године, који је састављен од стране адвоката и закључен између малолетне М. В., у чије име споразум потписује мајка С. Д. из Крагујевца, са једне стране, и В. Д. из Крагујевца, као другог законског наследника и С. Д. из Крагујевца, као ванбрачног друга покојног Г. В. и члана породичног домаћинства. Након закључења споразума, закључен је и предуговор о купопродаји камиона од 29.04.2022. године, састављен од стране адвоката, а између В. Д. и малолетне М. В., у чије име и за чији рачун овај уговор потписује њена мајка С. Д., као продаваца покретне ствари – камиона, и Н. Н., овде тужиоца, као купца камиона и чланом 1. је дефинисано да је предмет предуговора камион марке „МАН", чији је власник Г. В., сада бивши из Крагујевца, чији је правни следбеник његова ћерка М. В. и продавац, а В. Д. има својство продавца сходно уговору о међусобном регулисању права и обавеза између законских наследника, као и лица са правним интересом од 10.12.2021. године и чланом 2. је предвиђено да продавци продају купцу камион за купопродајну цену од 6.500 евра. Чланом 3. је предвиђено да продавци предају купцу у државину предмет купопродаје на дан закључења и потписивања предуговора, као и саобраћајну дозволу, као и да су продавци дужни да у што краћем року окончају оставинске поступке и са купцем покретне ствари закључе и овере уговор о купопродаји покретне ствари из члана 1. предуговора пред јавним бележником. Из исказа сведока и странака,

ништав јер је супротан принудним прописима, и то одредбама ПЗ које тачно регулишу поступак располагања имовином од стране родитеља малолетног детата.

На основу утврђеног чињеничног стања, полазећи од истакнутих приговора недостатка активне и пасивне легитимације, првостепени суд је нашао да су исти неосновани. Наиме, предуговор о купопродаји камиона су закључили мал. М. В., у чије име и за чији рачун је уговор потписала њена мајка, као законска заступница, и тужена, као продавци покретне ствари камиона и тужилац Н. Н., као купац камиона. С друге стране, тужена В. Д. је потписала предметни предуговор о купопродаји камиона и неспорно је примила новчана средстава која се потражују по основу неосновано стеченог, те је по оцени првостепеног суда правилно тужба усмерена према њој као туженој, с обзиром на то да је уговарач и да је новчана средства која се тужбом траже неспорно примила.

С друге стране, одлучујући о основаности тужбеног захтева, првостепени суд је пошао од одредаба чл. 12, 74 и 193 став 3 ПЗ и нашао да је исти основан, посебно имајући у виду одредбе чл. 47 и 49 ЗОО. Првостепени суд је у конкретном случају имао у виду да је предмет тужбеног захтева покретна ствар. Како је током поступка на основу обавештења Центра за социјални рад Крагујевац, број 55100–6303–1/2023 од 11.07.2023. године утврђено да законска заступница није од надлежног Центра за социјални рад тражила претходну сагласност, а потом ни изричиту накнадну сагласност, ради располагања имовином веће вредности свог малолетног детета, јер је вредност камиона који је предмет предуговора одређен на износ од 6.500 евра, оцена првостепеног суда је да је закључени предуговор о купопродаји покретне ствари ништав, јер је супротан принудним прописима и то одредбама ПЗ које тачно регулишу поступак располагања имовином од стране родитеља малолетног детата.

Одлучујући о тужбеном захтеву у погледу повраћаја датог, првостепени суд је имао у виду да је туженој на име продаје покретне ствари

првостепени суд је утврдио да је приликом закључења предуговора износ од 3.250 евра тужилац као купац предао туженој В. Д. на име њеног дела на камиону. Чланом 5. је прописано да се купац камиона обавезује да камион који је предмет предуговора о купопродаји након закључења уговора о купопродаји камиона и овере истог пред јавним бележником региструје и укњижи на своје име најкасније 15 дана након овере уговора о купопродаји камиона.

Такође, првостепени суд је утврдио да законски заступник мал. тужиље – њена мајка није покренула поступак ради давања претходне или накнаде сагласности за закључени споразум о међусобном регулисању права и обавеза између законских наследника и лица са правним интересом од 19.12.2021. године, већ је покренула поступак 12.07.2022. године за давање сагласности за отуђење возила – камиона марке „МАН" и захтев је одбачен решењем као непотпун, јер мајка није поступала по налогу центра за социјални рад за доставу доказа неопходних за одлучивање, као и да није покренула поступак ради давања претходне или накнаде сагласности за закључење предуговора, уговора или ма каквог другог уговора везаног за теретна или бестеретна располагања имовином малолетне ћерке, закљученим са трећим лицем.

од стране тужиоца исплаћен износ од 3.250 евра, како се то утврђује исказима сведока. Имајући у виду да је утврђена ништавост уговора, произлази да је последица обавезе тужене да врати тужиоцу оно што је неосновано наплатила од њега, све према одредби чл. 104 у вези са чл. 210 ЗОО са каматом почев од дана стицања 29.04.2022. године, па је суд обавезао тужену да тужиоцу врати наплаћени износ.

Међутим, по оцени Апелационог суда овакав закључак првостепеног суда се за сада не може прихватити као правилан, с обзиром на то да чињенично стање није било правилно и потпуно утврђено, па ни материјално право није могло бити правилно примењено. Ништавост уговора прописана је одредбом чл. 103 ЗОО, тако што је ништав уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго. На ништавост суд пази по службеној дужности и на њу се може позвати свако заинтересовано лице, на основу одредбе чл. 109 истог закона. Имајући у виду утврђено чињенично стање у току поступка за сада се не може прихватити као правилна одлука о ништавости предуговора у целости, на шта се основано жалбом тужене указује. Наиме, првостепени суд не цени садржину чл. 1 предметног предуговора у коме је констатовано да је тужена сувласник са идеалном ½ на предметном камиону по основу споразума о међусобном регулисању права и обавеза од 19.12.2021. године, па се основано жалбом тужене указује да нису јасни разлози првостепеног суда о основаности тужбеног захтева за утврђење ништавости према туженој, будући да првостепени суд приликом доношења одлуке није оценио значај споразума о међусобном регулисању права и обавеза који је закључен између мал. тужиље, зак. заступнице мал. тужиље, те чињеницу да је тужена заправо располагала предметним камионом који је по поменутом споразуму у сусвојини тужене и мал. тужиље, у ком погледу првостепени суд није дао разлоге о значају споразума и савесности учесника у поступку деобе имовине након смрти њихових правних претходника. У смислу наведеног, основано се жалбом тужене указује да суд није правилно одлучио о одбијању предлога за прекид поступка, будући да у конкретном случају питање својине на предметном камиону очигледно представља претходно правно питање, имајући у виду чињеницу да је тужена поднела тужбу за стицање у породичној заједници са оставиоцем, као и да су мал. тужиља и њена зак. заступница после његове смрти потписале споразум о међусобном регулисању права и обавеза којим је, поред предметног камиона, обухваћена и остала непокретна и покретна имовина.

Одредбом чл. 193, ст. 3 ПЗ прописано је да располагање непокретном имовином и покретном имовином велике вредности родитељи могу предузимати само уз претходну или накнадну сагласност органа старатељства. Располагање имовином подразумева све радње, односно

правне послове који имају за циљ отуђење и оптерећење како покретне тако и непокретне имовине и односе се како на располагање главницом тако и на располагање приходима од имовине детета. Имајући у виду цитиране одредбе материјалног права, основано се жалбом тужене указује да првостепени суд није правилно утврдио да С. Д., као законска заступница мал. тужиље, није тражила сагласност органа старатељства, истичући да се из обавештења органа старатељства утврђује да је тражила сагласност, али да је њен захтев одбачен. Имајући у виду наведено, основани су жалбени наводи тужене да је првостепени суд пропустио да утврди из којих разлога мајка мал. тужиље није поступила по допису Органа старатељства и доставила тражену документацију, посебно имајући у виду да је цитираном одредбом чл. 193, ст. 3 ПЗ прописано да је располагање имовином велике вредности детета могуће и уз накнадну сагласност, те да ли се у конкретном случају ради о имовини велике вредности, на шта жалба такође основано указује. У поновном поступку првостепени суд ће поступити по примедбама наведеним у овом решењу, отклонити наведене битне повреде поступка на које му је указано, па ће, користећи се овлашћењима из чл. 313 ЗПП, правилном оценом изведених доказа, применом правила о терету доказивања, утврдити и оценити да ли је предметни предуговор ништав и у ком делу, оценити од каквог је значаја споразум наследника о деоби имовине, те да ли је предметни камион у сусвојини мал. тужиље и тужене, као и да ли у том случају располагање имовином од ½ вредности камиона представља имовину велике вредности, водећи при томе рачуна о одредбама чл. 103–105 ЗОО, те донети правилну и на закону засновану одлуку.

Према пресуди Апелационог суда у Крагујевцу, реч је о стицању непокретности од стране малолетника као уговорне стране код купопродајног уговора као потенцијално симулованог уговора.[256]

256 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж 582/20 од 07.10.2020. године. Првостепени суд је утврдио да тужиља живи сама у гарсоњери површине 23м2 у Крушевцу која је њено власништво и која је предмет овог спора, нема децу, у пензији је од 2017. године и сама се стара о себи и својим потребама. Услед повремених здравствених проблема посећивала је свог изабраног лекара др Д. Р. који је отац туженог П., и на неком од прегледа причала му је о својој потреби да је неко чува и негује када буде стара, да је неко обилази, доноси храну када она то не би могла услед болести или лоших временских услова себи да обезбеди, да је након смрти сахрани и обележи гробно место спомен плочом. Д. Р. је тужиљи у марту 2016. године, док је била незапослена и примала социјалну помоћ, предложио да он брине о њој, лечи је, ангажује жену о свом трошку да брине о њој кад онемоћа, а након њене смрти да је сахрани и подигне споменик и предложио јој закључење уговора о доживотном издржавању, што је тужиља прихватила. Тужиља и Д. Р., отац туженог, су дана 28.04.2016. године, након договора да закључе уговор о доживотном издржавању, отишли код јавног бележника. У ауту, на путу ка бележнику, тужиљи је Д. Р. објаснио да сада код јавног бележника закључују уговор о купопродаји и то само фиктивно, из разлога што он не може да закључи уговор о доживотном издржавању са њом, већ да уговор буде закључен са његовим сином, овде туженим П., који је 2016. године био старији малолетник, рођен 2000. године. Тужиља је ово

Првостепени суд је из исказа сведока и странака утврдио да је спорни уговор о купопродаји – симулован правни посао и да представља уговор о доживотном издржавању, те да с обзиром на то да је уговорен

нерадо прихватила, али имајући поверење у постигнути договор, пристала је да пред јавним бележником потпише предметни уговор. У уговору који је закључен и потврђен од стране јавног бележника наведено је да тужиља своју гарсоњеру површине 23м2 продаје мал. П. Р., чији је законски заступник отац Д. Р. за износ од 960.000,00 динара, да је део уговорене купопродајне цене у износу од 740.000,00 динара купац исплатио продавцу на руке, са даном потписивања уговора, а што продавац потврђује својим потписом на уговору, да ће преостали део уговорне купородајне цене у износу од 220.000,00 динара купац исплатити продавцу у 36 месечних рата и то сваког месеца за текући месец у износу од 6.100,00 динара у наредне 3 године, почев од 05.05.2016. године до маја 2019. године. Уговорено је да продавац дозвољава купцу мал. П. Р. да се на основу овог уговора може одмах укњижити у јавној књизи, на стану – гарсоњери, која је предмет овог уговора и пренети на своје име власништво без даљег питања и одобрења продавца. Уговором је предвиђено да уговорне стране сагласно изјављују да се продавац, овде тужиља, укњижи у јавној књизи на предметној гарсоњери са правом доживотног бесплатног плодуживања, а уговорне стране су сагласне да све трошкове око преноса права својине на своје име и власништво у јавну књигу у катастру непокретности сноси купац. Наведено је да су странке уговор прочитале, да изјављују да су га разумеле, да исти представља њихову слободну вољу, да га у знак прихватања, без примедби потписују. Купац је измирио порез на пренос апсолутних права за предметни стан и од тада уредно плаћа порез на имовину. Тужиља и након закључења уговора о купопродаји непрекидно у истом станује. Тужиља у свом исказу као парнична странка тврди да, иако је закључен уговор о купопродаји стана, између странака је права воља да се закључи уговор о доживотном издржавању, где је она прималац издржавања, а отац туженог давалац издржавања. Тужиља тврди да јој отац туженог никада није дао износ од 720.000,00 динара који је у уговору наведен да је примљен пре закључења, нити јој је дао било који износ на име договореног издржавања у износу од 6.100,00 динара, који је у уговору наведен као рата исплате неисплаћеног дела купопродајне цене. По закључењу уговора, отац Д. Р. престао је да се тужиљи јавља на телефонске позиве и са истим је имала контакте само када је одлазила по лекове. До кулминације догађаја је дошло у августу 2018. године, када је отац туженог, Д. Р. затражио од тужиље да напусти предметни стан, како би исти реновирао и издавао, којом приликом је тужиља саопштила да жели да раскине уговор који је закључила са њим и поднела тужбу. Тужени у свом исказу као парнична странка, оспорио је у целости тужбени захтев и навео да је његов отац уредно измирио купопродајну цену како пише у уговору, а остатак купопродајне цене је плаћан у ратама, које је и он неколико пута лично носио у стан тужиљи и предавао јој на руке. Сведок, отац туженог, у свом исказу тврди да је договор био да се закључи уговор о купопродаји и да никада није постојао договор да се закључи уговор о доживотном издржавању, који он иначе не би никада прихватио да закључи из разлога што није у стању да буде давалац издржавања, с обзиром на околности да има сопствене обавезе, да је отац троје деце, има своју кућу и посао, а да је предметну гарсоњеру купио за свог сина који је тада био малолетан, из разлога што је продајна цена од 8.000 евра била јако повољна, и тужиљи је на руке дао 6.000 евра, а остатак од 2.000 евра јој је давао у 36 месечних рата онако како је наведено у уговору о купопродаји. Предметни стан је фактички неусељив, јер тужиља има бесплатно доживотно плодуживање на стану, због чега је цена стана била упола нижа од тржишне, с обзиром на то да његов син предметни стан не може да користи за своје потребе, јер је тужиља у државини предметног стана и има право доживотног бесплатног плодоуживања.

терет – право доживотног бесплатног плодуживања у корист тужиље, није закључен у складу са принудним прописима, јер није прибављено мишљење органа старатељства, односно Центра за социјални рад, јер тужени као малолетник без сагласности органа старатељства није могао да уговори терет право доживотног плодоуживања имајући у виду да је ограничене пословне способности. Из наведених разлога, првостепени суд је закључио да је предметни уговор ништав у смислу чл. 103 ЗОО, због чега је усвојио основни тужбени захтев тужиље, па о евентуалном тужбеном захтеву тужиље за раскид предметног уговора није одлучивао. Овакав закључак првостепеног суда, по мишљењу апелационог суда, за сада се не може прихватити као правилан. Основани су жалбени наводи туженог да је првостепени суд погрешном применом материјалног права непотпуно утврдио чињенично стање, да за оцену изведених доказа није дао јасне и аргументоване разлоге и у спроведеном поступку није утврдио шта представља праву вољу странака коју врсту уговора да закључе. Основано се жалбом указује да првостепени суд не даје јасне разлоге да ли се ради о симулованом правном послу када закључује да је предметни уговор ништав, јер иза закљученог уговора о купопродаји заправо стоји уговор о доживотном издржавању, а такође не даје ни потпуне ни јасне разлоге за ништавост предметног уговора у смислу одредабе чл. 193, ст. 3 ПЗ и одредбе чл. 64 ПЗ, које прописују давање сагласности органа старатељства за закључење уговора којим се располаже непокретном имовином у име и за рачун малолетног детета, а не прописују давање сагласности за закључење уговора којим се стиче имовина детету. По оцени апелационог суда првостепени суд није утврдио праву вољу уговорних страна приликом закључења предметног уговора, односно да ли је била права воља тужиље и туженог као уговорних страна продаја неусељивог стана са теретом доживотног бесплатног плодоуживања тужиље или пак закључење уговора о доживотном издржавању, односно да ли је постојао неспоразум у погледу природе врсте уговора који се закључује, као и у погледу основа или природе уговорне обавезе и тиме оцени има ли места примени одредби чл. 63 ЗОО, на који се без јасних разлога позива. У поновном поступку, првостепени суд ће постављањем питања и на други начин прибавити сва потребна објашњења у смислу чл. 313 ЗПП и утврдити битну чињеницу у овој правној ствари, а то је да ли је права воља тужиље и туженог била да закључе уговор о продаји са теретом доживотног бесплатног плодоуживања тужиље или уговор о доживотном издржавању, с обзиром на то да у уговору о купопродаји није предвиђена ни једна обавеза за туженог, осим исплате дела купопродајне цене, затим утврди да ли је тужиља, након закључења уговора о купопродаји, очекивала и захтевала од туженог да је издржава на било који начин, као и да ли је тужени пружао или нудио било коју врсту услуге у смислу извршења обавезе издржавања. Такође ће разјаснити да ли је тужиља, која није неписмена нити необразована особа, била ометана галамом и гужвом у канцела-

рији јавног бележника да правилно чује садржину текста и оцени да ли је потребно извести доказ саслушањем нотара, који доказ је тужени у току поступка предлагао да се изведе, те с тим у вези оценити да ли је испоштована процедура у поступку потврђивања предметног уговора, утврдити и да ли је тужиља примила исплату целокупне купопродајне цене из предметног уговора и да ли је тужени непосредно или преко законског заступника тражио да се тужиља исели из стана. У поновном поступку првостепени суд ће утврдити да ли је између тужиље и туженог постојао неспоразум у погледу природе – врсте уговора који се закључује, како у погледу основа или природе уговорне обавезе, па сходно томе оценити има ли места примени одредбе чл. 63 ЗОО, као и примени одредаба у вези симулованог и дисимулованог правног посла, односно, ако је уговор симулован – да ли прикрива други уговор и да ли је тај уговор правно ваљан.

У поновљеном поступку пред првостепеним судом утврђено је следеће. Умешач је тужиљи исплатио на дан овере уговора 6.000 евра. Након тога јој је месечно плаћао по 6.000,00 динара, као динарску противвредност износа од 50 евра, док је курсну разлику надокнађивао уплатама допуне од 100,00, 200,00 и 300,00 динара на мобилни телефон тужиље. Ове новчане износе умешач је плаћао тужиљи када је долазила код њега у ординацију или је новац слао преко туженог П. Р. Једну рату у месецу је платио тако што је тужиљи дао чек од 5.000,00 динара, који је она уновчила у Роди. Такође, умешач је организовао да се клима уређај из његовог стана угради у стан у коме тужиља живи за 8.000,00 динара, што је такође урачунато у рате за стан. Тужиљи је на име купопродајне цене остало неисплаћено још 350 евра и 1.000,00 динара. Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, првостепени суд закључује да ни један од изведених доказа не упућује да је постојала несагласност воља између уговарача у погледу врсте уговора који су желели да закључе, а своју вољу да закључе овакав уговор странке су усагласиле пре закључења уговора, такав текст уговора су саставили и оверили код јавног бележника који им је уговор прочитао и упозорио их на последице закључивања истог. Уговором није предвиђена обавеза издржавања тужиље, нити било која друга обавеза на страни туженог, осим исплате купопродајне цене, а тужиља је сама истакла да јој је јасна разлика између уговора о доживотном издржавању и уговора о купопродаји и да је, иако је желела уговор о доживотном издржавању, пристала да закључи уговор о купопродаји. По оцени првостепеног суда није било неспоразума између уговарача о природи – врсти уговора који се закључује, супротно, тужиља и тужени су желели и закључили уговор о купопродаји са теретом доживотног бесплатног плодоуживања, који уговор је по оцени првостепеног суда пуноважан са аспекта одредби облигационог права, односно нема недостатака због којих би био ништав. Такође, уговарање купопродаје са теретом личне службености плодоуживања је дозвољено и правно могуће, а уговор је оверен у складу са важећим законским прописима, док је малолетног купца у поступку овере уговора заступао његов отац, као законски заступник, те првостепени суд правилно закључује да предметни уговор нема елементе ништавости позивајући се на одредбе чл. 26, чл. 28, ст. 1, чл. 28, ст. 2, чл. 53, ст. 1 и чл. 103 ЗОО, као и одредбу чл. 93д, ст. 1 Закона о јавном бележништву, са којих разлога је одлучио као у првом ставу изреке првостепене пресуде. Одлучујући о евентуалном тужбеном захтеву за раскид предметног уговора, првостепени суд закључује да је уговор извршен, да је тужиља остала да живи у стану, с обзиром на уговорени терет доживотног и бесплатног плодоуживања, да је купопродајна цена исплаћена скоро у целости, те да не стоје разлози за раскид уговора због неиспуњења незнатног дела обавезе, а такође после закључења уговора нису наступиле околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, са којих разлога нема разлога за раскид уговора прописаних чл. 124 и 133 ЗОО, нити постоје други разлози за раскид уговора, због чега је одлучено као у другом ставу првостепене пресуде. Апелациони суд налази да је првостепени суд на основу потпуно и правилно утврђеног чињеничног стања правилно применио материјално право дајући јасне и довољне разлоге за своју одлуку коју прихвата и овај суд, сходно чл. 396, ст. 2 ЗПП.

1.2. Нови Сад

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, говори о стицању сувласничког удела на основу уговора о доживотном издржању. Малолетник, тј. његов законски заступник у његово име, може закључити уговор о доживотном издржавању са својом бабом. Такав уговор није ништав.[257]

257 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж 2063/16 од 23.06.2016. године. Према утврђеним чињеницама, тужиља је ћерка, а тужена унука пок. Љ. Ф. из Кикинде. Тужиља и тужена су, као даваоци издржавања, са Љ. Ф. закључиле уговор о доживотном издржавању. Уговором је предвиђено да давалац након своје смрти преда странкама у сусвојину непокретности ближе описане у првостепеној пресуди. Тужена је у моменту закључења уговора похађала шести разред основне школе. Уговор је оверен од стране судије Основног суда у Кикинди. Овери на лицу места присуствовала је и тужена. Записником је констатовано да је судија утврдио идентитет странака, да је тужена малолетна и да тужиља као њен законски заступник у том поступку заступа њене интересе. Мајка тужиље је са странкама до своје смрти живела у кући која се налази у Кикинди. Када је дошла у ту кућу, била је лошег здравственог стања, била јој је потребна туђа нега и помоћ. Обе странке су водиле рачуна о баби. Тужена ју је хранила, пресвлачила и помагала око одржавања личне хигијене. Тужена је радила око стоке, на њиви, као и уобичајене послове по кући. Тужена се касније удала. Проблем између парничних странака је настао у октобру месецу 2014. године, када је тужена тражила од тужиље парче земље у грађевинском реону да би она и супруг кренули у неки приватан посао. Тужена се из породичне куће иселила 2014. године због поремећаја односа са тужиљом. Пресудом првостепеног суда П2 517/14 од 20.03.2015. године одбијен је тужбени захтев да се туженој и њеном супругу изрекне мера заштите од насиља у породици. Уговор

На наведено правилно и потпуно утврђено чињенично стање, које се жалбом аргументовано не доводи у сумњу, првостепени суд је правилно применио материјално право и одбио тужбени захтев. Тужбеним захтевом тужиља тражи утврђење ништавости уговора о доживотном издржавању, јер тужена приликом закључења уговора о доживотном издржавању није била пунолетна, односно имала је 13,5 година, за време трајања уговора се школовала, а није имала никаквих прихода, те није могла ни да доприноси издржавању своје бабе. Како тужиља истиче као разлог ништавости пословну неспособност тужене у време закључења спорног уговора, то се у конкретном случају имају применити одредбе чл. 56, ст. 1 ЗОО, која прописује да је за закључење пуноважног уговора потребно да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора. Ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само оне уговоре чије му је закључивање законом дозвољено (ст. 2). Остали уговори тих лица ако су закључени без одобрења законског заступника рушљиви су, али могу бити оснажени његовим накнадним одобрењем (ст. 3.). Одредбом чл. 64 ПЗ прописано је да дете које није навршило 14 година (млађи малолетник) може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја. Одредбом чл. 193, ст. 3 ПЗ прописано је да располагање имовином детета и то непокретном и покретном имовином велике вредности родитељи могу предузимати само уз претходну или накнадну сагласност органа старатељства. У конкретном случају нема места примени ове одредбе, јер уговором о доживотном издржавању није располагано непокретном и покретном имовином тужене. Овај суд указује да је санкција у случају закључења уговора од стране непотпуно пословно способног лица релативна ништавост (рушљивост), уколико уговор не буде одобрен. Санкција ништавости (што је предмет тужбеног захтева) не долази у обзир, пошто није у питању општи, већ интерес уговорних страна и то примаоца издржавања и тужене, које се на рушљивост нису благовремено позивале у смислу одредаба чл. 57 и 59 ЗОО. У конкретном случају уговор о доживотном издржавању са пок. баком тужене закључила је у њено име и за њен рачун законска заступница – мајка, овде тужиља, када је она имала 13,5 година. На тај начин је тужиља као законска заступница своје ћерке уговор одобрила. Уговор је био на снази више од 3 године и у потпуности је извршаван све до смрти примаоца издржавања. У парници је утврђено да је тужена, иако је била малолетна, за време трајања уговора баку хранила, пресвлачила и помагала око одржавања личне хигијене и чувала док јој је мајка радила на пијаци. Евидентно је да је воља уговорних страна била да за пружено издржавање прималац издржавања Љ. Ф. своју непокретност након

о доживотном издржавању је у целини извршен, па су парничне странке постале сувласници спорне непокретности из уговора у једнаким деловима.

своје смрти остави својој ћерки и унуки. У овој правној ситуацији није релевантно што тужена није имала финансијска средства за издржавање своје баке, будући да је сврха уговора реализована у целости, јер су парничне странке заједно за живота водиле бригу о Љ. Ф. и указивале јој потребну пажњу. Имајући у виду све наведено, оспорени уговор о доживотном издржавању није ништав у смислу чл. 103 ЗОО, односно није супротан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, због чега је правилно првостепени суд одбио тужбени захтев тужиље, те се супротни жалбени наводи показују као неосновани.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду говори о располагању непокретностима од стране родитеља у име детета, а без прибављене сагласности центра за социјални рад. Уговор о стицању непокретности малолетника не може бити у усменој форми.[258] Према утврђењу првостепеног суда из побијане пресуде[259], међу странкама није било спорно да правни претходник тужилаца и тужиоци од 2009. године користе спорне парцеле, да су те парцеле уписане као сувласништво тужених. Законска заступница тада мал. тужених ЂЂ је потписала дана 16.04.2009. године изјаву оверену пред Општинским судом и споразум од 21.04.2009. године са сада пок. ВВ, са којим је имала намеру да располаже спорним земљиштем које се води на име тужених, али да није добила сагласност центра за социјални рад. Није било спорно ни да је пок. ВВ исплатио туженима износ од 2.985 евра, као и да су тужени ДД и ГГ правни следбеници сада пок. ЕЕ и да су спорне парцеле прешле у наслеђе тужених. Наведене сувласничке уделе тужени су наследили у оставинском поступку који је вођен пред Општинским судом под О бр. 1505/08 иза свог деде пок. ЕЕ, у коме је донето решење о наслеђивању дана 06.05.2009. године којим је расправљена заоставштина.

Тужиоци су наследници првобитног тужиоца сада пок. ВВ. Између правног претходника тужилаца и правног претходника тужених није

258 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж 930/25 од 03.04.2025. године.

259 Пресудом Основног суда у Сомбору П 34/23 од 28.11.2024. године одбијен је примарни тужбени захтев тужилаца-противтужених као правних следбеника пок. ВВ, којим се тражи да се утврди да је правни претходник тужилаца ВВ стекао право својине на предметној непокретности. Делимично је усвојен евентуални тужбени захтев тужилаца и обавезани су тужени-противтужиоци да тужиоцима солидарно исплате износ од 9.165 евра са законском затезном каматом. Усвојен је противтужбени захтев тужених, па су обавезани тужиоци да предају у супосед туженима предметну некретнину уписану у лист непокретности. Обавезани су тужиоци да туженима исплате у једнаким деловима износ од 422.478,18 динара са законском затезном каматом од 28.11.2024. године. Одбијен је противтужбени захтев тужених у делу преко досуђених 422.478,18 динара па до захтеваних 1.056.195,00 динара. Одбијен је противтужбени захтев којим је тражено да се обавежу тужиоци да исплате у једнаким деловима износ од 10.597,50 евра у динарској противвредности са припадајућом каматом од пресуђења па до исплате. Одлучено је да свака странка сноси своје трошкове поступка. Против наведене пресуде тужиоци су изјавили благовремену жалбу, којом исту побијају због погрешне примене материјалног права.

био закључен писмени купопродајни уговор чији је предмет била продаја парцела, већ је постојао само усмени договор о купопродаји. Пок. ЕЕ дуговао је пок. ВВ износ од око 6.180 евра на име аренде, који је по њиховом договору урачунат као део купопродајне цене на име усменог уговора о купопродаји. Мајци тужених, пок. ВВ је исплатио износ од 2.985 евра на име преосталог дела купопродајне цене. Законска заступница тужених је 16.04.2009. године потписала изјаву, као и споразум дана 21.04.2009. године са сада пок. ВВ у правцу располагања тим непокретнинама, али до тога није дошло, јер центар за социјални рад није дао сагласност за располагање имовином тада мал. тужених. У спорадзуму је мајка тужених на посредан начин признала да је правни претходник тужилаца на име купопродајне цене исплатио износ од 9.165 евра правном претходнику тужених. Тужиоци и њихов правни претходник користе наведену непокретност од почетка 2009. године. Наведено земљиште спада у ред најквалитетнијих земљишта Западне Бачке, изузетно је погодно за гајење свих ратарских и повртарских култура које се гаје на њивама. Просечан нето приход по хектару свих претходно наведених култура износи 51.950,00 динара.[260]

Првостепени суд је дао детаљну и свеобухватну оцену изведених доказа, како појединачно тако и у међусобној вези, у свему сагласно одредби чл. 8 ЗПП-а, те апелациони суд налази да је дата оцена доказа образложена, јасна и логична, а чињенично стање, на њој засновано, потпуно и правилно. На основу овако утврђеног чињеничног стања, правилно је првостепени суд закључио да се тужиоци налазе без правног основа у поседу предметне непокретности у сувласништву тужених, те да су дужни да исту предају туженима у супосед, имајући у виду да су тужени у катастру уписани као сувласници на непокретностима на основу решења о наслеђивању, имајући у виду одредбе чл. 3, ст. 1 и чл. 37, ст. 1 и 2 Закона о основама својинскоправних односа. Одредбом чл. 4, ст. 1–3 Закона о промету непокретности[261] прописано је да се уговор о промету непокретности закључује у писменој форми, а потписи уговарача оверавају се од стране суда. Уговори који нису закључени на овај начин не производе правно дејство. Суд може да призна правно дејство уговора о промету непокретности из ст. 2 овог чл. који је закључен у писаном облику, на коме потписи уговарача нису оверени од стране суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да није повређено право прече куповине и да није повређен принудни пропис. Исто тако, одредбом чл. 70, ст. 1 ЗОО прописано је да уговор

260 За период 2009–2023. године, односно за 15 година, нето приход износи 1.056.195,00 динара. Када се просечан нето приход који износи 51.950,00 динара/ха за површину прерачуна за период од 6 година, односно од 2018. године до 2023. године, добија се износ од укупно 422.478,18 динара.

261 Закон о промету непокретности, *Сл. листник РС*, бр. 42/98 и 11/2009, који је важио у време спорне усмене купопродаје између правног претходника тужилаца и правног претходника тужених.

који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази што друго. Из наведених законских одредби произлази да је уговор о купопродаји непокретности строго формални уговор и да уговори који нису закључени у писменој форми не производе правно дејство. Основни услов који мора бити испуњен за промет непокретности јесте да је уговор закључен у писменој форми при чему није од важности да су и потписи уговорача оверени пред судом, јер се и у недостатку овере уговор може конвалидирати под условом да је испуњен у целости или претежном делу, да није повређено право прече куповине и да није повређен принудни пропис. Стога, тужиоци неосновано истичу жалбене наводе у контексту евентуалне конвалидације уговора због претежног испуњења, будући да купопродајног уговора нема и да исти никада није ни настао. С обзиром на то да се ради о усменом уговору о промету непокретности, конвалидација таквог уговора уопште није могућа, о чему је првостепени суд дао правилне и потпуне разлоге.[262] Дакле, како је између правних претходника парничних странака постигнут само усмени договор о купопродаји парцела, нема сумње да се тужиоци у поседу тих непокретности налазе без ваљаног правног основа, те су их дужни предати у супосед туженима, који предају основано траже с позивом на одредбу чл. 37 Закона о основама својинскоправних односа, због чега је правилно првостепени суд усвојио овај део противтужбеног захтева. Поред тога, нису испуњени ни услови за стицање права својине на основу правила о одржају. Одредбом чл. 28, ст. 4 Закона о основама својинскоправних односа,[263] прописано је да савестан држалац непокретне ствари на коју други има право својине, стиче право својине на ту ствар одржајем протеком 20 година. Чланом 72, ст. 2 и 3 овог закона прописано је да је државина савесна ако држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова и да се савесност државине претпоставља. Из наведених одредби произлази да је код ванредног одржаја савестан онај држалац који не зна или не може знати да ствар коју држи није његова, те оправдано верује да је власник, односно лице које верује у правни основ своје државине оправдано сматрајући да је титулар права чију садржину фактички врши. За стицање права својине путем ванредног одржаја захтева се испуњење два услова: наведени протек времена и

262 Наиме, у смислу одредбе чл. 4, ст. 3. Закона о промету непокретности, дозвољена је конвалидација уговора под одређеним условима који су таксативно набројани и то: уколико промет није забрањен, ако је уговор закључен у писменом облику на коме потписи уговарача нису оверени код суда, под условом да је испуњен у целини или у претежном делу, да је непокретност стечена у границама закона и да није повређено право прече куповине. Управо са тих разлога, ирелевантно је жалбено указивање тужилаца да је уговор о купопродаји закључен, јер је исплаћена купопродајна цена и тужиоци се налазе у поседу непокретности.

263 Закон о основама својинскоправних односа, *Сл. лисш СФРЈ*', бр. 6/80 са каснијим изменама и допунама.

савесност, не и законитост државине, која је додатни услов код редовног одржаја. Несавесна државина не може никада, па ни протеком времена да доведе до стицања права својине. Имајући у виду чињеницу да је Центар за социјални рад дана 19.02.2016. године донео решење број 572/4.1–4550–21/5 којим није дао сагласност законском заступнику тада мал. тужених да располаже њиховом имовином (спорним парцелама), тужиоци односно њихов правни претходник без обзира на то што су у поседу непокретности од почетка 2009. године, што није спорно међу странкама, нису били савесни држаоци, будући да су знали да немају пуноважан основ за државину некретнине. Савесност државине подразумева да држалац основано верује да је власник, што овде не може бити случај, јер никада није постојао основ на ком би била заснована савесност тужилаца, као држалаца предметних парцела (нити њиховог правног претходника). Одредбом чл. 210, ст. 1. ЗОО прописано је да кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи. Ставом 2 истог члана прописано је да обавеза враћања, односно накнаде вредности настаје и кад се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или који је касније отпао. Када се враћа оно што је стечено без основа, према чл. 214 ЗОО, морају се вратити плодови и платити затезна камата и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева. Како тужиоци нису имали ваљани правни основ за држање спорних непокретности, дужни су туженима вратити стечено без основа. Међутим, основано се жалбом тужених указује да припада износ за цео период од када су тужиоци (односно њихов правни претходник) без основа користили непокретност (од 2009. године, а не само за период од дана подношења противтужбе 03.01.2018. године како је сматрао првостепени суд), због чега је применом одредбе чл. 394, ст. 4 ЗПП жалба тужених у овом делу усвојена и првостепена пресуда у ставу петом изреке преиначена на тај начин што је противтужбени захтев усвојен и у делу од досуђених 422.478,18 динара до тражених 1.056.195,00 динара, за који износ су се тужиоци неосновано обогатили, јер су исти без основа користили непокретности тужених. Овај суд налази да се основано жалбом тужених указује и да је првостепени суд, одлучујући о евентуалном противтужбеном захтеву, учинио битну повреду одредаба парничног поступка из чл. 374, ст. 1, тач. 1 у вези са чл. 197, ст. 2 ЗПП.[264]

264 Наиме, када тужилац у тужби истакне два или више тужбених захтева у међусобној вези, суд ће усвојити следећи од тих захтева ако нађе да онај који је испред њега истакнут није основан, ради се о примарном и евентуалном тужбеном захтеву, који не могу бити усвојени кумулативно, већ је суд у обавези да најпре испита основаност примарног захтева, док о осталим (евентуалним) захтевима одлучује тек уколико оцени да примарни захтев није основан. Стога је одлучивањем и о примарном и о евентуалном противтужбеном захтеву првостепени суд погрешно применио одредбу којом је прописано да тужилац може два или више тужбених захтева у међусобној вези да истакне у једној тужби, на начин да суд усвоји следећи од тих захтева ако нађе да претходни захтев није основан, због чега је одлука у ставу шестом укинута, без враћања предмета првостепеном суду на поновно одлучивање.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду.[265] Уговор о поклону који има за циљ купопродају, односно доживотно плодоуживање, ништав је. Нема дејства продаја непокретности од стране родитеља у име малолетника, а непокретност је уписана на име јавних власти у катастру.

Првостепена пресуда је донета без битних повреда одредаба парничног поступка које би биле од утицаја на правилност и законитост пресуђења, на које другостепени суд пази по службеној дужности у смислу чл. 386 ЗПП и без битне повреде из чл. 374, ст. 2. тач. 12 ЗПП на коју жалба указује, и правилно и потпуно је чињенично стање утврђено на основу изведених доказа, које се жалбом конкретно не побија, али су из њега погрешном применом материјалног права изведени погрешни даљи чињенични и правни закључци, који су резултирали погрешном одлуком о тужбеном захтеву, на шта се у жалби основано указује.[266]

Из образложења и чињеничног утврђења првостепене пресуде, произлази да је 19.05.1997. године, између мал. ДД и мал. ЂЂ, као поклонодаваца, које је по решењу Центра за социјални рад од 25.04.1997. године заступао законски заступник ЕЕ, те ЖЖ и ЗЗ, као плодоуживаоца, те овде тужене ББ, као поклонопримца, закључен уговор о поклону. Чланом 1 уговора је констатовано да законски заступник у име мал. поклонодаваца дарује неопозиво, бестеретно, без права на повраћај своју некретнину под кат. бр. 3025/68, двособан стан од 62,01м².[267] Чланом 3 уговора овде тужена као поклонопримац дала је дозволу да се укњижи право доживотног плодоуживања у корист овде тужиоца АА. Чланом 5 је констатовано, између осталог, да у посед некретнина поклонопримац и плодоуживалац ступају одмах. Уговор је потписан од стране заступника поклонодаваца, ранијих и новог плодоуживаоца, те од стране поклонопримца, а њихови потписи оверени су у суду Ов бр. 1230/97. У конкретном случају није се радило у уговору о поклону, већ је овде тужилац, у намери да реши стамбено питање својој ћерки, овде туженој исплатио износ од 33.000 ДЕМ на име купопродајне цене за стан ЕЕ. У

265 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж 631/23 од 15.06.2023. године.

266 Изреком побијане првостепене пресуде у ставу првом је одбијен тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се обавежу тужени да му као имаоцу права доживотног плодоуживања предају посед на стану у површини од 62,01м². У ставу другом је обавезан тужилац да туженима надокнади трошкове парничног поступка у износу од 168.950,00 динара, у року од 8 дана под претњом извршења.

267 Непокретност која је била предмет уговора у природи представља стамбену јединицу која је у јавној евиденцији уписана у лист непокретности, земљиште под зградом – објектом, површине 82м², градско грађевинско земљиште. Уписано је право јавне својине Републике Србије на земљишту, са правом коришћења на страни Министарства одбране. Истакнута је и породична стамбена зграда број 1, са правом јавне својине Републике Србије и правом коришћења Министарства одбране.

договору са туженом, решено је да се у корист тужиоца задржи право доживотног плодоуживања на купљеној стамбеној јединици. Одмах по куповини стана, тужена се у њега уселила и непрекидно живела све до 2005. године када се са децом одселила. У међувремену, пре око пет година, тужена је реновирала непокретност, ставила је и нова сигурносна врата. Пре око годину дана је дозволила туженима ВВ и ГГ да се уселе у стан и да у њему живе до даљег, како би стан одржавали и спречили његово пропадање. Са њима је закључила и уговор о закупу, али никада није наплаћивала закупнину, већ им је стан препустила на бесплатно коришћење уз обавезу да заузврат плаћају комуналије и режијске трошкове. Тренутно се у поседу налазе ВВ и ГГ као закупци. Кључеве поседује и тужена. Тужилац је повремено долазио док тужена није отишла на рад у иностранство, али исти није имао кључеве.

Полазећи од утврђених чињеница, из разлога које је образложио, првостепени суд је заузео становиште да тужбени захтев није основан. У разлозима наводи да је суд пошао од чињенице да ни тужилац, а ни првотужена немају уписано стварно право у јавним евиденцијама о непокретности које је предмет захтева тужбе и да своје право на посед непокретности темеље на уговору о поклону из 1997. године. Имајући у виду да тужилац право доживотног плодоуживања, нити да тужиља право својине нису и не могу уписати у јавним евиденцијама о непокретности, јер је на предметној непокретности уписано право јавне својине Републике Србије и право коришћења Министарства одбране, то се у конкретном случају ради о судској заштити државине коју треба просудити по основу јачег права на државину, сагласно чл. 8. Закона о основама својинскоправних односа, а вези са начелом савесности и поштења и забране злоупотребе права. Одредбом чл. 81 истог закона прописано је да се независно од спора због сметања државине (члан 77) може тражити судска заштита државине по основу права на државину. Ова законска одредба не подразумева заштиту поседа власника ствари путем редовних власничких тужби заснованих на својинском праву, које овлашћује власника да се штити од сваке треће особе која задире у његово право. Тужба тужиоца је тужба невласника који нема државину против тужених који су држаоци поседа спорне непокретности и заснована је на јачем праву на посед. Из чињеничног утврђења произлази да је тужилац суштински исплатио купопродајну цену за предметну непокретност у намери да реши стамбено питање првотужене која је његова ћерка, као и да је формално закљученим уговором о поклону од 19.05.1997. године првотужена, као поклонопримац, дала дозволу да се установи право доживотног плодоуживања у корист тужиоца на предметној непокретности, при чему је изричито уговорено у чл. 5 уговора да у посед дарованих некретнина поклонопримац и плодоуживалац, дакле првотужена и тужилац, ступају одмах. Тужилац тражи предају непокретности и то своје право црпи на основу наведеног

уговора којим је установљено право доживотног плодоуживања у његову корист. Како се право доживотног плодоуживања стиче на основу уговора, тестамента или одржајам, то подразумева да је његово право на посед непокретности законито, а законито је и право првотужене, с обзиром на то да је засновано на истом уговору као правном основу који је усмерен на стицање права својине, док се њихова савесност претпоставља. Међутим, како је изричито уговорено да тужилац и првотужена ступају у посед, то произлази да је резултат њихове сагласне воље било успостављање супоседа на предметној непокретности, а што доводи до закључка да тужилац и првотужена имају једнако право на државину, будући да је оно засновано на правном основу који свакоме од њих омогућава стицање оне врсте права чију садржину треба да врше, а која претпоставља и остваривање фактичке власти над предметном непокретношћу. Како је првотужена, стављањем нових сигурносних врата од који тужилац није имао кључ, истог искључила из поседа, то је она дужна да му преда у супосед предметне непокретности, јер супротно би подразумевало вршење својинских овлашћење противно циљу због кога је право првотужене установљено, а то је решење њеног стамбеног питања уз истовремено предупређивање могућности да тужилац не остане без крова над главом, а што је уско повезано и са начелом савесности и поштења, јер ко злоупотребљава право, он се истовремено и несавесно понаша. У вези са напред наведеним, не могу се прихватити жалбени наводи тужиоца којима се указује да се не може као правилно прихватити утврђење чињенице да тужилац никада није био у државини спорног стана, пошто ово није ни утврђено у чињеничном основу побијане пресуде, већ представља чињенично-правни закључак који изводи суд, а који у овом случају није изводио такав закључак. За разлику од тужиоца и првотужене, друготужени и трећетужена имају непосредну државину над предметном непокретношћу која се заснива на споразуму са првотуженом која им је непокретност уступила на коришћење. То значи да првотужена има посредну државину, с обзиром на то да фактичку власт на ствари врши преко друготуженог и трећетужене. Њихов боравак у предметној непокретности заснован је једино на доброј вољи првотужене да тако буде. Како је првотужена дужна да предметну непокретност преда у супосед тужиоцу, то су и друготужени и трећетужена дужни да то трпе, тим пре што се, дакле, налазе у непосредном поседу који при том зависи и од воље првотужене. Имајући у виду напред наведене разлоге и у складу са њима, првостепена пресуда је морала бити преиначена, као у изреци ове пресуде.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду.[268] Пуноважан је уговор о поклону непокретности који у име малолетника закључи његов законски заступник – родитељ, док је баба малолетника у улози поклонодавца. Узраст малолетника је пресудан за могућност закључења уговора

268 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж 693/22 од 15.06.2022. године.

о доживотном издржавању. Уговор о доживотном издржавању није могуће закључити са малолетником узраста четири године.

Према чињеничном утврђењу првостепеног суда,[269] закључен је уговор о поклону између тужиље као поклонодавца и туженог као поклонопримца. Уговор је оверен следећег дана пред првостепеним судом. Предмет уговора су непокретности детаљно описане изреком пресуде. Уговор је сачињен у адвокатској канцеларији, странкама је прочитан и протумачен, а тужиљи додатно преведен на њен матерњи мађарски језик. Уговор су потписали тужиља и законска заступница мал. туженог. Тужиља је баба по мајци мал. туженог. Тужиља је рођена 1950. године. Има две ћерке. У току 2011. године тужиљино здравствено стање је нарушено. У трајању од два до два и по месеца живела је код ћерке ВВ која је водила бригу о њој. Када јој се здравствено стање стабилизовало, вратила се у своју кућу и сама водила бригу о себи. У лето 2012. године тужиља је позвала ћерку да се са супругом и мал. сином, овде туженим, преселе у њену кућу, што су они и учинили. Још док је тужиља боравила код своје ћерке, укућанима је саопштина намеру да кућу поклони свом унуку, овде туженом. Са млађом ћерком ГГ тада није била у добрим односима, јер је она није посећивала 15 година, због чега је тужиља говорила да је она не интересује. Кад је тужиља изразила намеру да поклони кућу унуку, заједно са ћерком ВВ отишла је у адвокатску канцеларију. Упозорене су на последице уговора о поклону, уговор је прочитан и нико није имао примедби. Родитељи мал. туженог у адаптацију куће уложили су значајна новчана средства. У породици је постојао договор о томе да тужиља учествује у трошковима домаћинства у износу од 3.000,00 динара месечно. Несугласице између тужиље и родитеља мал. туженог су почеле када је тужиљин зет предложио да она учествује у заједничким трошковима у већем износу од 3.000,00 динара. Тужиља се противила томе и у истом периоду је успоставила контакт са другом ћерком. По пријему тужбе, тужени је са родитељима напустио тужиљину кућу, живе као подстанари и не одлазе код тужиље. Тужиља средства

269 Првостепеном пресудом је одбијен тужбени захтев којим је тужиља тражила да суд утврди апсолутно ништавим уговор о поклону који је закључен дана 08.02.2012. између тужиље као поклонодавца и мал. туженог као поклонопримца, а који је оверен пред Основним судом у Суботици, Судска јединица у Бачкој Тополи под Ов бр. 665/12 дана 09.02.2012. године, те да обавеже туженог да трпи да се у РГЗ СКН Бачка Топола укњижи право власништва у целости на: некретнини уписаној као земљиште под зградом-објектом од 01–47м, земљиште под зградом-објектом од 16м2, земљиште под зградом-објектом од 83м2, земљиште под зградом-објектом од 17м2, земљиште под зградом-објектом од 12м2, њива 1. класе од 30м2, њива 1. класе од 05–84м2, без терета у корист тужиље. Одбијен је евентуални тужбени захтев којим је тужиља тражила да суд утврди опозив уговора о поклону из претходног става због осиромашења поклонодавца, те обавеже мал. туженог да трпи упис права својине на непокретностима које су биле предмет уговора, а горе су описане, у корист тужиље. Обавезана је тужиља да туженом накнади трошкове поступка у износу од 110.900,00 динара, са законском затезном каматом од дана извршности до исплате.

за издржавање обезбеђује од пензије. У време закључења спорног уговора њена пензија је износила 18.350,00 динара (фебруар 2012. године) Тужиља се од 2012. године лечи од кардиолошких и неуролошких болести и више пута годишње се јавља лекару ради контроле и прописивања лекова. Код ње постоји потпуни и трајни губитак радне способности за обављање било каквих послова у складу са њеном квалификацијом – физички радник. Она је способна да обавља само сасвим лаке послове у домаћинству, углавном у седећем положају.

На основу утврђених чињеница првостепени суд је одбио тужбени захтев применом чл. 63 и 111 ЗОО уз образложење да је спорни уговор о поклону закључен сагласном вољом уговарача, те да на страни тужиље као поклонодавца у време закључења уговора нису постојали разлози који доводе у сумњу њену способност да слободно изрази вољу. Суд је одбио и евентуални тужбени захтев уз образложење да тужиља није доказала да је њена материјална ситуација у односу на време закључења спорног уговора постала постала неповољнија односно таква да је њена егзистенција угрожена. Суд налази да она има лична примања, да има подршку ванбрачног супруга, те да има двоје деце од којих може тражити издржавање у случају да јој недостају средства. Суд је додатно ценио чињеницу да тужиља није у ситуацији да јој је потребна туђа нега и помоћ, јер то социјално примање не користи, нити је подносила захтев. Утврђене чињенице и материјалноправне разлоге првостепеног суда у свему прихвата апелациони суд и применом чл. 396 ЗПП пресуду детаљно не образлаже. Супротно жалбеним наводима, тужиља у поступку није доказалу тврдње о недостатку воље да закључи уговор који је по својој природи уговор о поклону, већ да је њена стварна воља била да закључи уговор о доживотном издржавању. С тим у вези, није доказала ни да садржина закљученог уговора не одговора њеној вољи, јер јој та садржина није презентована на њеном матерњем језику. Правилно је суд закључио да је стављањем потписа на спорни уговор о поклону тужиља изразила своју слободну вољу да непокретности које су биле предмет тог уговора поклони унуку, овде туженом. Она је такву намеру саопштила адвокату који је сачинио уговор, а пре одласка у адвокатску канцеларију намеру је саопштила и својој старијој ћерки с којом је у време закључења уговора била у добрим односима, односно члановима породице с којима је у то време живела у истом домаћинству. Нејасни су њени наводи према којима је њена воља била да са унуком закључи уговор о доживотном издржавању, јер у поступку није тврдила нити доказивала да је у време сачињења уговора њој била потребна туђа помоћ, нити да је такву помоћ очекивала од мал. туженог, тада четворогодишњег детета. Супротно таквим наводима, јасно је да је у време сачињења уговора била у блиским односима са својом старијом ћерком и њеном породицом, јер је с њима и живела у истом домаћинству, за разлику од млађе ћерке с којом није била у блиским односима. Произлази

да је воља тужиље одговарала оној која је садржана у тексту закљученог уговора. Тужиља није доказала ни тврдње о непознавању језика на ком је уговор сачињен. У крајњем, и поступак по њеној тужби је вођен на српском језику, а на том језику је и она дала исказ. Осим тога, из исказа законске заступнике мал. туженог и саслушаног адвоката која је сачинила уговор произлази да је текст уговора тужиљи предочен на језику који разуме. Правилно је суд одлучио и о захтеву за опозив уговора о поклону, налазећи да тужиља није доказала чињенице од којих зависи примена параграфа 567 Грађанског законика. Тужиља је закључењем спорног уговора задржала право плодоуживања на непокретностима које су биле предмет тог уговора. Средства за издржавања обезбеђује од пензије, једнако као што је то чинила у време закључења уговора. У поступку није тврдила нити доказала да су њени егзистенцијални трошкови увећани у односу на ранији период. Како правилно закључује првостепени суд, тужиља има две ћерке, које су дужне да је издржавају у случају да тужиља нема довољно средстава, а сразмерно њиховим могућностима.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду говори о праву прече куповине малолетника, у чије име то чини њихов законски заступник.[270]

Апелациони суд је испитао побијану пресуду у смислу одредбе чл. 386 ЗПП-а и нашао да жалба тужилаца није основана. Према чињеничном утврђењу првостепеног суда,[271] ББ је отац тужилаца који су рођени у браку са сада пок. ЕЕ. ББ и његова пок. супруга су купили земљиште у жељи да децу обезбеде, те се након смрти мајке тужилаца, ББ одрекао свог наследног дела у корист деце, те су тужиоци наследили сувласнички удео мајке, свако у по 1/12 дела. Тужени ДД је био сувласник на предметној парцели са обимом удела од 6/12, а пок. ЖЖ је уписан са правом својине у 3/12 дела. Уз посредовање агенције, тужени ДД,

270 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж 994/24 од 11.04.2024. године.

271 Побијаном пресудом одбијен је тужбени захтев којим је предложено да суд утврди да тужиоци имају право прече куповине на непокретности под истим условима као у уговору о купопродаји број ОПУ: 2776–2021 закљученог између туженог ДД и тужене ЂЂ, солемнизованог дана 20.08.2021. године од стране јавног бележника, што су тужени дужни признати и трпети; да поништи и огласи без дејства према тужиоцима уговор о купопродаји, да обавеже туженог ДД да као продавац за цену од 20.000,00 евра у динарској противвредности по средњем курсу НБС на дан уплате и под истим условима као у уговору о купопродаји број ОПУ:2776–2021 са тужиоцима као купцима у року од 15 дана од дана правноснажности пресуде пред месно надлежним јавним бележником закључи уговор о продаји свог сувласничког удела, да уколико тужени ДД не закључи уговор о продаји из претходног става у наведеном року, пресуда тренутком извршности замени незакључени уговор о продаји и постане исправа за упис тужилаца као сувласника на уделу туженог ДД пред надлежном службом за катастар непокретности на непокретности; да обавеже тужене да тужиоцима предају посед на непокретности; да се овласти тужени ДД да у року од 15 дана од уписа својине у надлежној служби за катастар непокретности на основу пресуде подигне из судског депозита на име продајне цене износ од 20.000,00 евра.

који је и раније покушавао да прода свој сувласнички удео на парцели, пронашао је купца за земљиште – ЗЗ, са којим је постигао договор дана 24.04.2021. године и од кога је примио износ од 2.000 евра на име капаре, с тим да је био договор да ће тужени ДД, односно агенција ступити у контакт са свим имаоцима права прече куповине како би се испоштовала процедура, те се тужени ДД јавио ИИ и његовом сада пок. оцу и обавестио их да намерава да прода свој сувласнички удео, али како они нису били заинтересовани, ИИ је о намери туженог ДД да прода сувласнички удео обавестио и ББ. Тужени ДД је 26.04.2021. године упутио тужиоцима писмено обавештење о намери да прода свој сувласнички удео, те им је понудио да откупе његов удео под истим условима (купопродајна цена 20.000 евра, која ће бити исплаћена одмах приликом закључења и солемнизације уговора и замолио их је да се у року од 15 дана од пријема понуде изјасне да ли су заинтересовани за куповину), те се дописом од 10.05.2021. године законски заступник тужилаца ББ изјаснио да тужиоци желе да се користе својим правом прече куповине под понуђеним условима. Како се законски заступник тужилаца ББ није јављао, тужени ДД је од ИИ (иначе брата његове пок. супруге) чуо да ББ нема новца, те га је тужени позивао на број телефона који је добио од ИИ, али се ББ није јављао, а једном приликом када се јавио рекао је да је болестан и да ће накнадно јавити, али то није урадио. Након тога, тужени ДД се обратио адвокату ЈЈ ради сачињавања купопродајног уговора, те је ББ дана 01.07.2021. године дошао у канцеларију адвоката ЈЈ. Међутим, када се ББ појавио у канцеларији, понашао се некултурно и бахато, што је потврдила и адвокат КК која ради у канцеларији адвоката ЈЈ. Како уговор није био закључен, ЗЗ је постајао све нестрпљивији, а будући да је тужени ДД инсистирао да се све одради по закону, на предлог ЗЗ је привремени уговор раскинут 13.07.2021. године, а ЗЗ је враћена плаћена капара у износу од 2.000 евра. Након тога је тужени ДД у више наврата покушавао да контактира ББ који се није јављао, да би по коначном јављању договорили састанак код адвоката ЛЛ за 16.07.2021. године, на коме такође није закључен уговор, те је тужени ДД предложио да ББ исплати 10% купопродајне цене пре закључења уговора, али је ББ рекао да новца нема, па је замолио за додатни рок, те предложио да тада потпишу уговор, а да га накнадно овере код јавног бележника. Како се ни адвокату ни туженом ДД ББ није јавио у договореном периоду, тужени ДД се поново јавио ЗЗ и питао га је да ли је и даље заинтересован за куповину, те је исти у договору са својом тетком, овде туженом ЂЂ одлучио да купи плац, али да као купац буде наведена ЂЂ.

Дана 20.08.2021. године је између тужених закључен спорни уговор, чију је садржину првостепени суд детаљно утврдио, па између осталог и да су према члану 3 овог уговора уговорне стране сагласно изјавиле да је купопродајна цена од 20.000,00 евра у целости исплаћена. Уговор је потписан лично од стране продавца и купца, те солемнизован код

јавног бележника. Након закључења уговора, туженом ДД се јавио ИИ у септембру 2021. године, који му је рекао да је ББ чуо да је продао свој удео на парцели, да је јако љут и да ће их тужити, о чему је тужени ДД обавестио ЗЗ. Тужена ЂЂ је позвала законског заступника тужилаца, ББ. У току разговора тужена ЂЂ и ЗЗ су рекли да ББ може да купи наведени удео, али не по истој цени, јер је земљиште поскупело, након чега је ББ рекао да ће их тужити.

Утврђено чињенично стање и дата оцена доказа жалбеним наводима тужилаца није доведена у сумњу. Првостепени суд је дао детаљну, јасну, логичну и свеобухватну оцену изведених доказа, како појединачно тако и у међусобној вези, у свему сагласно одредби чл. 8 ЗПП, те овај суд налази да је дата оцена доказа образложена, јасна и логична, а чињенично стање, на њој засновано, потпуно и правилно. Првостепени суд је анализирао сваки исказ појединачно и све исказе у целости, те исте довео у везу са изведеним писменим доказима, формирајући своје уверење о доказаним, односно недоказаним чињеницама применом правила логике и животног искуства, дајући за своју оцену јасне, потпуне и у свему прихватљиве разлоге које жалбени суд прихвата (као и утврђено чињенично стање и примену материјалног права, сагласно одредби чл. 396, ст. 2 ЗПП) и на њих упућује. Супротно жалбеним наводима, овај суд налази да је правилно првостепени суд одбио као неоснован тужбени захтев којим су тужиоци тражили да се утврди да тужиоци имају право прече куповине непокретности ближе наведене у изреци, да предметни купопродајни уговор закључен између тужених огласи без дејства, да се обавеже тужени ДД да са тужиоцима као купцима закључи уговор о продаји сувласничког удела на наведеној парцели, те да уколико не закључи уговор, пресуда тренутком извршности замени уговор о продаји и постане исправа за упис тужилаца као сувласника на уделу туженог ДД, што су све тужени дужни признати и трпети. Одредбом чл. 5, ст. 1 Закона о промету непокретности прописано је да сувласник непокретности који намерава да прода свој сувласнички део дужан је да га претходно понуди на продају осталим сувласницима. У смислу чл. 7 истог закона, та понуда мора бити учињена у писаном облику и мора да садржи податке о непокретности, цени и осталим условима продаје. Ималац права прече куповине дужан је да се у року од 15 дана од дана пријема понуде писменим путем изјасни о понуди. Понуда и изјава о прихватању понуде мора се учинити препорученим писмом, у складу са одредбама чл. 7, ст. 4 Закона о промету непокретности. У складу са чл. 8 истог закона, ако се ималац права прече куповине, коме је учињена понуда, у року од 15 дана од дана пријема понуде, не изјасни да прихвата понуду, продавац може продати непокретност другом лицу, али не под повољнијим условима. Одредбе чл. 10 ст. 1–3 Закона о промету непокретности санкционишу повреду права прече куповине на тај начин што ималац права прече куповине може тужбом код суда да захтева да

се уговор о продаји непокретности огласи без дејства према њему и да се непокретност њему прода под истим условима, при чему се тужба може поднети у року од 30 дана, рачунајући од дана када је ималац права прече куповине сазнао за продају те непокретности, а најкасније у року од две године од дана закључења уговора о продаји непокретности. Тужилац је дужан да истовремено са подношењем тужбе положи код надлежног суда износ у висини тржишне вредности непокретности. Тужиоцима, као имаоцима права прече куповине, предметна непокретност јесте понуђена на куповину, у складу са одредбама чл. 5 и 7 Закона о промету непокретности, која налаже да се понуда учини у писменом облику препорученим писмом, а прописује и садржину саме понуде. Како је несумњиво утврђено да је тужени ДД упутио понуду у писменом облику са подацима о непокретности, цени и осталим условима продаје, а чему у прилог говори и комуникација у погледу прихвата понуде тужилаца, наведено поступање не може се сматрати поступањем противно наведеној законској одредби, па су супротни жалбени наводи неосновани. Жалбом тужиоци наводе да је њихов законски заступник учинио све у складу са законом и савесно извршио све обавезе у смеру конзумирања права прече куповине у корист своје деце (тужилаца). Међутим, његово свеукупно понашање, нарочито након прихватања понуде коју му је тужени доставио, што је све утврђено од стране првостепеног суда, јасно указује на недостатак озбиљне воље за закључење уговора. Наиме, законски заступник тужилаца је изричито прихватио понуду достављену му од стране туженог, прихватајући у одговору на понуду све услове наведене у понуди. Међутим, након тога, и поред тога што је тужени ДД као продавац учинио уступке тужиоцима (на које није морао да пристане, имајући у виду да су тужиоци прихватајући понуду прихватили и услове наведене у њој) у односу на услове наведене у понуди (услов у понуди је, између осталог, био и тај да купопродајна цена буде исплаћена одмах приликом закључења и солемнизације уговора), тако што је пристао да се закључење уговора одложи до 25.07. или 27.07.2021. године док тужиоци не буду имали новца да исплате 10% купопродајне цене, законски заступник тужилаца се ни у накнадном року више није јављао ни продавцу нити адвокату у чијој канцеларији су продавац и законски заступник тужилаца постигли овај договор. Стога, имајући у виду све наведено, те имајући у виду да туженој предметна непокретност није продата под повољнијим условима у односу на оне наведене у понуди коју је тужени учинио тужиоцима (тужена је купопродајну цену у целости исплатила приликом овере уговора), овај суд налази да право прече куповине тужиоцима није повређено, због чега се као правилна показује одлука првостепеног суда да тужбени захтев одбије у целости.

Поред тога, жалбени наводи да су тужиоци били платежно способни (јер је њихов законски заступник 2021. године имао довољно средстава на рачуну за исплату уговорене купопродајне цене од 20.000 евра),

не могу довести до другачије одлуке у ситуацији када из изведених доказа произлази да је на разговору дана 16.07.2021. године који је обављен у канцеларији адвоката ЛЛ (ангажованог после адвоката ЈЈ), законски заступник тужилаца тражио продужење рока за закључење уговора, наводећи да нема новца да исплати 10% купопродајне цене (коју исплату је тражио тужени ДД), те је законски заступник тужилаца предложио да потпишу уговор 25.07. или 27.07.2021. године, када ће имати новац, а да уговор накнадно овере код јавног бележника. Околност што је тужена након извршене купопродаје позвала законског заступника тужилаца, а не пре извршене купопродаје је без утицаја на другачије одлучивање, будући да на туженој као купцу није ни била обавеза обавештавања, јер обавеза достављања понуде из чл. 5 Закона о промету непокретности терети сувласника који намерава да прода сувласнички удео, а то је у овом случају био тужени ДД (продавац), за кога је током поступка утврђено да је испоштовао процедуру прописану цитираним законским одредбама. Околност што је тужени ДД, пре него што је понудио тужиоцима да се користе својим правом прече куповине, у циљу преговора са ЗЗ постигао договор и примио капару у износу од 2.000 евра (који привремени уговор је касније раскинут и капара враћена) нема утицаја на другачије одлучивање, имајући у виду да се тужбом указује на повреду права прече куповине услед закључења уговора између туженог ДД и тужене ЂЂ, а не преговорима вођеним са сестрићем тужене, ЗЗ.

1.3. Апелациони суд у Београду

Пресуда Апелационог суда у Београду.[272] Законски заступник малолетне деце не може располагати њиховим сувласничким уделима на

272 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 6402/20 од 03.06.2021. године. Пресудом Вишег суда у Београду П 4046/17 од 10.06.2020. године одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца којим је тражно да се утврди да је одржајем стекао право својине на непокретности, површине 65м2, као и да се наложи туженима да тужиоцу издају табуларну исправу подобну за упис права својине на наведеној непокретности, а коју ће у противном заменити ова пресуда. Према утврђеном чињеничном стању, правноснажним решењем Општинског суда у Куршумлији, Одељење у Подујеву О 28/97 од 28.08.1997. године, за наследнике на заоставштини пок. М. Ј., коју између осталог чини и право својине на стану у Београду, површине 65м2, оглашени су његова супруга Н. Ј. и мал. деца Р. Ј. рођен 1985. године, М. Ј. рођена 1988. године и Ф. Ј. рођен 1986. године. Дана 10.11.2001. године између супруге као продавца и О. Р. и њеног супруга пок. Д. Р. као купаца закључен је уговор о купопродаји непокретности – стана у Београду, а који је продавац стекла по основу оставинског решења од 28.08.1997. године. Уговорено је да купци наведени стан купују тако што оба купца стичу по ½ идеалних делова предметног стана и констатовано је да су оба купца исплатила уговорену купопродајну цену у износу од по 300.000,00 динара. Чланом 7 је констатовано да је продавац сагласан да купци могу извршити промену права својине у јавним књигама код РГЗ. Наведени уговор овереи је пред Четвртим општинским судом у Београду под Ов. бр. 18003/2001 дана 05.12.2001. године. Дана 04.02.2002. године закључен је Анекс наведеног уговора између истих уговорних страна који је оверен пред Четвртим

наслеђеној непокретности без сагласности Центра за социјални рад. Уговор којим се отуђује непокретност је ништав, али само у делу који се односи на располагање уделима малолетне деце, док није ништав у делу у ком купац стиче сувласнички удео (1/4) законског заступника деце.

општинским судом у Београду под Ов. бр. 309/02 од 04.02.2002. године, а којим чл. 3 је констатовано да с обзиром на то да у основном уговору о купопродаји није јасно формулисано да продавац Н. Ј. продаје стан у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун своје малолетне деце, чији је она законски заступник, том одредбом се појашњава одредба из уговора о купопродаји и то чл. 1 и констатује се да је уговор закључен у њено, али и у име и за рачун њене малолетне деце. Предметни стан је дуже време био у поседу тужене О. Р. и њеног супруга, али исти нису могли да закључе уговор о купопродаји са породицом Ј. с обзиром на то да је тада постојала забрана Министарства финансија, те је дуже време чекано одговарајуће одобрење. Дана 14.03.2002. године између тужене и њеног супруга као продаваца и овде тужиоца Ђ. В. као купца закључен је и пред Првим општинским судом у Београду оверен под Ов. бр. 819/02 од 14.03.2002. године уговор о купопродаји двоипособног стана, површине 65м2, за купопродајну цену од 91.000,00 динара, која је исплаћена пре овере уговора о чему је издата признаница. Тужена О. Р. је оглашена за јединог наследника на целокупној заоставштини њеног супруга, решењем Трећег општинског суда у Београду О 1109/08 од 27.05.2008. године. У тренутку када је тужилац куповао предметни стан 2002. године, исти није био укњижен. По сазнању тужиоца, разлог немогућности књижења права својине на предметном стану је чињеница да су претходни сувласници на предметном стану била и малолетна деца и да приликом закључења уговора није тражено одобрење центра за социјални рад за отуђење њихових сувласничких удела предметне непокретности. На основу овако утврђеног чињеничног стања првостепени суд је нашао да нису испуњени услова из чл. 28, ст. 2 Закона о основама својинскоправних односа за стицање права својине тужиоца на предметном стану одржајем. Првостепени суд је закључио да се тужилац не може сматрати законитим држаоцем предметног стана из разлога што су уговор о купопродаји предметног стана, закључен између тужених Н. Ј. у својству продавца и О. Р. и њеног њеног супруга у својству купаца од 05.12.2001. године, као и Анекс истог уговора од 04.02.2002. године и уговор о купопродаји предметног стана ништави правни послови и као такви без правног дејства. Ово из разлога што је тужена тим уговором располагала целокупном непокретношћу, односно предметним станом, иако је била само један од четири сувласника на истој, те да је она једина била наведена као продавац у том уговору о купопродаји, али и из разлога што је тиме поступано противно императивној одредби чл. 121 Закона о браку и породичним односима, јер није прибављена сагласност центра за социјални рад за отуђење имовине малолетне деце. Како је тужена располагала и сувласничким уделима своје троје малолетне деце, те како је уговор између наведене тужене о купопродаји предметног стана закључен без сагласности центра за социјални рад, за располагање делом непокретности чији су сувласници била малолетна деца тужене, првостепени суд је закључио да ни тужена као ни њен супруг нису могли стећи право својине на предметном стану. Имајући у виду наведено, правно дејство не може производити ни уговор о купопродаји који је тужилац закључио са туженом и њеним супругом, с обзиром на то да они на тужиоца нису могли пренети више права него што сами имају, због чега се тужилац, по основу ништавог уговора о купопродаји који је закључио у својству купца са туженом и њеним супругом у својству продаваца, не може сматрати законитим држаоцем предметног стана. Такође, имајући у виду да је тужилац у тренутку закључења уговора о купопродаји са туженом имао сазнања да је предметни стан туженој и њеном супругу продат без сагласности центра за социјални рад.

Према схватању Апелационог суда у Београду, правилно је првостепени суд извео да у конкретној правној ствари нису испуњени услови за стицање права својине тужиоца на предметном стану по основу одржаја.

Чланом 28, ст. 2 Закона о основама својинско правних односа прописано је да савестан и законит држалац непокретне ствари, на коју други има право својине, стиче право својине на ту ствар одржајем протеком 10 година, а ст. 4 да савестан држалац непокретне ствари на коју други има право својине стиче право својине на ту ствар одржајем протеком 20 година. Чланом 30, ст. 2 истог закона прописано је да се у време потребно за одржај урачунава и време за које су претходници садашњег држаоца држали ствар као савесни и законити држаоци, односно као савесни држаоци. Чланом 72, ст. 1 истог закона прописано је да је државина законита ако се заснива на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине и ако није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења, ст. 2 да је државина свесна ако држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова, а ст. 3 да се савесност државине претпоставља.

Дакле, имајући у виду цитиране одредбе закона, произлази да се право својине по основу одржаја може стећи уколико су испуњени кумулативно постављени услови и то да постоји квалификована државина и протек рока у коме државина несметано траје и то за редован одржај – рок од 10 година, а за ванредни одржај – рок од 20 година. Квалификована државина значи да мора бити савесна и законита у случају редовног одржаја односно само савесна код ванредног одржаја.

Наиме, по становишту другостепеног суда, закључак првостепеног суда да се тужилац не може сматрати законитим држаоцем предметног стана се само делимично може прихватити као правилан. Закључак првостепеног суда да су наведени уговори о купопродаји ништави у целости се не може прихватити.

Наиме, правилно је првостепени суд закључио да је чињеница да је уговор о купопродаји спорног стана закључен без сагласности Центра за социјални рад, супротно принудним прописима с обзиром на то да је тим уговором располагано имовином малолетне деце, од утицаја на правну ваљаност уговор о купопродаји. Имајући у виду да уговор о купопродаји представља деривативни начин стицања права својине, односно да се право својине извлачи из права својине преносиоца, а код чињенице да тужена није била власник на целом стану који је био предмет купопродаје, то ни друготужена и њен супруг нису могли стећи право својине на предметном стану у целости, с обзиром на правило да нико на другог не може пренети више права него што сам има.

Имајући у виду да је уговором о купопродаји који је закључен између Н. Ј. као продавца и тужене О. Р. и Д. Р. као купаца располагала својим сувласничким уделом од ¼ идеалног дела на предметном стану, а за чије располагање јој није била потребна сагласност Центра за

социјални рад, то се наведени уговор о купопродаји не може сматрати ништавим у целости, односно исти производи правно дејство у висини сувласничког удела продавца од ¼ на предметном стану, док је у преосталом делу, за сувласничке уделе њене деце у износу од ¾ због недостатка сагласности Центра за социјални рад, ништав и као такав без правног дејства.

На делимичну пуноважност уговора о купопродаји од 05.12.2001. године утиче и право прече куповине које су имала малолетна деца. Из одредаба Закона о промету непокретности[273] произлази да повреда права прече куповине јесте разлог рушљивости уговора о купопродаји, те да постоји рок у коме лице које има право прече куповине такав уговор може да побија тражећи његов поништај, што у конкретној правној ствари није захтевано нити се с обзиром на протек рока исто више може захтевати. Купци су стекли право сусвојине на том идеалном делу, због чега су истим могли слободно даље располагати, што су они и учинили уговором о купопродаји закљученим са тужиоцем 14.03.2002. године, из чега даље произлази да је и уговор о купопродаји који је тужилац у својству купца закључио са туженом О. Р. и њеним супругом као продавцима пуноважан правни посао у делу за сувласнички удео од ¼ на предметном стану. Међутим, наведена чињеница није могла бити од утицаја на доношење другачије одлуке суда, имајући у виду да се својина одржајем може стећи само на реалном делу непокретности, а не и на њеном идеалном делу.

Имајући у виду, да је правилан закључак првостепеног суда да наведени уговори о купопродаји од 05.12.2001. године и 14.03.2002. године, не производе правно дејство у преосталом делу за ¾ идеална дела на спорном стану, због чега се тужилац не може сматрати законитим држаоцем предметног стана, те код чињенице да је у посед спорног стана уведен након закључења уговора о купопродаји 2002. године, а да му је сходно чл. 28, ст. 4 Закона о основама својинско правних односа, за стицање права својине по основу одржаја у том случају потребно 20 година, који рок није истекао, а тужба поднета 24.07.2017. године, то је правилна одлука првостепеног суда којом је одбио тужбени захтев тужиоца за стицање права својине по основу одржаја на предметном стану.

Према пресуди Апелационог суда у Београду[274], када је уговор у интересу малолетног детета, а када се стиче значајна имовинска корист за децу,[275] што у овом случају јесте, изостанак сагласности органа старатељства или накнадног одобрења закљученог уговора није од утицаја на

273 Закон о промету непокретности, *Сл. гласник РС*, бр. 42/98, 111/09.

274 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 3491/17 од 01.03.2018. године.

275 Занимљиво је да се сличан стандард имовинске користи за дете испод 18 година, у случају продаје непокретности у којој дете живи, примењује и од стране енглеских судова, Anne Barlow, "Property and Couple Relationships: What Does Community of Property Have to Offer English Law?" у: *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law* (eds. Anne Bottomley, Simone Wong), Oxford, 2009, стр. 36.

пуноважност уговора закљученог са малолетним лицем преко његовог законског заступника. Ако се родитељи налазе у ванбрачној заједници (према Закону о браку и породичним односима), није потребно да други родитељ одобри уговор који је у име малолетне деце закључио други родитељ. Пресудом апелационог суда потврђена је пресуда Вишег суда у Београду 1–5739/10 од 31.01.2017. године.[276]

У спроведеном поступку нису учињене битне повреде одредаба парничног поступка из чл. 361, ст. 2, тач. 1, 2, 5, 7 и 9 ЗПП на које другостепени суд пази по службеној дужности. Супротно жалбеним наводима, приликом доношења побијане пресуде није учињена ни битна повреда одредаба парничног поступка из тач. 12. истог става, па пресуда нема недостатака због којих се не би могла испитати. С тим у вези, супротно жалбеним наводима, из става првог изреке побијане пресуде јасно произлази да износ од 29.973.821,68 динара представља укупан износ који су тужени обавезани да плате (главни дуг и обрачуната камата), те да на неисплаћени доспели износ главног дуга од 12.615,221,77 динара тече законска затезна камата почев од 09.04.2013. године до исплате, тако да је изрека пресуде у том делу јасна и разумљива.

Неосновани су наводи жалбе тужених мал. Т. и Н. Ж. да су тужбом требали бити обухваћени сви инвеститори градње који су обухваћени предметним уговором и грађевинском дозволом, а не само четири уговарача из уговора закљученог са тужиљом. Ово из разлога што се не ради о лицима који су нужни и јединствени супарничари из чл. 204

276 Према утврђеном чињеничном стању, између тужиље са једне стране и 10 особа као инвеститора, са друге стране, 31.03.2004. године закључен је је уговор којим уговарачи регулишу међусобне односе на уређивању грађевинског земљишта за изградњу стамбеног објекта у Београду, КО Врачар. Чланом 3 наведеног уговора одређено је да накнада за уређење земљишта на дан 15.03.2004. године износи 12.792.419,00 динара укупно. Чланом 4 истог уговора инвеститори, међу којима тужени А. Ж., мал. Т., Н. и Т. Ж. су се обавезали да накнаду утврђену чланом 3 и то прву рату у висини од 10% од утврђене обавезе на име накнаде (1.087.356,00 динара) уплате најкасније до 30.03.2004. године, а да остатак дуга на име накнаде за уређивање грађевинског земљишта (9.786.200,00 динара) исплате у 11 једнаких месечних рата по 889.654,00 динара, валоризованих према показатељу раста цена на мало Градског завода за статистику и информатику од дана доспећа сваке рате. Истим чл. је предвиђено да инвеститори плаћањем на 12 месечних рата остварују право на умањење утврђене обавезе из чл. 3 уговора за 15%. Инвеститори су извршили само делимично плаћање уговорене обавезе. Из налаза и мишљења вештака економско-финансијске струке и допунског налаза од 10.04.2013. године произлази да укупан дуг суинвеститора на дан 09.04.2013. године износи 29.793.821,68 динара. Наведени износ састоји се од основног дуга од 12.615,221,77 динара који чине доспеле рате по уговору усклађене према показатељу раста цена на мало и износа камате од 17.358.599,93 динара, обрачунате методом простог интересног рачуна, од датума доспећа сваке рате. Предметни уговор закључен је, између осталог, на основу решења о одобрењу за изградњу издатог од Града Београда, Градске управе Секретаријата за урбанизам и грађевинске послове од 08.10.2003. године на основу кога је одобрена изградња свим потписницима предметног уговора као суинвеститорима изградње, између осталих и мал. Т. и Н. Ж.

ЗПП који се сматрају као једна парнична странка, већ о обичним супарничарима. Исто тако, супротно жалбеним наводима, првостепени суд правилнию закључује да су се инвеститори према одредбама предметног уговора обавезали да солидарно исплате уговорени износ и да сваки дужник солидарне обавезе одговара за целу обавезу, а да поверилац, овде тужиља, може захтевати испуњење обавезе из уговора од било ког (су)инвеститора градње, све док не буде потпуно испуњена. Солидарност суинвеститора, па самим тим и жалилаца произлази из садржине и тумачења предметног уговора који су тужене закључиле са тужиоцем, а из кога проистиче да су сви инвеститори заједно преузели обавезу исплате укупне цене на име уређења градског грађевинског земљишта, будући да уговор не садржи површине станова сваког од уговарача да би се сагласно тој површини конституисала његова обавеза. Стога, нису основани наводи у жалби да се ради о дељивој обавези и да се обавеза тужених односи на квадратуру њихових станова који су се градили, те да их је стога првостепени суд обавезао на испуњење ван граница њиховог права градње. Исто тако, без значаја су наводи којима се указује да се пасивна солидарност не претпоставља будући да се не ради о обавези насталој уговором у привреди сагласно чл. 413 ЗОО, будући да је првостепени суд правилно утврдио да солидарност обавезе (су)инвеститора произлази из тумачења одредаба уговора закљученог између странака. Неосновано се у жалби тужених истиче да је туженима казна због доцње у плаћању на исто дуговање обрачуната по три различита основа и да је то довело до троструког увећања дуговања у односу на уговорени износ. Најпре, умањење уговореног износа за 15% за плаћање обавезе на рате у уговореним роковима не представља прикривену уговорну казну, већ олакшицу за инвеститоре уколико обавезе плате у уговореним роковима, тим пре што се уговорна казна не може уговарати када су у питању новчане обавезе (чл. 270 ЗОО). Осим тога, парничне странке су одредбом чл. 4 уговора регулисале начин обрачуна и плаћања обавеза тужених за уређење грађевинског земљишта, при чему такав начин обрачуна, као ни уговор, није у супротности са принудним прописима, јавним поретком или добрим обичајима (чл. 103, у вези са чл. 109 ЗОО). Супротно жалбеним наводима, тужиоцу припада право на валоризацију доспелих рата како је уговором предвиђено од датума обрачуна висине дуга до дана доспећа сваке рате, а што не искључује право тужиоца да потражује и законску затезну камату на доспеле, а неплаћене рате за период доцње до дана вештачења, у складу са одредбом чл. 277 ЗОО.

Без утицаја су и жалбени наводи тужених да је предметни уговор у име мал. тужених потписао отац као неовлашћено лице, без сагласности мајке са којом су деца живела и органа старатељства од кога сагласност није ни накнадно прибављена и да је због тога по схватању жалилаца уговор у односу на њих ништав правни посао, што суд није решио кроз претходно питање, а то је био дужан да учини. Жалбени навод да мајка

мал, тужених О. П. није била упозната са закључењем предметног уговора који је потписао њихов отац, све и да је тачан и да је мајка била њихов једини законски заступник, није од значаја у конкретном случају, будући да су родитељи мал. тужених у време закључења уговора живели у ванбрачној заједници (што произлази из навода О. П. са рочишта од 14.09.2016. године) и да су родитељско право вршили заједнички, сагласно одредби чл. 123 Закона о браку и породичним односима који је важио у време закључења уговора, па је стога отац мал. тужених као законски заступник био овлашћен за потписивање уговора. Осим тога, тачно је да је предметним правним послом, који по својој правној природи представља теретни уговор, оптерећена будућа имовина мал. тужених, али им је, истовремено, предметни уговор омогућио да, након испуњења уговорних обавеза и изградње станова на основу решења о одобрењу за градњу као носиоци права градње, стекну право својине на становима који су свакако далеко веће вредности од обавеза преузетих предметним уговором. Према томе, закључењем предметног уговора омогућено је инвеститорима, па и овде жалиоцима, да стекну имовину веће вредности, а околност да су подносиоци жалбе биле малолетне у време закључења уговора који је у њихово име потписао отац као законски заступник, без сагласности надлежног органа старатељства, не чини уговор ништавим. У ситуацији када је уговор у интересу малолетног детета, што у сваком случају јесте, изостанак сагласности органа старатељства или накнадног одобрења закљученог уговора није од утицаја на пуноважност уговора закљученог са мал. лицем преко његовог законског заступника. Осим тога, жалбени навод који је истицан и у првостепеном поступку да жалиоци воде поступак за утврђење ништавости оспореног уговора су без утицаја, будући да током поступка, а ни сада у жалби, нису доставили доказ у прилог те своје тврдње која би евентуално била од значаја за прекид овог поступка до окончања те парнице.

Апелациони суд у Београду одлучивао је поново о овом случају[277] и потврдио пресуду Вишег суда у Београду П 3022/21 од 28.06.2022 године, а жалбу тужиоца одбио као неосновану.[278]

Ако нема извесности, већ само могућности да малолетно дете стекне значајне имовинске користи из уговора о градњи који у име детета закључује један његов родитељ, као законски заступник, те нема одобрења Центра за социјални рад, такав уговор је ништав, јер је потребно да се сагласе оба родитеља.

Т. Ж. је, након удаје, тужена Т. Д., која је рођена 1989. године и која је у време закључења уговора била малолетна, па је у њено име уговор потписао отац. Пре потписивања уговора, разведен је брак Т. Ж., као мајке

277 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 4933/22 од 01.12.2022. године.

278 У односу на тужену Т. Д. дозвољено је понављање поступка правноснажним решењем Вишег суда у Београду 5739/10 од 10.05.2021. године, те је укинута пресуда од 31.01.2017. године.

тужене и њеног оца, а малолетно дете Т.Ж. поверено је мајци на чување и васпитање, правноснажном пресудом Првог општинског суда у Београду П 15573/92 од 17.02.1993. године. На основу овако утврђеног чињеничног стања, полазећи од одредбе чл. 124, ст. 3 и чл. 121 Закона о браку и породичним односима, важећег у време настанка спорног односа, закључио да је уговор од 31.03.2004. године у односу на тужену ништав, због чега не може да производи правно дејство у смислу чл. 103, ст. 1 ЗОО, у вези са чл. 56, ст. 1 ЗОО, те по том уговору тужена није дужна да испуни обавезу, па је одбио тужбени захтев. Оваквој одлуци је додатно допринела чињеница да су тужена и њена мајка први пут за предметни уговор сазнале када је према туженој покренут извршни поступак и почела принудна наплата у марту 2020. године, да их отац тужене пре тога није обавестио о постојању уговора, нити јој се неко у вези са истим обраћао, као и то да тужена није имала никакву корист, ни новчану нити у виду непокретности, везано за изградњу предметног објекта у Београду, да нема ни сазнања да ли је тамо нешто изграђено. По оцени Апелационог суда у Београду, оваква одлука првостепеног суда је правилна и законита, а другостепени суд прихвата чињенично-правне закључке и разлоге које је у прилог својој одлуци дао првостепени суд. У време закључења предметног уговора (31.03.2004. године), тужена (рођена 1989. године) је била стара 14 година, дакле малолетна, са овлашћењем да закључује само правне послове мањег значаја, у смислу чл. 122 тада важећег Закона о браку и породичним односима. Супротно наводима жалбе, она тада није била пословно способна. Сходно чл. 124, ст. 1 истог закона, имајући у виду да су родитељи тужене разведени 17.02.1993. године, родитељско право је вршио родитељ коме је дете поверено, а то је мајка тужене. Родитељско право, између осталог, подразумева и закључивање правних послова у име малолетног детета, с тим што се отуђење или оптерећење имовине детета може предузети само са одобрењем органа старатељства и само у његовом интересу (чл. 124, ст. 3 и чл. 121). Изузетно, чл. 126 је прописано да одлучују оба родитеља споразумно, само о питањима која су од битног значаја за развој детета, под условом да други родитељ испуњава своје дужности према детету.

Иако је предметни уговор био везан за могућност (али не извесност, као што се показало у конкретном случају, јер тужена није стекла никаква права поводом те изградње, како произлази из резултата доказног поступка), стицања имовинске добити изградњом зграде, тим уговором се тада малолетној туженој намеће испуњење новчане обавезе која свакако превазилази уобичајене оквире. Због тога је у смислу наведених одредаба за пуноважност таквог заступања била неопходна сагласност оба родитеља. Како је у конкретном случају, уговор у име малолетног детета закључио отац, коме малолетно дете није пресудом о разводу поверено на самостално вршење родитељског права, нити им је то право поверено да заједнички врше, те како је изостала сагласност, уопште и сазнање мајке којој је поверено вршење родитељског права,

то отац тужене није имао овлашћење да такав уговор закључи у име свог малолетног детета тужене, сходно чл. 84, ст. 2 ЗОО. Тужена такав уговор није накнадно одобрила, па се сматра да уговор није ни закључен, сходно чл. 88, ст. 3 ЗОО. Због тога је првостепени суд правилно разрешио претходно правно питање од пресудног значаја за доношење одлуке о тужбеном захтеву, закључивши да је такав уговор ништав и да не производи правно дејство. Из овога следи да обавеза тужене, чије испуњење је предмет тужбеног захтева, нема правног основа, па је последично правилна одлука којом је одбијен тужбени захтев. Неоснованим наводима жалбе указује се да је постојало оверено овлашћење оца тужене за закључење предметног уговора, јер ово није утврђено и не произлази ни из једног изведеног доказа. Супротно наводима жалбе, нема аналогије са образложењем пресуда првостепеног и другостепеног суда којима је усвојен тужбени захтев у односу на малолетне Т. и Н. Ж., чији је отац истовремено и отац тужене. Ово због тога што је чињенично стање на ком је та пресуда заснована битно другачије, утолико што је у време закључења уговора њихов отац био у ванбрачној заједници са њиховом мајком О. П., који су заједнички вршили родитељско право, па је стога као законски заступник био овлашћен за потписивање уговора, јер се сагласност другог родитеља у таквој ситуацији подразумева. Стога се неосновано жалбом закључује да је при истом чињеничном стању донета дијаметрално супротна одлука суда. Такође, није било потребно извођење нових доказа, јер су утврђене чињенице биле довољне за правилну примену материјалног права.

Поред тога, нетачно се указује у жалби да је у току поступка суд преко Центра за социјални рад утврдио да се о свим малолетним девојчицама, конкретно о туженој и њене две сестре Т. и Н., старала О. П., мајка сестара. Напротив, како произлази из више извештаја Центра за социјални рад, ни О. П. ни отац В. Ж. се нису одазивали више пута поновљеним позивима тог центра, због чега није дат тражени извештај, па тако наведена чињеница није утврђена изведеним доказима.

Околност да у списима постоји потписана повратница од 16.10.2015. године пуним именом и презименом тужене, јасно и читко, не може да утиче на другачију одлуку, јер тужена није била упозната са постојањем парнице, нити је могла да учествује у том поступку, нити је њена мајка као законски заступник присуствовала рочиштима, а што је све оцењено правноснажним решењем којим је дозвољено понављање поступка у односу на тужену.

Апелациони суд у Београду донео је пресуду којом се утврђује да није ништав, тј. да нема карактеристике зеленашког уговора када законски заступник закључи уговор о зајму којим оптерети хипотеком непокретност малолетника. Ако се малолетник уговором не доводи у стање и користи његово недовољно искуство и лакомисленост, онда такав уговор није зеленашки.[279]

279 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 5238/20 од 21.04.2021. године.

Пресудом се одбија као неоснована жалба тужиље и потврђује пресуда Вишег суда у Београду П 3303/19 од 21.02.2020. године.[280] Полазећи

280 Првим ставом изреке првостепене пресуде одбијен је као неоснован тужбени захтев којим је тражено утврђење ништавости уговора о промету непокретности закљученог између туженог као купца и тужиље као продавца и овереног код Првог основног суда у Београду дана 11.08.2011. године под бројем Ов 123762/2011. Другим ставом изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев којим је тражено да суд обавеже туженог да тужиљи исплати износ од 626.316,00 евра, са законском затезном каматом од 15.07.2013. године, као дана подношења тужбе, па до исплате. Трећим ставом изреке обавезана је тужиља да туженом на име трошкова парничног поступка исплати износ од 907.500,00 динара са законском затезном каматом од извршности, па до исплате. Према утврђеном чињеничном стању следи да је између тужиоца, као зајмодавца и Компаније „К" ад из Београда, као зајмопримца, чији је заступник био М. З., сада покојни отац тада мал. тужиље, дана 11.02.2010. године закључен уговор о бескаматном зајму у износу од 1.000.000,00 евра, којим је било предвиђено да ће законска затезна камата бити обрачунавана у случају неврћања позајмице до 30.11.2010. године. Као средство обезбеђења извршења зајмопримчеве обавезе, чл. 6 уговора о зајму на непокретности у Београду, КО Савски Венац као својина тужиље, у корист зајмодавца, конституисана је хипотека. У име тада малолетне тужиље заложну изјаву оверену у Другом општинском суду у Београду под бројем Ов – 13347/10 дана 11.02.2010. године оверила је њена законска заступница, мајка Б. З., заступана од стране адвоката. Оверавању поменуте заложне изјаве претходило је доношење решења Градског центра за социјални рад, Одељење Савски венац бр. 57240–95/10 од 08.02.2010. године, којим је замењено решење истог органа бр. 57240–805/09 од 02.07.2009. године и у чијем је образложењу наведено да се у корист тужиоца упис хипотеке на вишесобном стану одобрава, имајући у виду да интереси тада малолетне тужиље неће бити угрожени пошто зајмопримац Компанија „К" има знатну имовину и пошто ће изградњом објекта у Београду, имовина хипотекарног дужника бити увећана добијањем стана у новосаграђеном објекту на тој локацији. На основу наведене заложне изјаве решењем РГЗ СКН Београд 2, бр. 952–02–1761/10 од 08.03.2010. године, у корист туженог као зајмодавца по уговору о зајму од 11.02.2010. године дозвољен је упис хипотеке првог реда на непокретности у својини тада малолетне тужиље, лоцираној у Београду, КО Савски венац. Како зајмопримац до 30.11.2010. године позајмицу није вратио, тужени се заступнику зајмопримца, тужиљином оцу, обратио опоменом од 09.12.2010. године, обавештавајући га да је хипотека по уговору о зајму од 11.02.2010. године, конституисана заложном изјавом овереном истог датума, постала извршна, а у складу са одредбом чл. 29 Закона о хипотеци, истоветна опомена достављена је непосредно дужнику Компанији „К" ад Београд, тужиљи као власници заложене непокретности и мајци тужиље и њеној законској заступници. У циљу решавања проблема насталог неблаговременим измирењем поменуте позајмице, законска заступница тада малолетне тужиље Б. З. је код Првог основног суда у Београду дана 11.08.2011. године под бројем 1 Ов 123767/11 оверила изјаву којом се одрекла права доживотног плодоуживања на заложеној непокретности, а након самоубиства М. З., тужиљиног оца и заступника зајмопримца Компаније „К" ад из Београда, у циљу спречавања продаје заложене непокретности знатно испод њене тржишне вредности према правилима Закона о извршењу и обезбеђењу, између парничних странака дошло је до закључења спорног уговора о промету непокретности, чиме је сходно чл. 27, ст. 1, тач. 1 Закона о хипотеци тужени постао власник заложене непокретности. По укидању првобитно донете одлуке, у поступку по жалби Б. З., решењем Министарства рада и социјалне политике, Сектора за бригу о породици и социјалну заштиту, Одељења за управно надзорне послове у области породичне заштите донетог под бр. 570–03–00338/2011/14 од 15.07.2011.

од изложеног чињеничног стања, утврђеног у погледу битних чињеница из исправа у списима, првостепени суд је оценио да доказима предложеним током поступка тужиља није доказала да су сходно чл. 141 ЗОО испуњени услови за утврђење ништавости предметног правног посла из разлога његове зеленашке природе, јер из садржине разматраних писаних доказа не следи да је тужилља била у стању нужде, у тешком материјалном стању или да је коришћењем недовољног искуства, лакомислености или зависности њене законске заступнице тужени за себе уговорио корист која је у очигледној неразмери са оним што је он дао или учинио. Законској заступници тада малолетне тужиље, заступаној од стране адвоката, били су познати услови закључивања уговора, била је свесна његових правних последица, у циљу отклањања сметњи и стварања услова за закључење тог посла, иста је приступила овери изјаве којом се сагласила са брисањем права плодоуживања укњиженог у њену корист на предмету залоге и по одбијању давања сагласности Градског центра за социјални рад за оверу спорног уговора, у жалбеном поступку је издејствовала укидање првобитно донетог решења, тако да се при поновном одлучивању, поступајући по налогу датом решењем Министарства рада и социјалне политике, првостепени орган сагласио са овером истог, образлажући своју одлуку позивањем на чл. 35 и 97 Закона о хипотеци, према којима се у циљу и делимичног намирења тражбине обезбеђене заложним правом средство обезбеђења у поступку принудне наплате може продати и по 70% нижој вредности од тржишне.

Разматрајући поступање тужиоца као хипотекарног повериоца, првостепени суд је указао на одредбу чл. 27 Закона о хипотеци чијим је ст. 1 прописано да се накнадним уговором, као посебним правним послом закљученим између хипотекарног повериоца и власника непокретности, наводи доспелост обезбеђеног потраживања, у писаној форми, са потписима овереним у суду или од стране другог законом овлашћеног органа, уместо испуњења дуга може уговорити делимични или потпуни пренос права својине, односно другог стварног права на предмету хипотеке, на повериоца, па је оценио да је закључењем спорног уговора као накнадног, тужени као зајмодавац у свему поступио у складу са законом.

Противно тужиљином становишту да је у предметном уговору тужени самоиницијативно висину дуга означио неадекватно високо, да је у исти урачунао зеленашку камату која знатно превазилази износ законске затезне камате обрачунате од доспелости зајма и да је на тај

годние, Градски центар за социјални рад, Одељење Савски венац је приликом поновног одлучивања решењем бр. 57240–847–1/11 од 27.07.2011. године подносиоцу жалбе, као законској заступници тала малолетне тужиље, одобрило склапање споразума о међусобним правима и обавезама са Привредним друштвом „Х п" доо из Београда (туженог у овој парници), о преносу права својине по основу хипотеке на имовини малолетне А. З. и иста је обавезана да након овере споразума и исплате дуга поменутом одељење поднесе писани извештај.

начин тужиљу оштетио за износ од 623.316,00 евра,[281] првостепени суд је закључио да је висина хипотеком гарантованог потраживања сагласна уговору о зајму од 11.02.2010. године и изјави М. З. од 28.12.2010. године, којом је он и за обавезе Привредног друштва „Х" д.о.о. из Београда, чији је оснивач била Компанија „К", туженом гарантовао непокретношћу заложеном ради обезбеђења потраживања из поменутог уговора о зајму. Тужени је спорним уговором од 11.08.2011. године прихватио да исти престане да важи уколико потраживање по уговору о зајму од 1.000.000 евра, износ од 200.000 евра на име законске затезне камате доспеле од падања дужника у доцњу и обавеза Предузећа „Х" д.о.о. буду измирени до 29.02.2012. године, а чланом б предметног уговора тужени се сагласно да, у случају испуњења наведених обавеза у периоду од 01.03.2012. године до 31.12.2012. године, тужиљи пренесе право својине на заложеној непокретности.

За своју одлуку, засновану на правилно и потпуно утврђеном чињеничном стану, првостепени суд је дао детаљну правну аргументацију тако да његове разлоге Апелациони суд у целости прихвата и сходно чл. 396, ст. 2 ЗПП на исте упућује. Жалбеним наводима, тужиља је неосновано указивала на битне повреде одредаба парничног поступка из чл. 374, ст. 2, тач. 1 и чл. 374, ст. 1 у вези са чл. 4 и чл. 8 ЗПП, на погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање као последицу погрешне оцене доказа и на погрешну примену материјалног права при оцени испуњености услова за утврђење ништавости спорног уговора применом чл. 141 у вези са чл. 103, ст. 1 ЗОО.

Тражећи утврђење ништавости уговора о промету непокретности закљученог између ње, као преносиоца, и туженог правног лица, као стицаоца, а како је сходно чл. 104, ст. 1 ЗОО последица ништавости враћање примљеног по основу таквог правног посла, другим делом петитума истакла је облигационо-правно потраживање у висини од 626.316,00 евра.

Првостепени суд је непосредно на рочишту, између осталог, у својству сведока саслушао тужиљину мајку, која је у закључењу спорног уговора учествовала као законска заступница тада мал. тужиље и након преминућа њеног оца, дана 25.03.2012. године, њен једини родитељ. У конкретном случају, битне чињенице у претежном делу утврђене су из писаних исправа у списима оверених изјава парничних странака, односно њихових законских заступника и правних послова који су претходили закључењу спорног уговора и из одлука надлежних органа,

281 Наведени износ представља разлику између цене по којој је тужени уговором о продаји непокретности овереним код Првог основног суда у Београду дана 25.05.2012. године под бројем Ов 94088/12 уступљену заложену непокретност продао Привредном друштву „Н" доо за цену од 1.650.000,00 евра и износа зајма од 1.000.000,00 евра увећаног за износ доспеле законске затезне камате, вештачењем обрачунате у висини од 23.684,00 евра.

хоје сходно чл. 238, ст. 1 ЗПП, као издате у законом прописаном облику и у оквиру вршења јавних овлашћења, доказују истинитост онога што потврђују или одређују. Исказ сведока Б. З. о начину на који је дошло до закључења спорног уговора, првостепени суд је правилно сагледао у светлу решења Министарства рада и социјалне политике донетог дана 15.07.2011. године под бр. 570-03-00338/2014/14, као другостепеног и решења Градског центра за социјални рад, Одељење Савски венац у Београду донетог дана 27.07.2011. године под бр. 57240-847-1/2011, као првостепене одлуке сагласне налогу другостепеног органа, који је у жалбеном поступку укинуо претходно донето првостепено решење о одбијању давања сагласности мајци за отуђење имовине њене тада малолетне кћерке. Права и дужности родитеља у старању о њиховој малолетној деци регулисана су ПЗ-ом и у иста између осталих спада и управљање имовином малолетника. Чланом 192, ст. 2 ПЗ прописано је да родитељи имају право и дужност да управљају имовином детета коју оно није стекло радом (непокретност на којој је заснована хипотека тужиља је стекла уговором о поклону ИИИ/1 Ов 3170/03 од 07.11.2003. године и анексом истог закљученим под бројем 1/1 Ов 643/05 од 25.03.2005. године), а чл. 193, ст. 3 ПЗ прописано је да располагање непокретном и покретном имовином велике вредности родитељи могу предузети само уз претходну или накнаду сагласност органа старатељства. У складу са наведеним прописима, решавајући по захтеву Б. З. поднетом у име тада малолетне тужиље за давање сагласности за располагање непокретношћу заложеном ради обезбеђења поменутог зајма од 1.000.000 евра, Градски центар за социјални рад прво је решењем донетим дана 06.07.2011. године одбио давање сагласности, а по укидању те одлуке у жалбеном поступку иницираном од стране мајке, првостепени орган је у складу са налогом надлежног министарства као другостепеног органа, решењем од 27.07.2011. године одобрио склапање споразума са туженим о преносу права својине по основу хипотеке засноване на имовини малолетне тужиље.[282]

Имајући у виду да је закључењу спорног уговора претходила законом прописана процедура у којој је мајка свесно и својевољно учествовала иницирајући поступак пред органом старатељства и користећи правни лек предвиђен у управном поступку, а такође је код суда дана 11.08.2011. године оверила изјаву којом се на тој имовини одриче права доживотног плодоуживања конституисаног у њену корист, излагање овог сведока у вези са њеним субјективним доживљајем контаката са законским заступником туженог и његовим адвокатом, без утицаја је на правилност донете одлуке у ситуацији када у законом прописаном року није тражен поништај спорног уговора из разлога релативне ништавости на коју њено излагање упућује. Чланом 141, ст. 1 ЗОО зеленашки правни посао дефинисан је као ништави уговор којим неко, користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу за себе или неког трећег уговори корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио или се обавезао да ће дати или учинити. Овом законском одредбом ништавост таквог уговора, противног принудним прописима, условљена је постојањем одређених субјективних елемената присутних на страни једног уговарача (стање нужде, тешко материјално стање, недовољно искуство, лакомисленост или зависност) и објективно мерљивих елемената очигледно несразмерне користи коју је други уговарач прибавио себи или трећем лицу. Обавеза доказивања присуства тих законом прописаних услова у време закључења уговора на страни је оног уговарачи који се на ништавост позива. У овом случају таква процесна дужност је сходно чл. 228 ЗПП била на страни тужиље која предложеним и приложеним доказима, правилно цењеним од стране првостепеног суда, није успела да докаже зеленашку природу спорног уговора, као основа за примену чл. 103, ст. 1 ЗОО.

Предметни правни посао закључен између парничних странака дана 11.08.2011. године није купопродаја као теретни правни посао регулисан чл. 454, ст. 1 ЗОО, већ накнадни уговор који се, сходно чл. 27, ст. 1, тач. 1 Закона о хипотеци, као посебан уговор закључује између хипотекарног повериоца и власника непокретности и чијој се овери од стране суда или другог законом овлашћеног органа у писаној форми, са потписима уговарача, приступа по доспелости обезбеђеног потраживања. У том случају сразмера узајамних обавеза не зависи од тржишне вредности заложене ствари већ од висине новчане обавезе чије је намирење хипотеком обезбеђено. Из наведених разлога на пуноважност спорног уговора са становишта одредбе чл. 141, ст. 1 ЗОО не утиче околност да је уговором о купопродаји закљученим дана 25.05.2012. године тужени непокретност из које је намирио своје потраживање трећем лицу продао за цену од 1.650.000,00 евра, а због чега тужиља сматра да се на тај начин, оштећујући њу лично, исти неосновано обогатио за разлику између тако постигнуте купопродајне цене и висине зајмопримчеве обавезе обезбеђене хипотеком, на који износ разлике је гласио облигационоправни део тужбеног захтева.

Пресудом Апелационог суда у Београду[283] одбијена је као неоснована жалба туженог и потврђена пресуда Вишег суда у Београду П 5/11 од 24.05.2018. године.[284] Закључење уговора о отуђењу непокретности у

282 За обезбеђење потраживања пословно неспособног лица, као и могућност позивања јемца на пословну неспособност малолетника, Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћивање потраживања*, Београд, 2015, стр. 296.

283 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 6682/19 од 11.02.2021. године.

284 Пресудом Вишег суда у Београду П 5/11 од 24.05.2018. године, ставом првим изреке дозвољено је објективно преиначење тужбе из поднеска тужиоца од 10.06.2016. године. Ставом другим изреке усвојен је тужбени захтев, па је утврђено да је ништав уговор о купопродаји непокретности закључен 26.02.2008. године, између К. Г., М. Г., У. Г. и Р. Г., као продаваца и Ђ. К., као купца, којим су продавци продали купцу

име малолетника од стране његовог родитеља, на основу одобрења центра за социјални рад, односи се само и искључиво на тачно описану непокретност у решењу центра за социјални рад, не и на друге непокрет-

кућу у Београду, КО Вождовац, која се састоји од две гараже површине по 17м2, четворособног стана од 114,40м2 кроз приземље и спрат и четворособног стана површине 114,04м2 кроз приземље и спрат, оверен код Другог општинског судија у Београду Ов. бр. 2842/18 од 27.02.2018. године, што су тужени дужни признати и трпети. Ставом трећим изреке усвојен је противтужбени захтев друготуженог-противтужиоца, па је обавезан тужени првог реда Р. Г. да друготуженом-противтужиоцу Ђ. К. исплати 400.000,00 евра са каматом. Ставом четвртим изреке одбијен је противтужбени захтев друготуженог-противтужиоца Ђ. К. којим је тражио да се обавежу тужиоци К. Г., М. Г. и У. Г. да му исплате 400.000,00 евра са каматом. Ставом петим изреке одбијен је предлог тужилаца за одређивање привремене мере којим су тражили забрану отуђења и оптерећења предметне непокретности – куће у Београду, као и забрану туженима да предузимају радње којима могу нанети штету тужиоцима и забрану да се врше промене на заштићеној непокретности на коју је управљено потраживање. Према утврђеном чињеничном стању, тужени Р. Г. је у своје име и за свој рачун, те у својству пуномоћника тужилаца као продаваца закључио са туженим Ђ. К. уговор о продаји непокретности Ов. бр. 2842/08 од 27.02.2008. године. Наведеним уговором извршена је продаја наведених непокретности. Констатовано је да ће даном закључења уговора купац продавцима исплатити купопродајну цену у целости, а да су продавци увели купца у посед предметне непокретности. Чланом 3 је уговорен раскидни услов да, уколико продавци поврате купцу примљену продајну цену у целости до 31.12.2008. године, уговор неће производити правно дејство. Уговор је за продавце потписао тужени Р. Г., а за купца тужени Ђ. К., који су потписали и потврду којом Р. потврђује да је од К. примно 400.000,00 евра по уговору од 27.02.2008. године. Тужени Р. Г. је у својству пуномоћника тужилаца закључио и потписао спорни уговор од 27.02.2008. године на основу генералног пуномоћја овереног пред Општинским судом у Смедеревској Паланци Ов. бр. 3396/07 од 06.08.2007. године, потписаног од стране тужиља М. Г. и К. Г., којим су га овластиле да у својству пуномоћника може отуђити или разменити четири локала у Београду, као и да закључује писмене уговоре, пред судом их потписује и да их заступа пред судским органима у вези са реализацијом истих. За тужиоца У. Г. тужени је закључио и потписао предметни уговор на основу решења Центра за социјални рад Смедерево од 29.01.2007. године, којим му је одобрено да као законски заступник – отац мал. У. Г., рођеног 1995. године, отуђи непокретну имовину и то ближе одређене и описане гараже и магацински простор у Београду, ради куповине других непокретности, да новац добијен од отуђења искористи за издржавање свог детета, да о томе поднесе извештај заједно са рачунима, а све након продаје и планираног улагања. Непокретност која је прометована спорним уговором Ов. бр. 2842/08 од 27.02.2008. године, стечена је уговором о размени Ов. бр. 22666/07 од 07.08.2007. године закљученим са Р. Б., тако да је тужиљи К. Г. припало право својине у идеалном делу од по 1/5 и то на стану од 114,40м2/приземље и спрат, затим на поткровљу и гараже у дворишту, тужиљи М. Г. право својине од по 1/5 идеалног дела на истим непокретностима, док је мал. У. Г. припало право својине 1/1 на две гараже од по 17м2, а Р. Г. право својине од по 50% идеалног дела на становима означеним редним бројем 1 и 2 у опису. У катастру непокретности је учесник размене Р. Б. уписани власник спорне непокретности коју је уговором о закупу од 28.08.2009. године тужени Ђ. К. издао у закуп Р. и З. Р. На позив Р. Р., интервенисали су полицијски службеници 29.03.2010. године када је упућен да проблеме реши преко својих станодаваца. Фирма туженог Р. Г. „Г" дуговала је фирми туженог Ђ. К. „А м" већи новчани износ по основу испорученог мазута, а који дуг фирма није била у могућности да исплати.

ности. Располагање другим непокретностима у име детета проузрокује ништавост таквог уговора.

Имајући у виду утврђено чињенично стање, да је уговором о купопродаји непокретности тужени Р. Г. располагао имовином чији је један од сувласника, а не искључиви власник, а да за располагање туђим сувласничким уделом није имао специјално пуномоћје и то тужиља К. и М. Г., већ пуномоћје које се односи на продају или размену локала у Београду, нити је за располагање сувласничког удела тада мал тужиоца У. Г. имао сагласност надлежног центра за социјални рад, већ сагласност центра да као законски заступник отуђи непокретну имовину мал. сина на другој адреси, па како је и сагласно чл. 5 Закона о промету непокретности тужени био дужан да претходно непокретност понуди на продају осталим сувласницима, што он није учинио, првостепени суд је закључио да је сагласно чл. 103 ЗОО апсолутно ништав уговор о купопродаји непокретности Ов. бр. 2842/08 од 27.02.2008. године. Како је у случају ништавости уговора, у смислу чл. 104 ЗОО, свака уговорна страна дужна да другој врати све што је примила по основу таквог уговора, првостепени суд је полазећи од потврде коју је тужени потписао и потврдио да је по уговору Ов. бр. 2842/08 од 27.02.2008. године примио купопродајну цену од 400.000,00 евра и исказа сведока Р. Ђ., коме је поклонио веру, утврдио да је на име куповине спорне непокретности тужени Ђ. К. предао новац туженом Р. Г., због чега је усвојио постављени противтужбени захтев туженог-противтужиоца и обавезао туженог да му врати примљену цену са припадајућом каматом. Код заузетог става да је закључењем спорног уговора тужени располагао имовином којом није могао располагати, првостепени суд је одбио противтужбени захтев за враћање купопродајне цене, постављен као основни према тужиоцима, имајући у виду да тужиоци нису закључили спорни уговор нити су примили износ на име купопродајне цене. Првостепени суд је поднео предлог за одређивање привремене мере забраном располагања спорне непокретности, налазећи да је нејасно којим би то радњама тужени могли осујетити или отежати остваривање потраживања тужилаца, те да у катастру непокретности тужени нису уписани као власници спорне непокретности.

По налажењу Апелационог суда, првостепени суд је правилно и потпуно утврдио чињенично стање које се жалбеним наводима не доводи у сумњу, а затим правилном применом материјалног права закључио да уговор о купопродаји непокретности од 27.02.2008. године не производи правно дејство, јер за закључење овог уговора тужени продавац није имао овлашћење да у име и за рачун тужилаца закључи такав уговор. Супротно наводима жалбе туженог, првостепени суд је правилном оценом изведених доказа, сходно чл. 8 ЗПП, утврдио све битне чињенице и околности под којима је закључен уговор од 27.02.2008. године, правилно закључивши да тужени није имао специјално оверено пуномоћје за рас-

полагање сувласничким уделима тужилаца нити сагласност надлежног центра за социјални рад за располагање сувласничким уделом тужиоца У. Г., малолетног у време закључења спорног уговора. Наиме, првостепени суд је полазећи од садржине генералног пуномоћја од 06.08. 2007. године издатог туженом од стране тужиља К. и М. Г., правилно оценио да се наведено пуномоћје односи на отуђење или размену локала, а не и на непокретности које су предмет уговора о купопродаји, од 27.02.2008. године. Не могу се прихватити жалбени наводи туженог Ђ. К. да је тужени Р. Г. као продавац имао овлашћење тужиља за закључење спорног уговора, издвајањем из целине дела текста садржаног у ставу трећем пуномоћја којим је констатовано да „све поступке нашег пуномоћника Р. Г. по овом генералном пуномоћју у целости одобравамо", код утврђеног да је у пуномоћју тачно означена непокретност која није предмет спорног уговора од 27.02.2008. године, на коју се односи издато пуномоћје. Неосновано се жалбом туженог Ђ. К. оспорава закључак првостепеног суда да је решењем центра за социјални рад од 29.01.2007. године дата сагласност туженом Р. Г. да располаже сувласничким уделом тужиоца, тада малолетног, указивањем да је реч о валидном решењу из чије садржине се јасно може закључити да је сврха његовог доношења да се отуђи непокретна имовина малолетника, ради стицања других непокретности у Београду или ради добијања новчаних средстава на име отуђења непокретности у власништву малолетника, код утврђеног да се сагласност, према изреци решења центра од 29.01.2007. године односи на отуђење ближе описаних непокретности тужиоца у Београду ради куповине других непокретности у Београду, тако што се обавезује отац да новац добијен од отуђења ове непокретности искористи у име свог детета и да о томе поднесе извештај органу старатељства, а све након продаје и планираног улагања, које се улагање, посматрано у склопу става првог изреке решења, односи на куповину друге непокретности у Београду, а не и на даље располагање тако прибављене непокретности, закључењем спорног уговора о располагању непокретности која је добијена разменом непокретности. Супротно жалбеним наводима, без утицаја је чињеница да је спорним уговором тужени располагао непокретношћу која је добијена разменом непокретности тужиља и то локала и непокретности мал. детета, по уговору о размени, када се има у виду обим и врста овлашћења, односно сагласности дате Р. Г. за предузимање правних послова у вези са тачно одређеним непокретностима. Без посебног овлашћења односно сагласности за закључење уговора о продаји спорне непокретности, тужени продавац такав уговор није могао закључити. Како се у смислу чл. 88 ЗОО уговор који је закључен од стране неовлашћеног лица сматра као да није ни закључен што га чини неважећим правним послом, а не релативно ништавим правним послом, то се не могу прихватити жалбени наводи којима се с позивом на чл. 117 ЗОО указује да су тужиоци својим држањем и поступцима сагласили са садржином спорног уговора и преузетим обавезама, код утврђеног да тужиоци нису дали сагласност за

закључење уговора од 27.2.2008. године нити из утврђеног чињеничног стања произлизи да су то накнадно учинили. Имајући у виду да је предмет спорног уговора о купопродаји од 27.2.2008. године, пренос права својине на целој кући коју чине више посебних, укњижених и неукњижених делова, код уговором изражене намере да се прометује цела спорна непокретноста не поједини њени делови, неосновано жалбом туженог оспорава одлука о ништавости спорног уговора и у делу којим је тужени располагао својим сувласничким уделом на делу спорне непокретности, с обзиром да је сходно члану 15 став 4 Закона о основама својинскоправних односа за отуђење целе ствари потребна сагласност свих сувласинка, што конкретно није случај. Даље, према угарђеном чињеничном стању, тужени К. је предао туженом Г по спорном уговору 400.000 евра, што супротно жалбеним наводима туженог Р Г, првостепени правилно утврђује на основу правилне оцене потврде потписане од стране тужених и исказа сведока Р Ђ, самостално и у склопу осталих изведених доказа, дајући јасне и правилне разлоге које прихвата и овај суд. Сведок је саслушан у више наврата, а и након изведеног доказа суочењем, у свом исказу објаснио да је био присутан приликом давања новца, те да је са туженим Г ишао у Нови Пазар где је овај преузео део новца, да је потврду о пријему новца потписао Р Г, то у одсуству писаних доказа о постојању дуга фирме туженог у периоду који је претходно закључењу спорног уговора, без утицаја су жалбени наводи Р Г да је под притиском потписао потврду о пријему новца, јер изнето нема упориште у утврђеном чињеничном стању.

1.4. Врховни касациони суд

Врховни Касациони суд је донео ревизију поводом поништења уговора о доживотном издржавању који је закључио малолетник. Узраст малолетника је једна од кључних околности код пуноважности уговора о доживотном издржавању који у име малоленика закључује његов законски заступник – родитељ.[285]

285 Врховни касациони суд Рев. 16/2015 од 12.02.2015. године. Пресудом Основног суда у Ваљеву, Судска јединица у Убу П 2410/12 од 11.01.2013. године, ставом првим изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев тужилаца којим су тражили раскид уговора о доживотном издржавању оверен код Општинског суда у Убу под бројем ЗР 4/06 од 19.01.2006. године, закључен између пок. оца тужилаца Ж. Г., као примаоца издржавања и туженог мал. Л. Г., као даваоца издржавања услед неиспуњења уговорних обавеза од стране туженог мал. Л.Г.. Ставом другим изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев тужилаца којим су тражили да се поништи уговор о доживотном издржавању оверен код Општинског суда у Убу под ЗР 4/06 од 19.01.2006. године који је закључен између пок. оца тужилаца Ж. Г., као примаоца издржавања и туженог мал. Л. Г., као даваоца издржавања због мане воље уговарача и повреде форме уговора. Према утврђеном чињеничном стању, отац тужилаца, сада пок. Ж. Г. је као прималац издржавања са туженим мал. Л.Г. као даваоцем издржавања закључио уговор о доживотном издржавању који је оверен код Општинског суда у Убу под бр. ЗР 4/06 од 19.01.2006. године, с тим да је уговор

Основано се ревизијом тужилаца указује да су нижестепени судови погрешно применили материјално право због чега је чињенично стање остало непотпуно утврђено. Према одредби члана 56. Закона о облигационим односима за закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора. Одредбом члана 64. Породичног закона, ставом 1. прописано је да дете које није навршило 14. годину живота (млађи малолетник) може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја, а ставом 2. тог члана да дете које је навршило 14 година живота (старији малолетник) може предузимати, поред правних послова из става 1. овог члана, и све стале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно сагласност органа старатељства за правне послове из члана 193. став 3. овог закона. Дакле, за закључење пуноважног уговора у смислу члана 56. Закона о облигационим односима потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора, а код чињенице да се уговором о доживотном издржавању, као двострано обавезним уговором, стварају обавезе за обе уговорне стране, то давалац издржавања може бити само оно физичко лице које је способно да својом изјавом воље, поред права, стиче и заснива обавезе. Како је у конкретном случају тужени мал. Л.Г. (у време закључења уговора имао је две године) уговором о доживотном издржавању који је закључен преко законског заступника оца Д.Г. преузео обавезу издржавања и бригу о примаоцу издржавања, што произлази из садржине члана 3. закљученог уговора, то су нижестепени судови пропустили да у смислу цитираних законских одредаба оцене да ли је Л.Г. као млађи малолетник, с обзиром на природу уговора, био пословно способан да преузме уговорне обавезе, а од које чињенице зависи пуноважност закљученог уговора, односно да утврде праву вољу уговарача у погледу стварног обвезника издржавања из овог уговора. Уговор

у име и за рачун даваоца издржавања мал. Л. Г. (у време закључења уговора имао је две године) потписао и закључио његов отац Д. Г. Наведеним уговором давалац издржавања се преко свог заступника обавезао да примаоца издржавања издржава и брине се о њему, а након смрти сахрани по месним обичајима. Прималац издржавања се уговором обавезао да ће даваоцу издржавања после своје смрти оставити у својину одређене непокретности. Тужиоци су престали да одржавају личне односе са својим оцем сада пок. Ж. Г. пре седамнаест година, од када је Ж. живео као члан домаћинства свог брата М. Г., које су чинили његова супруга Д., син Д. и ћерка Д.. Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су одбили тужбени захтев тужилаца за раскид уговора о доживотном издржавању јер су закључили да је обавезе мал. Л. Г. према примаоцу издржавања, а у складу са уговором, односно у име и за рачун малолетног даваоца издржавања, извршавао његов законски заступник отац Д. Г., као и евентуално постављени тужбени захтев којим је тражен поништај уговора јер није утврђено постојање мана воље, нити повреда форме уговора. Пресудом Апелационог суда у Београду Гж 2281/13 од 23.10.2013. године одбијена је као неоснована жалба тужилаца и потврђена првостепена пресуда.

о доживотном издржавању се закључује ради остваривања саме сврхе уговора у виду старања и бриге о примаоцу издржавања, а код чињенице да је у конкретном случају уговор закључен са двогодишњим дететом као даваоцем издржавања, који се обавезао да преко свог законског заступника издржава примаоца издржавања на начин ближе описан уговором, то је по оцени ревизијског суда, пропуштено да се оцени права воља уговарача у погледу стварног обвезника издржавања из овог уговора. Такође, нижестепени судови су пропустили да, у смислу особене форме уговора о доживотном издржавању прописане одредбом члана 195. Закона о наслеђивању, која форма важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, оцене да ли је малолетни Л.Г. преко свог законског заступника могао бити упознат са садржином уговора и упозорен на правне последице закљученог уговора као посебном судском радњом јер, иако присуство родитеља приликом овере уговора од стране судије, односно извршење наведене форме уговора у присуству родитеља (који као законски заступник заступа дете и делује у име и за рачун детета у свим компонентама уговора, садржинске или формалне природе) представља правоваљано извршење форме тог уговора, сам обим заступања родитеља зависи од обима пословне способности малолетника.

Врховни касациони суд је одлучио по ревизији и у следећем случају. Нашао је да поништење уговора о доживотном издржавању није могуће иако је једна уговорна страна малолетник старости две године, у чије име и за чији рачун ће обавезе из уговора извршавати законски заступник детета који је у његово име закључио уговор.[286]

286 Врховни касациони суд Рев. 1663/2016 од 24.05.2017. године. Према утврђеном чињеничном стању, отац тужилаца сада пок. ДД је као прималац издржавања закључио уговор о доживотном издржавању који је оверен код Општинског суда у Убу дана 19.01.2006. године са туженим малолетним ВВ као даваоцем издржавања, који је у то време имао две године. Чланом 3 овог уговора, малолетни давалац издржавања се обавезао да ће извршавати своју уговорну обавезу преко свог законског заступника оца ГГ, који је преузео обавезу да издржава примаоца издржавања, да се брине о њему, тако што ће му до краја његовог живота обезбеђивати огрев, одећу, обућу, у болести водити код лекара, одржавати хигијену у кући, припремати храну и обезбеђивати одговарајућу негу, набављати лекове и сносити трошкове лечења, а након смрти сахранити по месним обичајима и издати подушја. Заузврат, прималац издржавања ДД, као награду за дато издржавање после смрти оставља даваоцу издржавања имовину означену у уговору, како је то констатовано у чл. 2. Овај уговор је у својству даваоца издржавања закључио његов законски заступник – отац ГГ који је учествовао у ванпарничном поступку судијске овере овог уговора. Законски заступник малолетног туженог је извршио преузете обавезе даваоца издржавања као што је то чинио и дужи низ година пре закључења овог уговора све до смрти примаоца издржавања сада пок. ДД који је умро 20.07.2008. године, а након смрти га је сахранио и издао подушја. Тужиоци су деца – законски наследници сада покојног ДД који су оставинским решењем упућени на парницу ради оспоравања пуноважности овог уговора, који није оспорио његов трећи законски наследник – син ЂЂ. Тужиоци су престали да одржавају личне односе са својим оцем пре 17 година, односно од 1994. године од када је ДД живео у заједничком домаћинству свог брата ЕЕ, који су чинили његова супруга ЖЖ, син ГГ и ћерка

Полазећи од утврђеног чињеничног стања правостепени суд је одбио примарни тужбени захтев тужилаца за поништај и евентуални тужбени захтев за утврђење ништавости наведеног уговора о доживотном издржавању, правилно налазећи да је обавеза даваоца издржавања малолетног ВВ у овом уговору дефинисана тако да је ту обавезу према примаоцу издржавања преузео његов законски заступник – отац ГГ који ју је фактички и извршавао у складу са уговором. Он је закључио и судски оверио овај уговор у име и за рачун малолетног даваоца издржавања као његов законски заступник у смислу члана 72. став 1. Породичног закона. Како није утврђено постојање мана воље, а воља странака да се закључи наведени уговор је била потпуно слободно изражена и примаоцу издржавања су била позната лична својства малолетног даваоца издржавања, са ким је овај уговор и закључио, сматрао је да нису испуњени услови за његов поништај у смислу члана 111. Закона о облигационим односима (ЗОО). Притом није утврђена ни повреда форме овог уговора, који је у име и за рачун даваоца издржавања закључио његов отац законски заступник и која је потврђена у судијској овери извршеној у смислу члана 195. Закона о наслеђивању. По становишту другостепеног суда су испуњени услови за поништај предметног уговора о доживотном издржавању прописани чланом 111. ЗОО из разлога ограничене пословне способности малолетног даваоца издржавања јер он као млађи малолетник узраста од две године у смислу члана 64. став 1. Породичног закона, с обзиром на природу уговора, није био пословно способан да преузме уговорне обавезе, имајући притом у виду да је према члану 56. ЗОО за закључење пуноважног уговора потребно да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора. Како је закључио да су испуњени услови за поништај предметног уговора због ограничене пословне способности уговорне стране, другостепени суд је нашао да зато нису испуњени услови за одлучивање о евентуалном тужбеном захтеву за утврђивање његове ништавости. По становишту овога суда ревидент основано указује на погрешно примењену одредбу члана 64. Породичног закона којим се регулише питање пословне способности детета у случајевима у којима дете може самос-

33. Пресудом Основног суда у Убу П бр.665/15 од 05.01.2016. године ставом првим изреке одбијен је као неоснован примарни тужбени захтев тужилаца којим су тражили поништај уговора о доживотном издржавању овереног код Општинског суда у Убу од 19.01.2006. године закљученог између пок. оца тужилаца ДД као примаоца издржавања и туженог мал. ВВ као даваоца издржавања, као и евентуални тужбени захтев којим је тражено да се утврди да је исти уговор ништав и да не производи правно дејство. Пресудом Апелационог суда у Београду Гж 1687/16 од 08.06.2016. године, ставом првим изреке преиначена је наведена првостепена пресуда у делу става првог изреке тако што се поништава уговор о доживотном издржавању закључен између оца тужилаца пок. ДД, као примаоца издржавања и туженог мал. ВВ као даваоца издржавања. Ставом другим изреке иста првостепена пресуда је укинута у преосталом делу става првог изреке којим је одбијен тужбени захтев да се утврди да је тај уговор о доживотном издржавању ништав.

тално предузимати правне послове, што конкретно није случај. Наиме, у овом случају је обавеза издржавања за даваоца издржавања одредбом тог уговора, била дефинисана и установљена као обавеза која ће се извршавати преко његовог законског заступника – оца, који је на овај начин и преузео обавезу даваоца издржавања, која је извршена. Имајући зато у виду праву вољу уговорника (да ће уговорне обавезе испуњавати законски заступник даваоца издражвања) уговор о доживотном издржавању производи правно дејство у погледу извршења, без обзира на узраст даваоца издржавања. Закон о наслеђивању нема ограничења у погледу тога ко може бити давалац по уговору о доживотном издржавању па давалац може бити свако лице. Малолетни уговарач је био заступан од стране свог оца као законског заступника у смислу члана 72. став 1. Породичног закона, па нису испуњени услови за поништај уговора у смислу члана 111. ЗОО. Имајући у виду све изложено и да је била испуњена писмена форма уговора о доживотном издржавању потврђена у судијској овери у ванпарничном поступку у смислу члана 195. Закона о наслеђивању, то уговор производи правно дејство. Чак и под условом да теретни уговор у име и за рачун малолетника до 14. године живота није могао да закључи законски заступник, уговор би производио правно дејство по члану 66. став 2. Закона о облигационим односима (конверзија) као уговор о поклону јер су испуњени услови за његову ваљаност: оверен је, а из утврђеног чињеничног стања произлази намера дарежљивости сада пок. ДД према малолетном ВВ, као унуку свог брата ЕЕ, чија се породица од 1994. године (пре закључења уговора) старала о њему као члану своје породице све до његове смрти.

2. КРАТАК ОСВРТ НА СУДСКУ ПРАКСУ

У погледу правних послова млађег малолетника сматрамо да послови малог значаја, тј. свакодневни правни послови нису и не смеју бити предмет поништења, односно судског спора. У пракси судова није било таквих случајева. Послове малог значаја делимо у две групе: на послове малог значаја уобичајене вредности, као што су свакодневне куповине у продавници, куповина карата за превоз, биоскоп, позориште, концерте и послове малог значаја веће вредности, као што су куповина мобилног телефона, лап топа, таблета, бицикла, а који не могу по економској вредности бити уобичајени, али ипак не би требали бити предмет судског спора и поништења, било од стране малолетника, било од стране његових законских заступника. Основано је претпоставити, и дешава се у пракси, да малолетници узраста дванаест или тринаест година купују нпр. мобилни телефон вредности 500, па чак и 1000 еур. При закључењу таквог уговора, ако продавац не утврђује узраст малолетника, нити тражи сагласност његових родитеља или других законских заступника, таква пракса је супротна законским одредбама. У

СИНОПТИЧКИ ПРИКАЗ ДОСЛОВНОГ ПРЕУЗИМАЊА ТЕКСТА ИЗ РАНИЈЕ ОДБРАЊЕНИХ МАСТЕР РАДОВА КАНДИДАТА КОЈИМА ЈЕ ДР УРОШ НОВАКОВИЋ БИО МЕНТОР

Mas. 3688/+CD

doi: 10.56461/ZR_24.LAJT.24

Prof. dr *Uroš Novaković**

PRAVO DETETA NA ZAŠTITU OD ŠTETNIH UTICAJA SAVREMENIH MASOVNIH MEDIJA (INTERNETA)

Apstrakt: *U radu se analizira zaštita podataka o ličnosti deteta i pravo deteta na zaštitu od štetnih uticaja masovnih, savremenih, medija. Internet, pre svega, ali i drugi savremeni mediji u najvećoj meri oblikuju svest dece i imaju primarnu ulogu u vaspitanju dece, neretko čak i značajniju od uloge porodice. Tanka je granica između prava deteta na informisanje i štetnih uticaja sredstava informisanja na dete, posebno ako se ima u vidu da je pravo deteta da dobija informacije usko povezano sa pravom deteta na formiranje mišljenja. Pored zakonske regulative na nacionalnom i međunarodnom planu, nezavisna tela i organi imaju značajnu ulogu u zaštiti deteta jer se njihovo delovanje može odnositi na konkretne povrede prava deteta koje se javljaju na svakodnevnom nivou. Pristanak deteta na korišćenje savremenih masovnih medija i interneta treba biti slobodno dat, konkretan, informisan i nedvosmislen, u vidu izričite izjave ili afirmativne radnje. Imajući u vidu potrebu poštovanja autonomije volje savremenog deteta, zalažemo se za promovisanje roditeljske kontrole koja poštuje privatnost i najbolji interes deteta. Neki od primera su: filtriranje ili restrikcija neprikladnih sadržaja direktno sa uređaja ili od strane aplikacije, restrikcija u podešavanjima privatnosti koja onemogućava aplikaciji pristup kontaktima, fotografijama i drugim ličnim podacima, pristup roditelja istoriji pregledanja sadržaja deteta. Sharenting se definiše kao korišćenje društvenih mreža od strane roditelja za deljenje sadržaja o deci putem tekstualnih objava, fotografija i video-zapisa koji sadrže lične podatke deteta. I na međunarodnom i na nivou EU problem je prepoznat i doneta su mnoga dokumenta kojima se nastoji da se zaštite prava dece u digitalnoj sferi. I naš zakonodavac ide u tom pravcu. Pored ostalih mogućnosti, postoji i jedna koja naizgled može biti protivna savremenom konceptu prava deteta i konstantnom širenju ovog koncepta, ali dugoročno posmatrano, ona je u skladu sa principom ostvarivanja blagostanja deteta – najboljeg interesa deteta – deci do 12. godine ne treba omogućiti slobodan pristup internetu na mobilnom telefonu. Problem kod interneta i drugih sličnih savremenih medija i društvenih mreža je u tome što se zbog brzine prenošenja sadržaja na njima može trenutno postići negativan efekat po dobrobit deteta (objavljivanje lika deteta, podataka o detetu u senzacionalističke svrhe), dok se čak i donošenjem presude ili drugog administrativnog, odnosno sudskog akta, pozitivni efekti otklanjanja povrede čine gotovo minimalnim. Potrebno je preventivno delovanje državnih organa i roditelja, a ne reaktivno.*

Ključne reči: dete, roditelj, prava deteta, masovni mediji, internet, roditeljsko pravo, zaštita deteta, društvene mreže.

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; e-mail: uros.novakovic@ius.bg.ac.rs

Правни факултет Универзитета у Београду

МАСТЕР РАД

Право детета на заштиту података о личности на интернету

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ * БИБЛИОТЕКА * БЕОГРАД

Ментор:

Проф. др Урош Новаковић

Кандидат:

Тамара Рашковић, 226/2021

Београд, октобар 2022.

303003688

više nego ikada pre tokom istorije, pod uticajem medija, to jest pod uticajem neke druge društvene grupe koja nije porodica ili škola. Mediji, u savremeno doba, u najvećoj meri oblikuju mišljenje dece. Medijska pismenost dece sastavni je deo prava deteta na informisanje i na obrazovanje. Dete u savremenom dobu ne može biti socijalizovano bez posedovanja medijske pismenosti i korišćenja interneta. Nesporno je da internet može imati brojne obrazovne, naučne i kulturne koristi za dete. U zavisnosti od načina i, posebno, obima upotrebe.

Jedno od osnovnih prava u medijskom prostoru jeste pravo na slobodu medija. Članom 50. Ustava Republike Srbije (dalje: Ustav RS)[10] zajemčena je sloboda medija. Međutim, ovo pravo je u savremeno doba došlo u jednu kontradikciju – sloboda medija dovela je do stvaranja medijskog haosa i pretežno štetnog uticaja medija, kako na odrasle osobe, tako i na decu. Ako s jedne strane imamo slobodu medija, s druge strane imamo pravo pojedinca da se (za)šti od štetnog delovanja medija. Posebno se medijske slobode pokazuju kao štetne po razvoj deteta i njegovu dobrobit, te je potrebno štititi lična prava deteta od medijskog uticaja.[11]

2.1. NACIONALNI OKVIR

Ustavom RS zajemčena je zaštita podataka, zabranjena je i kažnjava se svaka upotreba ličnih podataka izvan svrhe za koju su prikupljeni, osim ukoliko se prikupljaju u svrhu vođenja krivičnih postupaka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način uređen posebnim zakonom u oblasti zaštite podataka o ličnosti.[12] Prvi zakon u ovoj oblasti, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (dalje: ZZPL), usvojen je 23. oktobra 2008. godine.[13] Nezavisni nadzorni organ nadležan za primenu i nadzor zakona, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, takođe je ustanovljen ovim zakonom. Zakon je bio usaglašen sa tada važećom Direktivom EU iz 1995. godine. Novi ZZPL, koji je stupio na snagu 21. novembra 2018. godine, a u primeni je od 21. avgusta 2019. godine, predstavlja nameru usklađivanja zakonodavstva Republike Srbije sa evropskim zakonodavstvom u ovoj oblasti. Budući da Zakon u velikoj meri predstavlja adaptirani prevod Opšte uredbe, ne može se govoriti o njegovoj usklađenosti sa ovim dokumentom u brojnim aspektima.

Ustav RS polazi od stanovišta da prava dece pripadaju posebnoj kategoriji ljudskih prava.[14] Kada je reč o pristanku maloletnog lica u vezi sa korišćenjem usluga informacionog društva, ZZPL u članu 16. propisuje 15 godina kao starosnu granicu za ostvarivanje ovog prava, čime je usklađen sa evropskom

10 Ustav RS, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

11 O tome vid. Radolović, A., 2007, Odnos prava osobnosti i medijskog prava, *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 28, 1, str. 268.

12 Član 42. Ustava RS.

13 ZZPL, *Sl. glasnik RS*, br. 97/08, 104/09 – dr. zakon, 68/12 – odluka US i 107/12.

14 Draškić, M., 2009, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, Službeni glasnik, str. 179.

Уставом Републике Србије се јемчи заштита података и забрањује се и кажњава свака употреба ових података изван сврхе за коју су прикупљени, осим уколико се не прикупљају у сврху вођења кривичних поступака или заштите безбедности Републике Србије, на начин уређен посебним законом у области заштите података о личности.[86]

Србија је 1992. године ратификовала Конвенцију 108 Савета Европе, док је 2020. године ратификовала Протокол којим се мења Конвенција 108.

Први закон у области заштите података о личности у Србији, Закон о заштити података о личности, усвојен је 23. октобра 2008. године[87]. Њиме су били уређени услови за прикупљање и обраду података о личности, права лица и заштита права лица чији се подаци прикупљају и обрађују, ограничења заштите података о личности, поступак пред надлежним органом за заштиту података о личности, обезбеђење података, евиденција, изношење података из Србије и надзор над извршењем његових одредби.[88] Независни надзорни орган надлежан за примену и надзор закона, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, такође је установљен овим законом. Закон је био усаглашен са тада важећом Директивом ЕУ из 1995. године, али није била омогућена примена других прописа значајних за ову област, као што је нпр. Раније поменута Директива о е-приватности. Сам текст Закона није био значајно мењан током више од пет година његове примене. Закон је само два пута измењен и допуњен, и то једном на основу одлуке Уставног суда, а други пут допуна се односила на дозвољеност промене сврхе обраде података о личности. Главни недостаци закона огледали су се, између осталог, у неадекватно уређеном поступку остваривања права на заштиту података о личности и неуређеном поступку изношења података о личности из Републике Србије. Такође, недостаци су били изражени и у непотпуном уређењу одговорности у случају кршења права лица, као и у случају неиспуњавања законских обавеза. Безбедност података била је потпуно неадекватно и непрецизно уређена, а недостајала је и обавеза анализе ризика по права лица у случају појединих обрада које могу озбиљно угрозити њихових права. Истовремено, било је неопходно је увести нове институте у режим заштите података који се превасходно односе на лица задужена за

86 Члан 42. Устава Републике Србије, („Службени гласник РС", бр. 98/2006).

87 Закон о заштити података о личности („Сл.гласник РС" 97/08,104/09-др.закон, 68/12 -одлука УС и 107/12).

88 Члан 1. став 1 Закона о заштити података о личности.

više nego ikada pre tokom istorije, pod uticajem medija, to jest pod uticajem neke druge društvene grupe koja nije porodica ili škola. Mediji, u savremeno doba, u najvećoj meri oblikuju mišljenje dece. Medijska pismenost dece sastavni je deo prava deteta na informisanje i na obrazovanje. Dete u savremenom dobu ne može biti socijalizovano bez posedovanja medijske pismenosti i korišćenja interneta. Nesporno je da internet može imati brojne obrazovne, naučne i kulturne koristi za dete. U zavisnosti od načina i, posebno, obima upotrebe.

Jedno od osnovnih prava u medijskom prostoru jeste pravo na slobodu medija. Članom 50. Ustava Republike Srbije (dalje: Ustav RS)[10] zajemčena je sloboda medija. Međutim, ovo pravo je u savremeno doba došlo u jednu kontradikciju – sloboda medija dovela je do stvaranja medijskog haosa i pretežno štetnog uticaja medija, kako na odrasle osobe, tako i na decu. Ako s jedne strane imamo slobodu medija, s druge strane imamo pravo pojedinca da se (za)šti od štetnog delovanja medija. Posebno se medijske slobode pokazuju kao štetne po razvoj deteta i njegovu dobrobit, te je potrebno štititi lična prava deteta od medijskog uticaja.[11]

2.1. NACIONALNI OKVIR

Ustavom RS zajemčena je zaštita podataka, zabranjena je i kažnjava se svaka upotreba ličnih podataka izvan svrhe za koju su prikupljeni, osim ukoliko se prikupljaju u svrhu vođenja krivičnih postupaka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način uređen posebnim zakonom u oblasti zaštite podataka o ličnosti.[12] Prvi zakon u ovoj oblasti, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (dalje: ZZPL), usvojen je 23. oktobra 2008. godine.[13] Nezavisni nadzorni organ nadležan za primenu i nadzor zakona, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, takođe je ustanovljen ovim zakonom. Zakon je bio usaglašen sa tada važećom Direktivom EU iz 1995. godine. Novi ZZPL, koji je stupio na snagu 21. novembra 2018. godine, a u primeni je od 21. avgusta 2019. godine, predstavlja nameru usklađivanja zakonodavstva Republike Srbije sa evropskim zakonodavstvom u ovoj oblasti. Budući da Zakon u velikoj meri predstavlja adaptirani prevod Opšte uredbe, ne može se govoriti o njegovoj usklađenosti sa ovim dokumentom u brojnim aspektima.

Ustav RS polazi od stanovišta da prava dece pripadaju posebnoj kategoriji ljudskih prava.[14] Kada je reč o pristanku maloletnog lica u vezi sa korišćenjem usluga informacionog društva, ZZPL u članu 16. propisuje 15 godina kao starosnu granicu za ostvarivanje ovog prava, čime je usklađen sa evropskom

10 Ustav RS, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

11 O tome vid. Radolović, A., 2007, Odnos prava osobnosti i medijskog prava, *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 28, 1, str. 268.

12 Član 42. Ustava RS.

13 ZZPL, *Sl. glasnik RS*, br. 97/08, 104/09 – dr. zakon, 68/12 – odluka US i 107/12.

14 Draškić, M., 2009, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, Službeni glasnik, str. 179.

заштиту података код руковалаца или код обрађивача података о личности, ради усклађивања са Општом уредбом.

Нови Закон о заштити података о личности који је ступио на снагу 21. новембра 2018. године, а у примени је од 21. августа 2019. године, представља покушај усклађивања законодавства Републике Србије са европским законодавством у овој области, односно Општом уредбом и Полицијском директивом. Будући да нови Закон, што је већи број пута истицала и служба Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, у великој мери представља адаптирани превод Опште уредбе, не може се говорити о његовој усклађености са овим документом у бројним аспектима. Наиме, Повереник је у више наврата истицао да је чињеница да Закон садржи одређена употребљива решења, али да бројни недостаци и даље остављају простор за различито разумевање, а тиме и отежану примену. Повереник је указивао и на то да су бројне одредбе овог закона једноставно само преузете из Опште уредбе, али не и из њеног уводног дела, односно рецитала, као и да су делимично преузете из Полицијске директиве. Услед неодговарајућег начина транспоновања Полицијске директиве, у Закону о заштити података о личности су успостављена два паралелна режима у погледу обраде података, од којих је један општи, а други, који се односи на „надлежне органе", је посебан. Даље, више питања у Закону није уопште или одговарајуће уређено, неке одредбе су општег карактера, односно недовољно конкретизоване, бројни чланови садрже непримерено много ставова, постоји изузетно велики број случајева изузимања од примене итд.[89]

Када је у питању пристанак малолетног лица у вези са коришћењем услуга информационог друштва, Закон у члану 16. прописује петнаест година као старосну границу за остваривање овог права, чиме је усклађен са европском регулативом. Међутим, имајући у виду да је Законом у надлежност Повереника стављено и старање о подизању јавне свести о ризицима, правилима, мерама заштите и правима у вези са обрадом, а посебно ако се ради о обради података о малолетном лицу, било би корисно да овај орган изради смернице попут надзорних органа из држава чланица. Такође,

[89] Опширније видети годишњи извештај Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности за 2019. годину, https://www.poverenik.rs/images/stories/dokumentacija-nova/izvestajiPoverenika/2019/Izvestaj-za2019.pdf , 15.3.2022.

pravima iz 1966. godine) nije predviđao pravo na zaštitu podataka o ličnosti kao fundamentalno ljudsko pravo.

Na nivou evropskog pravnog područja, Savet Evrope je 1981. usvojio Konvenciju o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu podataka (tzv. Konvencija 108),[25] prvi obavezujući međunarodni instrument u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Takođe je značajno napomenuti da je Savet Evrope 2018. godine usvojio Smernice za poštovanje, zaštitu i ostvarivanje prava deteta u digitalnom okruženju.[26]

Pravni dokument kojim je na teritoriji Evropske unije uspostavljen mehanizam zaštite podataka o ličnosti, predstavlja Direktiva o zaštiti građana u vezi sa obradom podataka o ličnosti i slobodnom kretanju takvih podataka iz 1995. godine.[27] Direktiva je postavila temelje za dalji razvoj nacionalnog zakonodavstva i prakse država članica, iako nije posebno uredila prava deteta u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Propisana su stroga ograničenja za prikupljanje i korišćenje podataka o ličnosti i obaveza da svaka država članica osnuje nezavisno nacionalno telo odgovorno za nadzor nad svim aktivnostima povezanim sa obradom podataka o ličnosti.

Najvažniji akt EU u ovoj oblasti jeste Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije iz 2016. godine (dalje: Opšta uredba).[28] Opšta uredba je prvi dokument u Evropskoj uniji koji u određenoj meri uređuje pravo na zaštitu podataka o ličnosti deteta.[29] Pojam deteta je preuzet iz Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta. Opšta uredba se ne primenjuje na obradu podataka o ličnosti koja nije predmet neposredne nadležnosti Evropske unije, kao što je nadležnost organa u pogledu sprečavanja ili otkrivanja krivičnih dela, sprovođenja istrage, gonjenja za krivična dela ili izvršenja krivičnih sankcija, uključujući i zaštitu javne bezbednosti, kao ni na obradu podataka o ličnosti koju vrši fizičko

25 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS No. 108) of 28.01.1981.

26 Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment – Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers (https://rm.coe.int/guidelines-to-respect-protect-and-fulfil-the-rights-of-the-child-in-th/16808d881a, 24. 3. 2023).

27 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *OJ L* 281, 23. 11. 1995, pp. 31–50.

28 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L* 119, 4. 5. 2016, pp. 1–88.

29 „Podaci o ličnosti" su svi podaci koji se odnose na fizičko lice čiji je identitet određen ili se može odrediti; fizičko lice čiji se identitet može odrediti je lice koje se može identifikovati posredno ili neposredno, posebno pomoću identifikatora kao što su ime, identifikacioni broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili pomoću jednog ili više faktora svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili društveni identitet tog fizičkog lica, dok je „obrada" svaki postupak ili skup postupaka koji se vrši nad podacima o ličnosti ili nad skupovima podataka o ličnosti, automatski ili neautomatizovano, kao što su prikupljanje, evidentiranje, organizacija, strukturiranje, skladištenje, prilagođavanje ili izmena, pronalaženje, vršenje uvida, upotreba, otkrivanje prenosom, širenjem ili stavljanjem na raspolaganje na drugi način, usklađivanje ili kombinovanje, ograničavanje, brisanje ili uništavanje.

али и лакши проток података о личности који је почео да превазилази државне границе. Стога је основни циљ Конвенције био да на територији држава потписница гарантује сваком физичком лицу право на приватност у случају аутоматске обраде његових личних података, без обзира на његову националност, пребивалиште и боравиште.[10]

Конвенција не подлеже судском надзору Европског суда за људска права, али се разматра у контексту члана 8. Европске конвенције о људским правима. Ипак, током година примене Конвенције, Европски суд за људска права је пресуђивао да је заштита података о личности важан део права на поштовање приватног живота из њеног члана 8.

Први корак детаљнијег правног регулисања заштите података о личности на нивоу Европске уније представља усвајање Директиве о заштити појединаца у вези са обрадом личних података и слободном кретању таквих података из 1995. године. Директива је прописала строга ограничења за прикупљање и коришћење података о личности и обавезу да свака држава чланица оснује независно национално тело одговорно за надзор над свим активностима повезаним са обрадом података о личности.[11] Свака држава чланица прописала је један или више независних државних органа одговорних за праћење примене прописа усвојених у складу са Директивом. Директива се примењивала како на податке који се обрађују аутоматски, тако и на оне садржане у неаутоматским системима, односно на папиру. Директива је одредила услове за законитост обраде и начела која се морају применити како би обрада била дозвољена. Директива је прописала и права лица чији се подаци обрађују као што је право на добијање информација, право приступа, право на приговор и правно средство за кршење права и право на одштету. Директивом је формирана и радна група за заштиту појединаца у погледу обраде података о личности (тзв. *Article 29 Working Party* - Радна група члана 29.). Радна група је имала саветодаван статус и независност у свом раду, а у њен делокруг одређено је разматрање свих питања која су се односила на спровођење

[10] Члан 1. Конвенције Савета Европе о заштити лица у односу на аутоматску обраду података.

[11] Др Наташа Пирц Мусар и Тина Крајгер Мишич, Заштита података и надлежности институција Европске уније, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2018, стр. 24.

pravima iz 1966. godine) nije predviđao pravo na zaštitu podataka o ličnosti kao fundamentalno ljudsko pravo.

Na nivou evropskog pravnog područja, Savet Evrope je 1981. usvojio Konvenciju o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu podataka (tzv. Konvencija 108),[25] prvi obavezujući međunarodni instrument u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Takođe je značajno napomenuti da je Savet Evrope 2018. godine usvojio Smernice za poštovanje, zaštitu i ostvarivanje prava deteta u digitalnom okruženju.[26]

Pravni dokument kojim je na teritoriji Evropske unije uspostavljen mehanizam zaštite podataka o ličnosti, predstavlja Direktiva o zaštiti građana u vezi sa obradom podataka o ličnosti i slobodnom kretanju takvih podataka iz 1995. godine.[27] Direktiva je postavila temelje za dalji razvoj nacionalnog zakonodavstva i prakse država članica, iako nije posebno uredila prava deteta u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Propisana su stroga ograničenja za prikupljanje i korišćenje podataka o ličnosti i obaveza da svaka država članica osnuje nezavisno nacionalno telo odgovorno za nadzor nad svim aktivnostima povezanim sa obradom podataka o ličnosti.

Najvažniji akt EU u ovoj oblasti jeste Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije iz 2016. godine (dalje: Opšta uredba).[28] Opšta uredba je prvi dokument u Evropskoj uniji koji u određenoj meri uređuje pravo na zaštitu podataka o ličnosti deteta.[29] Pojam deteta je preuzet iz Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta. Opšta uredba se ne primenjuje na obradu podataka o ličnosti koja nije predmet neposredne nadležnosti Evropske unije, kao što je nadležnost organa u pogledu sprečavanja ili otkrivanja krivičnih dela, sprovođenja istrage, gonjenja za krivična dela ili izvršenja krivičnih sankcija, uključujući i zaštitu javne bezbednosti, kao ni na obradu podataka o ličnosti koju vrši fizičko

25 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS No. 108) of 28.01.1981.

26 Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment – Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers (https://rm.coe.int/guidelines-to-respect-protect-and-fulfil-the-rights-of-the-child-in-th/16808d881a, 24. 3. 2023).

27 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *OJ L* 281, 23. 11. 1995, pp. 31–50.

28 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L* 119, 4. 5. 2016, pp. 1–88.

29 „Podaci o ličnosti" su svi podaci koji se odnose na fizičko lice čiji je identitet određen ili se može odrediti; fizičko lice čiji se identitet može odrediti je lice koje se može identifikovati posredno ili neposredno, posebno pomoću identifikatora kao što su ime, identifikacioni broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili pomoću jednog ili više faktora svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili društveni identitet tog fizičkog lica, dok je „obrada" svaki postupak ili skup postupaka koji se vrši nad podacima o ličnosti ili nad skupovima podataka o ličnosti, automatski ili neautomatizovano, kao što su prikupljanje, evidentiranje, organizacija, strukturiranje, skladištenje, prilagođavanje ili izmena, pronalaženje, vršenje uvida, upotreba, otkrivanje prenosom, širenjem ili stavljanjem na raspolaganje na drugi način, usklađivanje ili kombinovanje, ograničavanje, brisanje ili uništavanje.

Општа уредба има за циљ да обезбеди правну сигурност и транспарентност, као и хармонизацију - једнаки ниво права, обавеза и одговорности појединаца и институција које врше обраду података о личности, и једнаке санкције у свим државама чланицама.

Прво поглавље Опште уредбе садржи уводне одредбе, предмет, циљеве, подручје примене и дефиниције појмова. У другом поглављу садржана су начела обраде података, услови за пристанак лица на обраду података као и услови за обраду посебних категорија података. Овај део уређује пристанак на обраду података детета приликом коришћења услуга информационог друштва. Треће поглавље односи се на права лица чији се подаци обрађују, укључујући ограничења у вези са обрадом и правима лица. У четвртом поглављу дефинишу се однос и обавезе руковаоца и обрађивача, безбедност података, обавеза сарадње са надзорним органом и обавештавања у случају повреде безбедности, као и положај и обавезе лица за заштиту података. Пето поглавље односи се на правила и мере заштите, трансфер и пренос података у треће земље и међународне организације, и истиче значај међународне сарадње у овој области. Шести део уређује положај, функцију и овлашћења независних националних органа у чијој је надлежности заштита овог права. Седми део истиче значај сарадње међународних органа и уводи институцију Европског одбора за заштиту права. Осми део уређује правна средства, одговорност и санкције за кршење права и обавеза из Уредбе. Девети део уређује посебан режим обраде података у областима као што су слобода изражавања и информисања, обрада у сврху научног истраживања, у статистичке сврхе и слично. Коначно, десети и једанаести део посвећени су делегирања и примени аката као и прелазним и завршним одредбама.[17]

Општа уредба се не примењује на обраду података о личности која није предмет непосредне надлежности Европске уније као што је надлежност органа у погледу спречавања или откривања кривичних дела, спровођења истраге, гоњења за кривична дела или извршења кривичних санкција, укључујући и заштиту јавне безбедности. Обрада података о личности у домену јавне безбедности уређена је Директивом 2016/80 Европског парламента и Већа о заштити појединаца у вези са обрадом података

17 Детаљније видети Марија Мајсторовић, Општа уредба Европског парламента и Савета Европске уније и заштити података (ГДПР) – Преглед и новине, Европско законодавство 73-74/20, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2020, стр. 99-115.

pravima iz 1966. godine) nije predviđao pravo na zaštitu podataka o ličnosti kao fundamentalno ljudsko pravo.

Na nivou evropskog pravnog područja, Savet Evrope je 1981. usvojio Konvenciju o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu podataka (tzv. Konvencija 108),[25] prvi obavezujući međunarodni instrument u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Takođe je značajno napomenuti da je Savet Evrope 2018. godine usvojio Smernice za poštovanje, zaštitu i ostvarivanje prava deteta u digitalnom okruženju.[26]

Pravni dokument kojim je na teritoriji Evropske unije uspostavljen mehanizam zaštite podataka o ličnosti, predstavlja Direktiva o zaštiti građana u vezi sa obradom podataka o ličnosti i slobodnom kretanju takvih podataka iz 1995. godine.[27] Direktiva je postavila temelje za dalji razvoj nacionalnog zakonodavstva i prakse država članica, iako nije posebno uredila prava deteta u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Propisana su stroga ograničenja za prikupljanje i korišćenje podataka o ličnosti i obaveza da svaka država članica osnuje nezavisno nacionalno telo odgovorno za nadzor nad svim aktivnostima povezanim sa obradom podataka o ličnosti.

Najvažniji akt EU u ovoj oblasti jeste Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije iz 2016. godine (dalje: Opšta uredba).[28] Opšta uredba je prvi dokument u Evropskoj uniji koji u određenoj meri uređuje pravo na zaštitu podataka o ličnosti deteta.[29] Pojam deteta je preuzet iz Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta. Opšta uredba se ne primenjuje na obradu podataka o ličnosti koja nije predmet neposredne nadležnosti Evropske unije, kao što je nadležnost organa u pogledu sprečavanja ili otkrivanja krivičnih dela, sprovođenja istrage, gonjenja za krivična dela ili izvršenja krivičnih sankcija, uključujući i zaštitu javne bezbednosti, kao ni na obradu podataka o ličnosti koju vrši fizičko

25 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS No. 108) of 28.01.1981.

26 Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment – Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers (https://rm.coe.int/guidelines-to-respect-protect-and-fulfil-the-rights-of-the-child-in-th/16808d881a, 24. 3. 2023).

27 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *OJ L* 281, 23. 11. 1995, pp. 31–50.

28 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L* 119, 4. 5. 2016, pp. 1–88.

29 „Podaci o ličnosti" su svi podaci koji se odnose na fizičko lice čiji je identitet određen ili se može odrediti; fizičko lice čiji se identitet može odrediti je lice koje se može identifikovati posredno ili neposredno, posebno pomoću identifikatora kao što su ime, identifikacioni broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili pomoću jednog ili više faktora svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili društveni identitet tog fizičkog lica, dok je „obrada" svaki postupak ili skup postupaka koji se vrši nad podacima o ličnosti ili nad skupovima podataka o ličnosti, automatski ili neautomatizovano, kao što su prikupljanje, evidentiranje, organizacija, strukturiranje, skladištenje, prilagođavanje ili izmena, pronalaženje, vršenje uvida, upotreba, otkrivanje prenosom, širenjem ili stavljanjem na raspolaganje na drugi način, usklađivanje ili kombinovanje, ograničavanje, brisanje ili uništavanje.

о личности од стране надлежних органа у циљу спречавања, истраге, откривања или гоњења учинилаца кривичних дела или извршења кривичних санкција и о слободном кретању таквих података, познатија као „Полицијска директива" (у даљем тексту: Полицијска директива), која је усвојена 27. 04. 2016. године.[18]

Општа уредба се такође не примењује на обраду података о личности коју врши физичко лице приликом искључиво личне или кућне активности.

Уредба доноси новине како за појединце и њихова права, тако за субјекте који обрађују податке (руковаоце и обрађиваче), али и за националне органе за заштиту података (надзорни органи).

Како је један од основних циљева Опште уредбе оснаживање појединанаца чији се подаци обрађују, поред права која су и претходно постојала (право на увид, измену, брисање) додата су два нова права појединаца - право на заборав и право на преносивиост података. Право на заборав добило је свој оквир одлуком Европског суда правде из 2014. године[19]. Оно представља право лица да не буде претраживо на интернету према имену и презимену, или неком другом податку о личности. Ради се о могућности уклањања резултата интернет претраге према одређеним подацима о личности, док садржај предметних страница и даље остаје на интернету у функцији остваривања слободе изражавања. Право на преносивост података омогућава пренос података који се обрађују аутоматски, на основу датог пристанка или у сврху извршења уговора. Општа уредба посебно уређује обраду података о малолетним лицима приликом коришћења услуга информационог друштва.

Када су у питању новине које Општа уредба прописује за компаније и друге субјекте који обрађују податке о личности (руковаоци), овде треба издвојити појачане обавезе приликом повреде безбедности података. Наиме, приликом случајног или

[18] Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.

[19] Case C-131/12 Google Spain SL and Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario González Costeja https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163494&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10850128 15.3.2022.

lice prilikom isključivo lične ili kućne aktivnosti. Jedan od osnovnih ciljeva Opšte uredbe je osnaživanje prava pojedinca, čiji se podaci obrađuju, te su pored prava koja su i prethodno postojala (pravo na uvid, izmenu i brisanje), dodata i dva nova prava pojedinca – pravo na zaborav i pravo na prenosivost podataka. Pravo na zaborav dobilo je svoj okvir u jednoj odluci Evropskog suda pravde iz 2014. godine.[30] Ono predstavlja pravo lica da ne bude pretraživano na internetu prema imenu i prezimenu ili nekom drugom podatku o ličnosti. Radi se o mogućnosti uklanjanja rezultata internet pretrage prema određenim podacima o ličnosti, dok sadržaj predmetnih stranica i dalje ostaje na internetu u funkciji ostvarivanja slobode izražavanja. Pravo na prenosivost podataka omogućava prenos podataka koji se obrađuju automatski, na osnovu datog pristanka ili u svrhu izvršenja ugovora. Opšta uredba izdvaja i definiše pojedine kategorije podataka (biometrijski, genetski) i vidove obrade (pseudonimizacija, profilisanje). Deca zaslužuju posebnu zaštitu u pogledu svojih podataka o ličnosti s obzirom na to da mogu da budu manje svesna rizika, posledica i mera zaštite, kao i svojih prava u vezi s obradom podataka o ličnosti. Takva posebna zaštita mora posebno da se primenjuje na korišćenje podataka o ličnosti dece u svrhu marketinga ili pravljenja ličnih ili korisničkih profila i prikupljanje podataka o ličnosti dece prilikom korišćenja usluga koje se nude direktno detetu. Pristanak vršilaca roditeljskog prava ne treba da bude neophodan u kontekstu preventivnih ili savetodavnih usluga koje se nude direktno detetu.[31] Svaka informacija i komunikacija, naročito u slučaju kada je obrada usmerena prema detetu, treba da bude na jasnom i jednostavnom jeziku koji dete može lako da razume. Pravo na zaborav je posebno od značaja ako je lice na koje se podaci odnose dalo svoj pristanak dok je bilo dete i nije bilo u potpunosti svesno rizika obrade, a kasnije želi da ukloni takve podatke o ličnosti, s akcentom na podatke na internetu. Starosna granica za samostalni pristanak za obradu podataka o ličnosti na internetu kreće se u rasponu od 13 do 16 godina – ako je dete mlađe od 16 godina, takva obrada je zakonita samo ako je u određenoj meri pristanak dao ili odobrio vršilac roditeljskog prava nad detetom. Države članice mogu u ove svrhe zakonom da predvide nižu starosnu granicu, pod uslovom da takva niža starosna granica nije niža od 13 godina. Rukovalac mora da učini sve što je u njegovoj moći da u takvim slučajevima proveri da li je pristanak dao ili odobrio vršilac roditeljskog prava nad detetom, uzimajući u obzir dostupnu tehnologiju. Međutim, veliki propust Uredbe je u tome što nema odredaba o zaštiti dece u slučajevima kada roditelji dele njihove slike i druge sadržaje na internetu (tzv. *sharenting*).[32]

Povelja Evropske unije o osnovnim pravima (dalje: Povelja)[33] izuzetno je značajan međunarodni dokument, jer na isti nivo postavlja pravo na poštovanje privatnog života i porodice i pravo na zaštitu podataka o ličnosti. Članom

30 CJEU, case C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, Judgement of the Court (Grand Chamber) of 13 May 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

31 Tačka 38. Preambule Opšte uredbe.

32 Donovan, S., 2020, Sharenting: The Forgotten Children of the GDPR, *Pace Human Rights Governance*, Vol. 4, Issue 1, p. 38.

33 Charter of Fundamental Rights of the European Union, *OJ C* 326, 26. 10. 2012, pp. 391–407.

о личности од стране надлежних органа у циљу спречавања, истраге, откривања или гоњења учинилаца кривичних дела или извршења кривичних санкција и о слободном кретању таквих података, познатија као „Полицијска директива" (у даљем тексту: Полицијска директива), која је усвојена 27. 04. 2016. године.[18]

Општа уредба се такође не примењује на обраду података о личности коју врши физичко лице приликом искључиво личне или кућне активности.

Уредба доноси новине како за појединце и њихова права, тако за субјекте који обрађују податке (руковаоце и обрађиваче), али и за националне органе за заштиту података (надзорни органи).

Како је један од основних циљева Опште уредбе оснаживање појединанаца чији се подаци обрађују, поред права која су и претходно постојала (право на увид, измену, брисање) додата су два нова права појединаца - право на заборав и право на преносивиост података. Право на заборав добило је свој оквир одлуком Европског суда правде из 2014. године[19]. Оно представља право лица да не буде претраживо на интернету према имену и презимену, или неком другом податку о личности. Ради се о могућности уклањања резултата интернет претраге према одређеним подацима о личности, док садржај предметних страница и даље остаје на интернету у функцији остваривања слободе изражавања. Право на преносивост података омогућава пренос података који се обрађују аутоматски, на основу датог пристанка или у сврху извршења уговора. Општа уредба посебно уређује обраду података о малолетним лицима приликом коришћења услуга информационог друштва.

Када су у питању новине које Општа уредба прописује за компаније и друге субјекте који обрађују податке о личности (руковаоци), овде треба издвојити појачане обавезе приликом повреде безбедности података. Наиме, приликом случајног или

[18] Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.

[19] Case C-131/12 Google Spain SL and Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario González Costeja https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163494&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10850128 15.3.2022.

lice prilikom isključivo lične ili kućne aktivnosti. Jedan od osnovnih ciljeva Opšte uredbe je osnaživanje prava pojedinca, čiji se podaci obrađuju, te su pored prava koja su i prethodno postojala (pravo na uvid, izmenu i brisanje), dodata i dva nova prava pojedinca – pravo na zaborav i pravo na prenosivost podataka. Pravo na zaborav dobilo je svoj okvir u jednoj odluci Evropskog suda pravde iz 2014. godine.[30] Ono predstavlja pravo lica da ne bude pretraživano na internetu prema imenu i prezimenu ili nekom drugom podatku o ličnosti. Radi se o mogućnosti uklanjanja rezultata internet pretrage prema određenim podacima o ličnosti, dok sadržaj predmetnih stranica i dalje ostaje na internetu u funkciji ostvarivanja slobode izražavanja. Pravo na prenosivost podataka omogućava prenos podataka koji se obrađuju automatski, na osnovu datog pristanka ili u svrhu izvršenja ugovora. Opšta uredba izdvaja i definiše pojedine kategorije podataka (biometrijski, genetski) i vidove obrade (pseudonimizacija, profilisanje). Deca zaslužuju posebnu zaštitu u pogledu svojih podataka o ličnosti s obzirom na to da mogu da budu manje svesna rizika, posledica i mera zaštite, kao i svojih prava u vezi s obradom podataka o ličnosti. Takva posebna zaštita mora posebno da se primenjuje na korišćenje podataka o ličnosti dece u svrhu marketinga ili pravljenja ličnih ili korisničkih profila i prikupljanje podataka o ličnosti dece prilikom korišćenja usluga koje se nude direktno detetu. Pristanak vršilaca roditeljskog prava ne treba da bude neophodan u kontekstu preventivnih ili savetodavnih usluga koje se nude direktno detetu.[31] Svaka informacija i komunikacija, naročito u slučaju kada je obrada usmerena prema detetu, treba da bude na jasnom i jednostavnom jeziku koji dete može lako da razume. Pravo na zaborav je posebno od značaja ako je lice na koje se podaci odnose dalo svoj pristanak dok je bilo dete i nije bilo u potpunosti svesno rizika obrade, a kasnije želi da ukloni takve podatke o ličnosti, s akcentom na podatke na internetu. Starosna granica za samostalni pristanak za obradu podataka o ličnosti na internetu kreće se u rasponu od 13 do 16 godina – ako je dete mlađe od 16 godina, takva obrada je zakonita samo ako je u određenoj meri pristanak dao ili odobrio vršilac roditeljskog prava nad detetom. Države članice mogu u ove svrhe zakonom da predvide nižu starosnu granicu, pod uslovom da takva niža starosna granica nije niža od 13 godina. Rukovalac mora da učini sve što je u njegovoj moći da u takvim slučajevima proveri da li je pristanak dao ili odobrio vršilac roditeljskog prava nad detetom, uzimajući u obzir dostupnu tehnologiju. Međutim, veliki propust Uredbe je u tome što nema odredaba o zaštiti dece u slučajevima kada roditelji dele njihove slike i druge sadržaje na internetu (tzv. *sharenting*).[32]

Povelja Evropske unije o osnovnim pravima (dalje: Povelja)[33] izuzetno je značajan međunarodni dokument, jer na isti nivo postavlja pravo na poštovanje privatnog života i porodice i pravo na zaštitu podataka o ličnosti. Članom

30 CJEU, case C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, Judgement of the Court (Grand Chamber) of 13 May 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

31 Tačka 38. Preambule Opšte uredbe.

32 Donovan, S., 2020, Sharenting: The Forgotten Children of the GDPR, *Pace Human Rights Governance*, Vol. 4, Issue 1, p. 38.

33 Charter of Fundamental Rights of the European Union, *OJ C* 326, 26. 10. 2012, pp. 391–407.

Стога Општа уредба још у уводном делу наглашава неопходност посебне заштите детета у погледу њихових података:

Деца заслужују посебну заштиту у погледу својих података о личности с обзиром на то да могу да буду мање свесна ризика, последица и мера заштите, као и својих права у вези с обрадом података о личности. Таква посебна заштита мора посебно да се примењује на коришћење података о личности деце у сврху маркетинга или прављења личних или корисничких профила и прикупљање података о личности о деци приликом коришћења услуга које се нуде директно детету. Пристанак вршилаца родитељског права не треба да буде неопходан у контексту превентивних или саветодавних услуга које се нуде директно детету.[21]

Уредба истиче начело транспарентности[22], односно обавезу да свака информација и комуникација, нарочито у случају када је обрада усмерена према детету, *треба да буде на јасном и једноставном језику који дете може лако да разуме.*

Када је у питању право на заборав, односно право на уклањање одређених података о себи на интернету, Преамбула Уредбе у тачки 65. истиче да је *ово право посебно од значаја ако је лице на које се подаци односе дало свој пристанак док је било дете и није било у потпуности свесно ризика обраде, а касније жели да уклони такве податке о личности, посебно на интернету.*

Чланом 8. прописани су услови који се примењују на пристанак детета у вези са услугама информационог друштва. Старосна граница за самостални пристанак за обраду података о личности на интернету креће се у распону од тринаест до шеснаест година:

Ако је дете млађе од 16 година, таква обрада је законита само ако и у мери у којој је пристанак дао или одобрио вршилац родитељског права над дететом.

Државе чланице могу у ове сврхе законом да предвиде нижу старосну границу, под условом да таква нижа старосна граница није нижа од 13 година.

21 Преамбула Опште уредбе, тачка 38.

22 Начело транспарентности захтева да свака информација намењена јавности или лицу на које се подаци односе буде сажета, лако доступна и разумљива, да се употребљава јасан и једноставан језик и, поред тога, да се, према потреби, користи визуализација.

БЕОГРАД * ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ * БИБЛИОТЕКА

7. Povelje garantuje se pravo na poštovanje privatnog života i porodice, a članom 8. garantuje se pravo na zaštitu podataka o ličnosti. U članu 8. se navodi da obrada podataka o ličnosti mora biti poštena, da se može vršiti samo u tačno određene svrhe, da mora biti zasnovana na pristanku određene osobe ili na legitimnom interesu utvrđenom zakonom. Pojedinci imaju pravo pristupa svojim ličnim podacima, pravo ispravke, a poštovanje prava na zaštitu podataka o ličnosti mora biti pod nadzorom nezavisnog organa. Iako prvobitno samo politički dokument, Povelja je postala pravno obavezujuća stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 1. decembra 2009. godine. Takođe, dete u skladu sa članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima ima pravo na zaštitu svoje privatnosti.[34] Ipak, pravo na zaštitu ličnih podataka nije Evropskom konvencijom o ljudskim pravima priznato kao posebno pravo.[35] Takođe, Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) do sada se u svojoj praksi nije susretao sa slučajevima vezanim za odnos roditelja i deteta povodom prava deteta na slobodno korišćenje interneta, *sharenting*,[36] niti za obavezu države da zaštiti dete od štetnih uticaja medija, ali pretpostavljamo da će se u skorijoj budućnosti neki slučaj u vezi sa ovom tematikom pojaviti pred ESLJP-om.

Na nivou EU navešćemo još nekoliko dokumenata: Direktiva (EU) 2018/1808 o audiovizuelnim medijskim uslugama, Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi i Platforma „Bolji internet za decu".

3. ŠTAMPANI MEDIJI

Štampani mediji u savremenom svetu imaju sve manji uticaj i sve više (s)padaju pod okrilje drugih medija, pre svega, interneta. Samim tim imaju i manji stepen štetnosti na pravilan razvoj i dobrobit deteta. Nekada, početkom i sredinom XX veka, štampani mediji su imali značajno veći uticaj na oblikovanje svesti pojedinca, a samim tim i deteta. Štampane novine su, pored radija, u početku bile osnovni medij preko koga su se dobijale informacije.

Definicija štampanih medija nalazi se u članu 38. Zakona o oglašavanju iz 2016. godine (dalje: ZO),[37] prema kome su štampani mediji dnevne i periodične novine i druga štampana sredstva javnog informisanja i koji izjednačuje digitalna izdanja ovih novina i drugih štampanih sredstava javnog informisanja, ukoliko su jednaka štampanom izdanju i dostupna na zahtev korisnicima putem interneta.[38] Ipak, postoji značajna razlika između štampanog izdanja i internet izdanja nekih novina, imajući u vidu da se vesti istih novina na internetu neprekidno menjaju, da su prisutni razni drugi sadržaji koji omogućavaju lako preusmeravanje sa date vesti na te sadržaje. Na taj način dete može, bez postojanja dodatnih ograničenja, da se izmesti sa informacija iz tih novina na druge štetne sadržaje.

34 Fortin, J., 2009, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, p. 564.
35 Coccoli, J., 2017, p. 236.
36 Donovan, S., 2020, p. 46.
37 ZO, *Sl. glasnik RS*, br. 6/16 i 52/19 – dr. zakon.
38 Član 38. ZO.

преписку, нити противзаконитим нападима на част и углед. Уз то, свако лице има право да ужива законску заштиту од мешања или напада на приватан живот.

Недуго затим, дошло је до стварања првих рачунарских мрежа, као претече интернета и даљег убрзаног развоја информационих технологија. Упоредо је дошло до развоја рачунара који су могли да чувају и обрађују различите врсте података, а државе су у то време почеле да воде евиденције од значаја на безбедносном и привредном плану. Међу овим подацима, своје место добили су и подаци о личности.

Као што је споменуто, право на заштиту података о личности није експлицитно било издвајано као посебно фундаментално људско право, већ се подразумевало да оно проистиче из права на приватност односно из права на поштовање приватног живота. То се променило доношењем Повеље Европске уније о основним правима[8]. Повеља је стога изузетно значајан међународноправни документ јер на исти ниво поставља право на поштовање приватног живота и породице и право на заштиту података о личности. Чланом 7. Повеље гарантује се право на поштовање приватног живота и породице, а чланом 8. се гарантује право на заштиту података о личности. У члану 8. се наводи да обрада података о личности мора бити поштена, да се може вршити само у тачно одређене сврхе, да мора бити заснована на пристанку одређене особе или на легитимном интересу утврђеним законом. Појединци морају имати право приступа својим личним подацима, право исправке, а поштовање права на заштиту података о личности мора бити под надзором независног органа. Иако првобитно само политички документ, Повеља Европске уније о основним правима постала је правно обвезујућа ступањем на снагу Лисабонског уговора 1. децембра 2009. године.

Развој права на приватност и издвајање права на заштиту података о личности текло је на међународном плану и мимо Европске уније. Савет Европе је 1981. усвојио Конвенцију о заштити лица у односу на аутоматску обраду података (тзв. Конвенција 108[9]), први обавезујући међународни инструмент у области заштите података. Конвенција је усвојена у времену почетка експанзије интернета и нових технологија које су омогућиле аутоматизацију приликом доношења одлука у вези са правима грађана,

8 Повеља Европске уније о основним правима, (2012/C 326/02).
9 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) of 28.01.1981.

kroz istoriju, kroz razne forme maskenbala, karnevala, predstava. Razlika je u tome što savremene društvene mreže pružaju kontinuitet takve derealnosti. Ako su u pitanju formirane osobe, to ne povlači štetnost toga, ali ako su u pitanju deca, i to deca mladog uzrasta, to može imati i ima nepovratne posledice po njihov razvoj. *Restitutio in integrum* u pogledu dobrobiti deteta nije moguć.

5. OBAVEZA DRŽAVE DA ZAŠTITI DETE

Država svojom regulativom može i ima obavezu da zaštiti dete od štetnih sadržaja elektronskih medija. Ipak, primarna uloga pri zaštiti dece od štetnih efekata interneta leži na porodici, roditeljima i osobama koje vode brigu o detetu i nadzor nad njim. Imamo primere i kroz istoriju da su društvo, to jest država imali primarnu ulogu u zaštiti i vaspitanju dece, ali slične primere imamo i sada u određenim zajednicama poput *kibutzz*-a u Izraelu koji su odgovorni za vaspitanje dece i oblikovanje njihove svesti i mišljenja.[44]

Ako je moguće da se softverskim putem blokira pristup sajtovima koji imaju sadržaj na kome se nalaze slike zlostavljanja dece,[45] nalazimo da je to podjednako moguće i za pristup dece čitavom nizu drugih sajtova na internetu koji nemaju obrazovni, naučni, sportski ili kulturni sadržaj.

5.1. PRAKSA NEZAVISNIH ORGANA

Zakonska regulativa je neophodna i potrebna u cilju zaštite podataka koji se odnose na decu, a mogu se javno objavljivati ili saznati. Ipak, nezavisna tela i organi imaju podjednako značajnu ulogu jer se njihovo delovanje može odnositi na konkretne povrede prava deteta koje se javljaju na svakodnevnom nivou.

Tako imamo primer iz uporedne prakse, gde je francuski organ za zaštitu podataka objavio osam preporuka za zaštitu dece na internetu.[46] Opšta uredba i francuski zakon o zaštiti podataka dozvoljavaju deci starijoj od 15 godina da daju pristanak za određene vrste obrade podataka. Dete starije od 15 godina može samostalno da odluči da prihvati kolačiće (*cookies*) kada posećuje određenu veb-lokaciju, da postavi svoj profil na društvenim mrežama kao javni ili privatni ili da aktivira opcionu funkciju geolokacije u aplikaciji. Roditelji imaju pravo da traže brisanje detetovog naloga ukoliko to smatraju neophodnim da bi se zaštitio najbolji interes deteta.

Britanski organ za zaštitu podataka jedini je nadzorni organ na evropskom području koji je izradio Kodeks ponašanja za *online* usluge za decu[47] i na ovaj

44 Cere, D., Toward an Integrative Account of Parenthood, in: McClain, L. C., Cere, D. (eds.), 2013, *What is Parenthood?*, New York, p. 19.

45 Carr, J., Hilton, Z., 2011, p. 67.

46 Smernice francuskog nadzornog organa za zaštitu dece na internetu (https://www.cnil.fr/en/cnil-publishes-8-recommendations-enhance-protection-children-online, 15. 3. 2022).

47 Information Commissioner's Office: age appropriate design: a code of practice for online services (https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services-2–1.pdf, 14. 2. 2023).

поступања у овој области[34], треба истаћи и праксу француског, шпанског, шведског и ирског надзорног органа.

Француски орган за заштиту података објавио је осам препорука за заштиту деце на интернету.[35] Ове препоруке су уследиле након спроведене јавне расправе (са преко 700 достављених прилога) и анкете спроведене 2020. године, као и опсежне правне анализе. Такође, организована је серија радионица за децу како би се боље разумело њихово виђење приватности и заштите података. Препоруке су намењене трима групама корисника: деци, наставном особљу и пружаоцима онлајн услуга.

Прва препорука указује на неопходност регулисања права детета да предузима радње на интернету. Како се наводи, према истраживању спроведеном 2021. године, 63% деце испод 13 година има налог на барем једној друштвеној мрежи. Од деце узраста 11-14 година, Инстаграм користи 58%, Снепчет 75%, док Јутјуб посећује 78%. Код деце узраста 15-18 година, ови проценти су далеко већи, те тако Инстаграм користи њих 89%, Снепчет 88%, а Јутјуб 75%. Занимљиво је истаћи да је коришћење ТикТок-а међу децом узраста 11-18 година порасло са 30% 2020. године на 50% у 2021. години, а међу корисницима старосне групе од 15 до 18 година се за овај период удвостручило.[36]

Општа уредба и и француски закон о заштити података дозвољавају деци старијој од 15 година да дају пристанак за одређене врсте обраде података. Дете старије од 15 година може самостално да одлучи да прихвати колачиће (*cookies*) када посећује веб локацију, постави свој профил на друштвеним мрежама као јавни или приватни или да активира опциону функцију геолокације у апликацији. С друге стране, са 15 година закон још не познаје „опште дигитално пунолетство".

Стога, француски орган за заштиту података сматра да деца, зависно од нивоа зрелости а у сваком случају уколико имају више од 15 година, могу да се сматрају

34 Иако је Уједињено Краљевство иступило из Европске уније ступањем на снагу Споразума о повлачењу 31.1.2020. године, остаје једина држава која је усвојила кодекс поступања који се односи на децу, у складу са чланом 40. Опште уредбе.

35 Смернице француског надзорног органа за заштиту деце на интернету, доступно на: https://www.cnil.fr/en/cnil-publishes-8-recommendations-enhance-protection-children-online, 15.3.2022.

36 Видети извештај Génération Numérique Présente из 2021, доступно на https://asso-generationnumerique.fr/wp-content/uploads/2021/03/Enque%CC%82te-2021-des-pratiques-nume%CC%81riques-des-11-18-ans.pdf , 15.3.2022.

kroz istoriju, kroz razne forme maskenbala, karnevala, predstava. Razlika je u tome što savremene društvene mreže pružaju kontinuitet takve derealnosti. Ako su u pitanju formirane osobe, to ne povlači štetnost toga, ali ako su u pitanju deca, i to deca mladog uzrasta, to može imati i ima nepovratne posledice po njihov razvoj. *Restitutio in integrum* u pogledu dobrobiti deteta nije moguć.

5. OBAVEZA DRŽAVE DA ZAŠTITI DETE

Država svojom regulativom može i ima obavezu da zaštiti dete od štetnih sadržaja elektronskih medija. Ipak, primarna uloga pri zaštiti dece od štetnih efekata interneta leži na porodici, roditeljima i osobama koje vode brigu o detetu i nadzor nad njim. Imamo primere i kroz istoriju da su društvo, to jest država imali primarnu ulogu u zaštiti i vaspitanju dece, ali slične primere imamo i sada u određenim zajednicama poput *kibutzz*-a u Izraelu koji su odgovorni za vaspitanje dece i oblikovanje njihove svesti i mišljenja.[44]

Ako je moguće da se softverskim putem blokira pristup sajtovima koji imaju sadržaj na kome se nalaze slike zlostavljanja dece,[45] nalazimo da je to podjednako moguće i za pristup dece čitavom nizu drugih sajtova na internetu koji nemaju obrazovni, naučni, sportski ili kulturni sadržaj.

5.1. PRAKSA NEZAVISNIH ORGANA

Zakonska regulativa je neophodna i potrebna u cilju zaštite podataka koji se odnose na decu, a mogu se javno objavljivati ili saznati. Ipak, nezavisna tela i organi imaju podjednako značajnu ulogu jer se njihovo delovanje može odnositi na konkretne povrede prava deteta koje se javljaju na svakodnevnom nivou.

Tako imamo primer iz uporedne prakse, gde je francuski organ za zaštitu podataka objavio osam preporuka za zaštitu dece na internetu.[46] Opšta uredba i francuski zakon o zaštiti podataka dozvoljavaju deci starijoj od 15 godina da daju pristanak za određene vrste obrade podataka. Dete starije od 15 godina može samostalno da odluči da prihvati kolačiće (*cookies*) kada posećuje određenu veb-lokaciju, da postavi svoj profil na društvenim mrežama kao javni ili privatni ili da aktivira opcionu funkciju geolokacije u aplikaciji. Roditelji imaju pravo da traže brisanje detetovog naloga ukoliko to smatraju neophodnim da bi se zaštitio najbolji interes deteta.

Britanski organ za zaštitu podataka jedini je nadzorni organ na evropskom području koji je izradio Kodeks ponašanja za *online* usluge za decu[47] i na ovaj

44 Cere, D., Toward an Integrative Account of Parenthood, in: McClain, L. C., Cere, D. (eds.), 2013, *What is Parenthood?*, New York, p. 19.

45 Carr, J., Hilton, Z., 2011, p. 67.

46 Smernice francuskog nadzornog organa za zaštitu dece na internetu (https://www.cnil.fr/en/cnil-publishes-8-recommendations-enhance-protection-children-online, 15. 3. 2022).

47 Information Commissioner's Office: age appropriate design: a code of practice for online services (https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services-2–1.pdf, 14. 2. 2023).

Британски орган за заштиту података једини је надзорни орган који је израдио Кодекс понашања за онлајн услуге за децу[48] и на овај начин на најтемељнији и најсвеобухватнији начин обрадио ову тему.

Кодекс је намањен пружаоцима „услуга информационог друштва којима ће вероватно приступати деца".[49] Ово укључује: апликације, програме, претраживаче, друштвене мреже, размене онлајн порука или услуге гласовне телефоније које се заснивају на интернету, онлајн продају, услуге за пренос садржаја (видео, музика, игрице), онлајн игре, вести или едукативне сајтове и све сајтове који нуде добра или услуге корисницима на интернету. Овде спадају и електронске услуге за контролу паметних играчака и других повезаних уређаја. Кодекс садржи 15 стандарда које пружаоци онлајн услуга морају да следе. Примена Кодекса олакшава доказивање да је обрада података ускађења са Општом уредбом и националним законодавством. Уколико се подаци детета обрађују у супротности са овим стандардима, надлежни орган може изрећи упозорење, опомену, административну казну, а за озбиљна кршења новчану казну од 20 милиона евра или 4% годишњег прихода, зависно шта је веће.

Први и најважнији стандард је стандард најбољег интереса детета. У дефинисањ овог стандарда, Кодекс се позива на члан 3. Конвенције УН о правима детета. У примени овог стандарда у контексту заштите података детета, треба размотрити како их заштитити од ризика експлоатације, укључујући ризике комерцијалне или сексуалне експлоатације и сексуалног злостављања; штитити и подржавати: њихово здравље и благостање; физички, психички и емоционални развој; потребу да развију сопствене ставове и идентитет; право на слободу удруживања и игре; подржавати потребе деце са сметњама у развоју у складу са релевантним законима о равноправности; препознати улогу родитеља у заштити и унапређењу најбољег интереса детета и подржати их у овом задатку; и препознати развојну способност детета да формира сопствени поглед и поклонити одговарајућу пажњу том ставу.

48 Information Commissioner's Office: ge appropriate design: a code of practice for online services, доступно на https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services-2-1.pdf 15.3.2022.

49 A code of practice for online services, op.cit.

način na najtemeljniji i najsveobuhvatniji način obradio ovu temu, u šta spadaju aplikacije, programi, pretraživači, društvene mreže, razmene *online* poruka ili usluge glasovne telefonije koje se zasnivaju na internetu, *online* prodaja, usluge za prenos sadržaja (video, muzika, igrice), *online* igre, vesti ili edukativni sajtovi i svi sajtovi koji nude dobra ili usluge korisnicima na internetu. Najvažniji standard koji se poštuje je standard najboljeg interesa deteta.

Kada je reč o štetnim sadržajima za decu koji promovišu poznate društvene mreže, italijanski organ za zaštitu podataka zabranio je aplikaciji *Tik Tok* dalju obradu podataka koji se odnose na lica čiji uzrast se ne može utvrditi sa potpunom sigurnošću.[48] Postupak je pokrenut povodom tragičnog ishoda kada je preminula desetogodišnja devojčica iz Palerma prilikom izvođenja „izazova onesvešćivanja" na *Tik Toku*.[49]

Pored formiranja nezavisnih tela, postoje i različite inicijative i programi vladinih tela i nevladinih organizacija za zaštitu dece od štetnih uticaja medija. Vredno je pomenuti Inicijativu za *online* zaštitu dece koja je započela svoje delovanje 2008. godine, od strane Međunarodne telekomunikacione unije, a koja predstavlja globalno intervladino telo za različite oblike zaštite deteta u *online* prostoru.[50]

Iako se pomenute prakse nadzornih organa i nezavisnih tela mogu pozdraviti, ovo predstavlja samo kozmetičku intervenciju u pogledu ozbiljnog stanja „bolesti" u kojoj se nalaze savremeni načini zabave i „edukacije" dece od strane masovnih medija – interneta. Potrebno je preventivno delovati, u vidu zabrane rada određenih aplikacija i sadržaja pre nego što se puste u rad, da ne bi dolazilo do štetnih posledica po decu, a ne naknadno kažnjavati određene platforme kada su već nastale tragične ili znatno štetne posledice po decu. Stoga je neophodno da postoje tela na globalnom nivou, s obzirom na to da su u pitanju društvene mreže koje imaju globalni karakter i deluju van nacionalnih granica, koja će pre puštanja u virutuelni svet određene aplikacije proceniti da li sadržaj te aplikacije može biti štetan po dete i njegove najbolje interese, te ako se utvrdi da je to slučaj, neće dozvoliti njeno prikazivanje i upotrebu, nasuprot praksi da se aplikacije puste u rad i da se čeka nastupanje posledica po decu, a da se naknadno reaguje. Ukoliko formiranje ili rad ovih tela nije moguć, treba posegnuti za drugim nivoom kontrole, a to je formiranje identičnih tela na nacionalnom nivou, koja bi, usled nepostojanja mehanizma zaštite na globalnom novou, preuzela ulogu preventivne zaštite dobrobiti i interesa deteta u ovoj sferi. Nepostojanje i ovog nivoa zaštite stavlja u fokus roditelje, koji neće imati nimalo lak zadatak da u ulozi „lošeg policajca", zabrane detetu nešto što, usled nepostojanja pomenuta dva nivoa zaštite, većina njegovih vršnjaka koristi.

48 Dostupno na sajtu Evropskog odbora za zaštitu podataka (https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/italian-dpa-imposes-limitation-processing-tiktok-after-death-girl-palermo_en, 3. 3. 2023).

49 *Blackout Challenge* je bizaran izazov na Tik Toku koji tera učesnike da se dave dok ne izgube svest.

50 Carr, J., Hilton, Z., 2011, p. 58.

Британски орган за заштиту података једини је надзорни орган који је израдио Кодекс понашања за онлајн услуге за децу[48] и на овај начин на најтемељнији и најсвеобухватнији начин обрадио ову тему.

Кодекс је намањен пружаоцима „услуга информационог друштва којима ће вероватно приступати деца".[49] Ово укључује: апликације, програме, претраживаче, друштвене мреже, размене онлајн порука или услуге гласовне телефоније које се заснивају на интернету, онлајн продају, услуге за пренос садржаја (видео, музика, игрице), онлајн игре, вести или едукативне сајтове и све сајтове који нуде добра или услуге корисницима на интернету. Овде спадају и електронске услуге за контролу паметних играчака и других повезаних уређаја. Кодекс садржи 15 стандарда које пружаоци онлајн услуга морају да следе. Примена Кодекса олакшава доказивање да је обрада података ускађења са Општом уредбом и националним законодавством. Уколико се подаци детета обрађују у супротности са овим стандардима, надлежни орган може изрећи упозорење, опомену, административну казну, а за озбиљна кршења новчану казну од 20 милиона евра или 4% годишњег прихода, зависно шта је веће.

Први и најважнији стандард је стандард најбољег интереса детета. У дефинисањ овог стандарда, Кодекс се позива на члан 3. Конвенције УН о правима детета. У примени овог стандарда у контексту заштите података детета, треба размотрити како их заштитити од ризика експлоатације, укључујући ризике комерцијалне или сексуалне експлоатације и сексуалног злостављања; штитити и подржавати: њихово здравље и благостање; физички, психички и емоционални развој; потребу да развију сопствене ставове и идентитет; право на слободу удруживања и игре; подржавати потребе деце са сметњама у развоју у складу са релевантним законима о равноправности; препознати улогу родитеља у заштити и унапређењу најбољег интереса детета и подржати их у овом задатку; и препознати развојну способност детета да формира сопствени поглед и поклонити одговарајућу пажњу том ставу.

[48] Information Commissioner's Office: ge appropriate design: a code of practice for online services, доступно на https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services-2-1.pdf 15.3.2022.

[49] A code of practice for online services, op.cit.

7.1. *SHARENTING*

Osim zaštite deteta od strane roditelja, kada su u pitanju štetni sadržaji savremenih medija, postoji i suprotna praksa. Naime, roditelji mogu prikazivanjem svoje dece na internetu i društvenim mrežama štetiti ineteresu i dobrobiti sopstvenog deteta. *Sharenting* se definiše kao korišćenje društvenih mreža od strane roditelja za deljenje sadržaja o deci putem tekstualnih objava, fotografija i video-zapisa koji sadrže lične podatke deteta.[60] Roditelji često putem društvenih mreža (*Facebook, Twiter, Instagram, You Tube*) dele informacije, fotografije ili video-snimke svoje dece, nekada samo sa osobama koje imaju pristup njihovim profilima – porodicom i prijateljima, a često i bez ikakvih ograničenja. Na ovaj način, detetov identitet se kreira i razvija u virtuelnom svetu, često i bez njegovog znanja ili pristanka. *Sharenting* predstavlja ovlašćenje roditelja da u potpunosti odlučuju o vidljivosti svog deteta na internetu, bez uključivanja deteta u takvu odluku. Određeno ograničenje roditelja u objavljivanju sadržaja vezanih za svoje dete ogledalo bi se u tome da roditelji objavljuju na svom profilu vesti vezane za dete (da je dete rođeno, da je prohodalo, progovorilo, da je pošlo u vrtić, školu) ali bez objavljivanja vizuelnih sadržaja o tome.[61] Time bi se privatnost i blagostanje deteta zaštitili, a roditelj bi mogao da zadovolji svoju želju za prikazivanjem vesti o detetu.

Dalje, postavlja se pitanje prikazivanja deteta na profilima na društvenim mrežama na kojim roditelj stiče pratioce (*Instagram, Tik Tok*) upravo jer postavlja sadržaje vezane za dete mladog uzrasta (npr. kako se dete hrani, uspavljuje, šeta, igra sa njim). Takvi profili imaju za cilj sticanje velikog broja pratilaca upravo prikazivanjem deteta.[62] Motivi roditelja mogu biti samo želja za prikazivanjem, ali prikazivanje dece može biti i motivisano poslovnim interesima roditelja.[63] Smatramo da je ovakva praksa protivna interesu deteta i da ne bi trebalo roditelju dozvoliti da poseduje otvoreni profil na kome će prikazivati sadržaje vezane za dete. Do kojih granica ide želja pojedinaca za javnim prikazivanjem dece, govori činjenica da se u SAD masovno na profile društvenih mreža postavljaju slike *nasciturus*-a, tek začete dece.[64]

8. ZAKLJUČAK

Što je veći uticaj određenog medija, posebno elektronskog, to je veći stepen ugroženosti privatne sfere pojedinca, a samim tim i ugroženosti dobrobiti

60 Vid. Yiseul Choi, G., Lewallen, J., 2018, "Say Instagram, Kids!": Examining Sharenting and Children's Digital Representations on Instagram, *Harvard Journal of* Communications, Vol. 29, Issue 2, pp. 144–145; Hall, H. K., 2018, Oversharenting: Is It Really Your Story to Tell?, *The John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law*, Vol. 33, Issue 3, pp. 121–123; Steinberg, S. B., 2017, pp. 839–842.

61 Sorensen, Sh., 2016, p. 173.

62 Leavers, T., 2017, Intimate Surveillance: Normalizing Parental Monitoring and Mediation of Infants Online, *Social Media + Society*, Vol. 3, Issue 2, p. 9.

63 Ranzini, G., Newlands, G. E., Lutz, Ch., 2020, Sharenting, Peer Influence, and Privacy Concerns: A Study on the Instagram-Sharing Behaviors of Parents in the United Kingdom, *Social Media + Society*, Vol. 6, Issue 4, p. 3.

64 Donovan, S., 2020, p. 40.

заборав. Иако је ratio Опште уредбе заштита приватности и личног идентитета детета, она се не бави овим аспектима у области „*sharenting*"-а. *Sharenting* се дефинише као коришћење друштвених мрежа од стране родитеља за дељење садржаја о деци путем текстуалних објава, фотографија и видео записа који садрже дететове личне податке.[82] Наиме, родитељи често путем друштвених мрежа (Фејсбук, Твитер, Инстаграм, Јутјуб) деле информације, фотографије или видео снимке своје деце, некада само са породицом и пријатељима, а често и без икаквих ограничења. Овакви налози на друштвеним мрежама некад доносе успех у погледу великог броја пратилаца, или претплатника. На овај начин, дететов идентитет се креира и развија у виртуелном свету, често и без његовог знања или пристанка. Објављивање некад почиње и пре рођења детета, објављивањем различитих форми ултразвука фетуса, а неретко се деле и фотографије настале одмах након порођаја. Према једном истраживању из Сједињених Америчких Држава, више од 90 процената деце млађе од две године било је присутно на интернету у неком виду. Оваква пракса може да утиче на развој дететовог идентитета и аутономије, а практично може довести до крађе идентитета, малтретирања детета од стране вршњака и одраслих, како у стварном тако и виртуелном свету.

На овај начин, долази до практичног кршења права гарантованих раније поменутим међународним конвенцијама, као што је Конвенција о правима детета (нарочито, најбољи интерес детета из члана 3. и забрана произвољног мешања у приватност из члана 16.) и Повеља о основним правима Европске уније (члан 8.).

Општа уредба занемарује могућност да родитељи буду технолошки некомпетентни да заштите приватност своје деце или да се не осећају увек обавезним да делују у најбољем интересу свог детета. Употреба шерентинга као средства за потврђивање улоге коју имају родитељи експоненцијално је нарасла и довела до излагања података о личности деце на интернету без обзира на последице као што су крађа идентитета, онлајн криминал и, као најважније, лишавања аутономије и права на самоостваривање. Општа уредба изузима породичне и кућне активности из регулисања обраде података о деци. Овакве активности су, на пример, лична кореспонденција и

[82] Видети Grace Yiseul Choi & Jennifer Lewallen, "Say Instagram, Kids!": Examining Sharenting and Children's Digital Representations on Instagram, 29 HOW.J.COMM. 144, 145 (2018); Holly Kathleen Hall, Oversharenting: Is It Really Your Story to Tell?, 33 J. MARSHALL J. INFO. TECH. & PRIVACY L. 121, 121–23 (2018); Stacey B. Steinberg, Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media, 66 EMORY L.J. 839, 842 (2017).

doi: 10.56461/ZR_24.LAJT.24

Prof. dr *Uroš Novaković**

PRAVO DETETA NA ZAŠTITU OD ŠTETNIH UTICAJA SAVREMENIH MASOVNIH MEDIJA (INTERNETA)

Apstrakt: *U radu se analizira zaštita podataka o ličnosti deteta i pravo deteta na zaštitu od štetnih uticaja masovnih, savremenih, medija. Internet, pre svega, ali i drugi savremeni mediji u najvećoj meri oblikuju svest dece i imaju primarnu ulogu u vaspitanju dece, neretko čak i značajniju od uloge porodice. Tanka je granica između prava deteta na informisanje i štetnih uticaja sredstava informisanja na dete, posebno ako se ima u vidu da je pravo deteta da dobija informacije usko povezano sa pravom deteta na formiranje mišljenja. Pored zakonske regulative na nacionalnom i međunarodnom planu, nezavisna tela i organi imaju značajnu ulogu u zaštiti deteta jer se njihovo delovanje može odnositi na konkretne povrede prava deteta koje se javljaju na svakodnevnom nivou. Pristanak deteta na korišćenje savremenih masovnih medija i interneta treba biti slobodno dat, konkretan, informisan i nedvosmislen, u vidu izričite izjave ili afirmativne radnje. Imajući u vidu potrebu poštovanja autonomije volje savremenog deteta, zalažemo se za promovisanje roditeljske kontrole koja poštuje privatnost i najbolji interes deteta. Neki od primera su: filtriranje ili restrikcija neprikladnih sadržaja direktno sa uređaja ili od strane aplikacije, restrikcija u podešavanjima privatnosti koja onemogućava aplikaciji pristup kontaktima, fotografijama i drugim ličnim podacima, pristup roditelja istoriji pregledanja sadržaja deteta. Sharenting se definiše kao korišćenje društvenih mreža od strane roditelja za deljenje sadržaja o deci putem tekstualnih objava, fotografija i video-zapisa koji sadrže lične podatke deteta. I na međunarodnom i na nivou EU problem je prepoznat i doneta su mnoga dokumenta kojima se nastoji da se zaštite prava dece u digitalnoj sferi. I naš zakonodavac ide u tom pravcu. Pored ostalih mogućnosti, postoji i jedna koja naizgled može biti protivna savremenom konceptu prava deteta i konstantnom širenju ovog koncepta, ali dugoročno posmatrano, ona je u skladu sa principom ostvarivanja blagostanja deteta – najboljeg interesa deteta – deci do 12. godine ne treba omogućiti slobodan pristup internetu na mobilnom telefonu. Problem kod interneta i drugih sličnih savremenih medija i društvenih mreža je u tome što se zbog brzine prenošenja sadržaja na njima može trenutno postići negativan efekat po dobrobit deteta (objavljivanje lika deteta, podataka o detetu u senzacionalističke svrhe), dok se čak i donošenjem presude ili drugog administrativnog, odnosno sudskog akta, pozitivni efekti otklanjanja povrede čine gotovo minimalnim. Potrebno je preventivno delovanje državnih organa i roditelja, a ne reaktivno.*

Ključne reči: dete, roditelj, prava deteta, masovni mediji, internet, roditeljsko pravo, zaštita deteta, društvene mreže.

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; e-mail: uros.novakovic@ius.bg.ac.rs

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У БЕОГРАДУ
БИБЛИОТЕКА
Mas.
3012/+CD
303003012
COBISS

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

МАСТЕР РАД

ЗАШТИТА ДЕТЕТА У ШТАМПАНИМ И ЕЛЕКТРОНСКИМ МЕДИЈИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

ФИЛИП ВУЧКОВИЋ
2017/347

МЕНТОР: др Урош Новаковић

21.09.2020. ГОДИНЕ

1. UVOD

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti razvilo se iz prava na privatnost, kao jednog od univerzalnih ljudskih prava ustanovljenih u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima iz 1948. godine. Pravo na privatnost spada u lična prava, koja, između ostalih prava, obuhvataju i pravo na život, na telesni i psihički integritet, čast, ugled, dostojanstvo, lik, glas, lične podatke i identitet.[1] Lična prava su posebno počela da se razvijaju sa pojavom tehničkih inovacija i tehnološkog razvoja koje je doneo XX, a naročito XXI vek. Tako je, i pored toga što je, sa jedne strane, olakšao živote ljudi, tehnički razvoj stvorio istovremeno i ogroman broj sredstava koja omogućuju da se bez ograničenja dopre u najskrivenije i najintimnije sfere čovekovog života, što je izazvalo brojne zloupotrebe.[2] S obzirom na to da su tesno vezana za ličnost subjekta prava, lična prava traju koliko i sam subjekt, te se prestankom ličnosti gase, dakle nisu nasliediva, niti su prenosiva na nekog drugog subjekta. Imajući u vidu ovakvu pravnu prirodu ličnih prava, dete je isključivi nosilac ovih prava.

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti izvorno je podrazumevalo pojedinca kao titulara, to jest odraslu osobu, i imalo je za cilj zaštitu pojedinca od države, odnosno od upliva države u privatnu sferu određene osobe i sve podatke do kojih je država mogla doći bez saglasnosti pojedinca.[3] Kod ovog prava vidimo primer da se usled razvoja tehnologije i njenog uticaja na svakodnevni život pojedinca jedno posebno pravo „deli", izdvaja iz generičkog prava. Retko koje „savremeno" pravo ima toliki uticaj na svakog pojedinca danas kao što je slučaj sa pravom na zaštitu podataka o ličnosti. U savremeno doba pojavio se, pored ostalih, i najmoćniji medij – internet. Ono što je očigledno, kada posmatramo pravnu regulaciju ovog najmoćnijeg medija u odnosu na decu, jeste da, iako postoji ogroman broj raznih sadržaja, odsustvo pravnih procedura pristupanja i olakšan „ulazak" u virtuelni svet, svet odraslih, internet omogućava prostor za zloupotrebu dece kao najranjivije kategorije ljudskih bića. Ideja interneta jeste da on predstavlja jedan slobodan prostor u kome svaki pojedinac treba da ima pristup bez ograničenja. Ipak, pravo ima ulogu da postavi određena ograničenja budući da pristup ovom mediju može biti štetan.[4] Zakonska regulativa u Republici Srbiji nema mnogo odredaba o tome koja prava ima dete povodom slobodnog pristupa internetu i društvenim mrežama, i u kom uzrastu, kao i koji je obim roditeljske kontrole prilikom korišćenja interneta od strane deteta.

1 Vodinelić, V. V., 1989, Lično pravo kao nastavno-naučna disciplina, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4, str. 325.

2 Vodinelić, V. V., Zaštita ličnosti uzvraćanjem na informaciju, u: Šeparović, Z. (ur.), 1978, *Odgovornost u informativnoj delatnosti*, Zagreb, str. 905.

3 O značaju saglasnosti pojedinca za prikupljanje podataka o ličnosti na internetu: Cate, F. H., Mayer-Schonberger, V., 2013, Notice and Consent in a World of Big Data, *International Data Privacy Law*, Vol. 3, No. 2, p. 68.

4 Coccoli, J., 2017, The Challenges of New Technologies in the Implementation of Human Rights: An Analysis of Some Critical Issues in the Digital Era, *Peace Human Rights Governance*, Vol. 1, Issue 2, p. 242.

3. ПОЈАМ ЛИЧНИХ ПРАВА

Лична права су она права која „уређују односе међу људима поводом личних добара", док су та лична добра на која се ова права односе „она добра која су неодвојиво повезана са човековом личношћу",[27] која су непреносива и незастарива.[28] Лична права, између осталих, обухватају и право на живот, телесни и психички интегритет, част, углед, достојанство, приватност и приватан живот, лик, глас, личне податке, идентитет, итд.[29] Дакле, под појмом личних добара, у смислу права над личним добром, подразумевамо не само права која припадају човеку као биолошком бићу (живот, здравље, тело), већ и низ добара која су у савременим условима постала интегрални део људске личности (част, име, неповредивост, приватног живота, итд.). Иначе, лична права, као посебна субјективна права, први је уредио Швајцарски грађански законик из 1907. године. У члану 28. прописано је да "ко буде у својим личним односима на недозвољен начин повређен, може тужити за уклањање повреде".[30] Према Савићију и другим старијим ауторима, заштита личних права није предмет грађанског права, већ искључиво државног, кривичног и управног права. Грађанско право би штитило одређена лична добра само у ситуацијама када је њиховом повредом причињена штета титулару. Такав став имали су и старије кодификације грађанског права, посебно Аустријског грађанског законика из 1811. године и Немачког грађанског законика из 1896. године. Они су признавали само деликтну заштиту у случају наношења штете на одређеним личним добрима (част, углед, живот, тело, слобода), а само је право на име било признато као субјективно право.[31]

Тачан број и опсег личних права је немогуће одредити пошто се стално развијају и шире. Стога, генерална клаузула, као средство законодавне технике, изузетно је корисна као метод приликом регулисања личних права, јер оставља пракси неопходну ширину, а судији могућност да одабере најадекватније решење. Она служи и као законски ослонац за заштиту права личности у случају повреда које законодавац није предвидео, нити их је с обзиром на време кад је закон донесен, могао имати у виду. Ипак, без додатних одредби, она предатавља ризик по правну сигурност, јер судови остају без

27 В. Водинелић, „Лично право као наставно-научна дисциплина" АПФ, 4/1989, 321-336, стр. 325.

28 В. Водинелић „Лична права", у *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I – III*, Том први, Новинско издавачка установа Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 908.

29 Водинелић (1989), стр. 325.

30 С. Крнета, „Субјективна права", у С. Крнета, *Одабране теме приватног права*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007, стр. 73.

31 С. Крнета, „Право на приватни живот као грађанско субјективно право", у С. Крнета, *Одабране теме приватног права*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007, стр. 106.

1. UVOD

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti razvilo se iz prava na privatnost, kao jednog od univerzalnih ljudskih prava ustanovljenih u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima iz 1948. godine. Pravo na privatnost spada u lična prava, koja, između ostalih prava, obuhvataju i pravo na život, na telesni i psihički integritet, čast, ugled, dostojanstvo, lik, glas, lične podatke i identitet.[1] Lična prava su posebno počela da se razvijaju sa pojavom tehničkih inovacija i tehnološkog razvoja koje je doneo XX, a naročito XXI vek. Tako je, i pored toga što je, sa jedne strane, olakšao živote ljudi, tehnički razvoj stvorio istovremeno i ogroman broj sredstava koja omogućuju da se bez ograničenja dopre u najskrivenije i najintimnije sfere čovekovog života, što je izazvalo brojne zloupotrebe.[2] S obzirom na to da su tesno vezana za ličnost subjekta prava, lična prava traju koliko i sam subjekt, te se prestankom ličnosti gase, dakle nisu nasleđiva, niti su prenosiva na nekog drugog subjekta. Imajući u vidu ovakvu pravnu prirodu ličnih prava, dete je isključivi nosilac ovih prava.

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti izvorno je podrazumevalo pojedinca kao titulara, to jest odraslu osobu, i imalo je za cilj zaštitu pojedinca od države, odnosno od upliva države u privatnu sferu određene osobe i sve podatke do kojih je država mogla doći bez saglasnosti pojedinca.[3] Kod ovog prava vidimo primer da se usled razvoja tehnologije i njenog uticaja na svakodnevni život pojedinca jedno posebno pravo „deli", izdvaja iz generičkog prava. Retko koje „savremeno" pravo ima toliki uticaj na svakog pojedinca danas kao što je slučaj sa pravom na zaštitu podataka o ličnosti. U savremeno doba pojavio se, pored ostalih, i najmoćniji medij – internet. Ono što je očigledno, kada posmatramo pravnu regulaciju ovog najmoćnijeg medija u odnosu na decu, jeste da, iako postoji ogroman broj raznih sadržaja, odsustvo pravnih procedura pristupanja i olakšan „ulazak" u virtuelni svet, svet odraslih, internet omogućava prostor za zloupotrebu dece kao najranjivije kategorije ljudskih bića. Ideja interneta jeste da on predstavlja jedan slobodan prostor u kome svaki pojedinac treba da ima pristup bez ograničenja. Ipak, pravo ima ulogu da postavi određena ograničenja budući da pristup ovom mediju može biti štetan.[4] Zakonska regulativa u Republici Srbiji nema mnogo odredaba o tome koja prava ima dete povodom slobodnog pristupa internetu i društvenim mrežama, i u kom uzrastu, kao i koji je obim roditeljske kontrole prilikom korišćenja interneta od strane deteta.

1 Vodinelić, V. V., 1989, Lično pravo kao nastavno-naučna disciplina, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4, str. 325.

2 Vodinelić, V. V., Zaštita ličnosti uzvraćanjem na informaciju, u: Šeparović, Z. (ur.), 1978, *Odgovornost u informativnoj delatnosti*, Zagreb, str. 905.

3 O značaju saglasnosti pojedinca za prikupljanje podataka o ličnosti na internetu: Cate, F. H., Mayer-Schonberger, V., 2013, Notice and Consent in a World of Big Data, *International Data Privacy Law*, Vol. 3, No. 2, p. 68.

4 Coccoli, J., 2017, The Challenges of New Technologies in the Implementation of Human Rights: An Analysis of Some Critical Issues in the Digital Era, *Peace Human Rights Governance*, Vol. 1, Issue 2, p. 242.

ближег усмерења како правилно и конзистентно да решавају конкретне спорове.[32] Лична права су се посебно развила са појавом техничких иновација и технолошког развоја које је донео 20. и 21. век. Тако је, и поред тога што је олакшао наше животе, технички развој је створио истовремено и огроман број средстава који омогућују да без потешкоћа допремо у најскривеније и најинтимније сфере човековог живота.[33] Већ крајем 20. века је навођено како савремена средства информисања, савремене публикације, телевизија и чак и литература могу да наруше приватност човека и угрозе његова лична права.[34] На који начин електронски и штампани медији конкретно утичу на лична права деце биће посебно обрађено у наредним поглављима.

Као основне особине личних права наводи се да су она непреносива, односно нису способна за промет, да за њихов настанак није потребан посебан акт стицања, као ни одређен узраст, душевно здравље, нити пословна способност субјекта којем припадају.[35] Кад је у питању њихов промет, такође је битно навести да је могућност субјекта права да да одобрење за њихово коришћење, односно за коришћење елемената ових права, такозвани „изузетак који не поништава принцип њихове непреносивости."[36] Такође, како су тесно везана за личност субјекта права, ова права трају колико и сам субјект, те се престанком личности, гасе и лична права, која дакле нису наследива, иако су одређена права способна за такозвану „постморталну заштиту".[37]

Због својих специфичности, лична права уживају посебну заштиту, поготово у сфери масовних медија који најчешће и најинтензивније крше лична права. Овде је битно нагласити разлику између тзв. јавних и нејавних информација, где су јавне оне које су пренете путем средстава јавног информисања.[38] Информације пренете путем средстава јавног информисања могу нанети теже повреде по лична права појединца у односу на оне које су нејавне, поготово уколико дође до даљег преношења те информације преузимањем од стране других медија.[39] Стога, као једну меру заштите личних права појединца, појединац може користити средства заштите личних права и то

32 С. Крнета, „Права личности као уставна гаранција и њихова заштита као непосредан задатак законодавца", у С. Крнета, *Одабране теме приватног права*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007, стр. 398 - 400.
33 Владимир Водинелић (1978), стр. 905.
34 *Ibidem.*
35 *Ibid*, стр. 910.
36 *Ibidem.*
37 *Ibidem.*
38 В. Водинелић, „Заштита личности узвраћањем на информацију", у *Одговорност у информативној делатности*, зборник радова Савјетовања о одговотности у информативној дјелатности, Загреб, 1978, 283-300, стр. 284.
39 *Ibidem.*

regulativom, ali i sa normama PZ o pravima deteta sa određenim uzrastom, konkretno 15 godina.[15]

U članu 77. Zakona o javnom informisanju i medijima (dalje: ZJIM)[16] propisuje se da se u cilju zaštite slobodnog razvoja ličnosti maloletnika posebno mora voditi računa da sadržaj medija i način distribucije medija ne naškode moralnom, intelektualnom, emotivnom ili socijalnom razvoju maloletnika. Član 78. uređuje (ne)dostupnost štampanih medija sa pornografskim sadržajem maloletnicima.[17] Takođe, član 80. istog zakona propisuje da se maloletnik ne sme učiniti prepoznatljivim u informaciji koja može da povredi njegovo pravo ili interes. Navedene odredbe mogu imati primenu, i to samo delimičnu, u pogledu štampanih medija i televizije, ali internet sadržaji ostaju izvan regulacije. U skladu s tim, Kodeks novinara Srbije, koji je usvojen od strane Nezavisnog udruženja novinara Srbije (NUNS) i Udruženja novinara Srbije (UNS) 2006. godine, zabranjuje novinarima da koriste „neprimerene, uznemiravajuće, pornografske i sve druge sadržaje koji mogu imati štetan uticaj na decu", kao i da su dužni da poštuju i štite prava i dostojanstvo dece i drugih ugroženih grupa.[18] Više je nego jasno koliko se navedene odredbe primenjuju u praksi izveštavanja medija u Srbiji.

Zakon o elektronskim medijima (dalje: ZEM)[19] navodi da sadržaji koji mogu da škode fizičkom, mentalnom ili moralnom razvoju maloletnika moraju biti jasno označeni i ne objavljuju se u vreme kad se osnovano može očekivati da ih maloletnici prate, imajući u vidu uobičajeni raspored njihovih aktivnosti, osim izuzetno kao zaštićena usluga sa uslovnim pristupom na način predviđen ovim zakonom.[20] Programski sadržaji nepodesni za maloletnike mlađe od 12 godina ne smeju se emitovati ili oglašavati u okviru dečijeg programa. Ipak, i ove odredbe imaju samo opšti karakter, i u praksi se ne poštuju. Naznačavanje, pre emitovanja u elektronskom mediju, da određeni sadržaj nije podoban za decu uzrasta od na primer 16 ili 12 godina ne znači da taj sadržaj dete neće gledati, niti da se dete u datom trenutku nalazi pod nadzorom odrasle osobe koja će zabraniti detetu da gleda taj štetan sadržaj.

Regularno telo za elektronske medije (REM) je na osnovu odredaba čl. 60, 63. i 71. ZEM, 2015. godine donelo Pravilnik o zaštiti prava maloletnika u oblasti pružanja medijskih usluga,[21] kojim se bliže uređuju obaveze pružalaca medijskih usluga, ali i postupanje samog Regulatornog tela u vezi sa načinom emitovanja programa koji mogu štetno uticati na fizički, mentalni i moralni razvoj maloletnika. Pravilnik navodi da je potrebno voditi se najboljim interesima maloletnika kad god se objavljuje programski sadržaj koji se odnosi na maloletnike ili sadržaj

15 Čl. 59–65. PZ.
16 ZJIM, *Sl. glasnik RS*, br. 83/14, 58/15 i 12/16 – autentično tumačenje.
17 Član 78. ZJIM.
18 Kodeks novinara Srbije, odeljak IV, tač. 4. i 5 (https://www.uns.org.rs/kodeks-novinara-srbije.html, 24. 3. 2023).
19 ZEM, *Sl. glasnik RS*, br. 83/14, 6/16 – dr. zakon i 129/21.
20 Član 48. ZEM.
21 Pravilnik o zaštiti prava maloletnika u oblasti pružanja medijskih usluga, *Sl. glasnik RS*, br. 25/15.

саморегулацији, аутономним правилима новинарске струке.[98] На овај начин се најбоље осигурава слобода медија, као један од основних принципа слободног и демократског друштва, док се уједно постављају јасна правила и границе исте те слободе.

Кодекс новинара Србије усвојен је од стране Независног удружења новинара Србије (НУНС) и Удружења новинара Србије (УНС) 2006. године, како би служио као „етички стандард професионалног поступања новинара".[99] Институционални надзор и подршку примени Кодекса врши Савет за штампу, које представља „независно, саморегулативно тело које окупља издаваче и власнике штампаних медија, професионалне новинаре као и представнике јавности,"[100] са основним циљем праћења поштовања Кодекса новинара Србије у штампаним медијима и решавање спорова и ситуација између појединаца и институција поводом конкретних садржаја штампаних медија, као и медијације и решавање случајева кршења етичких стандарда постављених Кодексом.[101]

Када су у питању деца и малолетници, Кодекс новинара Србије у одељку IV, прописује је да је новинарима забрањено да користе „непримерене, узнемиравајуће, порнографске и све друге садржаје који могу имати штетан утицај на децу" као и да су дужни да да поштује и штити права и достојанство деце и других угрожених група.[102] Такође, Кодекс прописује и начин на који се могу интервјуисати малолетници и то је једино могуће у присуству или уз сагласност родитеља односно старатеља.[103] Етички кодекс такође садржи проавила о заштити приватности деце. Кодекс обавезује новинаре да осигурају да „дете не буде угрожено или изложено ризику због објављивања његовог имена, фотографије или снимка са његовим ликом, кућом, заједницом у којој живи или препознатљивом околином".[104] С тим у вези, Кодекс указује на чињеницу да представници државних и јавних институција које се баве заштитом деце – социјални радници, лекари, васпитачи и други, нису свесни утицаја медија и начина њиховог рада, па често пружају информације новинарима које подразумевају откривање идентитета малолетника. Овакве информације не смеју бити злоупотребљене па самим тим ни објављене.[105]

98 *Ibid*, стр.76.
99 Кодекс новинара Србије.
100 Оснивачки акт Савета за штампу, Београд, новембар 2009. године, доступно на http://www.savetzastampu.rs/cirilica/osnivacki-akt, [последње приступљено 16.09.2020.године], чл. 2.
101 *Ibid*, чл. 3.
102 Кодекс новинара Србије, одељак IV, тачке 4. и 5.
103 *Ibid*, одељак VI, тачка 6.
104 *Ibid*, одељак VII, тачка 4.
105 *Ibid*, одељак VII, тачка 4.

regulativom, ali i sa normama PZ o pravima deteta sa određenim uzrastom, konkretno 15 godina.[15]

U članu 77. Zakona o javnom informisanju i medijima (dalje: ZJIM)[16] propisuje se da se u cilju zaštite slobodnog razvoja ličnosti maloletnika posebno mora voditi računa da sadržaj medija i način distribucije medija ne naškode moralnom, intelektualnom, emotivnom ili socijalnom razvoju maloletnika. Član 78. uređuje (ne)dostupnost štampanih medija sa pornografskim sadržajem maloletnicima.[17] Takođe, član 80. istog zakona propisuje da se maloletnik ne sme učiniti prepoznatljivim u informaciji koja može da povredi njegovo pravo ili interes. Navedene odredbe mogu imati primenu, i to samo delimičnu, u pogledu štampanih medija i televizije, ali internet sadržaji ostaju izvan regulacije. U skladu s tim, Kodeks novinara Srbije, koji je usvojen od strane Nezavisnog udruženja novinara Srbije (NUNS) i Udruženja novinara Srbije (UNS) 2006. godine, zabranjuje novinarima da koriste „neprimerene, uznemiravajuće, pornografske i sve druge sadržaje koji mogu imati štetan uticaj na decu", kao i da su dužni da poštuju i štite prava i dostojanstvo dece i drugih ugroženih grupa.[18] Više je nego jasno koliko se navedene odredbe primenjuju u praksi izveštavanja medija u Srbiji.

Zakon o elektronskim medijima (dalje: ZEM)[19] navodi da sadržaji koji mogu da škode fizičkom, mentalnom ili moralnom razvoju maloletnika moraju biti jasno označeni i ne objavljuju se u vreme kad se osnovano može očekivati da ih maloletnici prate, imajući u vidu uobičajeni raspored njihovih aktivnosti, osim izuzetno kao zaštićena usluga sa uslovnim pristupom na način predviđen ovim zakonom.[20] Programski sadržaji nepodesni za maloletnike mlađe od 12 godina ne smeju se emitovati ili oglašavati u okviru dečijeg programa. Ipak, i ove odredbe imaju samo opšti karakter, i u praksi se ne poštuju. Naznačavanje, pre emitovanja u elektronskom mediju, da određeni sadržaj nije podoban za decu uzrasta od na primer 16 ili 12 godina ne znači da taj sadržaj dete neće gledati, niti da se dete u datom trenutku nalazi pod nadzorom odrasle osobe koja će zabraniti detetu da gleda taj štetan sadržaj.

Regularno telo za elektronske medije (REM) je na osnovu odredaba čl. 60, 63. i 71. ZEM, 2015. godine donelo Pravilnik o zaštiti prava maloletnika u oblasti pružanja medijskih usluga,[21] kojim se bliže uređuju obaveze pružalaca medijskih usluga, ali i postupanje samog Regulatornog tela u vezi sa načinom emitovanja programa koji mogu štetno uticati na fizički, mentalni i moralni razvoj maloletnika. Pravilnik navodi da je potrebno voditi se najboljim interesima maloletnika kad god se objavljuje programski sadržaj koji se odnosi na maloletnike ili sadržaj

15 Čl. 59–65. PZ.
16 ZJIM, *Sl. glasnik RS*, br. 83/14, 58/15 i 12/16 – autentično tumačenje.
17 Član 78. ZJIM.
18 Kodeks novinara Srbije, odeljak IV, tač. 4. i 5 (https://www.uns.org.rs/kodeks-novinara-srbije.html, 24. 3. 2023).
19 ZEM, *Sl. glasnik RS*, br. 83/14, 6/16 – dr. zakon i 129/21.
20 Član 48. ZEM.
21 Pravilnik o zaštiti prava maloletnika u oblasti pružanja medijskih usluga, *Sl. glasnik RS*, br. 25/15.

„временом емитовања" (садржаји неподесни за децу млађу од 16 година не смеју да се емитују нити оглашавају пре 22.00 сата ни после 6.00 сати, а неподесни за децу млађу од 18 година, пре 23.00 сата, ни после 6.00 сати) или „техничким поступком" обезбеђено да деца, односно малотетници, по правилу нису у прилици да их виде или слушају. Такође, програмски садржаји неподесни за малолетнике млађе од 12 година не смеју се емитовати или оглашавати у оквиру дечијег програма. Уз то, пружаоци медијске услуге су дужни да јасно означе програме који су неприкладни за малолетнике или их могу угрозити, као и да на то упозоре старатеље.[117] Мишљење о погодности програмског садржаја и његовој сагласности са правилма прописаним Законом, даје Регулаторно тело за електонске медије (РЕМ), и то на захтев пружаоца медијске услуге.[118] На крају, овај члан прописује да „за учешће малолетника у аудио-визуелном програму потребна је сагласност родитеља, старатеља или усвојиоца, што не искључује дужност емитера да обрати посебну пажњу приликом учествовања малолетника у програму и не искључује његову одговорност за објављени садржај."[119]

Регуларно тело за електронске медије (РЕМ) је на основу одредаба чланова 60, 63. и 71. Закона о електронским медијима 2015. године донео Правилник о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга[120] којим се ближе уређује обевезе пружалаца медијских услуга али и поступање самог Регулаторног тела у вези са начином емитовања програма који могу штетно утицати на физички, ментални и морални развој малолетника. Овим документом су такође и дефинисани одређени појмови као што је посебно осетљив малолетник, који је дефинисан као „малолетник који има озбиљне душевне проблеме или се пак налази у осетљивој животној ситуацији (нпр. жртва породичног, сексуалног, вршњачког или другог облика насиља, душевно обољење, извршење кривичног дела, покушај самоубиства, бављење проституцијом, злоупотреба алкохола или опојних дрога, чији родитељи се налазе у затвору или су га напустили и сл.)."[121] Такође дефинисани су и појмови различитих програмских садржаја као што су дечији и садржаји намењеним малолетницима, затим ријалити програмски садржаји, фикцијски и нефикцијски програмски садржаји, порнографски и еротски

117 *Ibid*, чл 68.
118 *Ibid*, чл 68, ст. 5.
119 *Ibid*, чл 68, ст. 11.
120 Правилник о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга, ("Сл. гласник РС", број 25/2015).
121 *Ibid*, чл.2, ст. 1, т.2.

regulativom, ali i sa normama PZ o pravima deteta sa određenim uzrastom, konkretno 15 godina.[15]

U članu 77. Zakona o javnom informisanju i medijima (dalje: ZJIM)[16] propisuje se da se u cilju zaštite slobodnog razvoja ličnosti maloletnika posebno mora voditi računa da sadržaj medija i način distribucije medija ne naškode moralnom, intelektualnom, emotivnom ili socijalnom razvoju maloletnika. Član 78. uređuje (ne)dostupnost štampanih medija sa pornografskim sadržajem maloletnicima.[17] Takođe, član 80. istog zakona propisuje da se maloletnik ne sme učiniti prepoznatljivim u informaciji koja može da povredi njegovo pravo ili interes. Navedene odredbe mogu imati primenu, i to samo delimičnu, u pogledu štampanih medija i televizije, ali internet sadržaji ostaju izvan regulacije. U skladu s tim, Kodeks novinara Srbije, koji je usvojen od strane Nezavisnog udruženja novinara Srbije (NUNS) i Udruženja novinara Srbije (UNS) 2006. godine, zabranjuje novinarima da koriste „neprimerene, uznemiravajuće, pornografske i sve druge sadržaje koji mogu imati štetan uticaj na decu", kao i da su dužni da poštuju i štite prava i dostojanstvo dece i drugih ugroženih grupa.[18] Više je nego jasno koliko se navedene odredbe primenjuju u praksi izveštavanja medija u Srbiji.

Zakon o elektronskim medijima (dalje: ZEM)[19] navodi da sadržaji koji mogu da škode fizičkom, mentalnom ili moralnom razvoju maloletnika moraju biti jasno označeni i ne objavljuju se u vreme kad se osnovano može očekivati da ih maloletnici prate, imajući u vidu uobičajeni raspored njihovih aktivnosti, osim izuzetno kao zaštićena usluga sa uslovnim pristupom na način predviđen ovim zakonom.[20] Programski sadržaji nepodesni za maloletnike mlađe od 12 godina ne smeju se emitovati ili oglašavati u okviru dečijeg programa. Ipak, i ove odredbe imaju samo opšti karakter, i u praksi se ne poštuju. Naznačavanje, pre emitovanja u elektronskom mediju, da određeni sadržaj nije podoban za decu uzrasta od na primer 16 ili 12 godina ne znači da taj sadržaj dete neće gledati, niti da se dete u datom trenutku nalazi pod nadzorom odrasle osobe koja će zabraniti detetu da gleda taj štetan sadržaj.

Regularno telo za elektronske medije (REM) je na osnovu odredaba čl. 60, 63. i 71. ZEM, 2015. godine donelo Pravilnik o zaštiti prava maloletnika u oblasti pružanja medijskih usluga,[21] kojim se bliže uređuju obaveze pružalaca medijskih usluga, ali i postupanje samog Regulatornog tela u vezi sa načinom emitovanja programa koji mogu štetno uticati na fizički, mentalni i moralni razvoj maloletnika. Pravilnik navodi da je potrebno voditi se najboljim interesima maloletnika kad god se objavljuje programski sadržaj koji se odnosi na maloletnike ili sadržaj

15 Čl. 59–65. PZ.
16 ZJIM, *Sl. glasnik RS*, br. 83/14, 58/15 i 12/16 – autentično tumačenje.
17 Član 78. ZJIM.
18 Kodeks novinara Srbije, odeljak IV, tač. 4. i 5 (https://www.uns.org.rs/kodeks-novinara-srbije.html, 24. 3. 2023).
19 ZEM, *Sl. glasnik RS*, br. 83/14, 6/16 – dr. zakon i 129/21.
20 Član 48. ZEM.
21 Pravilnik o zaštiti prava maloletnika u oblasti pružanja medijskih usluga, *Sl. glasnik RS*, br. 25/15.

садржаји, али и појмови насиља, тешког насиља, сексуалног насиља, као и врсте понашања – опасно, дискриминаторно и непристојно понашање.[122]

Као општу обавезу пружалаца медијске услуге, Правилник наводи да је он „дужан да предузме све неопходне мере како његов програмски садржај не би нашкодио развоју малолетника, имајући при том у виду да малолетници уживају право на већи степен заштите слободног развоја личности него пунолетна лица"[123] као и да се мора водити најбољим интересима малолетника кад год објављује програмски садржај који се односи на малолетнике или у ком малолетници учествују.[124] Правилник забрањује емитовање порнографије изузев у случају када се такав садржај објављује као део заштићене услуге којом се приступа уз помоћ личног идентификационог броја – (PIN) и током чијег приказивања све време мора бити назначена ознака „18+" о којој такође постоје посебна правила у смислу боје, величине и позиције на екрану.[125] Интересантан пример покушаја регулације и касније дерегулације програмског садржаја догодио се у Сједињеним Америчким Државама 1960. године када је Савезна комисија за комуникације (FCC) предложила увођење четрнаест различитих категорија програма за власнике дозвола за телевизијско емитовање, укључујући образовне програме, ради омогућавања ималаца лиценце да испуне своје захтеве за садржајем од јавног значаја. Међутим, већ 1980-их година ова Комисија је ипак започела период дерегулације, уклањајући већину својих захтева за програмским садржајем из разлога, како је навела Комисија, што је регулација непотребна јер ће тржиште и „тржишне силе" саме учинити да корисници дозвола задовоље горе наведене потребе јавности за садржајем од јавног значаја, укључујући и дечје образовне програме. Међутим, након дерегулације, образовни програми за децу опали су „са више од 11 сати недељно 1980. године на око четири и по сата недељно 1983. године и на мање од два сата недељно 1990. године".[126] Ово показује колико је чак и крајем прошлог века дошло до смањења програма за децу на телевизији, што је данас још распрострањеније. И поред великог броја кабловских канала који су само намењени деци, телевизије са националном фреквенцијом имају све мање програмског садржаја ове врсте. То је битно нагласити, пошто велики број деце нема приступ свим кабловским садржајима, а националним телевизијским каналима приступ имају сви.

122 *Ibid*, чл.2, ст. 1, т. 5-20.
123 *Ibid* услуга, чл.3, ст. 1.
124 *Ibid*, чл.3, ст. 2.
125 *Ibid*, чл. 4.
126 S. R. Conley, "The Children's Television Act: Reasons & Practice", Syracuse Law Review, Forthcoming, 2010, стр. 2 – 3.

u kome maloletnici učestvuju.[22] Standard najboljeg interesa deteta (maloletnika) preuzet je iz porodičnopravne terminologije i predstavlja jedan neograničeni opšti standard bez potrebne konkretizacije u ovoj oblasti.

2.2. MEĐUNARODNO PRAVO

Prvi i ujedno najvažniji opšteobavezujući međunarodni dokument koji je u potpunosti obuhvatio odredbe o pravima deteta jeste Konvencija o pravima deteta (dalje: Konvencija), koja je usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 1989. godine. To je međunarodni ugovor koji je, od svih međunarodnih ugovora, potpisao i ratifikovao najveći broj država. U Konvenciji je definisan pojam deteta – to je svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina života, ukoliko se prema domaćem zakonu koji se primenjuje na dete punoletstvo ne stiče ranije. SFRJ, odnosno naknadno Republika Srbija, ovu Konvenciju ratifikovala je 2. septembra 1990. godine i odredbe Konvencije u potpunosti inkorporisala u domaće norme PZ.[23]

Prema članu 13. Konvencije, dete ima pravo na slobodu izražavanja koja obuhvata i slobodu da traži, prima i daje informacije svake vrste, bez obzira na granice, bilo usmeno ili pismeno ili preko štampe, umetnosti ili nekog drugog medija po izboru deteta. U članu 17. Konvencije ističe se da države članice priznaju značajnu ulogu sredstava javnog informisanja i omogućavaju pristup deteta informacijama i materijalima, posebno onim čiji je cilj unapređenje njegovog socijalnog, duhovnog i moralnog dobra i fizičkog i mentalnog zdravlja. Primetno je da štampani i elektronski mediji imaju veoma jak uticaj na decu i bitno utiču na njihov psihički i socijalni razvoj. Kako je Konvencija usvojena pre više od 30 godina, novi oblici zloupotrebe deteta i štetnih uticaja na dete, pre svega savremenih medija, nisu mogli biti predviđeni. Stoga se sa pravom ističe da Konvencija ne obraća mnogo pažnje na načine kojima dete može biti izloženo štetnim uticajima novih tehnologija.[24] U vreme kada je donošena Konvencija, devedesetih godina XX veka, cilj je bio da se dete što više uključi u socijalne i društvene tokove, da bude sposobno da formira mišljenje i da na prilično ravnopravnoj osnovi sa odraslima odlučuje o pitanjima koja ga se direktno tiču. U današnjem dobu, smisao Konvencije, u svetlu prava deteta na pristup informacijama, treba da bude zaštita deteta od štetnih uticaja masovnih medija koji pretežu nad pozitivnim efektima istih.

Posmatrajući dalje međunarodnu regulativu, nijedan od temeljnijih međunarodnih ugovora (Univerzalna deklaracija UN o ljudskim pravima iz 1948. godine, Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine, međunarodni paktovi o građanskim i političkim pravima, socijalnim, kulturnim i ekonomskim

22 Čl. 3, st. 2. Pravilnika o zaštiti prava maloletnika u oblasti pružanja medijskih usluga.

23 Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/90 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97.

24 Carr, J., Hilton, Z., Combating Child Abuse Images on the Internet: International Perspectives, in: Davidson, J., Gottschalk, P., 2011, *Internet Child Abuse: Current Research and Policy*, New York, p. 56.

да права деце припадају посебној категорији људских права.[15] Устав, у члану 64. прописује да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости.[16] Устав даље наводи права која су уставно заштићена,[17] док Породични закон допуњује ову листу наводећи кроз цео закон која све права дете ужива, као на пример – право на развој[18] и образовање,[19] затим право да зна своје порекло[20] и право на живот са родитељима.[21] Додатно, горе наведена УН Конвенција о правима детета има још шири каталог признатих права детета, који допуњава права обухваћена позитивним прописима Републике Србије.[22] Додатна права која такође припадају детету су, између исталог право на породични живот и право детета на заштиту његових најбољих интереса.[23]

Кад је у питању област медијског права, већина прописа садржи посебне одредбе које се односе на децу. Тако, према члану 13. УН Конвенције о правима детета, „дете има право на слободу изражавања која обухвата и слободу да тражи, прима и даје информације и идеје свих врста, без обзира на границе, било усмено или писмено или преко штампе, уметности или неког другог медија по избору детета“, док у члану 17. истиче да Државе чланице признају „значајну улогу средстава јавног информисања и омогућавају приступ детета информацијама и материјалима (...) посебно оних чији је циљ унапређење његовог социјалног, духовног и моралног добра и физичког и менталног здравља“. Дакле, штампани и електронски медији имају веома јак утицај на децу и битно утичу на њихов психички и социјални развој. Неки од аутора приликом анализирања Конвенције истичу важност такозване *медијске писмености* и чињеници да и поред оваквих изричитих формулација Конвенције, медији свакодневно крше њихова права, па чак да их чине „неважним и невидљивим друштвеним субјектом“.[24] Дефинисана као „способност приступа, разумевања и стварања комуникација у разним контекстима“,[25] медијска писменост, поготово деце је један од нужних сегмената образовања и развоја

15 М. Драшкић, *Породично право и права детета*, пето издање, Правни факултет у Београду и Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2009, стр. 179.
16 Устав Републике Србије, чл. 64, ст.1.
17 *Ibid*, чл. 64. ст. 2-4.
18 Породични закон, чл. 62.
19 *Ibid*, чл. 63.
20 *Ibid*, чл. 59.
21 *Ibid*, чл. 60.
22 Драшкић (2009), стр. 180.
23 Н. Вујић,“Права деце на приватност, најбољи интерес детета и породични односи (европско право и шта медији морају да имају у виду када извештавају о деци)“, у *Правосуђе и медији,* Институт за криминолошка и социолошка истраживања Србија, 2017, 379- 392, стр. 380.
24 Зграбљић Ротар (2005), стр. 2.
25 D. Buckingham et. al., „The Media Literacy of Children and Young People, A review of the research literatureon behalf of Ofcom“, Centre for the Study of ChildrenYouth and Media Institute of EducationUniversity of London, 2004, стр. 5

7. Povelje garantuje se pravo na poštovanje privatnog života i porodice, a članom 8. garantuje se pravo na zaštitu podataka o ličnosti. U članu 8. se navodi da obrada podataka o ličnosti mora biti poštena, da se može vršiti samo u tačno određene svrhe, da mora biti zasnovana na pristanku određene osobe ili na legitimnom interesu utvrđenom zakonom. Pojedinci imaju pravo pristupa svojim ličnim podacima, pravo ispravke, a poštovanje prava na zaštitu podataka o ličnosti mora biti pod nadzorom nezavisnog organa. Iako prvobitno samo politički dokument, Povelja je postala pravno obavezujuća stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 1. decembra 2009. godine. Takođe, dete u skladu sa članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima ima pravo na zaštitu svoje privatnosti.[34] Ipak, pravo na zaštitu ličnih podataka nije Evropskom konvencijom o ljudskim pravima priznato kao posebno pravo.[35] Takođe, Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) do sada se u svojoj praksi nije susretao sa slučajevima vezanim za odnos roditelja i deteta povodom prava deteta na slobodno korišćenje interneta, *sharenting*,[36] niti za obavezu države da zaštiti dete od štetnih uticaja medija, ali pretpostavljamo da će se u skorijoj budućnosti neki slučaj u vezi sa ovom tematikom pojaviti pred ESLJP-om.

Na nivou EU navešćemo još nekoliko dokumenata: Direktiva (EU) 2018/1808 o audiovizuelnim medijskim uslugama, Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi i Platforma „Bolji internet za decu".

3. ŠTAMPANI MEDIJI

Štampani mediji u savremenom svetu imaju sve manji uticaj i sve više (s)padaju pod okrilje drugih medija, pre svega, interneta. Samim tim imaju i manji stepen štetnosti na pravilan razvoj i dobrobit deteta. Nekada, početkom i sredinom XX veka, štampani mediji su imali značajno veći uticaj na oblikovanje svesti pojedinca, a samim tim i deteta. Štampane novine su, pored radija, u početku bile osnovni medij preko koga su se dobijale informacije.

Definicija štampanih medija nalazi se u članu 38. Zakona o oglašavanju iz 2016. godine (dalje: ZO),[37] prema kome su štampani mediji dnevne i periodične novine i druga štampana sredstva javnog informisanja i koji izjednačuje digitalna izdanja ovih novina i drugih štampanih sredstava javnog informisanja, ukoliko su jednaka štampanom izdanju i dostupna na zahtev korisnicima putem interneta.[38] Ipak, postoji značajna razlika između štampanog izdanja i internet izdanja nekih novina, imajući u vidu da se vesti istih novina na internetu neprekidno menjaju, da su prisutni razni drugi sadržaji koji omogućavaju lako preusmeravanje sa date vesti na te sadržaje. Na taj način dete može, bez postojanja dodatnih ograničenja, da se izmesti sa informacija iz tih novina na druge štetne sadržaje.

34 Fortin, J., 2009, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, p. 564.
35 Coccoli, J., 2017, p. 236.
36 Donovan, S., 2020, p. 46.
37 ZO, *Sl. glasnik RS*, br. 6/16 i 52/19 – dr. zakon.
38 Član 38. ZO.

4. ШТАМПАНИ И ЕЛЕКТРОНСКИ МЕДИЈИ

4.1 ПОЈАМ ШТАМПАНИХ И ЕЛЕКТРОНСКИХ МЕДИЈА И СТАНДАРД СЛОБОДЕ МЕДИЈА

Област медијског права уређена је у Републици Србији 2014. године усвајањем сета медијских закона – Закона о јавном информисању и медијима и Закона о електронским медијима, који представљају кључне законе из ове области. Поред ових закона, постоје и други закони који се баве облашћу медијских права, као што су Закон о јавним медијским сервисима, Закон о потврђивању Европске конвенције о прекограничној телевизији,[42] Закон о електронским комуникацијама[43], Закон о оглашавању.

Према дефиницији члана 4. Закона о електронским медијима „електронски медиј је програм, односно програмски садржај радија и телевизије, као и програмски садржај доступан на захтев путем мрежа електронских комуникација и садржај електронског издања."[44] Иако је овај сет закона требало да обухвати све облике јавног информисања и медија, дефиниција штампаних медија је изостала. Дефиниција штампаних медија налази се у члану 38. Закона о оглашавању из 2016. године, према ком су штампани медији „дневне и периодичне новине и друга штампана средства јавног информисања" и који изједначује дигитална издања ових новина и других штампаних средстава јавног информисања, уколико су „једнака штампаном издању и доступна на захтев корисницима путем интернета."[45]

Дефиниција штампаних медија, иако је каснила за дефиницијом електронских медија, ипак не захтева додатну разраду по питању тога шта све потпада под појам штампаних медија. Међутим, то није случај и са појмом електронских медија. Под појмом „електронски" или „дигитални" медији треба уврстити неколико облика пријема и размене информација, при чему одређени аутори иду толико далеко да наводе пет различитих „институција."[46] У појам дигиталних медија би сигурно требало уврстити следеће медије: све масовне медије који су прешли на дигитални сигнал односно који су се дигитализовали, а притом су уједно задржали и свој „офлајн" облик – папирни, ТВ

42 Закон о потврђивању Европске конвенције о прекограничној телевизији (Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 42/2009).
43 Закон о електронским комуникацијама, ("Сл. гласник РС", бр. 44/2010, 60/2013 - одлука УС, 62/2014 и 95/2018 - др. закон).
44 Закон о електронским медијима, члан 4, став 1, тачка 1.
45 Закон о оглашавању, чл. 38.
46 М. Радојковић, „Дигитални медији у Србији – користи и опасности", Политена, Год 7, број 13, 2017, стр. 15.

Nasuprot tome, u štampanim medijima, date informacije su nepromenljive i ne postoji mogućnost odlaska deteta izvan datog sadržaja. Na taj način, kontrola sadržaja štampanih medija u klasičnom smislu znatno je olakšana, te i podobnija za zaštitu iz ugla najboljeg interesa deteta. Neprimereni sadržaj u štampanom izdanju koje se priprema, moguće je zabraniti, a ukoliko je sadržaj štampanog izdanja drugačiji u odnosu na najavljeni, moguće je povući sve primerke. U elektronskom obliku to nije moguće. Ukoliko se objavi štetna informacija, bilo po konkretno dete ili po decu kao kategoriju, otklanjanje je znatno teže nego kod štampanog izdanja, budući da je informacija puštena u virtuelni svet i gotovo je nemoguće da se trajno povuče.

4. ELEKTRONSKI MEDIJI

Prema definiciji člana 4. ZEM, elektronski medij je program, odnosno programski sadržaj radija i televizije, kao i programski sadržaj dostupan na zahtev putem mreža elektronskih komunikacija i sadržaj elektronskog izdanja.[39] Pod pojam digitalnih medija, kao poseban oblik, takođe se podvode i internet-stranice i portali koji se mogu uvrstiti pod pojam „sredstva javnog informisanja" u skladu sa definicijom datom u članu 29. stav 2. ZJIM, odnosno „elektronsko izdanje" u smislu člana 4. tačka 19. ZEM.

4.1. TELEVIZIJA

Jedina pravna regulativa, to jest pravno ograničenje u televizijskom sadržaju, kada je reč o zaštiti deteta, jeste da se određeni program – sadržaj – ne preporučuje za dete određenog uzrasta. Ovo je, pravno posmatrano, jedna prosta forma, bez sadržine, forma preporuke koja ne obavezuje ni dete, ni roditelje, ni osobe koje se neoposredno brinu o detetu, već samo obavezuje one medije koji plasiraju navedeni sadržaj da u gornjem delu ekrana postave znak da je sadržaj zabranjen za decu mlađu od na primer 12, 14 ili 16 godina.

Ovakav način (ne)regulacije govori u prilog našoj tezi da su roditelji, bliski srodnici ili druge osobe koje brinu o detetu (učitelji, vaspitači, bebisiterke) jedini koji mogu sprečiti dete da pristupi ovim sadržajima. Ono što se postavlja kao sasvim logično pitanje, u medijskom svetu, jeste pitanje koja je svrha da se detetu ne dozvoli praćenje određenih TV sadržaja ako se detetu omogući da ima neograničen pristup sopstvenom mobilnom telefonu ili drugom uređaju preko koga će moći da prati iste te navedene, ili još štetnije sadržaje.[40] Postoji mogućnost sprečavanja ovih štetnih uticaja, tako da dete ima pravo da koristi mobilni telefon, ali bez neograničenog pristupa internetu.

S druge strane, kada je reč o televizijskim sadržajima, učešće dece u naučnim, obrazovnim, sportskim i kulturnim sadržajima na televiziji nema štetan

39 Član 4. stav 1. tačka 1. ZEM.

40 Alarmantno zvuče podaci da, prema jednoj studiji, čak 75% dece uzrasta 4 godine poseduje sopstveni mobilni telefon: King G. *et al.*, 2021, Trends in Internet Safety Education by Healthcare Providers, *Kansas Journal of Medicine*, Vol. 14, No. 3, p. 273.

4. ШТАМПАНИ И ЕЛЕКТРОНСКИ МЕДИЈИ

4.1 ПОЈАМ ШТАМПАНИХ И ЕЛЕКТРОНСКИХ МЕДИЈА И СТАНДАРД СЛОБОДЕ МЕДИЈА

Област медијског права уређена је у Републици Србији 2014. године усвајањем сета медијских закона – Закона о јавном информисању и медијима и Закона о електронским медијима, који представљају кључне законе из ове области. Поред ових закона, постоје и други закони који се баве облашћу медијских права, као што су Закон о јавним медијским сервисима, Закон о потврђивању Европске конвенције о прекограничној телевизији,[42] Закон о електронским комуникацијама[43], Закон о оглашавању.

Према дефиницији члана 4. Закона о електронским медијима „електронски медиј је програм, односно програмски садржај радија и телевизије, као и програмски садржај доступан на захтев путем мрежа електронских комуникација и садржај електронског издања."[44] Иако је овај сет закона требало да обухвати све облике јавног информисања и медија, дефиниција штампаних медија је изостала. Дефиниција штампаних медија налази се у члану 38. Закона о оглашавању из 2016. године, према ком су штампани медији „дневне и периодичне новине и друга штампана средства јавног информисања" и који изједначује дигитална издања ових новина и других штампаних средстава јавног информисања, уколико су „једнака штампаном издању и доступна на захтев корисницима путем интернета."[45]

Дефиниција штампаних медија, иако је каснила за дефиницијом електронских медија, ипак не захтева додатну разраду по питању тога шта све потпада под појам штампаних медија. Међутим, то није случај и са појмом електронских медија. Под појмом „електронски" или „дигитални" медији треба уврстити неколико облика пријема и размене информација, при чему одређени аутори иду толико далеко да наводе пет различитих „институција."[46] У појам дигиталних медија би сигурно требало уврстити следеће медије: све масовне медије који су прешли на дигитални сигнал односно који су се дигитализовали, а притом су уједно задржали и свој „офлајн" облик – папирни, ТВ

42 Закон о потврђивању Европске конвенције о прекограничној телевизији (Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 42/2009).

43 Закон о електронским комуникацијама, ("Сл. гласник РС", бр. 44/2010, 60/2013 - одлука УС, 62/2014 и 95/2018 - др. закон).

44 Закон о електронским медијима, члан 4, став 1, тачка 1.

45 Закон о оглашавању, чл. 38.

46 М. Радојковић, „Дигитални медији у Србији – користи и опасности", Политена, Год 7, број 13, 2017, стр. 15.

Nasuprot tome, u štampanim medijima, date informacije su nepromenljive i ne postoji mogućnost odlaska deteta izvan datog sadržaja. Na taj način, kontrola sadržaja štampanih medija u klasičnom smislu znatno je olakšana, te i podobnija za zaštitu iz ugla najboljeg interesa deteta. Neprimereni sadržaj u štampanom izdanju koje se priprema, moguće je zabraniti, a ukoliko je sadržaj štampanog izdanja drugačiji u odnosu na najavljeni, moguće je povući sve primerke. U elektronskom obliku to nije moguće. Ukoliko se objavi štetna informacija, bilo po konkretno dete ili po decu kao kategoriju, otklanjanje je znatno teže nego kod štampanog izdanja, budući da je informacija puštena u virtuelni svet i gotovo je nemoguće da se trajno povuče.

4. ELEKTRONSKI MEDIJI

Prema definiciji člana 4. ZEM, elektronski medij je program, odnosno programski sadržaj radija i televizije, kao i programski sadržaj dostupan na zahtev putem mreža elektronskih komunikacija i sadržaj elektronskog izdanja.[39] Pod pojam digitalnih medija, kao poseban oblik, takođe se podvode i internet-stranice i portali koji se mogu uvrstiti pod pojam „sredstva javnog informisanja" u skladu sa definicijom datom u članu 29. stav 2. ZJIM, odnosno „elektronsko izdanje" u smislu člana 4. tačka 19. ZEM.

4.1. TELEVIZIJA

Jedina pravna regulativa, to jest pravno ograničenje u televizijskom sadržaju, kada je reč o zaštiti deteta, jeste da se određeni program – sadržaj – ne preporučuje za dete određenog uzrasta. Ovo je, pravno posmatrano, jedna prosta forma, bez sadržine, forma preporuke koja ne obavezuje ni dete, ni roditelje, ni osobe koje se neoposredno brinu o detetu, već samo obavezuje one medije koji plasiraju navedeni sadržaj da u gornjem delu ekrana postave znak da je sadržaj zabranjen za decu mlađu od na primer 12, 14 ili 16 godina.

Ovakav način (ne)regulacije govori u prilog našoj tezi da su roditelji, bliski srodnici ili druge osobe koje brinu o detetu (učitelji, vaspitači, bebisiterke) jedini koji mogu sprečiti dete da pristupi ovim sadržajima. Ono što se postavlja kao sasvim logično pitanje, u medijskom svetu, jeste pitanje koja je svrha da se detetu ne dozvoli praćenje određenih TV sadržaja ako se detetu omogući da ima neograničen pristup sopstvenom mobilnom telefonu ili drugom uređaju preko koga će moći da prati iste te navedene, ili još štetnije sadržaje.[40] Postoji mogućnost sprečavanja ovih štetnih uticaja, tako da dete ima pravo da koristi mobilni telefon, ali bez neograničenog pristupa internetu.

S druge strane, kada je reč o televizijskim sadržajima, učešće dece u naučnim, obrazovnim, sportskim i kulturnim sadržajima na televiziji nema štetan

39 Član 4. stav 1. tačka 1. ZEM.

40 Alarmantno zvuče podaci da, prema jednoj studiji, čak 75% dece uzrasta 4 godine poseduje sopstveni mobilni telefon: King G. *et al.*, 2021, Trends in Internet Safety Education by Healthcare Providers, *Kansas Journal of Medicine*, Vol. 14, No. 3, p. 273.

или радио сигнал.[47] Затим, овде спадају и сви електронски медији који су прешли на дифузију програма путем „интернет протокола". Под овим обликом се увршатава и такозвани „стриминг" који омогућава приступ садржају путем компјутера или паметних уређаја (нпр. телефона или таблета), као и „подкаст", који најчешће користе радио станице али и мање ТВ станице, али и посебни портали.[48] У појам дигиталних медија се као посебан облик такође увршатавају и интернет странице и портали који се могу уврстити под појам „средства јавног информисања" у складу са дефиницијом датом у члану 29. став 2. Закона о јавном информисању и медијима, односно „електронско издање" у смислу члана 4. тачка 19. Закона о електронским медијима. Такође, постоје и аудио-визуелне услуге „на захтев" (*on demand*).[49]

Што се тиче слободе медија, чланом 10. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода зајемчено је право на слободне медије и приступ информацијама. Према овом члану, слобода медија садржи две врсте обавезе државе потписнице:

1) позитивну – да штити од повреда, као и
2) негативну - да не повређује слободу медија.[50]

Са друге стране, поред државе, негативну обавезу има свако лице, односно слободу медија не може да повређује ни један други субјект.[51] Уставом Републике Србије, тачније чланом 50, зајемчена је слобода медија.[52] Међутим, иако је прописана највишим законом у држави и међународним конвенцијама, слобода медија је релативна слобода,[53] те се може ограничити уколико је то ограничење прописано законом, неопходно у демократском друштву и у интересу остварења тих циљева, а ради „заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности

47 *Ibid*, стр .16.

48 *Ibid*, стр. 16 - 17.

49 Међутим, поред ових општеприхваћених облика дигиталних медија, неки аутори сматрају да јавне објаве путем блогова и објаве друштвеним мрежама потпадају под појам електронских медија, (Радојковић, (2017) стр. 17) иако Закон о јавном информисању и медијима изричито у члану 30. Став 2. искључује ове облике комуникације и размене мишљења из појма медија, осим „ако нису регистроване у Регистру медија, у складу са овим законом". Аутор овог рада је сагласан са дефиницијом Закона, те ови облици комуникације нису обухваћени овим радом.

50 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП), усвојена у Риму, 4. новембра 1950, Секретаријат Европског суда за људска права септембар 2005, чл. 10; В. В. Водинелић, „Европски стандард слободе медија", Билтен судске праксе, 2007, стр. 23.

51 Водинелић (2007), стр. 23.

52 Устав, чл. 50

53 Водинелић (2007), стр. 36.

СИНОПТИЧКИ ПРИКАЗ ДОСЛОВНОГ ПРЕУЗИМАЊА ТЕКСТА ИЗ ВЕЋ ОБЈАВЉЕНИХ СОПСТВЕНИХ РАДОВА

*Др Урош Новаковић**

DOI: 10.51204/Zbornik_UMKP_25147A
Оригинални научни рад

ВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ДЕПОРТАЦИЈА УЧИНИОЦА – ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ[1]

Апстракт: У области вршења кривичних дела и депортације учиниоца сусрећу се три гране права – међународно, кривично и грађанско тј. породично право. Европски суд за људска права је развио критеријуме за процену компатибилности депортације насељених мигранта са чланом 8 Конвенције. У раду су анализирани европски стандарди у овој области, и то у складу са Европском конвенцијом о људским правима и праксом Европског суда за људска права. У питању су следећи критеријуми релевантни за протеривање младих пунолетних лица која још нису основала сопствену породицу: природа и тежина кривичног дела које је учинио подносилац представке; дужина боравка подносиоца у земљи из које ће бити протеран; време које је протекло од учињеног кривичног дела и понашање подносиоца током тог периода; чврстина друштвених, културних и породичних веза са домаћом државом и државом порекла.

Претходна пракса ЕСЉП није гарантовала тзв. „право на повратак" учиниоцима који су депортовани услед извршења кривичног дела, док се у последњим случајевима утврђује повреда права на поштовање породичног живота ако се учиниоцу не пружи могућност да се врати у домаћу државу.

Кључне речи: депортација, кривично дело, породичне везе, право на поштовање породичног живота, учинилац.

---

* Ванредни професор, Универзитет у Београду – Правни факултет, ORCID: 0009-0002-9749-7369, uros.novakovic@ius.bg.ac.rs.

1 Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2025. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права" (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице" – тема истраживачке групе: „Правосудна реформа са становишта међународног кривичног права и кривичног права"), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Урош П. Новаковић

ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА

докторска дисертација

Београд, 2015

У случају *Djaid против Француске*,[2] ЕСЉП је, најпре, истакао да је трајна депортација довела до мешања у породични живот подносиоца. Ипак, подносилац није био ожењен, није био у стабилној заједници са неком особом у Француској, нити постоје докази да је одржавао емотивну везу са својом децом. У време зачећа првог детета подносилац је био свестан да ће бити депортован. Такође, он се није одрекао алжирског држављанства, нити је захтевао добијање француског, иако је имао право на то. Озбиљност учињеног дела подвучена је као додатни разлог да ЕСЉП утврди да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање супруге или деце у земљи извршења кривичног дела, не доводи до тога да је депортација учиниоца повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Baghli против Француске*,[3] ЕСЉП је навео да је подносилац провео скоро цео живот у Француској, да се тамо школовао и запослио, да су његови родитељи, браћа и сестре живели у Француској, те да је, стога, одлука о депортацији довела до мешања у његов породични живот. Ипак, таква мера француских власти била је у складу са домаћим законодавством, ради превенције криминала и спречавања јавног нереда. Суд је даље навео да је подносилац био самац, да није имао децу, и да упркос постојању могућности, није поднео захтев да добије француско држављанство. Он је говорио арапски језик, служио је војску у Алжиру и био тамо неколико пута на одмору. Иако је већина његових породичних и социјалних веза била у Француској, он је задржао везе са земљом свог порекла. Трговина наркотицима представља озбиљно кривично дело те, стога, мера депортације у периоду

2 *Djaid v. France*, представка број 38687/97, пресуда од 9. марта 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је дошао у Француску непосредно након рођења када је имао неколико месеци, са својим родитељима, браћом и сестрама и од тада је стално живео у Француској. Он је 1994. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на затворску казну и доживотну депортацију из Француске. Подносилац је постао отац два детета, рођених 1996. и 1998. године, чије је очинство признао. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота. Француске власти одбиле су његову жалбу. Подносилац се жалио ЕСЉП да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

3 *Baghli v. France*, представка број 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је 1967. године дошао у Француску кад је имао две године. Школовао се и обављао различите послове у Француској, осим у периоду од 1984. до 1985. године, када је обављао војну службу у Алжиру. Подносилац је 1987. године отпочео емотивну везу са француском држављанком. Недуго затим, подносилац је ухапшен када је ухваћен да дилује наркотике из Африке и осуђен на три године затвора и депортацију из Француске. Његова жалба да ће депортација довести до повреде права на поштовање породичног живота, одбијена је у јуну 1994. године, и он је током 1994. године депортован у Алжир на период од десет година. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

Парадокс савремене породичне имиграције, огледа се и у следећем: са једне стране, појединцима (и њиховим породицама) се гарантује право на слободно кретање, добијање азила и настањивање у другој држави ради налажења запослења, док је, са друге стране, право на развијање породичног живота, као и право на поштовање већ успостављеног породичног живота, у највећој мери ограничено управо кроз норме о забрани настањивања на домаћој територији и депортацији чланова породице. Међутим, критика ограничења права на поштовање породичног живота има и своју другу страну. Треба имати у виду да током историје развоја европске правне цивилизације, никада није постојао већи степен права појединца на слободно кретање и настањивање на територији друге државе, имајући у виду правила ЕУ о слободном кретању људи.

3. Вршење кривичних дела

3.1. Непостојање брака и породице учиниоца

Непостојање брака, као ни личних односа са својом ванбрачном децом, не повлаче да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Djaid против Француске*,[1070] ЕСЉП је, најпре, истакао да је трајна депортација довела до мешања у породични живот подносиоца. Ипак, подносилац није био ожењен, није био у стабилној заједници са неком особом у Француској, нити постоје докази да је одржавао емотивну везу са својом децом. У време зачећа првог детета подносилац је био свестан да ће бити депортован. Такође, он се није одрекао алжирског држављанства, нити је захтевао добијање француског, иако је

основних хипотеза рада да право на поштовање породичног живота постоји између родитеља и деце која су зависна од родитеља, тачније, деце у односу на коју родитељи врше родитељско право. Овај услов није испуњен уколико је дете пунолетно и родитељ не врши родитељско право.

1070 *Djaid v. France*, пред. бр. 38687/97, пресуда од 9. марта 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је дошао у Француску непосредно након рођења када је имао неколико месеци, са својим родитељима, браћом и сестрама и од тада је стално живео у Француској. Он је 1994. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на затворску казну и доживотну депортацију из Француске. Подносилац је постао отац два детета 1996. и 1998. године, чије је очинство признао. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота. Француске власти одбиле су његову жалбу. Подносилац се жалио ЕСЉП да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

У случају *Djaid против Француске*,[2] ЕСЉП је, најпре, истакао да је трајна депортација довела до мешања у породични живот подносиоца. Ипак, подносилац није био ожењен, није био у стабилној заједници са неком особом у Француској, нити постоје докази да је одржавао емотивну везу са својом децом. У време зачећа првог детета подносилац је био свестан да ће бити депортован. Такође, он се није одрекао алжирског држављанства, нити је захтевао добијање француског, иако је имао право на то. Озбиљност учињеног дела подвучена је као додатни разлог да ЕСЉП утврди да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање супруге или деце у земљи извршења кривичног дела, не доводи до тога да је депортација учиниоца повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Baghli против Француске*,[3] ЕСЉП је навео да је подносилац провео скоро цео живот у Француској, да се тамо школовао и запослио, да су његови родитељи, браћа и сестре живели у Француској, те да је, стога, одлука о депортацији довела до мешања у његов породични живот. Ипак, таква мера француских власти била је у складу са домаћим законодавством, ради превенције криминала и спречавања јавног нереда. Суд је даље навео да је подносилац био самац, да није имао децу, и да упркос постојању могућности, није поднео захтев да добије француско држављанство. Он је говорио арапски језик, служио је војску у Алжиру и био тамо неколико пута на одмору. Иако је већина његових породичних и социјалних веза била у Француској, он је задржао везе са земљом свог порекла. Трговина наркотицима представља озбиљно кривично дело те, стога, мера депортације у периоду

2 *Djaid v. France*, представка број 38687/97, пресуда од 9. марта 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је дошао у Француску непосредно након рођења када је имао неколико месеци, са својим родитељима, браћом и сестрама и од тада је стално живео у Француској. Он је 1994. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на затворску казну и доживотну депортацију из Француске. Подносилац је постао отац два детета, рођених 1996. и 1998. године, чије је очинство признао. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота. Француске власти одбиле су његову жалбу. Подносилац се жалио ЕСЉП да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

3 *Baghli v. France*, представка број 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је 1967. године дошао у Француску кад је имао две године. Школовао се и обављао различите послове у Француској, осим у периоду од 1984. до 1985. године, када је обављао војну службу у Алжиру. Подносилац је 1987. године отпочео емотивну везу са француском држављанком. Недуго затим, подносилац је ухапшен када је ухваћен да дилује наркотике из Африке и осуђен на три године затвора и депортацију из Француске. Његова жалба да ће депортација довести до повреде права на поштовање породичног живота, одбијена је у јуну 1994. године, и он је током 1994. године депортован у Алжир на период од десет година. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

имао право на то. Озбиљност почињеног дела подвучена је као додатни разлог да ЕСЉП утврди да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање супруге или деце у земљи извршења дела кривичног дела, не доводи то тога да је депортација учиниоца повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Baghli против Француске*,[1071] ЕСЉП је навео да је подносилац провео скоро цео живот у Француској, да се тамо школовао и запослио, да су његови родитељи, браћа и сестре живели у Француској, те да је, стога, одлука о депортацији довела до мешања у његов породични живот. Ипак, таква мера француских власти била је у складу са домаћим законодавством, ради превенције криминала и спречавања јавног нереда. Суд је даље навео да је подносилац био самац, да није имао децу, и да упркос постојању могућности, није поднео захтев да добије француско држављанство. Он је говорио арапски језик, служио је војску у Алжиру и био тамо неколико пута на одмору. Иако је већина његових породичних и социјалних веза била у Француској, он је задржао везе са земљом свог порекла. Трговина наркотицима представља озбиљно кривично дело, тако да мера депортације у периоду од десет година, према ставу ЕСЉП, није довела до повреде права на поштовање породичног живота.

3.2. Поновно вршење кривичних дела

Поновно вршење кривичних дела уз непостојање супруге и деце учиниоца и поред слабих веза са државом порекла, не доводе да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

1071 *Baghli v. France*, пред. бр. 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је 1967. године дошао у Француску кад је имао две године. Школовао се и обављао различите послове у Француској, осим у периоду од 1984. до 1985. године, када је служио војну службу у Алжиру. Подносилац је 1987. године отпочео емотивну везу са француском држављанком. Недуго затим, подносилац је ухапшен када је ухваћен да дилује наркотике из Африке и осуђен на три године затвора и депортацију из Француске. Његова жалба да ће депортација довести до повреде права на поштовање породичног живота одбијена је у јуну 1994. године, и он је током 1994. године депортован у Алжир на период од десет година. Подносилац се жалио да је одлуком о депортацији повређено његово право на поштовање породичног живота.

од десет година, према ставу ЕСЉП, није довела до повреде права на поштовање породичног живота.

2.2. Постојање брака и породице учиниоца

Најбољи интерес детета, као и постојање деце и породице учиниоца у домаћој држави, повлаче да одлука о депортацији учиниоца озбиљног кривичног дела доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Unuane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,[4] ЕСЉП је нашао да домаћи суд није донео никакве значајне даље налазе неповољне за подносиоца, нити је спровео посебну проверу равнотеже интереса свих страна, како то захтева судска пракса ЕСЉП, према члану 8. ЕКЉП. У ствари, домаћи суд је само приметио да „не може да уважи жалбу подносиоца, на основу тога што Имиграциона правила намећу захтеве да се идентификују „веома убедљиве околности", поред прихваћеног стварног и постојећег родитељског односа са децом, нешто што подносилац захтева није могао да докаже. У светлу наведених чињеница, на Суду је да у вршењу своје

4 *Unuane v United Kingdom*, представка број 80343/17, пресуда од 24. новембра 2020. године. Подносилац захтева је нигеријски држављанин рођен 1963. године. Он има троје деце са својом нигеријском партнерком: Д (рођен 2002); Б (рођен 2004); и Ц (рођен 2006). Док је Д све време био британски држављанин, Б и Ц су накнадно, такође, регистровани као британски држављани. Убрзо након рођења, Д је дијагностикована плућна атрезија са интактним вентрикуларним септумом, ретка урођена срчана мана. Подносилац захтева је први пут упознао своју садашњу партнерку 1992. године када су обоје живели у Нигерији. Венчали су се 1995. године, али је веза прекинута 1998. године. Исте године подносилац захтева је дошао у Уједињено Краљевство као посетилац, након чега је започео везу са португалском држављанком. Подносилац је 1999. године развео брак са својом партнерком и оженио се португалском држављанком. Подносиоцу је одобрено право боравка у августу 1999. године. У децембру 2000. године, нигеријска партнерка подносиоца је ушла у Уједињено Краљевство и убрзо након тога он је поново започео везу са њом. Њихово троје деце је рођено након тога. У фебруару 2005. године, подносилац захтева је осуђен за превару у погледу противправног прибављања новца. Осуђен је на период неплаћеног рада и наређено му је да плати новчану казну. У новембру 2009. године, подносилац захтева и његова партнерка су осуђени за кривична дела која се односе на фалсификовање тридесетак захтева за дозволу боравка у Уједињеном Краљевству. Подносилац захтева је на крају осуђен на пет година и шест месеци затвора, док је његова партнерка осуђена на осамнаест месеци затвора. Казна затвора подносиоца је завршена 26. октобра 2012. године. Након тога, он је остао у имиграционом притвору до 6. новембра 2012. године, када је депортован. Подносилац се жалио на ову одлуку, али безуспешно. За разлику од подносиоца, жалбе мајке и деце су уважене, позивањем на најбољи интерес деце, и они су остали у Уједињеном Краљевству. Подносилац се жалио ЕСЉП да је депортација повредила његово право на поштовање породичног живота.

имао право на то. Озбиљност почињеног дела подвучена је као додатни разлог да ЕСЉП утврди да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање супруге или деце у земљи извршења дела кривичног дела, не доводи то тога да је депортација учиниоца повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Baghli против Француске*,[1071] ЕСЉП је навео да је подносилац провео скоро цео живот у Француској, да се тамо школовао и запослио, да су његови родитељи, браћа и сестре живели у Француској, те да је, стога, одлука о депортацији довела до мешања у његов породични живот. Ипак, таква мера француских власти била је у складу са домаћим законодавством, ради превенције криминала и спречавања јавног нереда. Суд је даље навео да је подносилац био самац, да није имао децу, и да упркос постојању могућности, није поднео захтев да добије француско држављанство. Он је говорио арапски језик, служио је војску у Алжиру и био тамо неколико пута на одмору. Иако је већина његових породичних и социјалних веза била у Француској, он је задржао везе са земљом свог порекла. Трговина наркотицима представља озбиљно кривично дело, тако да мера депортације у периоду од десет година, према ставу ЕСЉП, није довела до повреде права на поштовање породичног живота.

3.2. Поновно вршење кривичних дела

Поновно вршење кривичних дела уз непостојање супруге и деце учиниоца и поред слабих веза са државом порекла, не доводе да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

[1071] *Baghli v. France*, пред. бр. 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је 1967. године дошао у Француску кад је имао две године. Школовао се и обављао различите послове у Француској, осим у периоду од 1984. до 1985. године, када је служио војну службу у Алжиру. Подносилац је 1987. године отпочео емотивну везу са француском држављанком. Недуго затим, подносилац је ухапшен када је ухваћен да дилује наркотике из Африке и осуђен на три године затвора и депортацију из Француске. Његова жалба да ће депортација довести до повреде права на поштовање породичног живота одбијена је у јуну 1994. године, и он је током 1994. године депортован у Алжир на период од десет година. Подносилац се жалио да је одлуком о депортацији повређено његово право на поштовање породичног живота.

2.3. Поновно вршење кривичних дела

Поновно вршење кривичних дела уз непостојање супруге и деце учиниоца и поред слабих веза са државом порекла, не доводе да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Mutlag против Немачке*,[7] ЕСЉП је навео, да као и у случају *Maslov против Аустрије*,[8] треба да постоје нарочито оправдани разлози у случају депортације насељених имиграната који су законито провели претежни део или целокупно своје детињство у домаћој држави. Подносилац је већ у 19. години починио кривична дела и био је условно пуштен и упозорен да ће бити депортован ако поново изврши кривично дело. Он је читав живот провео у Немачкој, говорио је течно немачки језик, али није навео да је развио друштвене везе са још неким особама, осим са својом породицом и психологом, нити да је засновао своју породицу. Кад је реч о вези са земљом порекла, он није говорио арапски језик. Ипак, поред чврстих породичних веза у Немачкој, ЕСЉП је нашао да тежина кривичних дела, њихова насилна природа и константно вршење, проузрокују одлуку немачких власти о депортацији подносиоца као оправдану. На основу тога није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

Одлука о депортацији услед поновног вршења лакшег кривичног дела, уколико се учинилац понашао примерено након извршења дела и има децу са којом може да одржава личне односе само у домаћој држави, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Udeh против Швајцарске*,[9] ЕСЉП је нашао да два учињена дела не могу подносиоца сматрати повратником. Његово понашање у затвору

7 *Mutlag v Germany*, представка број 40601/05, пресуда од 25. марта 2010. године. Подносилац је јордански држављанин који је рођен 1981. године у Немачкој, где је одрастао и стекао целокупно образовање. Он је 2006. године депортован у Јордан након што је учинио више тежих кривичних дела услед којих је осуђен на две године и једанаест месеци затвора. Подносилац се жалио да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

8 *Maslov v Austria*, представка број 1638/03, пресуда од 23. јуна 2008. године. Насупрот ставу већине судија да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота, судија *Loucaides* сматрао је да природа, озбиљност и понављање вршења кривичних дела, мањак социјалних веза са домаћом државом и прописивање депортације на одређено време, условљавају да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота, F. Tulkens *et al.*, *Judge Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston, 2008, 252. Овде сматрамо да постоји снажна аргументација да подржимо став судије *Loucaidesa*.
За државу Аустрију и депортацију учиниоца кривичних дела видети случај *Krasniqui v. Austria*, представка број 41697/12, пресуда од 25. априла 2017. године.

9 *Udeh v Switzerland*, представка број 12020/09, пресуда од 16. априла 2013. године. Подносилац је нигеријски држављанин рођен 1983. године, који је 2003. године дошао у Швајцарску и закључио брак са домаћом држављанком. На основу

имао право на то. Озбиљност почињеног дела подвучена је као додатни разлог да ЕСЉП утврди да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање супруге или деце у земљи извршења дела кривичног дела, не доводи то тога да је депортација учиниоца повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Baghli против Француске*,[1071] ЕСЉП је навео да је подносилац провео скоро цео живот у Француској, да се тамо школовао и запослио, да су његови родитељи, браћа и сестре живели у Француској, те да је, стога, одлука о депортацији довела до мешања у његов породични живот. Ипак, таква мера француских власти била је у складу са домаћим законодавством, ради превенције криминала и спречавања јавног нереда. Суд је даље навео да је подносилац био самац, да није имао децу, и да упркос постојању могућности, није поднео захтев да добије француско држављанство. Он је говорио арапски језик, служио је војску у Алжиру и био тамо неколико пута на одмору. Иако је већина његових породичних и социјалних веза била у Француској, он је задржао везе са земљом свог порекла. Трговина наркотицима представља озбиљно кривично дело, тако да мера депортације у периоду од десет година, према ставу ЕСЉП, није довела до повреде права на поштовање породичног живота.

3.2. Поновно вршење кривичних дела

Поновно вршење кривичних дела уз непостојање супруге и деце учиниоца и поред слабих веза са државом порекла, не доводе да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

[1071] *Baghli v. France*, пред. бр. 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је 1967. године дошао у Француску кад је имао две године. Школовао се и обављао различите послове у Француској, осим у периоду од 1984. до 1985. године, када је служио војну службу у Алжиру. Подносилац је 1987. године отпочео емотивну везу са француском држављанком. Недуго затим, подносилац је ухапшен када је ухваћен да дилује наркотике из Африке и осуђен на три године затвора и депортацију из Француске. Његова жалба да ће депортација довести до повреде права на поштовање породичног живота одбијена је у јуну 1994. године, и он је током 1994. године депортован у Алжир на период од десет година. Подносилац се жалио да је одлуком о депортацији повређено његово право на поштовање породичног живота.

2.3. Поновно вршење кривичних дела

Поновно вршење кривичних дела уз непостојање супруге и деце учиниоца и поред слабих веза са државом порекла, не доводе да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Mutlag против Немачке*,[7] ЕСЉП је навео, да као и у случају *Maslov против Аустрије*,[8] треба да постоје нарочито оправдани разлози у случају депортације насељених имиграната који су законито провели претежни део или целокупно своје детињство у домаћој држави. Подносилац је већ у 19. години починио кривична дела и био је условно пуштен и упозорен да ће бити депортован ако поново изврши кривично дело. Он је читав живот провео у Немачкој, говорио је течно немачки језик, али није навео да је развио друштвене везе са још неким особама, осим са својом породицом и психологом, нити да је засновао своју породицу. Кад је реч о вези са земљом порекла, он није говорио арапски језик. Ипак, поред чврстих породичних веза у Немачкој, ЕСЉП је нашао да тежина кривичних дела, њихова насилна природа и константно вршење, проузрокују одлуку немачких власти о депортацији подносиоца као оправдану. На основу тога није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

Одлука о депортацији услед поновног вршења лакшег кривичног дела, уколико се учинилац понашао примерено након извршења дела и има децу са којом може да одржава личне односе само у домаћој држави, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Udeh против Швајцарске*,[9] ЕСЉП је нашао да два учињена дела не могу подносиоца сматрати повратником. Његово понашање у затвору

7 *Mutlag v Germany*, представка број 40601/05, пресуда од 25. марта 2010. године. Подносилац је јорданski држављанин који је рођен 1981. године у Немачкој, где је одрастао и стекао целокупно образовање. Он је 2006. године депортован у Јордан након што је учинио више тежих кривичних дела услед којих је осуђен на две године и једанаест месеци затвора. Подносилац се жалио да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

8 *Maslov v Austria*, представка број 1638/03, пресуда од 23. јуна 2008. године. Насупрот ставу већине судија да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота, судија *Loucaides* сматрао је да природа, озбиљност и понављање вршења кривичних дела, мањак социјалних веза са домаћом државом и прописивање депортације на одређено време, условљавају да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота, F. Tulkens *et al.*, *Judge Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston, 2008, 252. Овде сматрамо да постоји снажна аргументација да подржимо став судије *Loucaidesa*.
За државу Аустрију и депортацију учиниоца кривичних дела видети случај *Krasniqui v. Austria*, представка број 41697/12, пресуда од 25. априла 2017. године.

9 *Udeh v Switzerland*, представка број 12020/09, пресуда од 16. априла 2013. године. Подносилац је нигеријски држављанин рођен 1983. године, који је 2003. године дошао у Швајцарску и закључио брак са домаћом држављанком. На основу

У случају *Mutlag против Немачке*,[1072] ЕСЉП је навео, да као и у случају *Maslov против Аустрије*,[1073] треба да постоје нарочито оправдани разлози у случају депортације насељених имиграната који су законито провели претежни део или целокупно своје детињство у домаћој држави. Подносилац је већ у 19. години починио кривична дела и био је условно пуштен и упозорен да ће бити депортован ако поново изврши кривично дело. Он је читав живот провео у Немачкој, говорио је течно немачки језик, али није навео да је развио друштвене везе са још неким особама, осим са својом породицом и психологом, нити да је засновао своју породицу. Кад је реч о вези са земљом порекла, он није говорио арапски језик. Ипак, поред чврстих породичних веза у Немачкој, ЕСЉП је нашао да тежина кривичних дела, њихова насилна природа и константно вршење, проузрокују одлуку немачких власти о депортацији подносиоца као оправдану. Стога, није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

Одлука о депортацији услед поновног вршења лакшег кривичног дела, уколико се учинилац понашао примерно након извршења дела и има децу са којом може да одржава личне односе само у домаћој држави, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

1072 *Mutlag v Germany*, пред. бр. 40601/05, пресуда од 25. марта 2010. године. Подносилац је јорданski држављанин који је рођен 1981. године у Немачкој, где је одрастао и стекао целокупно образовање. Он је 2006. године депортован у Јордан након што је починио више тежих кривичних дела услед којих је осуђен на две године и једанаест месеци затвора. Подносилац се жалио да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

1073 *Maslov v Austria*, пред. бр. 1638/03, пресуда од 23. јуна 2008. године. Суд је у овој пресуди заузео став да је депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота. Насупрот ставу већине судија да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота, судија *Loucaides* сматрао је да природа, озбиљност и понављање вршења кривичних дела, мањак социјалних веза са домаћом државом и прописивање депортације на одређено време, условљавају да није дошло до повреде пава на поштовање породичног живота, F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cariolou, Judge Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2008, стр. 252.

2.3. Поновно вршење кривичних дела

Поновно вршење кривичних дела уз непостојање супруге и деце учиниоца и поред слабих веза са државом порекла, не доводе да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Mutlag против Немачке*,[7] ЕСЉП је навео, да као и у случају *Maslov против Аустрије*,[8] треба да постоје нарочито оправдани разлози у случају депортације насељених имиграната који су законито провели претежни део или целокупно своје детињство у домаћој држави. Подносилац је већ у 19. години починио кривична дела и био је условно пуштен и упозорен да ће бити депортован ако поново изврши кривично дело. Он је читав живот провео у Немачкој, говорио је течно немачки језик, али није навео да је развио друштвене везе са још неким особама, осим са својом породицом и психологом, нити да је засновао своју породицу. Кад је реч о вези са земљом порекла, он није говорио арапски језик. Ипак, поред чврстих породичних веза у Немачкој, ЕСЉП је нашао да тежина кривичних дела, њихова насилна природа и константно вршење, проузрокују одлуку немачких власти о депортацији подносиоца као оправдану. На основу тога није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

Одлука о депортацији услед поновног вршења лакшег кривичног дела, уколико се учинилац понашао примерено након извршења дела и има децу са којом може да одржава личне односе само у домаћој држави, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Udeh против Швајцарске*,[9] ЕСЉП је нашао да два учињена дела не могу подносиоца сматрати повратником. Његово понашање у затвору

7 *Mutlag v Germany*, представка број 40601/05, пресуда од 25. марта 2010. године. Подносилац је јордански држављанин који је рођен 1981. године у Немачкој, где је одрастао и стекао целокупно образовање. Он је 2006. године депортован у Јордан након што је учинио више тежих кривичних дела услед којих је осуђен на две године и једанаест месеци затвора. Подносилац се жалио да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

8 *Maslov v Austria*, представка број 1638/03, пресуда од 23. јуна 2008. године. Насупрот ставу већине судија да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота, судија *Loucaides* сматрао је да природа, озбиљност и понављање вршења кривичних дела, мањак социјалних веза са домаћом државом и прописивање депортације на одређено време, условљавају да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота, F. Tulkens *et al.*, *Judge Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston, 2008, 252. Овде сматрамо да постоји снажна аргументација да подржимо став судије *Loucaidesa*.
За државу Аустрију и депортацију учиниоца кривичних дела видети случај *Krasniqui v. Austria*, представка број 41697/12, пресуда од 25. априла 2017. године.

9 *Udeh v Switzerland*, представка број 12020/09, пресуда од 16. априла 2013. године. Подносилац је нигеријски држављанин рођен 1983. године, који је 2003. године дошао у Швајцарску и закључио брак са домаћом држављанком. На основу

У случају *Udeh против Швајцарске*,[1074] ЕСЉП је нашао да два учињена дела не могу подносиоца сматрати повратником. Његово понашање у затвору и након извршења другог дела се побољшало, што је чињеница коју треба узети у разматрање при процени одлуке о депортацији.[1075] У складу са тиме, тешко се може прихватити да је казна подносиоца од 42 месеца затвора доказ да представља претњу по јавни поредак и безбедност у будућности. У време доношења одлуке о депортацији подносилац је боравио већ седам и по година у Швајцарској, где се налази центар његовог приватног и породичног живота. Ова дужина боравка се може сматрати значајним периодом. Посебно значајна чињеница је да подносилац има децу и да су деца швајцарски држављани. Депортација подносиоца утицала би на њих негативно, с обзиром на то да би деца одрастала без оца. У њиховом најбољем интересу је да одрастају уз оба родитеља, посебно имајући у виду да би услед развода родитеља, останак подносиоца у држави био једини начин за одржавање контакта са децом. Ценећи да је подносилац извршио само једно теже дело и да је касније понашање било примерно, одлука о депортацији била је изван поља слободне процене домаће државе. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

3.3. Везе учиниоца са државом порекла и домаћом државом

Постојање јаких социјалних и културних веза учиниоца са државом порекла и поред закључења брака и рођења деце у домаћој држави, доводи до тога да депортација није повредила право на поштовање породичног живота.

1074 *Udeh v Switzerland*, пред. бр. 12020/09, пресуда од 16. априла 2013. године. Подносилац је нигеријски држављанин рођен 1983. године, који је 2003. године дошао у Швајцарску и закључно брак са домаћом држављанком. На основу закљученог брака добио је дозволу боравка. Непосредно пре закључења брака супружници су добили двоје деце. Подносилац је 2001. године у Аустрији осуђен на четири месеца затвора за поседовање мале количине наркотика. Подносилац је 2006. године у Немачкој осуђен на 42 месеца затвора за продају наркотика. Швајцарске власти су позивањем на извршење кривичних дела одбиле да му продуже дозволу боравка. Он је 2009. године обавезан да напусти државу. Подносилац је 2011. поднео жалбу на одлуку да има забрану уласка у домаћу државу до 2020. године. У међувремену супружници су се развели, мајци је додељено вршење родитељског права а подносиоцу је признато право на контакт. Он је 2012. године са другом швајцарском држављанком добио треће дете. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

1075 Понашење након извршеног дела био је одлучујући критеријум за Суд да у случају *Moustaquim v Belgium* утврди повреду права на поштовање породичног живота одређивањем депортације. Видети, *Moustaquim v Belgium*, пред. бр. 12313/86, пресуда од 18. фебруара 1991. године.

и након извршења другог дела се побољшало, што је чињеница коју треба узети у разматрање при процени одлуке о депортацији.[10] У складу са тиме, тешко се може прихватити да је казна подносиоца од 42 месеца затвора доказ да представља претњу по јавни поредак и безбедност у будућности. У време доношења одлуке о депортацији, подносилац је боравио већ седам и по година у Швајцарској, где се налази центар његовог приватног и породичног живота. Ова дужина боравка се може сматрати значајним периодом. Посебно значајна чињеница је да подносилац има децу и да су деца швајцарски држављани. Депортација подносиоца утицала би на њих негативно, с обзиром на то да би деца одрастала без оца. У њиховом најбољем интересу је да одрастају уз оба родитеља, посебно имајући у виду да би услед развода родитеља, останак подносиоца у држави био једини начин за одржавање контакта са децом. Ценећи да је подносилац извршио само једно теже дело и да је касније понашање било примерно, одлука о депортацији била је изван поља слободне процене домаће државе. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

2.4. Везе учиниоца са државом порекла и домаћом државом

Постојање јаких социјалних и културних веза учиниоца са државом порекла и поред закључења брака и рођења деце у домаћој држави, доводи до тога да депортација није повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Üner против Холандије*,[11] ЕСЉП је навео да подносилац има чврсте везе са домаћом државом: живео је скоро цео свој живот у Холандији,

закљученог брака добио је дозволу боравка. Непосредно пре закључења брака, супружници су добили двоје деце. Подносилац је 2001. године у Аустрији осуђен на четири месеца затвора за поседовање мале количине наркотика. Подносилац је 2006. године у Немачкој осуђен на 42 месеца затвора за продају наркотика. Швајцарске власти су позивањем на извршење кривичних дела одбиле да му продуже дозволу боравка. Он је 2009. године обавезан да напусти државу. Подносилац је 2011. поднео жалбу на одлуку да има забрану уласка у домаћу државу до 2020. године. У међувремену супружници су се развели, мајци је додељено вршење родитељског права а подносиоцу је признато право на контакт. Он је 2012. године са другом швајцарском држављанком добио треће дете. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

10 Понашање након извршеног дела био је одлучујући критеријум за ЕСЉП да у случају *Moustaquim v Belgium* утврди повреду права на поштовање породичног живота одређивањем депортације. Видети случај *Moustaquim v Belgium*, представка број 12313/86, пресуда од 18. фебруара 1991. године.

11 *Üner v Netherlands*, представка број 46410/99, пресуда од 18. октобра 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1969. године, који је у Холандију дошао 1981. године са мајком и два брата у циљу придруживања оцу који се већ налазио

У случају *Udeh против Швајцарске*,[1074] ЕСЉП је нашао да два учињена дела не могу подносиоца сматрати повратником. Његово понашање у затвору и након извршења другог дела се побољшало, што је чињеница коју треба узети у разматрање при процени одлуке о депортацији.[1075] У складу са тиме, тешко се може прихватити да је казна подносиоца од 42 месеца затвора доказ да представља претњу по јавни поредак и безбедност у будућности. У време доношења одлуке о депортацији подносилац је боравио већ седам и по година у Швајцарској, где се налази центар његовог приватног и породичног живота. Ова дужина боравка се може сматрати значајним периодом. Посебно значајна чињеница је да подносилац има децу и да су деца швајцарски држављани. Депортација подносиоца утицала би на њих негативно, с обзиром на то да би деца одрастала без оца. У њиховом најбољем интересу је да одрастају уз оба родитеља, посебно имајући у виду да би услед развода родитеља, останак подносиоца у држави био једини начин за одржавање контакта са децом. Ценећи да је подносилац извршио само једно теже дело и да је касније понашање било примерно, одлука о депортацији била је изван поља слободне процене домаће државе. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

3.3. Везе учиниоца са државом порекла и домаћом државом

Постојање јаких социјалних и културних веза учиниоца са државом порекла и поред закључења брака и рођења деце у домаћој држави, доводи до тога да депортација није повредила право на поштовање породичног живота.

[1074] *Udeh v Switzerland*, пред. бр. 12020/09, пресуда од 16. априла 2013. године. Подносилац је нигеријски држављанин рођен 1983. године, који је 2003. године дошао у Швајцарску и закључио брак са домаћом држављанком. На основу закљученог брака добио је дозволу боравка. Непосредно пре закључења брака супружници су добили двоје деце. Подносилац је 2001. године у Аустрији осуђен на четири месеца затвора за поседовање мале количине наркотика. Подносилац је 2006. године у Немачкој осуђен на 42 месеца затвора за продају наркотика. Швајцарске власти су позивањем на извршење кривичних дела одбиле да му продуже дозволу боравка. Он је 2009. године обавезан да напусти државу. Подносилац је 2011. поднео жалбу на одлуку да има забрану уласка у домаћу државу до 2020. године. У међувремену супружници су се развели, мајци је додељено вршење родитељског права а подносиоцу је признато право на контакт. Он је 2012. године са другом швајцарском држављанком добио треће дете. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

[1075] Понашање након извршеног дела био је одлучујући критеријум за Суд да у случају *Moustaquim v Belgium* утврди повреду права на поштовање породичног живота одређивањем депортације. Видети, *Moustaquim v Belgium*, пред. бр. 12313/86, пресуда од 18. фебруара 1991. године.

и након извршења другог дела се побољшало, што је чињеница коју треба узети у разматрање при процени одлуке о депортацији.[10] У складу са тиме, тешко се може прихватити да је казна подносиоца од 42 месеца затвора доказ да представља претњу по јавни поредак и безбедност у будућности. У време доношења одлуке о депортацији, подносилац је боравио већ седам и по година у Швајцарској, где се налази центар његовог приватног и породичног живота. Ова дужина боравка се може сматрати значајним периодом. Посебно значајна чињеница је да подносилац има децу и да су деца швајцарски држављани. Депортација подносиоца утицала би на њих негативно, с обзиром на то да би деца одрастала без оца. У њиховом најбољем интересу је да одрастају уз оба родитеља, посебно имајући у виду да би услед развода родитеља, останак подносиоца у држави био једини начин за одржавање контакта са децом. Ценећи да је подносилац извршио само једно теже дело и да је касније понашање било примерно, одлука о депортацији била је изван поља слободне процене домаће државе. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

2.4. Везе учиниоца са државом порекла и домаћом државом

Постојање јаких социјалних и културних веза учиниоца са државом порекла и поред закључења брака и рођења деце у домаћој држави, доводи до тога да депортација није повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Üner против Холандије*,[11] ЕСЉП је навео да подносилац има чврсте везе са домаћом државом: живео је скоро цео свој живот у Холандији,

закљученог брака добио је дозволу боравка. Непосредно пре закључења брака, супружници су добили двоје деце. Подносилац је 2001. године у Аустрији осуђен на четири месеца затвора за поседовање мале количине наркотика. Подносилац је 2006. године у Немачкој осуђен на 42 месеца затвора за продају наркотика. Швајцарске власти су позивањем на извршење кривичних дела одбиле да му продуже дозволу боравка. Он је 2009. године обавезан да напусти државу. Подносилац је 2011. поднео жалбу на одлуку да има забрану уласка у домаћу државу до 2020. године. У међувремену супружници су се развели, мајци је додељено вршење родитељског права а подносиоцу је признато право на контакт. Он је 2012. године са другом швајцарском држављанком добио треће дете. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

10 Понашање након извршеног дела био је одлучујући критеријум за ЕСЉП да у случају *Moustaquim v Belgium* утврди повреду права на поштовање породичног живота одређивањем депортације. Видети случај *Moustaquim v Belgium*, представка број 12313/86, пресуда од 18. фебруара 1991. године.

11 *Üner v Netherlands*, представка број 46410/99, пресуда од 18. октобра 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1969. године, који је у Холандију дошао 1981. године са мајком и два брата у циљу придруживања оцу који се већ налазио

У случају *Üner против Холандије*,[1076] ЕСЉП је навео да подносилац има чврсте везе са домаћом државом: живео је скоро цео свој живот у Холандији, има супругу и једно дете, шира породица подносиоца живела је у Холандији. Са друге стране, ЕСЉП не прихвата да је подносилац проводио тако мало времена у Турској да он више нема никакве социјалне, језичке и културне везе у тој држави. Почињена кривична дела, уз насилну историју, показују да подносилац има склоности ка криминалним активностима. У време депортације подносиоца, деца су још увек била у адаптабилном добу. Поседовање холандског држављанства, уколико деца одлуче да оду са оцем, није их спречавало да се врате у Холандију. Узимајући у обзир озбиљност почињених дела и ограничење забране уласка на десет година, ЕСЉП није нашао да је повређено право на поштовање породичног живота.[1077]

Чврстина веза учиниоца са државом порекла и могућност да се породица, посебно дете, адаптирају на прилике у држави порекла не повлаче повреду права на поштовање породичног живота услед депортације.

У случају *Katanic против Швајцарске*,[1078] ЕСЉП је утврдио да је мера депортације довела до мешања у породични живот подносиоца, али да је с обзиром на извршена кривична дела, она била у складу са законом. ЕСЉП је

1076 *Üner v Netherlands*, представка број 46410/99, пресуда од 18. октобра 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1969. године, који је у Холандију дошао 1981. године са мајком и два брата у циљу придруживања оцу који се већ налазно у тој држави. Подносилац је 1988. године добио сталну боравишну дозволу, а 1991. године отпочео заједнички живот са холандском држављанком са којом је добио дете. Подносилац се одселио 1992. из породичног дома али је остао у блиском контакту са супругом и дететом. Две године касније, подносилац је осуђен за напад и убиство без умишљаја на седам година затвора. Претходно је подносилац већ био осуђиван за насилне прекршаје. Друго дете подносиоца рођено је 1996. године. Оба детета стекла су холандско држављанство и подносилац их је признао. Супруга и деца су једном недељно посећивали подносиоца у затвору. Ни супруга ни деца нису говорили турски језик. Домаће власти су 1997. године повукле дозволу боравка подносиоца и донеле одлуку о депортацији и забрани уласка у државу у трајању од 10 година. Подносилац је депортован у Турску 1998. године. Подносилац се жалио да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

1077 D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2009, стр. 420.

1078 *Katanic v Switzerland*, пред. бр. 54271/00, пресуда од 5. октобра 2000. године. Подносилац представке, држављанин Босне и Херцеговине, дошао је у Швајцарску 1987. године и тамо се оженио са држављанком БиХ. Они су две године касније добили дете. Подносилац је добио инвалидску пензију као последицу незгоде на раду. Он је 1995. године осуђен за превару око осигурања и поседовање оружја на затворску казну и депортацију у трајању од пет година. Подносилац је покушао да добије продужетак боравка, међутим, швајцарски суд је то одбио. Док је био у притвору, подносилац је осуђен и за поседовање наркотика. Подносилац је депортован у земљу порекла у јануару 2000. године. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

има супругу и једно дете, шира породица подносиоца живела је у Холандији. Са друге стране, ЕСЉП не прихвата да је подносилац проводио тако мало времена у Турској, да он више нема никакве социјалне, језичке и културне везе у тој држави. Учињена кривична дела, уз насилну историју, показују да подносилац има склоности ка криминалним активностима. У време депортације подносиоца, деца су још увек била у адаптабилном добу. Поседовање холандског држављанства, уколико деца одлуче да оду са оцем, није их спречавало да се врате у Холандију. Узимајући у обзир озбиљност учињених дела и ограничење забране уласка на десет година, ЕСЉП није нашао да је повређено право на поштовање породичног живота.[12]

Чврстина веза учиниоца са државом порекла и могућност да се породица, посебно дете, адаптирају на прилике у држави порекла не повлаче повреду права на поштовање породичног живота услед депортације.

У случају *Каташић против Швајцарске*,[13] ЕСЉП је утврдио да је мера депортације довела до мешања у породични живот подносиоца, али да је с обзиром на извршена кривична дела, она била у складу са законом. ЕСЉП је закључио да је подносилац задржао везе са земљом порекла и да је више пута посећивао БиХ током одмора. Његова супруга је, такође, држављанка БиХ, тако да упркос стабилном запослењу у Швајцарској, нема препрека да се и она врати у БиХ. Њихово дете, тада старо 11 година, сматрано је као подобно да се адаптира на нову средину. Из наведених чињеница ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

у тој држави. Подносилац је 1988. године добио сталну боравишну дозволу, а 1991. године отпочео заједнички живот са холандском држављанком са којом је добио дете. Подносилац се одселио 1992. године из породичног дома али је остао у блиском контакту са супругом и дететом. Две године касније, подносилац је осуђен за напад и убиство без умишљаја на седам година затвора. Претходно је подносилац већ био осуђиван за насилне прекршаје. Друго дете подносиоца рођено је 1996. године. Оба детета стекла су холандско држављанство и подносилац их је признао. Супруга и деца су једном недељно посећивали подносиоца у затвору. Ни супруга ни деца нису говорили турски језик. Домаће власти су 1997. године повукле дозволу боравка подносиоца и донеле одлуку о депортацији и забрани уласка у државу у трајању од 10 година. Подносилац је депортован у Турску 1998. године. Подносилац се жалио да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

12 D. Harris *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 420.

13 *Katanić v Switzerland*, представка број 54271/00, пресуда од 5. октобра 2000. године. Подносилац представке, држављанин Босне и Херцеговине, дошао је у Швајцарску 1987. године и тамо се оженио са држављанком БиХ. Они су две године касније добили дете. Подносилац је добио инвалидску пензију као последицу незгоде на раду. Он је 1995. године осуђен за превару око осигурања и поседовање оружја, на затворску казну и депортацију у трајању од пет година. Подносилац је покушао да добије продужетак боравка, међутим, швајцарски суд је то одбио. Док је био у притвору, подносилац је осуђен и за поседовање наркотика. Подносилац је депортован у земљу порекла у јануару 2000. године. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Üner против Холандије*,[1076] ЕСЉП је навео да подносилац има чврсте везе са домаћом државом: живео је скоро цео свој живот у Холандији, има супругу и једно дете, шира породица подносиоца живела је у Холандији. Са друге стране, ЕСЉП не прихвата да је подносилац проводио тако мало времена у Турској да он више нема никакве социјалне, језичке и културне везе у тој држави. Почињена кривична дела, уз насилну историју, показују да подносилац има склоности ка криминалним активностима. У време депортације подносиоца, деца су још увек била у адаптабилном добу. Поседовање холандског држављанства, уколико деца одлуче да оду са оцем, није их спречавало да се врате у Холандију. Узимајући у обзир озбиљност почињених дела и ограничење забране уласка на десет година, ЕСЉП није нашао да је повређено право на поштовање породичног живота.[1077]

Чврстина веза учиниоца са државом порекла и могућност да се породица, посебно дете, адаптирају на прилике у држави порекла не повлаче повреду права на поштовање породичног живота услед депортације.

У случају *Katanic против Швајцарске*,[1078] ЕСЉП је утврдио да је мера депортације довела до мешања у породични живот подносиоца, али да је с обзиром на извршена кривична дела, она била у складу са законом. ЕСЉП је

[1076] *Üner v Netherlands*, представка број 46410/99, пресуда од 18. октобра 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1969. године, који је у Холандију дошао 1981. године са мајком и два брата у циљу придруживања оцу који се већ налазно у тој држави. Подносилац је 1988. године добио сталну боравишну дозволу, а 1991. године отпочео заједнички живот са холандском држављанком са којом је добио дете. Подносилац се одселио 1992. из породичног дома али је остао у блиском контакту са супругом и дететом. Две године касније, подносилац је осуђен за напад и убиство без умишљаја на седам година затвора. Претходно је подносилац већ био осуђиван за насилне прекршаје. Друго дете подносиоца рођено је 1996. године. Оба детета стекла су холандско држављанство и подносилац их је признао. Супруга и деца су једном недељно посећивали подносиоца у затвору. Ни супруга ни деца нису говорили турски језик. Домаће власти су 1997. године повукле дозволу боравка подносиоца и донеле одлуку о депортацији и забрани уласка у државу у трајању од 10 година. Подносилац је депортован у Турску 1998. године. Подносилац се жалио да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

[1077] D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2009, стр. 420.

[1078] *Katanic v Switzerland*, пред. бр. 54271/00, пресуда од 5. октобра 2000. године. Подносилац представке, држављанин Босне и Херцеговине, дошао је у Швајцарску 1987. године и тамо се оженио са држављанком БиХ. Они су две године касније добили дете. Подносилац је добио инвалидску пензију као последицу незгоде на раду. Он је 1995. године осуђен за превару око осигурања и поседовање оружја на затворску казну и депортацију у трајању од пет година. Подносилац је покушао да добије продужетак боравка, међутим, швајцарски суд је то одбио. Док је био у притвору, подносилац је осуђен и за поседовање наркотика. Подносилац је депортован у земљу порекла у јануару 2000. године. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

има супругу и једно дете, шира породица подносиоца живела је у Холандији. Са друге стране, ЕСЉП не прихвата да је подносилац проводио тако мало времена у Турској, да он више нема никакве социјалне, језичке и културне везе у тој држави. Учињена кривична дела, уз насилну историју, показују да подносилац има склоности ка криминалним активностима. У време депортације подносиоца, деца су још увек била у адаптабилном добу. Поседовање холандског држављанства, уколико деца одлуче да оду са оцем, није их спречавало да се врате у Холандију. Узимајући у обзир озбиљност учињених дела и ограничење забране уласка на десет година, ЕСЉП није нашао да је повређено право на поштовање породичног живота.[12]

Чврстина веза учиниоца са државом порекла и могућност да се породица, посебно дете, адаптирају на прилике у држави порекла не повлаче повреду права на поштовање породичног живота услед депортације.

У случају *Каташић против Швајцарске*,[13] ЕСЉП је утврдио да је мера депортације довела до мешања у породични живот подносиоца, али да је с обзиром на извршена кривична дела, она била у складу са законом. ЕСЉП је закључио да је подносилац задржао везе са земљом порекла и да је више пута посећивао БиХ током одмора. Његова супруга је, такође, држављанка БиХ, тако да упркос стабилном запослењу у Швајцарској, нема препрека да се и она врати у БиХ. Њихово дете, тада старо 11 година, сматрано је као подобно да се адаптира на нову средину. Из наведених чињеница ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

у тој држави. Подносилац је 1988. године добио сталну боравишну дозволу, а 1991. године отпочео заједнички живот са холандском држављанком са којом је добио дете. Подносилац се одселио 1992. године из породичног дома али је остао у блиском контакту са супругом и дететом. Две године касније, подносилац је осуђен за напад и убиство без умишљаја на седам година затвора. Претходно је подносилац већ био осуђиван за насилне прекршаје. Друго дете подносиоца рођено је 1996. године. Оба детета стекла су холандско држављанство и подносилац их је признао. Супруга и деца су једном недељно посећивали подносиоца у затвору. Ни супруга ни деца нису говорили турски језик. Домаће власти су 1997. године повукле дозволу боравка подносиоца и донеле одлуку о депортацији и забрани уласка у државу у трајању од 10 година. Подносилац је депортован у Турску 1998. године. Подносилац се жалио да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

12 D. Harris *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 420.

13 *Katanić v Switzerland*, представка број 54271/00, пресуда од 5. октобра 2000. године. Подносилац представке, држављанин Босне и Херцеговине, дошао је у Швајцарску 1987. године и тамо се оженио са држављанком БиХ. Они су две године касније добили дете. Подносилац је добио инвалидску пензију као последицу незгоде на раду. Он је 1995. године осуђен за превару око осигурања и поседовање оружја, на затворску казну и депортацију у трајању од пет година. Подносилац је покушао да добије продужетак боравка, међутим, швајцарски суд је то одбио. Док је био у притвору, подносилац је осуђен и за поседовање наркотика. Подносилац је депортован у земљу порекла у јануару 2000. године. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

закључио да је подносилац задржао везе са земљом порекла и да је више пута посећивао БиХ током одмора. Његова супруга је, такође, држављанка БиХ, тако да упркос стабилном запослењу у Швајцарској нема препрека да се и она врати у БиХ. Њихово дете, тада старо 11 година, сматрано је као подобно да се адаптира на нову средину. Из наведених чињеница, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Постојање језичких и културних веза, као и породице у држави порекла учиниоца, уз вршење кривичног дела против свог детета, не доводи да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Comert против Данске*,[1079] ЕСЉП је утврдио да, иако је подносилац од своје 13. године живео у Данској, да су му супруга и троје деце, као и три брата живели у Данској, он је своје детињство провео у Турској, држави са којом је задржао културне и језичке везе, у коју је путовао током сваког одмора, у којој има мајку и петоро браће и сестара. Накнадно, његов отац и брат су се вратили из Данске у Турску. Породични живот између њега и бивше супруге више не постоји, а породичне везе између њега и два млађа детета су постојале кроз посете деце оцу у Турској. Не постоје докази да је подносилац спречен да и у будућности одржава породични живот са двоје млађе деце на тај начин. Додатно, кривично дело услед којег је подносилац депортован, такве је природе да је његовим чињењем он самостално повредио свој породични живот. У светлу наведених околности, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Депортација учиниоца, уколико је он рођен у домаћој држави у којој има супругу и децу, а са друге стране, нема никаквих веза са државом порекла, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

[1079] *Comert v Denmark*, пред. бр. 14474/03, пресуда од 10. априла 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1967. године, који се преселио из Турске у Данску када је имао 13 година. Он се у Данској оженио турском држављанком са којом је добио двоје деце рођене у Турској, 1987. и 1989. године. Деца и супруга су се 1992. године придружиле подносиоцу у Данској. Њихово треће дете рођено је 1994. године у Данској. Подносилац је 2002. године осуђен за сексуално злостављање најстаријег детета на затворску казну и доживотну депортацију из Данске. Супруга се развела од подносиоца у Данској 2003. године и њој је додељено вршење родитељског права. Подносилац је након пуштања из затвора, 2004. године депортован у Турску. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

Постојање језичких и културних веза, као и породице у држави порекла учиниоца, уз вршење кривичног дела против свог детета, не доводи да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Comert против Данске*,[14] ЕСЉП је утврдио да, иако је подносилац од своје 13. године живео у Данској, да су му супруга и троје деце, као и три брата живели у Данској, он је своје детињство провео у Турској, држави са којом је задржао културне и језичке везе, у коју је путовао током сваког одмора, у којој има мајку и петоро браће и сестара. Накнадно, његов отац и брат су се вратили из Данске у Турску. Породични живот између њега и бивше супруге више не постоји, а породичне везе између њега и два млађа детета су постојале кроз посете деце оцу у Турској. Не постоје докази да је подносилац спречен да и у будућности одржава породични живот са двоје млађе деце на тај начин. Додатно, кривично дело услед којег је подносилац депортован, такве је природе да је његовим чињењем он самостално повредио свој породични живот. У светлу наведених околности, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Депортација учиниоца, уколико је он рођен у домаћој држави у којој има супругу и децу, а са друге стране, нема никаквих веза са државом порекла, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Mehemi против Француске*,[15] Суд је истакао да је подносилац имао породичне везе у Француској, да је ожењен француском држављанком са којом има троје деце, да му у Француској живе родитељи, два брата и две

14 *Comert v Denmark*, представка број 14474/03, пресуда од 10. априла 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1967. године, који се преселио из Турске у Данску када је имао 13 година. Он се у Данској оженио турском држављанком са којом је добио двоје деце рођене у Турској, 1987. и 1989. године. Деца и супруга су се 1992. године придружили подносиоцу у Данској. Њихово треће дете рођено је 1994. године у Данској. Подносилац је 2002. године осуђен за сексуално злостављање најстаријег детета на затворску казну и доживотну депортацију из Данске. Супруга се развела од подносиоца у Данској 2003. године и њој је додељено вршење родитељског права. Подносилац је након пуштања из затвора, 2004. године депортован у Турску. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

15 *Mehemi v France*, представка број 53470/99, пресуда од 10. априла 2003. године. Подносилац је алжирски држављанин, рођен 1962. године у Француској, где се оженио 1986. године француском држављанком са којом има троје деце. Он је 1991. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на шест година затвора и трајну депортацију. Његова жалба на ову одлуку је одбијена и он је депортован у фебруару 1995. године. Након тога, он се поново жалио на одлуку о трајној депортацији, а суд је на основу жалбе смањио депортацију на период од десет година. У новембру 1997. године Министарство спољних послова донело је одлуку да поносилац може одмах да се врати у Француску. Њему је дата привремена виза и обавезан је да се јавља два пута месечно у локалну полицијску станицу. Подносилац се жалио да је његова депортација проузроковала повреду права на поштовање породичног живота. Видети и случај *Sayoud v France*, представка број 70456/01, пресуда од 7. децембра 2006. године.

закључио да је подносилац задржао везе са земљом порекла и да је више пута посећивао БиХ током одмора. Његова супруга је, такође, држављанка БиХ, тако да упркос стабилном запослењу у Швајцарској нема препрека да се и она врати у БиХ. Њихово дете, тада старо 11 година, сматрано је као подобно да се адаптира на нову средину. Из наведених чињеница, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Постојање језичких и културних веза, као и породице у држави порекла учиниоца, уз вршење кривичног дела против свог детета, не доводи да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Comert против Данске*,[1079] ЕСЉП је утврдио да, иако је подносилац од своје 13. године живео у Данској, да су му супруга и троје деце, као и три брата живели у Данској, он је своје детињство провео у Турској, држави са којом је задржао културне и језичке везе, у коју је путовао током сваког одмора, у којој има мајку и петоро браће и сестара. Накнадно, његов отац и брат су се вратили из Данске у Турску. Породични живот између њега и бивше супруге више не постоји, а породичне везе између њега и два млађа детета су постојале кроз посете деце оцу у Турској. Не постоје докази да је подносилац спречен да и у будућности одржава породични живот са двоје млађе деце на тај начин. Додатно, кривично дело услед којег је подносилац депортован, такве је природе да је његовим чињењем он самостално повредио свој породични живот. У светлу наведених околности, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Депортација учиниоца, уколико је он рођен у домаћој држави у којој има супругу и децу, а са друге стране, нема никаквих веза са државом порекла, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

1079 *Comert v Denmark*, пред. бр. 14474/03, пресуда од 10. априла 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1967. године, који се преселио из Турске у Данску када је имао 13 година. Он се у Данској оженио турском држављанком са којом је добио двоје деце рођене у Турској, 1987. и 1989. године. Деца и супруга су се 1992. године придружиле подносиоцу у Данској. Њихово треће дете рођено је 1994. године у Данској. Подносилац је 2002. године осуђен за сексуално злостављање најстаријег детета на затворску казну и доживотну депортацију из Данске. Супруга се развела од подносиоца у Данској 2003. године и њој је додељено вршење родитељског права. Подносилац је након пуштања из затвора, 2004. године депортован у Турску. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

Постојање језичких и културних веза, као и породице у држави порекла учиниоца, уз вршење кривичног дела против свог детета, не доводи да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Comert против Данске*,[14] ЕСЉП је утврдио да, иако је подносилац од своје 13. године живео у Данској, да су му супруга и троје деце, као и три брата живели у Данској, он је своје детињство провео у Турској, држави са којом је задржао културне и језичке везе, у коју је путовао током сваког одмора, у којој има мајку и петоро браће и сестара. Накнадно, његов отац и брат су се вратили из Данске у Турску. Породични живот између њега и бивше супруге више не постоји, а породичне везе између њега и два млађа детета су постојале кроз посете деце оцу у Турској. Не постоје докази да је подносилац спречен да и у будућности одржава породични живот са двоје млађе деце на тај начин. Додатно, кривично дело услед којег је подносилац депортован, такве је природе да је његовим чињењем он самостално повредио свој породични живот. У светлу наведених околности, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Депортација учиниоца, уколико је он рођен у домаћој држави у којој има супругу и децу, а са друге стране, нема никаквих веза са државом порекла, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Mehemi против Француске*,[15] Суд је истакао да је подносилац имао породичне везе у Француској, да је ожењен француском држављанком са којом има троје деце, да му у Француској живе родитељи, два брата и две

14 *Comert v Denmark*, представка број 14474/03, пресуда од 10. априла 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1967. године, који се преселио из Турске у Данску када је имао 13 година. Он се у Данској оженио турском држављанком са којом је добио двоје деце рођене у Турској, 1987. и 1989. године. Деца и супруга су се 1992. године придружили подносиоцу у Данској. Њихово треће дете рођено је 1994. године у Данској. Подносилац је 2002. године осуђен за сексуално злостављање најстаријег детета на затворску казну и доживотну депортацију из Данске. Супруга се развела од подносиоца у Данској 2003. године и њој је додељено вршење родитељског права. Подносилац је након пуштања из затвора, 2004. године депортован у Турску. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

15 *Mehemi v France*, представка број 53470/99, пресуда од 10. априла 2003. године. Подносилац је алжирски држављанин, рођен 1962. године у Француској, где се оженио 1986. године француском држављанком са којом има троје деце. Он је 1991. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на шест година затвора и трајну депортацију. Његова жалба на ову одлуку је одбијена и он је депортован у фебруару 1995. године. Након тога, он се поново жалио на одлуку о трајној депортацији, а суд је на основу жалбе смањио депортацију на период од десет година. У новембру 1997. године Министарство спољних послова донело је одлуку да поносилац може одмах да се врати у Француску. Њему је дата привремена виза и обавезан је да се јавља два пута месечно у локалну полицијску станицу. Подносилац се жалио да је његова депортација проузроковала повреду права на поштовање породичног живота. Видети и случај *Sayoud v France*, представка број 70456/01, пресуда од 7. децембра 2006. године.

У случају *Mehemi против Француске*,[1080] Суд је истакао да је подносилац имао породичне везе у Француској, да је ожењен француском држављанком са којом има троје деце, да му у Француској живе родитељи, два брата и две сестре, да је рођен, читав живот провео и целокупно образовање стекао у Француској. Стога, одлука о депортацији у земљу са којом није имао никакву повезаност довела је до мешања у његов породични живот. Са друге стране, од тренутка подношења захтева за повратак у Француску до отпочињања решавања захтева, не може се сматрати да је дошло до протека значајног периода времена нити да су постојала непотребна одлагања. Чињеница да је подносилац имао децу и супругу у Француској и да је трајна депортација довела до престанка успостављеног породичног живота, навела је ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.

Јачина породичних веза у домаћој држави и немогућност адаптације деце учиниоца у државу његовог порекла, повлаче да је депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Omojudi против Уједињеног Краљевства*,[1081] ЕСЉП је навео да се може разматрати само криминална активност подносиоца после одлуке о трајном боравку подносиоца из 2005. године, с обзиром на то да су домаће власти знале за претходну криминалну прошлост подносиоца. На основу тога, не може се тврдити да је подносилац сексуални преступник, имајући у виду да сексуално

1080 *Mehemi v France*, пред. бр. 53470/99, пресуда од 10. априла 2003. године. Подносилац је алжирски држављанин, рођен 1962. године у Француској, где се оженио 1986. године француском држављанком са којом има троје деце. Он је 1991. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на шест година затвора и трајну депортацију. Његова жалба на ову одлуку је одбијена и он је депортован у фебруару 1995. године. Након тога, он се поново жалио на одлуку о трајној депортацији, а суд је на основу жалбе смањио депортацију на период од десет година. У новембру 1997. године, Министарство спољних послова донело је одлуку да поносилац може одмах да се врати у Француску. Њему је дата привремена виза и обавезан је да се јавља два пута месечно у локалну полицијску станицу. Подносилац се жалио да је његова депортација проузроковала повреду права на поштовање породичног живота. Видети и *Sayoud v France*, пред. бр. 70456/01, пресуда од 7. децембра 2006. године.

1081 *Omojudi v United Kingdom*, пред. бр 1820/08, пресуда од 24. новембра 2009. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је 1982. године, као двадесетдвогодишњак, дошао у Уједињено Краљевство. Он се оженио британском држављанком и добио троје деце. Његов најстарији син добио је дете рођено у Уједињеном Краљевству. Подносилац је 1989. године осуђен на четири године затвора за кривично дело преваре. Подносилац је, ипак, и поред осуде, 2005. године добио трајну дозволу боравка. Он је затим 2006. године осуђен на 15 месеци затвора за сексуално узнемиравање. Том приликом суд није одредио меру депортације, али су извршне власти донеле одлуку о депортацији са позивањем на превенцију криминала, нереда и заштиту здравља и морала. Подносилац је депортован у Нигерију у априлу 2008. године. Подносилац се жалио да је мера депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

сестре, да је рођен, читав живот провео и целокупно образовање стекао у Француској. Стога, одлука о депортацији у земљу са којом није имао никакву повезаност довела је до мешања у његов породични живот. Са друге стране, од тренутка подношења захтева за повратак у Француску до отпочињања решавања захтева, не може се сматрати да је дошло до протека значајног периода времена нити да су постојала непотребна одлагања. Чињеница да је подносилац имао децу и супругу у Француској и да је трајна депортација довела до престанка успостављеног породичног живота, навела је ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.

Јачина породичних веза у домаћој држави и немогућност адаптације деце учиниоца у државу његовог порекла, повлаче да је депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Omojudi против Уједињеног Краљевства*,[16] ЕСЉП је навео да се може разматрати само криминална активност подносиоца после одлуке о трајном боравку подносиоца из 2005. године, с обзиром на то да су домаће власти знале за претходну криминалну прошлост подносиоца. На основу тога, не може се тврдити да је подносилац сексуални преступник, имајући у виду да сексуално узнемиравање, у спектру сексуалних преступа, није међу тежим делима. ЕСЉП је имао у виду стабилност породичних веза подносиоца у Уједињеном Краљевству и тешкоће са којима би се породица суочила повратком у Нигерију. Сва деца подносиоца су трајно живела у породици као једној целини до депортације оца, а двоје млађе деце је рођено у Уједињеном Краљевству и нису у адаптабилном добу, тако да би искусили значајне тешкоће ако би се преселили у Нигерију. Најстарије дете подносиоца има двогодишњу ћерку рођену у Уједињеном Краљевству и за њих би, такође, било немогуће да се преселе у Нигерију. Јачина породичних веза подносиоца са домаћом државом, његова дужина боравка и тешкоће са којима би се суочила деца у Нигерији, били су аргументи да ЕСЉП утврди да је депорација довела до повреде права на поштовање породичног живота.[17]

16 *Omojudi v United Kingdom*, представка број 1820/08, пресуда од 24. новембра 2009. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је 1982. године, као двадесетдвогодишњак, дошао у Уједињено Краљевство. Он се оженио британском држављанком и добио троје деце. Његов најстарији син добио је дете рођено у Уједињеном Краљевству. Подносилац је 1989. године осуђен на четири године затвора за кривично дело преваре. Подносилац је, ипак, и поред осуде, 2005. године добио трајну дозволу боравка. Он је затим 2006. године осуђен на 15 месеци затвора за сексуално узнемиравање. Том приликом суд није одредио меру депортације, али су извршне власти донеле одлуку о депортацији уз позивање на превенцију криминала, нереда и заштиту здравља и морала. Подносилац је депортован у Нигерију у априлу 2008. године. Подносилац се жалио да је мера депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

17 Члан 8. ЕКЉП довео је до повећања поштовања права миграната да им се супружници придруже у Уједињеном Краљевству, посебно након 1998. године и

У случају *Mehemi против Француске*,[1080] Суд је истакао да је подносилац имао породичне везе у Француској, да је ожењен француском држављанком са којом има троје деце, да му у Француској живе родитељи, два брата и две сестре, да је рођен, читав живот провео и целокупно образовање стекао у Француској. Стога, одлука о депортацији у земљу са којом није имао никакву повезаност довела је до мешања у његов породични живот. Са друге стране, од тренутка подношења захтева за повратак у Француску до отпочињања решавања захтева, не може се сматрати да је дошло до протека значајног периода времена нити да су постојала непотребна одлагања. Чињеница да је подносилац имао децу и супругу у Француској и да је трајна депортација довела до престанка успостављеног породичног живота, навела је ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.

Јачина породичних веза у домаћој држави и немогућност адаптације деце учиниоца у државу његовог порекла, повлаче да је депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Omojudi против Уједињеног Краљевства*,[1081] ЕСЉП је навео да се може разматрати само криминална активност подносиоца после одлуке о трајном боравку подносиоца из 2005. године, с обзиром на то да су домаће власти знале за претходну криминалну прошлост подносиоца. На основу тога, не може се тврдити да је подносилац сексуални преступник, имајући у виду да сексуално

1080 *Mehemi v France*, пред. бр. 53470/99, пресуда од 10. априла 2003. године. Подносилац је алжирски држављанин, рођен 1962. године у Француској, где се оженио 1986. године француском држављанком са којом има троје деце. Он је 1991. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на шест година затвора и трајну депортацију. Његова жалба на ову одлуку је одбијена и он је депортован у фебруару 1995. године. Након тога, он се поново жалио на одлуку о трајној депортацији, а суд је на основу жалбе смањио депортацију на период од десет година. У новембру 1997. године, Министарство спољних послова донело је одлуку да поносилац може одмах да се врати у Француску. Њему је дата привремена виза и обавезан је да се јавља два пута месечно у локалну полицијску станицу. Подносилац се жалио да је његова депортација проузроковала повреду права на поштовање породичног живота. Видети и *Sayoud v France*, пред. бр. 70456/01, пресуда од 7. децембра 2006. године.

1081 *Omojudi v United Kingdom*, пред. бр 1820/08, пресуда од 24. новембра 2009. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је 1982. године, као двадесетдвогодишњак, дошао у Уједињено Краљевство. Он се оженио британском држављанком и добио троје деце. Његов најстарији син добио је дете рођено у Уједињеном Краљевству. Подносилац је 1989. године осуђен на четири године затвора за кривично дело преваре. Подносилац је, ипак, и поред осуде, 2005. године добио трајну дозволу боравка. Он је затим 2006. године осуђен на 15 месеци затвора за сексуално узнемиравање. Том приликом суд није одредио меру депортације, али су извршне власти донеле одлуку о депортацији са позивањем на превенцију криминала, нереда и заштиту здравља и морала. Подносилац је депортован у Нигерију у априлу 2008. године. Подносилац се жалио да је мера депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

сестре, да је рођен, читав живот провео и целокупно образовање стекао у Француској. Стога, одлука о депортацији у земљу са којом није имао никакву повезаност довела је до мешања у његов породични живот. Са друге стране, од тренутка подношења захтева за повратак у Француску до отпочињања решавања захтева, не може се сматрати да је дошло до протека значајног периода времена нити да су постојала непотребна одлагања. Чињеница да је подносилац имао децу и супругу у Француској и да је трајна депортација довела до престанка успостављеног породичног живота, навела је ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.

Јачина породичних веза у домаћој држави и немогућност адаптације деце учиниоца у државу његовог порекла, повлаче да је депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Omojudi против Уједињеног Краљевства*,[16] ЕСЉП је навео да се може разматрати само криминална активност подносиоца после одлуке о трајном боравку подносиоца из 2005. године, с обзиром на то да су домаће власти знале за претходну криминалну прошлост подносиоца. На основу тога, не може се тврдити да је подносилац сексуални преступник, имајући у виду да сексуално узнемиравање, у спектру сексуалних преступа, није међу тежим делима. ЕСЉП је имао у виду стабилност породичних веза подносиоца у Уједињеном Краљевству и тешкоће са којима би се породица суочила повратком у Нигерију. Сва деца подносиоца су трајно живела у породици као једној целини до депортације оца, а двоје млађе деце је рођено у Уједињеном Краљевству и нису у адаптабилном добу, тако да би искусили значајне тешкоће ако би се преселили у Нигерију. Најстарије дете подносиоца има двогодишњу ћерку рођену у Уједињеном Краљевству и за њих би, такође, било немогуће да се преселе у Нигерију. Јачина породичних веза подносиоца са домаћом државом, његова дужина боравка и тешкоће са којима би се суочила деца у Нигерији, били су аргументи да ЕСЉП утврди да је депорација довела до повреде права на поштовање породичног живота.[17]

16 *Omojudi v United Kingdom*, представка број 1820/08, пресуда од 24. новембра 2009. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је 1982. године, као двадесетдвогодишњак, дошао у Уједињено Краљевство. Он се оженио британском држављанком и добио троје деце. Његов најстарији син добио је дете рођено у Уједињеном Краљевству. Подносилац је 1989. године осуђен на четири године затвора за кривично дело преваре. Подносилац је, ипак, и поред осуде, 2005. године добио трајну дозволу боравка. Он је затим 2006. године осуђен на 15 месеци затвора за сексуално узнемиравање. Том приликом суд није одредио меру депортације, али су извршне власти донеле одлуку о депортацији уз позивање на превенцију криминала, нереда и заштиту здравља и морала. Подносилац је депортован у Нигерију у априлу 2008. године. Подносилац се жалио да је мера депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

17 Члан 8. ЕКЉП довео је до повећања поштовања права миграната да им се супружници придруже у Уједињеном Краљевству, посебно након 1998. године и

узнемиравање, у спектру сексуалних преступа, није међу тежим делима. ЕСЉП је имао у виду стабилност породичних веза подносиоца у Уједињеном Краљевству и тешкоће са којима би се породица суочила повратком у Нигерију. Сва деца подносиоца су трајно живела у породици, као једној целини, до депортације оца, а двоје млађе деце је рођено у Уједињеном Краљевству и нису у адаптабилном добу, тако да би искусили значајне тешкоће ако би се преселили у Нигерију. Најстарије дете подносиоца има двогодишњу ћерку рођену у Уједињеном Краљевству и за њих би, такође, било немогуће да се преселе у Нигерију. Јачина породичних веза подносиоца са домаћом државом, његова дужина боравка и тешкоће са којима би се суочила деца у Нигерији, били су аргументи да ЕСЉП утврди да је депорација довела до повреде права на поштовање породичног живота.[1082]

3.4. Измена околности на страни учиниоца након извршења кривичног дела

Измена одлуке о трајној депортацији на депортацију у трајању од десет година, уколико се учинилац након извршеног дела социјализовао, запослио и засновао сопствену породицу, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Emre против Швајцарске*,[1083] ЕСЉП је, најпре, установио да домаћи суд умањењем депортације на период од десет година, уместо укидања, није у потпуности прихватио наводе у пресуди ЕСЉП из 2008. године. ЕСЉП је поновио да домаћи суд при процени потребе депортације у односу на јавни

1082 Члан 8. ЕКЉП довео је до повећања права имигранта да им се супружници придруже у Уједињеном Краљевству, посебно након 1998. године и доношења Закона о људским правима, H. Wray, Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home, Ashgate- Surrey, 2011, стр. 141.

1083 *Emre v Switzerland*, пред. бр. 5056/10, пресуда од 11. октобра 2011. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1980. године, који је 1986. године дошао у Швајцарску са својим родитељима. На основу многих кривичних дела почињених између 1994. и 2000. године, подносилац је 2003. године осуђен на трајну депортацију из Швајцарске. Одлуку о депортацији потврдио је Савезни суд. Подносилац је 2004. године поднео представку ЕСЉП (пред. бр. 42034/04) који је у мају 2008. године утврдио повреду члана 8. ЕКЉП. На основу те пресуде ЕСЉП, Савезни суд је на захтев подносиоца ограничио период депортације на десет година. Након што се 2009. године оженио са немачком држављанком и стекао немачку дозволу боравка, подносилац је захтевао да се укине мера депортације да би могао да живи у Швајцарској. Његов захтев је одбијен. Подносилац се жалио да је одлука швајцарских власти о продужењу депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

2.5. Измена околности на страни учиниоца након извршења кривичног дела

Измена одлуке о трајној депортацији на депортацију у трајању од десет година, уколико се учинилац након извршеног дела социјализовао, запослио и засновао сопствену породицу, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Emre против Швајцарске*,[18] ЕСЉП је, најпре, установио да домаћи суд умањењем депортације на период од десет година, уместо укидања, није у потпуности прихватио наводе у пресуди ЕСЉП из 2008. године. ЕСЉП је поновио да домаћи суд при процени потребе депортације у односу на јавни интерес треба да размотри следеће околности: природу учињених прекршаја, озбиљност изречених санкција, временски период у коме је подносилац живео у Швајцарској, време које је протекло од учињених прекршаја до изрицања мера, понашање подносиоца током тог периода, јачину социјалних, културних и породичних веза подносиоца са домаћом земљом, као и земљом порекла, околности случаја попут здравствених проблема подносиоца.[19] Депортација подносиоца у периоду од десет година није била пропорционална природи учињених дела која се могу окарактерисати као грешке из младости, у потпуности схваћене од стране подносиоца. ЕСЉП прихвата да се подносилац након учињених дела понашао одговорно, налазио се у легалним токовима, додатно то легитимишући заснивањем своје породице. ЕСЉП, стога, наводи да потпуно и тренутно повлачење мере о депортацији подносиоца представља поштовање одлуке ЕСЉП из 2008. године. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

доношења Закона о људским правима, H. Wray, *Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home*, Routledge, Ashgate–Surrey, 2011, 141.

18 *Emre v Switzerland*, представка број 5056/10, пресуда од 11. октобра 2011. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1980. године, који је 1986. године дошао у Швајцарску са својим родитељима. На основу многих кривичних дела, учињених између 1994. и 2000. године, подносилац је 2003. године осуђен на трајну депортацију из Швајцарске. Одлуку о депортацији потврдио је Савезни суд. Подносилац је 2004. године поднео представку ЕСЉП (представка број 42034/04), а који је у мају 2008. године утврдио повреду члана 8. ЕКЉП. На основу те пресуде ЕСЉП, Савезни суд је на захтев подносиоца ограничио период депортације на десет година. Након што се 2009. године оженио са немачком држављанком и стекао немачку дозволу боравка, подносилац је захтевао да се укине мера депортације да би могао да живи у Швајцарској. Његов захтев је одбијен. Подносилац се жалио да је одлука швајцарских власти о продужењу депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

19 Тако и J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Strasbourški acquis, Zagreb, 2013, 399. Истиче се да је ова пресуда занимљива стога што се подносилац два пута обратио ЕСЉП и оба пута добио спор. Први пут услед повреде права на поштовање породичног живота, а други пут услед незадовољства на начин на који је домаћа држава спровела одлуку ЕСЉП.

узнемиравање, у спектру сексуалних преступа, није међу тежим делима. ЕСЉП је имао у виду стабилност породичних веза подносиоца у Уједињеном Краљевству и тешкоће са којима би се породица суочила повратком у Нигерију. Сва деца подносиоца су трајно живела у породици, као једној целини, до депортације оца, а двоје млађе деце је рођено у Уједињеном Краљевству и нису у адаптабилном добу, тако да би искусили значајне тешкоће ако би се преселили у Нигерију. Најстарије дете подносиоца има двогодишњу ћерку рођену у Уједињеном Краљевству и за њих би, такође, било немогуће да се преселе у Нигерију. Јачина породичних веза подносиоца са домаћом државом, његова дужина боравка и тешкоће са којима би се суочила деца у Нигерији, били су аргументи да ЕСЉП утврди да је депорација довела до повреде права на поштовање породичног живота.[1082]

3.4. Измена околности на страни учиниоца након извршења кривичног дела

Измена одлуке о трајној депортацији на депортацију у трајању од десет година, уколико се учинилац након извршеног дела социјализовао, запослио и засновао сопствену породицу, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Emre против Швајцарске*,[1083] ЕСЉП је, најпре, установио да домаћи суд умањењем депортације на период од десет година, уместо укидања, није у потпуности прихватио наводе у пресуди ЕСЉП из 2008. године. ЕСЉП је поновио да домаћи суд при процени потребе депортације у односу на јавни

[1082] Члан 8. ЕКЉП довео је до повећања права имиграната да им се супружници придруже у Уједињеном Краљевству, посебно након 1998. године и доношења Закона о људским правима, H. Wray, Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home, Ashgate- Surrey, 2011, стр. 141.

[1083] *Emre v Switzerland*, пред. бр. 5056/10, пресуда од 11. октобра 2011. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1980. године, који је 1986. године дошао у Швајцарску са својим родитељима. На основу многих кривичних дела почињених између 1994. и 2000. године, подносилац је 2003. године осуђен на трајну депортацију из Швајцарске. Одлуку о депортацији потврдио је Савезни суд. Подносилац је 2004. године поднео представку ЕСЉП (пред. бр. 42034/04) који је у мају 2008. године утврдио повреду члана 8. ЕКЉП. На основу те пресуде ЕСЉП, Савезни суд је на захтев подносиоца ограничио период депортације на десет година. Након што се 2009. године оженио са немачком држављанком и стекао немачку дозволу боравка, подносилац је захтевао да се укине мера депортације да би могао да живи у Швајцарској. Његов захтев је одбијен. Подносилац се жалио да је одлука швајцарских власти о продужењу депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

2.5. Измена околности на страни учиниоца након извршења кривичног дела

Измена одлуке о трајној депортацији на депортацију у трајању од десет година, уколико се учинилац након извршеног дела социјализовао, запослио и засновао сопствену породицу, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Emre против Швајцарске*,[18] ЕСЉП је, најпре, установио да домаћи суд умањењем депортације на период од десет година, уместо укидања, није у потпуности прихватио наводе у пресуди ЕСЉП из 2008. године. ЕСЉП је поновио да домаћи суд при процени потребе депортације у односу на јавни интерес треба да размотри следеће околности: природу учињених прекршаја, озбиљност изречених санкција, временски период у коме је подносилац живео у Швајцарској, време које је протекло од учињених прекршаја до изрицања мера, понашање подносиоца током тог периода, јачину социјалних, културних и породичних веза подносиоца са домаћом земљом, као и земљом порекла, околности случаја попут здравствених проблема подносиоца.[19] Депортација подносиоца у периоду од десет година није била пропорционална природи учињених дела која се могу окарактерисати као грешке из младости, у потпуности схваћене од стране подносиоца. ЕСЉП прихвата да се подносилац након учињених дела понашао одговорно, налазио се у легалним токовима, додатно то легитимишући заснивањем своје породице. ЕСЉП, стога, наводи да потпуно и тренутно повлачење мере о депортацији подносиоца представља поштовање одлуке ЕСЉП из 2008. године. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

доношења Закона о људским правима, H. Wray, *Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home*, Routledge, Ashgate–Surrey, 2011, 141.

18 *Emre v Switzerland*, представка број 5056/10, пресуда од 11. октобра 2011. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1980. године, који је 1986. године дошао у Швајцарску са својим родитељима. На основу многих кривичних дела, учињених између 1994. и 2000. године, подносилац је 2003. године осуђен на трајну депортацију из Швајцарске. Одлуку о депортацији потврдио је Савезни суд. Подносилац је 2004. године поднео представку ЕСЉП (представка број 42034/04), а који је у мају 2008. године утврдио повреду члана 8. ЕКЉП. На основу те пресуде ЕСЉП, Савезни суд је на захтев подносиоца ограничио период депортације на десет година. Након што се 2009. године оженио са немачком држављанком и стекао немачку дозволу боравка, подносилац је захтевао да се укине мера депортације да би могао да живи у Швајцарској. Његов захтев је одбијен. Подносилац се жалио да је одлука швајцарских власти о продужењу депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

19 Тако и J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Strasbourški acquis, Zagreb, 2013, 399. Истиче се да је ова пресуда занимљива стога што се подносилац два пута обратио ЕСЉП и оба пута добио спор. Први пут услед повреде права на поштовање породичног живота, а други пут услед незадовољства на начин на који је домаћа држава спровела одлуку ЕСЉП.

интерес треба да размотри следеће околности: природу почињених прекршаја, озбиљност изречених санкција, временски период у коме је подносилац живео у Швајцарској, време које је протекло од учињених прекршаја до изрицања мера, понашање подносиоца током тог периода, јачину социјалних, културних и породичних веза подносиоца са домаћом државом, као и државом порекла, околности случаја попут здравствених проблема подносиоца.[1084] Депортација подносиоца у периоду од десет година није била пропорционална природи почињених дела која се могу окарактерисати као грешке из младости у потпуности схваћене од стране подносиоца. ЕСЉП прихвата да се подносилац након почињених дела понашао одговорно, налазио се у легалним токовима, додатно то легитимишући заснивањем своје породице. ЕСЉП, стога, наводи да потпуно и тренутно повлачење мере о депортацији подносиоца представља поштовање одлуке ЕСЉП из 2008. године. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Одсуство понављања кривичног дела након издржане казне учиниоца, као и његова успешна социјализација, повлаче да је одлука о депортацији противна члану 8. Конвенције и праву на поштовање породичног живота.

У случају *A. A. против Уједињеног Краљевства*,[1085] ЕСЉП је навео да се питање депортације малолетне особе која још није основала своју породицу, а створила је породични живот са својом мајком, тиче, не само права на поштовање породичног живота, већ и његовог права на поштовање приватног живота. Домаће власти су при процени одлуке о депортацији узеле у обзир релевантне околности,

---

[1084] Тако и J. Omejec, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zagreb, 2013, стр. 399. Истиче се да је ова пресуда занимљива стога што се подносилац два пута обратио ЕСЉП и оба пута добио спор. Први пут услед повреде права на поштовање породичног живота, а други пут услед незадовољства на начин на који је домаћа држава спровела одлуку ЕСЉП.

[1085] *A. A. v United Kingdom*, пред. бр. 8000/08, пресуда од 20. септембра 2011. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је са својих тринаест година, 2000. године, дошао у Уједињено Краљевство да се придружи мајци. Он је две године касније осуђен на четири године затвора за силовање тринаестогодишње девојчице. Подносилац је 2004. године пуштен условно, услед доброг владања и примерног понашања у затвору. Мера депортације, изречена приликом осуде на затворску казну, најпре је повучена, да би на поновном претресу имиграционог суда поново била активирана. У међувремену, након изласка из затвора, подносилац је наставио са образовањем, дипломирао на факултетеу и чак стекао диплому мастера. Он се запослио у локалним органима власти и наставио да живи са мајком, држављанком Уједињеног Краљевства. У септембру 2010. године подносилац је обавештен да су имиграционе власти одлучиле да спроведу депортацију. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

Одсуство понављања кривичног дела након издржане казне учиниоца, као и његова успешна социјализација, повлаче да је одлука о депортацији противна члану 8. Конвенције и праву на поштовање породичног живота.

У случају *A. A. против Уједињеног Краљевства*,[20] ЕСЉП је навео да се питање депортације малолетне особе која још није основала своју породицу, а створила је породични живот са својом мајком, тиче, не само права на поштовање породичног живота, већ и његовог права на поштовање приватног живота. Домаће власти су при процени одлуке о депортацији узеле у обзир релевантне околности, попут озбиљности кривичног дела и узраста подносиоца. Последња одлука о депортацији подносиоца датира из 2007. године и након тога није вршена даља процена околности. ЕСЉП примећује да у периоду од пуштања на слободу подносилац није учинио ново кривично дело, ризик од поновљеног вршења дела процењен је као низак, искоришћена је могућност образовања у затвору, настављено је образовање по напуштању затвора и стечено је стабилно запослење.[21] Домаће власти нису навеле постојање нити једног ризика по јавни поредак на страни подносиоца у периоду од седам година од учињеног кривичног дела. Примерно понашање подносиоца и повећани напор да се рехабилитује и реинтегрише у друштво, говоре против става домаћих власти да се основано може очекивати да подносилац узрокује неред и да се поново укључи у криминалне активности. На основу тога, ЕСЉП је сматрао да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота. Суд је у оба претходна случаја поступио идентично као и у случају *Udeh против Швајцарске,* са чиме смо потпуно сагласни, и нашао да понашање након извршеног дела уз постојање јаких веза са домаћом државом повлаче да је депортација повредила права подносилаца.

20 *A. A. v United Kingdom*, представка број 8000/08, пресуда од 20. септембра 2011. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је са својих тринаест година, 2000. године, дошао у Уједињено Краљевство да се придружи својој мајци. Он је две године касније осуђен на четири године затвора за силовање тринаестогодишње девојчице. Подносилац је 2004. године пуштен условно, услед доброг владања и примерног понашања у затвору. Мера депортације, изречена приликом осуде на затворску казну, најпре је повучена, да би на поновном претресу имиграционог суда поново била активирана. У међувремену, након изласка из затвора, подносилац је наставио са образовањем, дипломирао на факултету и чак стекао диплому мастера. Он се запослио у локалним органима власти и наставио да живи са мајком, држављанком Уједињеног Краљевства. У септембру 2010. године, подносилац је обавештен да су имиграционе власти одлучиле да спроведу депортацију. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

21 О томе да се при депортацији особе која има супругу и дете у домаћој држави, узима у обзир запослење и стамбене прилике те особе, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, 136.

интерес треба да размотри следеће околности: природу почињених прекршаја, озбиљност изречених санкција, временски период у коме је подносилац живео у Швајцарској, време које је протекло од учињених прекршаја до изрицања мера, понашање подносиоца током тог периода, јачину социјалних, културних и породичних веза подносиоца са домаћом државом, као и државом порекла, околности случаја попут здравствених проблема подносиоца.[1084] Депортација подносиоца у периоду од десет година није била пропорционална природи почињених дела која се могу окарактерисати као грешке из младости у потпуности схваћене од стране подносиоца. ЕСЉП прихвата да се подносилац након почињених дела понашао одговорно, налазио се у легалним токовима, додатно то легитимишући заснивањем своје породице. ЕСЉП, стога, наводи да потпуно и тренутно повлачење мере о депортацији подносиоца представља поштовање одлуке ЕСЉП из 2008. године. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Одсуство понављања кривичног дела након издржане казне учиниоца, као и његова успешна социјализација, повлаче да је одлука о депортацији противна члану 8. Конвенције и праву на поштовање породичног живота.

У случају *A. A. против Уједињеног Краљевства*,[1085] ЕСЉП је навео да се питање депортације малолетне особе која још није основала своју породицу, а створила је породични живот са својом мајком, тиче, не само права на поштовање породичног живота, већ и његовог права на поштовање приватног живота. Домаће власти су при процени одлуке о депортацији узеле у обзир релевантне околности.

1084 Тако и Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 399. Истиче се да је ова пресуда занимљива стога што се подносилац два пута обратио ЕСЉП и оба пута добио спор. Први пут услед повреде права на поштовање породичног живота, а други пут услед незадовољства на начин на који је домаћа држава спровела одлуку ЕСЉП.

1085 *A. A. v United Kingdom*, пред. бр. 8000/08, пресуда од 20. септембра 2011. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је са својих тринаест година, 2000. године, дошао у Уједињено Краљевство да се придружи мајци. Он је две године касније осуђен на четири године затвора за силовање тринаестогодишње девојчице. Подносилац је 2004. године пуштен условно, услед доброг владања и примерног понашања у затвору. Мера депортације, изречена приликом осуде на затворску казну, најпре је повучена, да би на поновном претресу имиграционог суда поново била активирана. У међувремену, након изласка из затвора, подносилац је наставио са образовањем, дипломирао на факултетеу и чак стекао диплому мастера. Он се запослио у локалним органима власти и наставио да живи са мајком, држављанком Уједињеног Краљевства. У септембру 2010. године подносилац је обавештен да су имиграционе власти одлучиле да спроведу депортацију. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

Одсуство понављања кривичног дела након издржане казне учиниоца, као и његова успешна социјализација, повлаче да је одлука о депортацији противна члану 8. Конвенције и праву на поштовање породичног живота.

У случају *A. A. против Уједињеног Краљевства*,[20] ЕСЉП је навео да се питање депортације малолетне особе која још није основала своју породицу, а створила је породични живот са својом мајком, тиче, не само права на поштовање породичног живота, већ и његовог права на поштовање приватног живота. Домаће власти су при процени одлуке о депортацији узеле у обзир релевантне околности, попут озбиљности кривичног дела и узраста подносиоца. Последња одлука о депортацији подносиоца датира из 2007. године и након тога није вршена даља процена околности. ЕСЉП примећује да у периоду од пуштања на слободу подносилац није учинио ново кривично дело, ризик од поновљеног вршења дела процењен је као низак, искоришћена је могућност образовања у затвору, настављено је образовање по напуштању затвора и стечено је стабилно запослење.[21] Домаће власти нису навеле постојање нити једног ризика по јавни поредак на страни подносиоца у периоду од седам година од учињеног кривичног дела. Примерно понашање подносиоца и повећани напор да се рехабилитује и реинтегрише у друштво, говоре против става домаћих власти да се основано може очекивати да подносилац узрокује неред и да се поново укључи у криминалне активности. На основу тога, ЕСЉП је сматрао да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота. Суд је у оба претходна случаја поступио идентично као и у случају *Udeh против Швајцарске,* са чиме смо потпуно сагласни, и нашао да понашање након извршеног дела уз постојање јаких веза са домаћом државом повлаче да је депортација повредила права подносилаца.

20 *A. A. v United Kingdom*, представка број 8000/08, пресуда од 20. септембра 2011. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је са својих тринаест година, 2000. године, дошао у Уједињено Краљевство да се придружи својој мајци. Он је две године касније осуђен на четири године затвора за силовање тринаестогодишње девојчице. Подносилац је 2004. године пуштен условно, услед доброг владања и примерног понашања у затвору. Мера депортације, изречена приликом осуде на затворску казну, најпре је повучена, да би на поновном претресу имиграционог суда поново била активирана. У међувремену, након изласка из затвора, подносилац је наставио са образовањем, дипломирао на факултету и чак стекао диплому мастера. Он се запослио у локалним органима власти и наставио да живи са мајком, држављанком Уједињеног Краљевства. У септембру 2010. године, подносилац је обавештен да су имиграционе власти одлучиле да спроведу депортацију. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

21 О томе да се при депортацији особе која има супругу и дете у домаћој држави, узима у обзир запослење и стамбене прилике те особе, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, 136.

попут озбиљности кривичног дела и узраста подносиоца. Последња одлука о депортацији подносиоца датира из 2007. године и након тога није вршена даља процена околности. ЕСЉП примећује да у периоду од пуштања на слободу подносилац није учинио ново кривично дело, ризик од поновљеног вршења дела процењен је као низак, искоришћена је могућност образовања у затвору, настављено је образовање по напуштању затвора и стечено је стабилно запослење.[1086] Домаће власти нису навеле постојање нити једног ризика по јавни поредак на страни подносиоца у периоду од седам година од учињеног кривичног дела. Примерно поначање подносиоца, повећани напор да се рехабилитује и реинтегрише у друштво, говоре против става домаћих власти да се основано може очекивати да подносилац узрокује неред и да се поново укључи у криминалне активности. На основу тога, ЕСЉП је сматрао да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота. Суд је у оба случаја поступио идентично као и у случају *Udeh против Швајцарске,* са чиме смо потпуно сагласни, и нашао да понашање након извршеног дела уз постојање јаких веза са домаћом државом повлаче да је депортација повредила право подносиоца.

4. Кршење имиграционих правила

4.1. Губитак дозволе боравка

Немогућност одвијања контакта између детета и родитеља, и поред несавесности родитеља поводом свог имиграционог статуса, доводи до тога да је одлуком о депортацији повређено право на поштовање породичног живота.

1086 О томе да се при депортацији особе која има супругу и дете у домаћој држави, узима у обзир запослење и стамбене прилике те особе, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 136.

UROŠ NOVAKOVIĆ

PROMENE FUNKCIJA ČLANOVA SAVREMENE PORODICE

Porodično pravo, kao sistem društvenih normi, ima značajnu ulogu u održavanju ravnoteže moći između roditelja – žena kao majki i muškaraca kao očeva, posebno posmatrano u odnosu na blagostanje deteta. U doktrini pravnog individualizma pojedinci imaju za osnovni cilj da zaštite sebe i svoje interese od ugrožavanja drugih osoba i interesa tih drugih osoba. Nasuprot doktrine principa pravnog individualizma, porodica se ne sastoji samo od jedne individue, već od više članova. Ona je rezultat čitave mreže međusobnih odnosa članova porodice. Porodica je institucija u kojoj najviše dolazi do izražaja pol osobe. Poslednjih nekoliko decenija u literaturi porodičnog prava nailazimo na bavljenje problematikom sukoba polova, neretko shvatanom i kao „rat polova". Dok veza između majke i deteta ima biološko otelotvorenje, očinstvo je pored biološkog i kulturni, socijalni koncept – društvena kreacija. Od shvatanja oca kao „dužnika" davanja materijalnih dobara, skala je pomerena ka njegovim emotivnim potrebama, što se manifestuje u akcentu porodičnih normi na lična prava oca u odnosu na decu i vice versa (vršenje roditeljskog prava, održavanje ličnih odnosa, virtuelni kontakt). U savremeno doba, sa povećanjem i ravnopravnim učešćem žena u radnom procesu, njihova funkcija kao majke postaje još odgovornija. Pored ravnopravnog učešća na tržištu rada sa muškarcima, od majke se očekuje nesmanjeni interes i odgovornost za podizanje dece. Porodičnopravna teorija sve više pažnje posvećuje zajednicama u kojima supružnici „žive zajednički odvojeno" (poznatije kao LAT ili „living apart together").

Ključne reči: *porodica, porodični odnosi, supružnici, majka, otac*

Dr Uroš Novaković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: *uros.novakovic@ius.bg.ac.rs*.

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Урош П. Новаковић

ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА

докторска дисертација

Београд, 2015

UVOD

Porodično pravo, kao sistem društvenih normi, ima značajnu ulogu u održavanju ravnoteže moći između roditelja – žena kao majki i muškaraca kao očeva, posebno posmatrano u odnosu na blagostanje deteta. Dominantan stav u drugoj polovini XX veka bio je da su majke primarno odgovorne za domaćinstvo i negu dece, dok je otac bio zadužen za obezbeđenje materijalnih dobara i zaštitu porodice. Savremene tendencije o ravnopravnosti žene i muškarca imaju svoj odraz u Aristotelovom shvatanju da nije pravedno da se ljudi koji nisu jednaki tretiraju na isti način, kao što nije pravedno da se različito tretiraju ljudi koji su jednaki. Slika nuklearne porodice, dominantnog oblika porodičnog života od sredine prošlog veka, u kojoj muškarac zarađuje materijalna dobra a žena se stara o porodičnom domu i deci, nema primat u sadašnjem vremenu.[1] Ipak, i pored promenjene slike i akcentovanja polne neutralnosti, podela funkcija na osnovu pola i dalje postoji.[2] Država preko pravnog sistema kreira i podržava podelu funkcija članova porodice zasnovanu na polnoj podeli rada.[3] Kao što tokom istorijskog razvoja varira i ne postoji jedna univerzalna porodica,[4] tako ne postoje ni nepromenljivi sastavni delovi porodice – pojmovi muškarca – oca i žene – majke. U radu ćemo se baviti analizom promenjenih okolnosti kod pojmova, kao i kod funkcija majke i oca u porodici.

PRINCIP PRAVNOG INDIVIDUALIZMA

U doktrini pravnog individualizma pojedinci imaju za osnovni cilj da zaštite sebe i svoje interese od ugrožavanja drugih osoba i interesa tih drugih osoba.[5] Pravo na samostalnost (autonomiju) i pravo na samoodređenje, za čoveka kao nosioca ljudskih prava, spadaju u sam vrh hijerarhije ljudskih prava. Ukoliko ne bi postojala autonomija ni ostala ljudska prava ne bi mogla da se uživaju, s obzirom na to

[1] O značaju porodičnih uloga u porodičnom pravu, Rebbeca Probert, *Cretney's Family Law*, London, 2003, 10.

[2] Maria Joao Romao Carreiro Vaz Tome, „Family Law and Family Values in Portugal", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 327; Jo Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, 38; Shazia Choudhry, Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, 269. Ističe se da u savremenoj porodici dolazi do izmene u ulogama polova, Alison Diduck, *Law's Families*, London, 2003, 25.

[3] Richard Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, 61.

[4] John Eekelaar, „Evaluating Legal Regulation of Family Behavior", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, No. 1, Buffalo, 2010, 17.

[5] J. Bridgeman, op. cit., 11.

лишењу родитељског права домаћи судови су се позивали на религијску припадност родитеља као пресудну околност, о чему је касније одлучивао ЕСЉП (*Palau-Martinez против Француске*, *Hoffman против Аустрије*).[181] Религијске норме имају повезаност са правом и кроз гарантовање религијских права и слобода.[182]

Још један аргумент у прилог утицаја религије на норме породичног права огледа се у вези средњевековног породичног права и канонског права. Фактички, средњевековно породично право које је *ius commune* европског породичног права, било је религијско право.

6. Промене функција чланова породице

Породично право има значајну улогу у одржавању равнотеже између родитеља - жена као мајки и мушкараца као очева, посебно посматрано у односу на благостање детета. Доминантан став у претходним временима био је да су мајке примарно одговорне за домаћинство и негу деце док је отац био задужен за обезбеђење материјалних добара и заштиту породице. Савремене тенденције о равноправности жене и мушкарца имају свој одраз у Аристотеловом схватању да није праведно да се људи који нису једнаки третирају на исти начин, као што није праведно да се различито третирају људи који се једнаки. Слика нуклеарне породице од средине прошлог века у којој мушкарац зарађује материјална добра а жена се стара о породичном дому и деци више не доминира у садашњем времену.[183] Ипак, и поред промењене слике и акцентовања полне неутралности, подела функција на основу пола и даље постоји.[184]

[181] О овом случају, И. Крстић, Право на поштовање приватног и породичног живота члан 8. Европске конвенције о људским правима, Београд, 2006, стр. 90.

[182] F. Ahmed, Religious Norms in Family Law: Implications for Group and Personal Autonomy, у M. Maclean, J. Eekelaar, Managing Family Justice in Diverse Societies, Oxford, 2013, стр. 38.

[183] О значају породичних улога у породичном праву, R. Probert, Cretney's Family Law, London, 2003, стр. 10.

[184] M. Vaz Tome, Family Law and Family Values in Portugal, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 327; J. Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law, Cambridge, 2007, стр. 38; S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 269. Истиче се да у савременој породици долази до измене у улогама полова, A. Diduck, Law's Families, London, 2003, стр. 25.

UVOD

Porodično pravo, kao sistem društvenih normi, ima značajnu ulogu u održavanju ravnoteže moći između roditelja – žena kao majki i muškaraca kao očeva, posebno posmatrano u odnosu na blagostanje deteta. Dominantan stav u drugoj polovini XX veka bio je da su majke primarno odgovorne za domaćinstvo i negu dece, dok je otac bio zadužen za obezbeđenje materijalnih dobara i zaštitu porodice. Savremene tendencije o ravnopravnosti žene i muškarca imaju svoj odraz u Aristotelovom shvatanju da nije pravedno da se ljudi koji nisu jednaki tretiraju na isti način, kao što nije pravedno da se različito tretiraju ljudi koji su jednaki. Slika nuklearne porodice, dominantnog oblika porodičnog života od sredine prošlog veka, u kojoj muškarac zarađuje materijalna dobra a žena se stara o porodičnom domu i deci, nema primat u sadašnjem vremenu.[1] Ipak, i pored promenjene slike i akcentovanja polne neutralnosti, podela funkcija na osnovu pola i dalje postoji.[2] Država preko pravnog sistema kreira i podržava podelu funkcija članova porodice zasnovanu na polnoj podeli rada.[3] Kao što tokom istorijskog razvoja varira i ne postoji jedna univerzalna porodica,[4] tako ne postoje ni nepromenljivi sastavni delovi porodice – pojmovi muškarca – oca i žene – majke. U radu ćemo se baviti analizom promenjenih okolnosti kod pojmova, kao i kod funkcija majke i oca u porodici.

PRINCIP PRAVNOG INDIVIDUALIZMA

U doktrini pravnog individualizma pojedinci imaju za osnovni cilj da zaštite sebe i svoje interese od ugrožavanja drugih osoba i interesa tih drugih osoba.[5] Pravo na samostalnost (autonomiju) i pravo na samoodređenje, za čoveka kao nosioca ljudskih prava, spadaju u sam vrh hijerarhije ljudskih prava. Ukoliko ne bi postojala autonomija ni ostala ljudska prava ne bi mogla da se uživaju, s obzirom na to

[1] O značaju porodičnih uloga u porodičnom pravu, Rebbeca Probert, *Cretney's Family Law*, London, 2003, 10.

[2] Maria Joao Romao Carreiro Vaz Tome, „Family Law and Family Values in Portugal", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 327; Jo Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, 38; Shazia Choudhry, Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, 269. Ističe se da u savremenoj porodici dolazi do izmene u ulogama polova, Alison Diduck, *Law's Families*, London, 2003, 25.

[3] Richard Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, 61.

[4] John Eekelaar, „Evaluating Legal Regulation of Family Behavior", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, No. 1, Buffalo, 2010, 17.

[5] J. Bridgeman, op. cit., 11.

Држава преко правног система креира и подржава поделу функција чланова породице засновану на полној подели рада.[185] Као што током историјског развоја варира и не постоји једна универзална породица,[186] тако не постоје ни непроменљиви саставни делови породице - појмови мушкарца - оца и жене - мајке.

6.1. Принцип правног индивидуализма

У доктрини индивидуализма појединци имају за основни циљ да заштите себе и своје интересе од угрожавања других особа.[187] Право на самосталност (аутономију) и право на самоодређење, за човека као носиоца људских права, спадају у сам врх хијерархије људских права. Уколико не би постојала аутономија ни остала људска права не би могла да се уживају, с обзиром на то да човек не би могао да одлучује како ће одређена права користити. Улога правног система састоји се у томе да спречи неоправдано и арбитрерно мешање државе у уживање људских права од стране појединаца. И сама тема нашег рада у највећем делу се односи на позитивне (чињење) и негативне (нечињење) обавезе државе и свих других јавних власти под надлежношћу државе, у циљу обезбеђивања права на поштовање породичног живота чланова породице. Школа људских права утврдила је као једно од суштинских људских права цивилизованог човека, „право бити самосталан од свих утицаја".[188] Индивидуализам подразумева да се потребе и жеље појединца стављају пре потреба заједнице којој појединац припада.[189] Европски суд за људска права штити путем права на поштовање породичног живота људско право члана породице као појединца.

[185] R. Collier, Masculinity, Law and the Family, London, 1995, стр. 61.

[186] J. Eekelaar, Evaluating Legal Regulation of Family Behavior, International Journal of the Jurisprudence of the Family 1/2010, Buffalo, стр. 17.

[187] J. Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law, Cambridge, 2007, стр. 11.

[188] J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 258. Наведено „право бити самосталан од свих утицаја" представља превод англосаксонског термина *„right to be left alone"*. Буквалан превод био би, „право бити остављен сам" или „право бити остављен на миру", што нам се није чинило погодним за српски језик.

[189] J. Schiratzki, Litigation in the Shadow of Mediation: Supporting Children in Sweden, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 123.

da čovek ne bi mogao da odlučuje kako će određena prava koristiti. Uloga pravnog sistema sastoji se u tome da spreči neopravdano i arbitrarno mešanje države u uživanje ljudskih prava od strane pojedinaca.

Škola ljudskih prava utvrdila je kao jedno od suštinskih ljudskih prava civilizovanog čoveka „pravo biti samostalan od svih uticaja".[6] Individualizam podrazumeva da se potrebe i želje pojedinca stavljaju pre potreba zajednice kojoj pojedinac pripada.[7] Tako, u savremeno doba i međunarodne sudske instance bave se isključivo zaštitom pojedinca, ne i porodice –Evropski sud za ljudska prava štiti putem prava na poštovanje porodičnog života ljudsko pravo člana porodice kao pojedinca.

Porast primene pravnog individualizma imamo na polju evropskog porodičnog prava gde je autonomija pojedinaca postala fundamentalno načelo. Međutim, i pored težnje ka tome da se u mnogim oblastima porodičnog prava omogući potpuni izbor pojedinca, npr., da supružnici samostalno izaberu pravo koje će primeniti na razvod njihovog braka, samo neznatan broj država dozvoljava supružnicima izbor koje će pravo biti primenjeno na razvod njihovog braka.[8]

Sa porastom individualizma, u porodičnom pravu dolazi do povećanja ugovornog segmenta porodičnog prava te se porodično pravo sve više pomera ka ugovornom pravu.[9] To se može primetiti na polju razvoda braka, sticanja roditeljskog prava uz pomoć BMPO, podele zajedničke imovine, izdržavanja članova porodice.

Proliferacija individualnih ljudskih prava ima i svoj antipod, tako da je dovela do suprotnog procesa – restitucije odgovornosti i zahteva za embargom na stvaranje novih (ljudskih) prava.[10] Postavljamo pitanje u čemu se ogleda porast

[6] Jonathan Herring, „Relational autonomy and family law", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 258. Navedeno „pravo biti samostalan od svih uticaja" predstavlja prevod anglosaksonskog termina „*right to be left alone*". Bukvalan prevod bio bi, „pravo biti ostavljen sam" ili „pravo biti ostavljen na miru", što nam se nije činilo pogodnim za srpski jezik.

[7] Johanna Schiratzki, „Litigation in the Shadow of Mediation: Supporting Children in Sweden", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 123.

[8] Među njima su Nemačka, Belgija i Holandija. O tome, Nynke A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, 163. Predlaže se da se supružnicima, između ostalog, omogući primena prava mesta zaključenja braka (*locus celebrationis*). Međutim, isključuje se primena *locus celebrationis* sa mestom zaključenja sa kojim supružnici nemaju nikakvu trajnu vezu (npr. brakovi zaključeni u Las Vegasu, Sejšelima, Havajima).

[9] Scott FitzGibbon, „The Biological Basis for the Recognition of the Family", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, No. 3, Buffalo, 2012, 11.

[10] John Eekelaar, „Personal Obligations", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 10.

Држава преко правног система креира и подржава поделу функција чланова породице засновану на полној подели рада.[185] Као што током историјског развоја варира и не постоји једна универзална породица,[186] тако не постоје ни непроменљиви саставни делови породице - појмови мушкарца - оца и жене - мајке.

6.1. Принцип правног индивидуализма

У доктрини индивидуализма појединци имају за основни циљ да заштите себе и своје интересе од угрожавања других особа.[187] Право на самосталност (аутономију) и право на самоодређење, за човека као носиоца људских права, спадају у сам врх хијерархије људских права. Уколико не би постојала аутономија ни остала људска права не би могла да се уживају, с обзиром на то да човек не би могао да одлучује како ће одређена права користити. Улога правног система састоји се у томе да спречи неоправдано и арбитрерно мешање државе у уживање људских права од стране појединаца. И сама тема нашег рада у највећем делу се односи на позитивне (чињење) и негативне (нечињење) обавезе државе и свих других јавних власти под надлежношћу државе, у циљу обезбеђивања права на поштовање породичног живота чланова породице. Школа људских права утврдила је као једно од суштинских људских права цивилизованог човека, „право бити самосталан од свих утицаја".[188] Индивидуализам подразумева да се потребе и жеље појединца стављају пре потреба заједнице којој појединац припада.[189] Европски суд за људска права штити путем права на поштовање породичног живота људско право члана породице као појединца.

[185] R. Collier, Masculinity, Law and the Family, London, 1995, стр. 61.

[186] J. Eekelaar, Evaluating Legal Regulation of Family Behavior, International Journal of the Jurisprudence of the Family 1/2010, Buffalo, стр. 17.

[187] J. Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law, Cambridge, 2007, стр. 11.

[188] J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 258. Наведено „право бити самосталан од свих утицаја" представља превод англосаксонског термина „*right to be left alone*". Буквалан превод био би, „право бити остављен сам" или „право бити остављен на миру", што нам се није чинило погодним за српски језик.

[189] J. Schiratzki, Litigation in the Shadow of Mediation: Supporting Children in Sweden, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 123.

da čovek ne bi mogao da odlučuje kako će određena prava koristiti. Uloga pravnog sistema sastoji se u tome da spreči neopravdano i arbitrarno mešanje države u uživanje ljudskih prava od strane pojedinaca.

Škola ljudskih prava utvrdila je kao jedno od suštinskih ljudskih prava civilizovanog čoveka „pravo biti samostalan od svih uticaja".[6] Individualizam podrazumeva da se potrebe i želje pojedinca stavljaju pre potreba zajednice kojoj pojedinac pripada.[7] Tako, u savremeno doba i međunarodne sudske instance bave se isključivo zaštitom pojedinca, ne i porodice –Evropski sud za ljudska prava štiti putem prava na poštovanje porodičnog života ljudsko pravo člana porodice kao pojedinca.

Porast primene pravnog individualizma imamo na polju evropskog porodičnog prava gde je autonomija pojedinaca postala fundamentalno načelo. Međutim, i pored težnje ka tome da se u mnogim oblastima porodičnog prava omogući potpuni izbor pojedinca, npr., da supružnici samostalno izaberu pravo koje će primeniti na razvod njihovog braka, samo neznatan broj država dozvoljava supružnicima izbor koje će pravo biti primenjeno na razvod njihovog braka.[8]

Sa porastom individualizma, u porodičnom pravu dolazi do povećanja ugovornog segmenta porodičnog prava te se porodično pravo sve više pomera ka ugovornom pravu.[9] To se može primetiti na polju razvoda braka, sticanja roditeljskog prava uz pomoć BMPO, podele zajedničke imovine, izdržavanja članova porodice.

Proliferacija individualnih ljudskih prava ima i svoj antipod, tako da je dovela do suprotnog procesa – restitucije odgovornosti i zahteva za embargom na stvaranje novih (ljudskih) prava.[10] Postavljamo pitanje u čemu se ogleda porast

[6] Jonathan Herring, „Relational autonomy and family law", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 258. Navedeno „pravo biti samostalan od svih uticaja" predstavlja prevod anglosaksonskog termina „*right to be left alone*". Bukvalan prevod bio bi, „pravo biti ostavljen sam" ili „pravo biti ostavljen na miru", što nam se nije činilo pogodnim za srpski jezik.

[7] Johanna Schiratzki, „Litigation in the Shadow of Mediation: Supporting Children in Sweden", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 123.

[8] Među njima su Nemačka, Belgija i Holandija. O tome, Nynke A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, 163. Predlaže se da se supružnicima, između ostalog, omogući primena prava mesta zaključenja braka (*locus celebrationis*). Međutim, isključuje se primena *locus celebrationis* sa mestom zaključenja sa kojim supružnici nemaju nikakvu trajnu vezu (npr. brakovi zaključeni u Las Vegasu, Sejšelima, Havajima).

[9] Scott FitzGibbon, „The Biological Basis for the Recognition of the Family", *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, No. 3, Buffalo, 2012, 11.

[10] John Eekelaar, „Personal Obligations", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 10.

Пораст примене правног индивидуализма имамо на пољу европског породичног права где је аутономија појединаца постала фундаментално начело. Ипак, и поред тежње ка томе да супружници самостално изаберу право које ће применити на развод њиховог брака, само неколико држава, међу којима су Белгија, Немачка и Холандија, дозвољавају супружницима избор које ће право бити примењено на развод брака.[190]

Са порастом индивидуализма, у породичном праву долази до повећања уговорног сегмента породичног права те се породично право све више помера ка уговорном праву.[191]

Пролиферација индивидуалних људских права има и свој антипод, тако да је довела до супротног процеса - реституције одговорности и захтева за ембаргом на стварање нових права.[192] У чему се огледа пораст индивидуализма у савременом породичном праву? Све је више свакодневних породичних односа који не теку по претходно устаљеном редоследу, успостављном поретку, већ се захтева константно преговарање и планирање. Тренутно се у породичном животу воде преговори око тога шта „треба" (*de lege ferenda*), док је некада било јасно и прописано шта „треба". Накнадно се преговара, не о праву које је претходно утврђено, већ о одговорности, ономе шта „треба" радити, као другој страни прокламованог права. Традиционално породично право имало је основ одговорности у појединцу и његовој унутрашњој вољи, док се у савремено доба одговорност намеће споља, од стране државних органа (судова, социјалних служби, медијатора). Стога и све веће мешање државе у породичне односе и све више породичних спорова.

За односе савременог породичног права карактеристичан је хоризонтални, равноправни, у односу на некадашњи вертикални, хијерархијски приступ.[193]

[190] N. A. Baarsma, The Europeanisation of International Family Law, Hague, 2011, стр. 163. Предлаже се да се супружницима, између осталог, омогући примена права места закључења брака (*locus celebrationis*). Међутим, искључује се примена *locus celebrationis* са местом закључења са којим супружници немају никакву трајну везу (нпр. бракови закључени у Лас Вегасу, Сејшелима, Хавајима).

[191] S. FitzGibbon, The Biological Basis for the Recognition of the Family, International Journal of the Jurisprudence of the Family 3/2012, Buffalo, стр. 11.

[192] J. Eekelaar, Personal Obligations, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 10.

[193] О томе, J. Dewar, Family Law and Its Discontents, International Journal of Law, Policy and Family, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 77; Исто и M. Antokolskaia, Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective, Antwerpen, 2006, стр. 262.

individualizma u savremenom porodičnom pravu? Najpre, sve je više svakodnevnih porodičnih odnosa koji ne teku po prethodno ustaljenom redosledu, uspostavljenom poretku, porodičnom obrascu, već se zahteva konstantno pregovaranje i planiranje u porodičnim odnosima. Trenutno se u porodičnom životu između članova porodice vode pregovori oko toga šta „treba" (*de lege ferenda*), dok je nekada bilo jasno, nedvosmisleno i propisano šta „treba". Usled sve učestalijih konflikata, članovi porodice pregovaraju, ne o pravu koje je prethodno utvrđeno, koje sada svaki član porodice već ima, već o odgovornosti, onome šta „treba" raditi, kao drugoj strani proklamovanog prava. Tradicionalno porodično pravo imalo je osnov u odgovornosti pojedinca i njegovoj unutrašnjoj volji, porodičnoj vrednosti dok se u savremeno doba odgovornost nameće spolja, bilo od strane drugog člana porodice ili od strane državnih organa (sudova, socijalnih službi, medijatora). Stoga imamo i sve više mešanja države u porodične odnose i sve više porodičnih sporova pred sudovima.

Za odnose savremenog porodičnog prava karakterističan je horizontalni, ravnopravni odnos između članova porodice, u odnosu na nekadašnji vertikalni, hijerarhijski pristup.[11] Odsustvo hijerarhije ogleda se i u postavkama porodičnih normi, gde nema onih sa jačom pravnom snagom, već se norme porodičnog prava međusobno usklađuju pozivanjem na pravne standarde koji imaju primarnu ulogu u porodičnim sporovima (najbolji interes deteta, ravnopravnost, zabrana diskriminacije).

Kritika principa pravnog individualizma – doktrina autonomije odnosa

Nasuprot doktrine principa pravnog individualizma, javljaju se suprotna stanovišta. Porodica se ne sastoji samo od jedne individue, već od više članova. Ona je rezultat čitave mreže međusobnih odnosa članova porodice. Princip ljudskih prava u sebi sadrži opasnost posmatranja subjektivnih porodičnih prava kao odnosa lišenih odgovornosti, međusobnog uticaja, zavisnosti, dok navedena subjektivna porodična prava upravo karakterišu navedene odlike.[12] Jedan od centralnih pojmova odnosa u zajednici, a porodica je upravo zajednica više ljudi, predstavlja požrtvovanje i (samo)podređivanje sopstvenog interesa, interesu zajednice. Insistiranje na

[11] O tome, John Dewar, „Family Law and Its Discontents", *International Journal of Law, Policy and Family,* Issue 1, Vol. 14, April 2000, 77; Isto i, Masha Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, 262.

[12] Julie Wallbank, *(En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 98.

Пораст примене правног индивидуализма имамо на пољу европског породичног права где је аутономија појединаца постала фундаментално начело. Ипак, и поред тежње ка томе да супружници самостално изаберу право које ће применити на развод њиховог брака, само неколико држава, међу којима су Белгија, Немачка и Холандија, дозвољавају супружницима избор које ће право бити примењено на развод брака.[190]

Са порастом индивидуализма, у породичном праву долази до повећања уговорног сегмента породичног права те се породично право све више помера ка уговорном праву.[191]

Пролиферација индивидуалних људских права има и свој антипод, тако да је довела до супротног процеса - реституције одговорности и захтева за ембаргом на стварање нових права.[192] У чему се огледа пораст индивидуализма у савременом породичном праву? Све је више свакодневних породичних односа који не теку по претходно устаљеном редоследу, успостављном поретку, већ се захтева константно преговарање и планирање. Тренутно се у породичном животу воде преговори око тога шта „треба" (*de lege ferenda*), док је некада било јасно и прописано шта „треба". Накнадно се преговара, не о праву које је претходно утврђено, већ о одговорности, ономе шта „треба" радити, као другој страни прокламованог права. Традиционално породично право имало је основ одговорности у појединцу и његовој унутрашњој вољи, док се у савремено доба одговорност намеће споља, од стране државних органа (судова, социјалних служби, медијатора). Стога и све веће мешање државе у породичне односе и све више породичних спорова.

За односе савременог породичног права карактеристичан је хоризонтални, равноправни, у односу на некадашњи вертикални, хијерархијски приступ.[193]

[190] N. A. Baarsma, The Europeanisation of International Family Law, Hague, 2011, стр. 163. Предлаже се да се супружницима, између осталог, омогући примена права места закључења брака (*locus celebrationis*). Међутим, искључује се примена *locus celebrationis* са местом закључења са којим супружници немају никакву трајну везу (нпр. бракови закључени у Лас Вегасу, Сејшелима, Хавајима).

[191] S. FitzGibbon, The Biological Basis for the Recognition of the Family, International Journal of the Jurisprudence of the Family 3/2012, Buffalo, стр. 11.

[192] J. Eekelaar, Personal Obligations, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 10.

[193] О томе, J. Dewar, Family Law and Its Discontents, International Journal of Law, Policy and Family, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 77; Исто и M. Antokolskaia, Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective, Antwerpen, 2006, стр. 262.

individualizma u savremenom porodičnom pravu? Najpre, sve je više svakodnevnih porodičnih odnosa koji ne teku po prethodno ustaljenom redosledu, uspostavljenom poretku, porodičnom obrascu, već se zahteva konstantno pregovaranje i planiranje u porodičnim odnosima. Trenutno se u porodičnom životu između članova porodice vode pregovori oko toga šta „treba" (*de lege ferenda*), dok je nekada bilo jasno, nedvosmisleno i propisano šta „treba". Usled sve učestalijih konflikata, članovi porodice pregovaraju, ne o pravu koje je prethodno utvrđeno, koje sada svaki član porodice već ima, već o odgovornosti, onome šta „treba" raditi, kao drugoj strani proklamovanog prava. Tradicionalno porodično pravo imalo je osnov u odgovornosti pojedinca i njegovoj unutrašnjoj volji, porodičnoj vrednosti dok se u savremeno doba odgovornost nameće spolja, bilo od strane drugog člana porodice ili od strane državnih organa (sudova, socijalnih službi, medijatora). Stoga imamo i sve više mešanja države u porodične odnose i sve više porodičnih sporova pred sudovima.

Za odnose savremenog porodičnog prava karakterističan je horizontalni, ravnopravni odnos između članova porodice, u odnosu na nekadašnji vertikalni, hijerarhijski pristup.[11] Odsustvo hijerarhije ogleda se i u postavkama porodičnih normi, gde nema onih sa jačom pravnom snagom, već se norme porodičnog prava međusobno usklađuju pozivanjem na pravne standarde koji imaju primarnu ulogu u porodičnim sporovima (najbolji interes deteta, ravnopravnost, zabrana diskriminacije).

Kritika principa pravnog individualizma – doktrina autonomije odnosa

Nasuprot doktrine principa pravnog individualizma, javljaju se suprotna stanovišta. Porodica se ne sastoji samo od jedne individue, već od više članova. Ona je rezultat čitave mreže međusobnih odnosa članova porodice. Princip ljudskih prava u sebi sadrži opasnost posmatranja subjektivnih porodičnih prava kao odnosa lišenih odgovornosti, međusobnog uticaja, zavisnosti, dok navedena subjektivna porodična prava upravo karakterišu navedene odlike.[12] Jedan od centralnih pojmova odnosa u zajednici, a porodica je upravo zajednica više ljudi, predstavlja požrtvovanje i (samo)podređivanje sopstvenog interesa, interesu zajednice. Insistiranje na

[11] O tome, John Dewar, „Family Law and Its Discontents", *International Journal of Law, Policy and Family*, Issue 1, Vol. 14, April 2000, 77; Isto i, Masha Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, 262.

[12] Julie Wallbank, *(En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 98.

Одсуство хијерархије огледа се и у поставкама породичних норми, где нема оних са јачом правном снагом, већ се норме породичног права међусобно усклађују позивањем на правне стандарде који имају примарну улогу у породичним споровима.

6.2. Критика принципа правног индивидуализма

Породица се не састоји само од једне индивидуе. Она је резултанта читаве мреже међусобних односа чланова породице. Принцип људских права у себи садржи опасност посматрања субјективних породичних права као односа лишених одговорности, међусобног утицаја, зависности, док породична права управо карактеришу наведене одлике.[194] Један од централних појмова односа у заједници, а породица је заједница више људи, представља пожртвовање и (само)подређивање свог интереса, интересу заједнице. Инсистирање на преовлађивању ванправних елемената благостања и заштите, садржи опасност у својој неодређености и немогућности постизања правне сигурности, што је један од императива савременог права. Стога нам се чини адекватним прихватање принципа „аутономије односа"[195] (проф. *Jonatana Herring*-а) који уважава индивидуалну аутономију отелотворену у породичном праву као људском праву, али исто тако и специфичност субјективног породичног права које се састоји од међусобних односа, релација.[196] Аутономија односа подразумева неизоставност постојања међусобних односа – „породичног живота односа", наспрам „породичног живота права" (интереса). Појединци нису слободни да живе по свом сопственом праву с обзиром на то да су у породичном животу везани одређеним степеном одговорности и зависности у односу на друге особе - чланове породице. Везани су односом. Односи неге, заштите и (међу)зависности не требају бити изван поља правне регулације. Карактер породичних вредности и породичног права налажу да лични односи не смеју бити у сенци личних интереса.

[194] J. Wallbank, (En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 98.
[195] J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, London, 2014, стр. 16.
[196] J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 267.

preovladavanju vanpravnih elemenata, kao što su blagostanja i zaštita, sadrži opasnost u svojoj neodređenosti i nemogućnosti postizanja pravne sigurnosti, što je jedan od imperativa savremenog prava. Stoga, nasuprot čistog principa pravnog individualizma, čini nam se adekvatnijim rešenjem prihvatanje principa „autonomije odnosa"[13] (prof. *Jonatana Herring*a), koji uvažava individualnu autonomiju otelotvorenu u porodičnom pravu kao ljudskom pravu, ali isto tako i specifičnost subjektivnog porodičnog prava koje se sastoji od međusobnih odnosa, relacija.[14] Doktrina autonomije odnosa podrazumeva neizostavnost postojanja međusobnih odnosa – „porodičnog života odnosa", naspram „porodičnog života prava" (interesa). Pojedinci nisu slobodni da žive po svom sopstvenom pravu, s obzirom na to da su u porodičnom životu vezani određenim stepenom odgovornosti i zavisnosti u odnosu na druge osobe – članove porodice. Vezani su ne sopstvenim interesom, već međusobnim odnosom. Odnosi nege, zaštite i (među)zavisnosti ne treba da budu izvan polja pravne regulacije. Karakter porodičnih vrednosti i porodičnog prava nalaže da lični odnosi ne smeju biti u senci ličnih interesa.

Insistiranje na pravnoj odgovornosti, zaštiti i nezi, ne podrazumeva poništavanje sopstvenog, subjektivnog porodičnog prava člana porodice. Odnosi u koje članovi porodice stupaju omogućavaju da se izgradi sopstveni identitet, autonomija i individualnost. Ukoliko se ne stupa u odnos već se samo vodi računa o (sopstvenom) pravu, nedostatak međusobnih veza deluje kontraproduktivno na uspostavljanje sopstvenog (porodičnog) prava. Nepostojanje odnosa između članova porodice povlači i nepostojanje prava na poštovanje porodičnog života, kao konkretnog ljudskog prava koje se štiti pred Evropskim sudom za ljudska prava (ESLJP). Pravo na poštovanje porodičnog života postoji samo ako postoji odnos između dva člana porodice. Brak, hraniteljstvo, usvojenje, roditeljsko pravo, primeri su za institute porodičnog prava koji predstavljaju odnose između članova porodice. Postoje zakonom garantovana prava na određena subjektivna porodična prava, npr. pravo na brak, pravo na usvojenje, pravo na kontakt roditelja sa detetom. Ukoliko se ne stupi u odnos sa drugom osobom, ako se ne zaključi brak, i dalje će postojati pravo na zaključenje braka. Međutim, ako roditelj nema porodični odnos sa detetom (porodični život), roditelj će i dalje imati pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom, ali neće moći da ostvari zaštitu prava na poštovanje porodičnog života pred ESLJP jer nema porodičnog odnosa između njega i deteta. ESLJP pruža zaštitu prava na poštovanje porodičnog života, samo tamo gde postoji porodični život (porodični odnos).[15]

[13] Jonathan Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, London, 2014, 16.

[14] J. Herring (2010), op. cit., 267.

[15] Termin porodični život ima šire značenje od pojma porodični odnos. Porodični život podrazumeva produbljeni porodični odnos, porodični odnos koji traje određeni vremenski period.

Одсуство хијерархије огледа се и у поставкама породичних норми, где нема оних са јачом правном снагом, већ се норме породичног права међусобно усклађују позивањем на правне стандарде који имају примарну улогу у породичним споровима.

6.2. Критика принципа правног индивидуализма

Породица се не састоји само од једне индивидуе. Она је резултанта читаве мреже међусобних односа чланова породице. Принцип људских права у себи садржи опасност посматрања субјективних породичних права као односа лишених одговорности, међусобног утицаја, зависности, док породична права управо карактеришу наведене одлике.[194] Један од централних појмова односа у заједници, а породица је заједница више људи, представља пожртвовање и (само)подређивање свог интереса, интересу заједнице. Инсистирање на преовлађивању ванправних елемената благостања и заштите, садржи опасност у својој неодређености и немогућности постизања правне сигурности, што је један од императива савременог права. Стога нам се чини адекватним прихватање принципа „аутономије односа"[195] (проф. *Jonatana Herring*-а) који уважава индивидуалну аутономију отелотворену у породичном праву као људском праву, али исто тако и специфичност субјективног породичног права које се састоји од међусобних односа, релација.[196] Аутономија односа подразумева неизоставност постојања међусобних односа – „породичног живота односа", наспрам „породичног живота права" (интереса). Појединци нису слободни да живе по свом сопственом праву с обзиром на то да су у породичном животу везани одређеним степеном одговорности и зависности у односу на друге особе - чланове породице. Везани су односом. Односи неге, заштите и (међу)зависности не требају бити изван поља правне регулације. Карактер породичних вредности и породичног права налажу да лични односи не смеју бити у сенци личних интереса.

[194] J. Wallbank, (En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 98.

[195] J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, London, 2014, стр. 16.

[196] J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 267.

preovladavanju vanpravnih elemenata, kao što su blagostanja i zaštita, sadrži opasnost u svojoj neodređenosti i nemogućnosti postizanja pravne sigurnosti, što je jedan od imperativa savremenog prava. Stoga, nasuprot čistog principa pravnog individualizma, čini nam se adekvatnijim rešenjem prihvatanje principa „autonomije odnosa"[13] (prof. *Jonatana Herring*a), koji uvažava individualnu autonomiju otelotvorenu u porodičnom pravu kao ljudskom pravu, ali isto tako i specifičnost subjektivnog porodičnog prava koje se sastoji od međusobnih odnosa, relacija.[14] Doktrina autonomije odnosa podrazumeva neizostavnost postojanja međusobnih odnosa – „porodičnog života odnosa", naspram „porodičnog života prava" (interesa). Pojedinci nisu slobodni da žive po svom sopstvenom pravu, s obzirom na to da su u porodičnom životu vezani određenim stepenom odgovornosti i zavisnosti u odnosu na druge osobe – članove porodice. Vezani su ne sopstvenim interesom, već međusobnim odnosom. Odnosi nege, zaštite i (među)zavisnosti ne treba da budu izvan polja pravne regulacije. Karakter porodičnih vrednosti i porodičnog prava nalaže da lični odnosi ne smeju biti u senci ličnih interesa.

Insistiranje na pravnoj odgovornosti, zaštiti i nezi, ne podrazumeva poništavanje sopstvenog, subjektivnog porodičnog prava člana porodice. Odnosi u koje članovi porodice stupaju omogućavaju da se izgradi sopstveni identitet, autonomija i individualnost. Ukoliko se ne stupa u odnos već se samo vodi računa o (sopstvenom) pravu, nedostatak međusobnih veza deluje kontraproduktivno na uspostavljanje sopstvenog (porodičnog) prava. Nepostojanje odnosa između članova porodice povlači i nepostojanje prava na poštovanje porodičnog života, kao konkretnog ljudskog prava koje se štiti pred Evropskim sudom za ljudska prava (ESLJP). Pravo na poštovanje porodičnog života postoji samo ako postoji odnos između dva člana porodice. Brak, hraniteljstvo, usvojenje, roditeljsko pravo, primeri su za institute porodičnog prava koji predstavljaju odnose između članova porodice. Postoje zakonom garantovana prava na određena subjektivna porodična prava, npr. pravo na brak, pravo na usvojenje, pravo na kontakt roditelja sa detetom. Ukoliko se ne stupi u odnos sa drugom osobom, ako se ne zaključi brak, i dalje će postojati pravo na zaključenje braka. Međutim, ako roditelj nema porodični odnos sa detetom (porodični život), roditelj će i dalje imati pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom, ali neće moći da ostvari zaštitu prava na poštovanje porodičnog života pred ESLJP jer nema porodičnog odnosa između njega i deteta. ESLJP pruža zaštitu prava na poštovanje porodičnog života, samo tamo gde postoji porodični život (porodični odnos).[15]

[13] Jonathan Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, London, 2014, 16.

[14] J. Herring (2010), op. cit., 267.

[15] Termin porodični život ima šire značenje od pojma porodični odnos. Porodični život podrazumeva produbljeni porodični odnos, porodični odnos koji traje određeni vremenski period.

Инсистирање на правној одговорности, заштити и нези не подразумева поништавање сопственог, субјективног породичног права члана породице. Односи у које чланови породице ступају омогућавају да се изгради сопствени идентитет, аутономија и индивидуалност. Уколико се не ступа у однос већ се само води рачуна о (сопственом) праву, недостатак међусобних веза делује контрапродуктивно на успостављање сопственог (породичног) права. Непостојање односа, према једној од базних хипотеза нашег рада, повлачи и непостојање права на поштовање породичног живота. Брак, хранитељство, усвојење, вршење родитељског права, примери су за институте Породичног права који представљају односе. Постоје законом гарантована права на одређена субјективна породична права, нпр. право на брак, право на усвојење, право на контакт родитеља са дететом. Уколико се не ступи у однос са другом особом, ипак је могуће остварити право на брак. Међутим, ако родитељ нема породични однос са дететом (породични живот), он ће имати право на контакт, али неће моћи да оствари право на поштовање породичног живота. Посматрајући тему нашег рада, видећемо кроз све посматране Главе да ЕСЉП пружа заштиту права на поштовање породичног живота само тамо где постоји породични живот (породични однос).[197] Уколико не постоји породични живот, нема заштите субјективног породичног права - права на поштовање породичног живота. Најпре се утврђује постојање односа (породичног живота) а тек потом у другој фази се процењује повреда права на поштовање породичног живота. Парадокс се огледа у томе да када би се уживало само субјективно породично право, а не би уважавао и однос, носиоци права на брак, права на контакт, права на усвојење (и других породичних права) могли би имати право на поштовање породичног живота и без постојања породичног односа са другим чланом породице (супружником, дететом). Такође, право на остваривање родитељства могуће је само ако се оствари однос са другом особом и на основу тог односа ствара се однос родитеља и детета.[198] Право на поштовање породичног живота управо садржи ступање

[197] Термин породични живот има шире значење од појма породични однос. Термин породична пракса (*family practices*) који је креирао *Morgan*, ближи је појму породичног живота. О томе, A. Diduck, Law's Families, London, 2003, стр. 28.

[198] О значају родитељске улоге на сопствене професионалне жеље и напредовање у каријери говори став суда у случају *In re Marriage of Padilla*. „Једном када особа постане родитељ, њене жеље за самоостваривањем, самоиспуњавањем, личном сатисфакцијом на послу и другим

Ukoliko ne postoji porodični život, nema zaštite subjektivnog porodičnog prava – prava na poštovanje porodičnog života. Sud, najpre, utvrđuje postojanje odnosa (porodičnog života), a tek potom, u drugoj fazi, procenjuje se povreda prava na poštovanje porodičnog života. Paradoks navedenog se ogleda u tome da kada bi se koristilo samo subjektivno porodično pravo, a ne bi uvažavao i odnos, nosioci prava na brak, prava na kontakt, prava na usvojenje (i drugih srodnih porodičnih prava), mogli bi imati pravo na poštovanje porodičnog života i bez postojanja porodičnog odnosa sa drugim članom porodice (supružnikom, detetom). Ističe se da je pravo na ostvarivanje roditeljstva moguće samo ako se ostvari odnos sa drugom osobom i na osnovu tog odnosa stvara se odnos roditelja i deteta.[16] Pravo na poštovanje porodičnog života, kao jedno od najznačajnijih prava iz Evropske konvencije, upravo sadrži stupanje člana porodice u odnos sa drugom osobom, članom porodice, na osnovu sopstvenog subjektivnog porodičnog prava. Ovo pravo, u znatnoj meri, predstavlja emanaciju principa autonomije odnosa prof. Heringa. Pravo na poštovanje porodičnog života predstavlja subjektivno porodično pravo člana porodice koje sadrži zaštitu već uspostavljenog odnosa (porodičnog života) između dva člana porodice.

Dalje analizirajući princip pravnog individualizma, primećujemo da individualizam ignoriše složenost porodičnih odnosa. Porodični odnosi su mreže međusobnih ličnih, intimnih odnosa, sadržinski oslikani kroz povezanost i međuzavisnost,[17] pre nego kroz samodovoljnost i isključivost. Individualni interesi i njihovo isticanje imanentno je imovinskoj sferi – obligacionom pravu i imovinskim, trgovinskim odnosima. Ako je svrha braka ljubav, podrška, poverenje i razumevanje, onda se interes javlja kao sekundaran činilac. Ne smatramo da interes ne postoji, i ne treba da postoji kao element porodičnih odnosa, ali je interes, ipak, u porodičnom pravu sekundarne prirode. Interes je svojstven za odnose materijalne

Termin porodična praksa (*family practices*) koji je kreirao *Morgan*, bliži je pojmu porodičnog života. O tome, A. Diduck, op. cit., 28.

[16] O značaju roditeljske uloge na sopstvene profesionalne želje i napredovanje u karijeri govori stav suda u slučaju *In re Marriage of Padilla*. „Jednom kada osoba postane roditelj, njene želje za samoostvarivanjem, samoispunjavanjem, ličnom satisfakcijom na poslu, kao i u pogledu drugih ležernih ciljeva, stavljaju se u kontekst ispunjavanja roditeljskih dužnosti i obezbeđenja osnovnih potreba za svoju decu. Ako osoba odluči da želi napredovanje u profesionalnom pogledu, promenu zanimanja, to je moguće samo nakon što se obezbede osnovne potreba za normalan razvoj deteta", Mark Strasser, „Paying to stay home: On Competing Notions of Fairness and the Imputation of Income", *Reconceiving the Family* (ed. Robin Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 156.

[17] Međuzavisnost je širok koncept koji se shvata kao uticaj koji ponašanje jednog člana porodice ima na odluke, mišljenje, shvatanje drugog člana porodice. O tome v. Simone Wong, „Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution", *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing* (ed. Anne Bottomley, Simone Wong), Oxford, 2009, 57.

Инсистирање на правној одговорности, заштити и нези не подразумева поништавање сопственог, субјективног породичног права члана породице. Односи у које чланови породице ступају омогућавају да се изгради сопствени идентитет, аутономија и индивидуалност. Уколико се не ступа у однос већ се само води рачуна о (сопственом) праву, недостатак међусобних веза делује контрапродуктивно на успостављање сопственог (породичног) права. Непостојање односа, према једној од базних хипотеза нашег рада, повлачи и непостојање права на поштовање породичног живота. Брак, хранитељство, усвојење, вршење родитељског права, примери су за институте Породичног права који представљају односе. Постоје законом гарантована права на одређена субјективна породична права, нпр. право на брак, право на усвојење, право на контакт родитеља са дететом. Уколико се не ступи у однос са другом особом, ипак је могуће остварити право на брак. Међутим, ако родитељ нема породични однос са дететом (породични живот), он ће имати право на контакт, али неће моћи да оствари право на поштовање породичног живота. Посматрајући тему нашег рада, видећемо кроз све посматране Главе да ЕСЉП пружа заштиту права на поштовање породичног живота само тамо где постоји породични живот (породични однос).[197] Уколико не постоји породични живот, нема заштите субјективног породичног права - права на поштовање породичног живота. Најпре се утврђује постојање односа (породичног живота) а тек потом у другој фази се процењује повреда права на поштовање породичног живота. Парадокс се огледа у томе да када би се уживало само субјективно породично право, а не би уважавао и однос, носиоци права на брак, права на контакт, права на усвојење (и других породичних права) могли би имати право на поштовање породичног живота и без постојања породичног односа са другим чланом породице (супружником, дететом). Такође, право на остваривање родитељства могуће је само ако се оствари однос са другом особом и на основу тог односа ствара се однос родитеља и детета.[198] Право на поштовање породичног живота управо садржи ступање

[197] Термин породични живот има шире значење од појма породични однос. Термин породична пракса (*family practices*) који је кренрао *Morgan*, ближи је појму породичног живота. О томе, A. Diduck, Law's Families, London, 2003, стр. 28.

[198] О значају родитељске улоге на сопствене професионалне жеље и напредовање у каријери говори став суда у случају *In re Marriage of Padilla*. „Једном када особа постане родитељ, њене жеље за самоостваривањем, самоиспуњавањем, личном сатисфакцијом на послу и другим

Ukoliko ne postoji porodični život, nema zaštite subjektivnog porodičnog prava – prava na poštovanje porodičnog života. Sud, najpre, utvrđuje postojanje odnosa (porodičnog života), a tek potom, u drugoj fazi, procenjuje se povreda prava na poštovanje porodičnog života. Paradoks navedenog se ogleda u tome da kada bi se koristilo samo subjektivno porodično pravo, a ne bi uvažavao i odnos, nosioci prava na brak, prava na kontakt, prava na usvojenje (i drugih srodnih porodičnih prava), mogli bi imati pravo na poštovanje porodičnog života i bez postojanja porodičnog odnosa sa drugim članom porodice (supružnikom, detetom). Ističe se da je pravo na ostvarivanje roditeljstva moguće samo ako se ostvari odnos sa drugom osobom i na osnovu tog odnosa stvara se odnos roditelja i deteta.[16] Pravo na poštovanje porodičnog života, kao jedno od najznačajnijih prava iz Evropske konvencije, upravo sadrži stupanje člana porodice u odnos sa drugom osobom, članom porodice, na osnovu sopstvenog subjektivnog porodičnog prava. Ovo pravo, u znatnoj meri, predstavlja emanaciju principa autonomije odnosa prof. Heringa. Pravo na poštovanje porodičnog života predstavlja subjektivno porodično pravo člana porodice koje sadrži zaštitu već uspostavljenog odnosa (porodičnog života) između dva člana porodice.

Dalje analizirajući princip pravnog individualizma, primećujemo da individualizam ignoriše složenost porodičnih odnosa. Porodični odnosi su mreže međusobnih ličnih, intimnih odnosa, sadržinski oslikani kroz povezanost i međuzavisnost,[17] pre nego kroz samodovoljnost i isključivost. Individualni interesi i njihovo isticanje imanentno je imovinskoj sferi – obligacionom pravu i imovinskim, trgovinskim odnosima. Ako je svrha braka ljubav, podrška, poverenje i razumevanje, onda se interes javlja kao sekundaran činilac. Ne smatramo da interes ne postoji, i ne treba da postoji kao element porodičnih odnosa, ali je interes, ipak, u porodičnom pravu sekundarne prirode. Interes je svojstven za odnose materijalne

Termin porodična praksa (*family practices*) koji je kreirao *Morgan*, bliži je pojmu porodičnog života. O tome, A. Diduck, op. cit., 28.

[16] O značaju roditeljske uloge na sopstvene profesionalne želje i napredovanje u karijeri govori stav suda u slučaju *In re Marriage of Padilla*. „Jednom kada osoba postane roditelj, njene želje za samoostvarivanjem, samoispunjavanjem, ličnom satisfakcijom na poslu, kao i u pogledu drugih ležernih ciljeva, stavljaju se u kontekst ispunjavanja roditeljskih dužnosti i obezbeđenja osnovnih potreba za svoju decu. Ako osoba odluči da želi napredovanje u profesionalnom pogledu, promenu zanimanja, to je moguće samo nakon što se obezbede osnovne potreba za normalan razvoj deteta", Mark Strasser, „Paying to stay home: On Competing Notions of Fairness and the Imputation of Income", *Reconceiving the Family* (ed. Robin Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 156.

[17] Međuzavisnost je širok koncept koji se shvata kao uticaj koji ponašanje jednog člana porodice ima na odluke, mišljenje, shvatanje drugog člana porodice. O tome v. Simone Wong, „Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution", *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing* (ed. Anne Bottomley, Simone Wong), Oxford, 2009, 57.

члана породице у однос са другом особом, чланом породице, на основу сопственог права. Право на поштовање породичног живота представља субјективно породично право члана породице које садржи заштиту већ успостављеног односа (породичног живота) између два члана породице.

Индивидуализам игнорише сложеност породичних односа. Породични односи су мреже међусобних личних, интимних односа, садржински осликани кроз повезаност и међузависност,[199] пре него кроз самодовољност и искључивост. Индивидуални интереси и њихово истицање иманентно је облигационом праву и имовинским, трговинским односима. Ако је сврха брака љубав, подршка, поверење и разумевање, онда се интерес јавља као секундаран. Не сматрамо да интерес не постоји као елемент односа, али је он ипак у породичном праву секундарне природе. Интерес је својствен за односе материјалне природе, и као такав, адекватан другим деловима приватног права. Закључење брака ради остварења материјалног интереса противно је услову за пуноважност брака оличеног у заједници живота супружника. Заједница живота супружника представља морални аспект брачне заједнице.

Док се издвајање посебних индивидуалних интереса показује као оправдано и легитимно у другим деловима Грађанског права, у Породичном праву није целисходно одвајати и супротстављати индивидуалне интересе чланова породице.[200] Право одређеног члана породице повлачи обавезу (пре одговорност) другог члана породице. Права не могу постојати без одговорности. Породични

лежерним циљевима стављају се у контекст испуњавања родитељских дужности и обезбеђења основних потреба за своју децу. Ако особа одлучи да жели напредовање у професионалном погледу, промену занимања, то је могуће само након што се обезбеде основне потребе за нормалан развој детета", M. Strasser, Paying to stay home: On Competing Notions of Fairness and the Imputation of Income, у R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 156.

[199] Међузависност је широк концепт који се схвата као утицај који понашање једног члана породице има на одлуке, мишљење, схватање другог члана породице.О томе видети, S. Wong, Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redictpibution, у A. Bottomley. S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 57.

[200] J. Herring, Relational autonomy and family law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 262. Наведини став се предочава на примеру брака. Право на закључење брака подразумева се као право бити део заједнице. То право произилази из односа пријатељства као личног односа и не подразумева остваривање индивидуалности, него управо супротно - негацију сопственог (интереса) зарад (права) заједнице. Могућност субординације „ја" у „ми". Налажење пресека заједничких интереса који од искључиво индивидуалних интереса постају заједнички интереси.

prirode, i kao takav, adekvatniji drugim delovima privatnog, građanskog prava. Zaključenje braka isključivo u ciju ostvarenja materijalnog interesa, protivno je zakonskom uslovu za punovažnost braka oličenog u zajednici života supružnika. Zajednica života supružnika predstavlja moralni aspekt bračne zajednice. Ona lišava institut braka isključivo interesnog aspekta.

Dok se izdvajanje posebnih individualnih interesa pokazuje kao opravdano i legitimno u drugim delovima građanskog prava, u porodičnom pravu nije celishodno odvajati i suprotstavljati individualne interese članova porodice.[18] Pravo određenog člana porodice povlači obavezu (bolje reći odgovornost) drugog člana porodice. (Porodična) prava ne mogu postojati bez odgovornosti. Porodični odnosi se sastoje, kako iz prava, tako i iz obaveza, odgovornosti jednih članova porodice prema drugima.[19] Te odgovornosti, najčešće, nemaju korelativan odnos sa pravima drugih članova porodice. Tako, npr. roditelji prema deci mlađeg uzrasta imaju mnogo više „odgovornosti" nego „prava".

U savremenim društvima u kojima se individualizam, samopotvrđivanje i materijalna dobra izdižu na pijedestal, obezbeđenje nege i zaštite ranjivijih članova porodice, stavlja se u drugi plan, čime dolazi do ozbiljne diskriminacije osoba koje pružaju brigu i negu. U okviru porodice, majke su osobe koje u većini slučajeva pružaju negu deci. Stoga, u cilju vraćanja nekadašnjim vrednostima, predlaže se da se majkama koje se brinu o deci i porodici, pri podeli zajedničke imovine, priznaju znatno veća prava na porodična materijalna dobra.[20] U potpunosti se slažemo sa ovakvim stavom, s obzirom na to da bi se na taj način očuvala porodična kohezija, uz eliminisanje vekovne neopravdane diskriminacije žena u sticanju materijalnih dobara.

[18] J. Herring (2010), op. cit., 262. Navedeni stav se predočava na primeru instituta braka. Pravo na zaključenje braka posmatra se kao pravo biti deo zajednice. To pravo proizilazi iz odnosa prijateljstva kao ličnog odnosa i ne podrazumeva ostvarivanje individualnosti, nego upravo suprotno – negaciju sopstvenog (interesa) zarad (prava) zajednice. Mogućnost subordinacije „ja" u „mi". Nalaženje preseka zajedničkih interesa pojedinaca koji od isključivo individualnih interesa postaju zajednički interesi – u braku.

[19] John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, 2.

[20] Jane Lewis, „The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 68. U tom pogledu potencijalni predlog bi se sastojao u tome da žena koja se brine o deci i porodici automatski dobija određeni procenat (50%) plate koju suprug zaradi. Time bi se odmah i direktno cenio rad supruga i majki, a etika nege dobila priznanje u sadašnjem trenutku, ne i naknadno u sudskom procesu podele imovine. Takođe, pozitivan efekat bi bio i u tome što bi se takvim vrednovanjem nege i rada uticalo na stabilnost porodične zajednice, što je i (glavna) uloga porodičnog prava. Da bi bilo ravnopravnosti polova, etika nege treba da bude pravedno vrednovana. O odnosu „etike nege" i „etike pravde", Carol Smart, „The Etic of Justice Strikes Back: Changing Narratives of Fatherhood", *Feminist Perspectives on Family Law* (ed. Alison Diduck, Katherine O' Donovan), New York, 2006, 125. i J. Eekelaar (2006), op. cit., 25.

члана породице у однос са другом особом, чланом породице, на основу сопственог права. Право на поштовање породичног живота представља субјективно породично право члана породице које садржи заштиту већ успостављеног односа (породичног живота) између два члана породице.

Индивидуализам игнорише сложеност породичних односа. Породични односи су мреже међусобних личних, интимних односа, садржински осликани кроз повезаност и међузависност,[199] пре него кроз самодовољност и искључивост. Индивидуални интереси и њихово истицање иманентно је облигационом праву и имовинским, трговинским односима. Ако је сврха брака љубав, подршка, поверење и разумевање, онда се интерес јавља као секундаран. Не сматрамо да интерес не постоји као елемент односа, али је он ипак у породичном праву секундарне природе. Интерес је својствен за односе материјалне природе, и као такав, адекватан другим деловима приватног права. Закључење брака ради остварења материјалног интереса противно је услову за пуноважност брака оличеног у заједници живота супружника. Заједница живота супружника представља морални аспект брачне заједнице.

Док се издвајање посебних индивидуалних интереса показује као оправдано и легитимно у другим деловима Грађанског права, у Породичном праву није целисходно одвајати и супротстављати индивидуалне интересе чланова породице.[200] Право одређеног члана породице повлачи обавезу (пре одговорност) другог члана породице. Права не могу постојати без одговорности. Породични

лежерним циљевима стављају се у контекст испуњавања родитељских дужности и обезбеђења основних потреба за своју децу. Ако особа одлучи да жели напредовање у професионалном погледу, промену занимања, то је могуће само након што се обезбеде основне потребе за нормалан развој детета", M. Strasser, Paying to stay home: On Competing Notions of Fairness and the Imputation of Income, у R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 156.

[199] Међузависност је широк концепт који се схвата као утицај који понашање једног члана породице има на одлуке, мишљење, схватање другог члана породице.О томе видети, S. Wong, Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution, у A. Bottomley. S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 57.

[200] J. Herring, Relational autonomy and family law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 262. Наведини став се предочава на примеру брака. Право на закључење брака подразумева се као право бити део заједнице. То право произилази из односа пријатељства као личног односа и не подразумева остваривање индивидуалности, него управо супротно - негацију сопственог (интереса) зарад (права) заједнице. Могућност субординације „ја" у „ми". Налажење пресека заједничких интереса који од искључиво индивидуалних интереса постају заједнички интереси.

prirode, i kao takav, adekvatniji drugim delovima privatnog, građanskog prava. Zaključenje braka isključivo u ciju ostvarenja materijalnog interesa, protivno je zakonskom uslovu za punovažnost braka oličenog u zajednici života supružnika. Zajednica života supružnika predstavlja moralni aspekt bračne zajednice. Ona lišava institut braka isključivo interesnog aspekta.

Dok se izdvajanje posebnih individualnih interesa pokazuje kao opravdano i legitimno u drugim delovima građanskog prava, u porodičnom pravu nije celishodno odvajati i suprotstavljati individualne interese članova porodice.[18] Pravo određenog člana porodice povlači obavezu (bolje reći odgovornost) drugog člana porodice. (Porodična) prava ne mogu postojati bez odgovornosti. Porodični odnosi se sastoje, kako iz prava, tako i iz obaveza, odgovornosti jednih članova porodice prema drugima.[19] Te odgovornosti, najčešće, nemaju korelativan odnos sa pravima drugih članova porodice. Tako, npr. roditelji prema deci mlađeg uzrasta imaju mnogo više „odgovornosti" nego „prava".

U savremenim društvima u kojima se individualizam, samopotvrđivanje i materijalna dobra izdižu na pijedestal, obezbeđenje nege i zaštite ranjivijih članova porodice, stavlja se u drugi plan, čime dolazi do ozbiljne diskriminacije osoba koje pružaju brigu i negu. U okviru porodice, majke su osobe koje u većini slučajeva pružaju negu deci. Stoga, u cilju vraćanja nekadašnjim vrednostima, predlaže se da se majkama koje se brinu o deci i porodici, pri podeli zajedničke imovine, priznaju znatno veća prava na porodična materijalna dobra.[20] U potpunosti se slažemo sa ovakvim stavom, s obzirom na to da bi se na taj način očuvala porodična kohezija, uz eliminisanje vekovne neopravdane diskriminacije žena u sticanju materijalnih dobara.

[18] J. Herring (2010), op. cit., 262. Navedeni stav se predočava na primeru instituta braka. Pravo na zaključenje braka posmatra se kao pravo biti deo zajednice. To pravo proizilazi iz odnosa prijateljstva kao ličnog odnosa i ne podrazumeva ostvarivanje individualnosti, nego upravo suprotno – negaciju sopstvenog (interesa) zarad (prava) zajednice. Mogućnost subordinacije „ja" u „mi". Nalaženje preseka zajedničkih interesa pojedinaca koji od isključivo individualnih interesa postaju zajednički interesi – u braku.

[19] John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, 2.

[20] Jane Lewis, „The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 68. U tom pogledu potencijalni predlog bi se sastojao u tome da žena koja se brine o deci i porodici automatski dobija određeni procenat (50%) plate koju suprug zaradi. Time bi se odmah i direktno cenio rad supruga i majki, a etika nege dobila priznanje u sadašnjem trenutku, ne i naknadno u sudskom procesu podele imovine. Takođe, pozitivan efekat bi bio i u tome što bi se takvim vrednovanjem nege i rada uticalo na stabilnost porodične zajednice, što je i (glavna) uloga porodičnog prava. Da bi bilo ravnopravnosti polova, etika nege treba da bude pravedno vrednovana. O odnosu „etike nege" i „etike pravde", Carol Smart, „The Etic of Justice Strikes Back: Changing Narratives of Fatherhood", *Feminist Perspectives on Family Law* (ed. Alison Diduck, Katherine O' Donovan), New York, 2006, 125. i J. Eekelaar (2006), op. cit., 25.

односи се састоје, како из права, тако и из обавеза једних чланова породице према другима.[201]

У друштвима у којима се индивидуализам, самопотврђивање и материјална добра издижу на пијадестал, обезбеђење неге се ставља у други план чиме долази до озбиљне дискриминације особа које пружају бригу и негу. У оквиру породице мајке су особе које у већини случајева пружај негу деци. Стога, у циљу враћања некадашњим вредностима, предлаже се да се мајкама које се брину о деци и породици, при подели заједничке имовине, признају знатно већа права на породична материјална добра.[202] У потпуности се слажемо са оваквим ставом, с обзиром на то да би се тиме очувала породична кохезија уз елиминисање вековне неоправдане дискриминације жена у стицању материјалних добара.

6.3. Сукоб полова у породичном праву

Породица је институција у којој највише долази до изражаја пол особе.[203] Последњих неколико деценија у литератури породичног права наилазимо на бављење проблематиком сукоба полова, неретко схватаном и као „рат полова".[204]

Бити отац, мајка, дете, супруг или супруга повлачи одређена права али и извесне дужности. Током друге половине прошлог века отпочео је процес елиминисања разлика између жене и мушкарца у породици, где је „приватна",

[201] J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 2.

[202] J. Lewis, The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 68. У том погледу потенцијални предлог би се састојао у томе да жена која се брине о деци и породици аутоматски добија одређени проценат (50%) плате коју муж заради. Тиме би се одмах и директно ценио рад супруга и мајки, а етика неге добила признање у садашњем тренуку, не и накнадно у судском процесу поделе имовине. Такође, позитиван ефекат би био и у томе што би се таквим вредновањем неге и рада утицало на стабилност породичне заједнице, што је и (главна) улога породичног права. Да би било равноправности полова етика неге треба да буде праведно вреднована. О односу „етике неге" и „етике правде", C. Smart, The Etic of Justice Strikes Back: Changing Narratives of Fatherhood, у A. Diduck, K. O' Donovan, Feminist Perspectives on Family Law, New York, 2006, стр. 125. и J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 25.

[203] M. A. Fineman, Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 38.

[204] R. Collier, Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinging the Relationship Between Gender and Welfare, у Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 129.

Porodica je institucija u kojoj najviše dolazi do izražaja pol osobe.[21] Poslednjih nekoliko decenija u literaturi porodičnog prava nailazimo na bavljenje problematikom sukoba polova, neretko shvatanom i kao „rat polova".[22]

Biti otac, majka, dete, suprug ili supruga, povlači određena prava ali i izvesne dužnosti. Tokom druge polovine prošlog veka otpočeo je proces eliminisanja razlika između žene i muškarca u porodici, gde je privatna, domaća sfera bila domen vlasti žene, dok je javni deo porodičnih aktivnosti bio teren dominacije muškarca.[23]

Etika pravde u teoriji porodičnog prava nalaže pristup u kontekstu ravnopravnosti roditelja u sticanju i vršenju porodičnih prava, nezavisno od pola. Sa druge strane, biološke karakteristike žene i muškarca nalažu različit pristup vršenju prava. U skladu sa time, englesko pravo čvrsto se držalo polne definicije žene i muškarca.[24] Insistiranje na polnoj neutralnosti ne može biti apsolutno. To je utvrdio i Vrhovni sud SAD kroz potrebu postojanja „realnih životnih razlika" između žene i muškarca.[25] Potvrđivanje očevidnih razlika ne treba tumačiti u pravcu mogućnosti povratka na nekadašnju neravnopravnost.[26]

Razvod braka ima posledice u tome što dovodi do redefinisanja dotadašnjih funkcija članova porodice. Kako je razvod braka svakodnevna pojava savremenih porodica,[27] sledi da je konstantno redefinisanje uloga članova porodice sastavni deo porodičnog života. Nakon razvoda braka svaki član porodice ima promenjenu

[21] Martha Albertson Fineman, „Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family* (ed. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Ashgate, 2011, 38.

[22] Richard Collier, „Fatherhood, law and the fathers rights: Rethinking the relationship between gender and welfare", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 129.

[23] Susan Frelich Appleton, „Family Law's Equality Project in Our Empirical Age", *What is Parenthood?* (ed. Linda C. McClain, Daniel Cere), New York, 2013, 238. U polno određenim porodičnim običajima, majke učestvuju u uspostavljanju i održavanju ličnih odnosa, a očevi u obavljanju praktičnih porodičnih aktivnosti, Graham Allan, Graham Crow, Sheila Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, 134.

[24] Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, 332.

[25] S. F. Appleton, op. cit., 239.

[26] Pri proceni podobnosti vršenja roditeljskog prava ne treba uzimati u obzir biološke razlike između roditelja, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Ramily Related Decisions 1957-2010, Vol. 5, Karlsruhe 2013, 30.

[27] O revoluciji razvoda braka, Ian Smith, „European divorce laws, divorce rates, and their consequences", *The Law and Economics of Marriage and Divorce* (ed. Antony W. Dnes, Robert Rowthorn), Cambridge, 2002, 218.

односи се састоје, како из права, тако и из обавеза једних чланова породице према другима.[201]

У друштвима у којима се индивидуализам, самопотврђивање и материјална добра издижу на пијадестал, обезбеђење неге се ставља у други план чиме долази до озбиљне дискриминације особа које пружају бригу и негу. У оквиру породице мајке су особе које у већини случајева пружај негу деци. Стога, у циљу враћања некадашњим вредностима, предлаже се да се мајкама које се брину о деци и породици, при подели заједничке имовине, признају знатно већа права на породична материјална добра.[202] У потпуности се слажемо са оваквим ставом, с обзиром на то да би се тиме очувала породична кохезија уз елиминисање вековне неоправдане дискриминације жена у стицању материјалних добара.

6.3. Сукоб полова у породичном праву

Породица је институција у којој највише долази до изражаја пол особе.[203] Последњих неколико деценија у литератури породичног права наилазимо на бављење проблематиком сукоба полова, неретко схватаном и као „рат полова".[204]

Бити отац, мајка, дете, супруг или супруга повлачи одређена права али и извесне дужности. Током друге половине прошлог века отпочео је процес елиминисања разлика између жене и мушкарца у породици, где је „приватна",

[201] J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 2.

[202] J. Lewis, The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 68. У том погледу потенцијални предлог би се састојао у томе да жена која се брине о деци и породици аутоматски добија одређени проценат (50%) плате коју муж заради. Тиме би се одмах и директно ценио рад супруга и мајки, а етика неге добила признање у садашњем тренуку, не и накнадно у судском процесу поделе имовине. Такође, позитиван ефекат би био и у томе што би се таквим вредновањем неге и рада утицало на стабилност породичне заједнице, што је и (главна) улога породичног права. Да би било равноправности полова етика неге треба да буде праведно вреднована. О односу „етике неге" и „етике правде", C. Smart, The Etic of Justice Strikes Back: Changing Narratives of Fatherhood, у A. Diduck, K. O' Donovan, Feminist Perspectives on Family Law, New York, 2006, стр. 125. и J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 25.

[203] M. A. Fineman, Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 38.

[204] R. Collier, Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinging the Relationship Between Gender and Welfare, у Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 129.

Porodica je institucija u kojoj najviše dolazi do izražaja pol osobe.[21] Poslednjih nekoliko decenija u literaturi porodičnog prava nailazimo na bavljenje problematikom sukoba polova, neretko shvatanom i kao „rat polova".[22]

Biti otac, majka, dete, suprug ili supruga, povlači određena prava ali i izvesne dužnosti. Tokom druge polovine prošlog veka otpočeo je proces eliminisanja razlika između žene i muškarca u porodici, gde je privatna, domaća sfera bila domen vlasti žene, dok je javni deo porodičnih aktivnosti bio teren dominacije muškarca.[23]

Etika pravde u teoriji porodičnog prava nalaže pristup u kontekstu ravnopravnosti roditelja u sticanju i vršenju porodičnih prava, nezavisno od pola. Sa druge strane, biološke karakteristike žene i muškarca nalažu različit pristup vršenju prava. U skladu sa time, englesko pravo čvrsto se držalo polne definicije žene i muškarca.[24] Insistiranje na polnoj neutralnosti ne može biti apsolutno. To je utvrdio i Vrhovni sud SAD kroz potrebu postojanja „realnih životnih razlika" između žene i muškarca.[25] Potvrđivanje očevidnih razlika ne treba tumačiti u pravcu mogućnosti povratka na nekadašnju neravnopravnost.[26]

Razvod braka ima posledice u tome što dovodi do redefinisanja dotadašnjih funkcija članova porodice. Kako je razvod braka svakodnevna pojava savremenih porodica,[27] sledi da je konstantno redefinisanje uloga članova porodice sastavni deo porodičnog života. Nakon razvoda braka svaki član porodice ima promenjenu

[21] Martha Albertson Fineman, „Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family* (ed. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Ashgate, 2011, 38.

[22] Richard Collier, „Fatherhood, law and the fathers rights: Rethinking the relationship between gender and welfare", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 129.

[23] Susan Frelich Appleton, „Family Law's Equality Project in Our Empirical Age", *What is Parenthood?* (ed. Linda C. McClain, Daniel Cere), New York, 2013, 238. U polno određenim porodičnim običajima, majke učestvuju u uspostavljanju i održavanju ličnih odnosa, a očevi u obavljanju praktičnih porodičnih aktivnosti, Graham Allan, Graham Crow, Sheila Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, 134.

[24] Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, 332.

[25] S. F. Appleton, op. cit., 239.

[26] Pri proceni podobnosti vršenja roditeljskog prava ne treba uzimati u obzir biološke razlike između roditelja, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Ramily Related Decisions 1957-2010, Vol. 5, Karlsruhe 2013, 30.

[27] O revoluciji razvoda braka, Ian Smith, „European divorce laws, divorce rates, and their consequences", *The Law and Economics of Marriage and Divorce* (ed. Antony W. Dnes, Robert Rowthorn), Cambridge, 2002, 218.

домаћа сфера била домен власти жене, док је „јавни" део породичних активности био терен доминације мушкарца.[205]

Етика правде у теорији породичног права налаже приступ у контексту равноправности родитеља у стицању и вршењу породичних права, независно од пола. Са друге стране, биолошке карактеристике жене и мушкарца налажу различит приступ вршењу права. У складу са тиме, енглеско право чврсто се држало полне дефиниције жене и мушкарца.[206] Инсистирање на полној неутралности не може бити апсолутно. То је утврдио и Врховни суд САД кроз потребу постојања „реалних животних разлика" између жене и мушкарца.[207] Потврђивање очевидних разлика не треба тумачити у правцу могућности повратка на некадашњу неравноправност.[208]

Развод брака има последице у томе што доводи до редефинисања дотадашњих функција чланова породице. Како је развод брака свакодневна појава савремених породица,[209] следи да је константно редефинисање улога чланова породице саставни део породичног живота. Након развода брака сваки члан породице има промењену функцију и треба да се снађе у тим *rebus sic stantibus* породичног живота.[210] Принцип полно неутралног родитељства[211] губи на значају имајући у виду конкретне животне околности.[212] Посебно у породицама са ниским приходима, жене су искључиво задужене за бригу о деци док су мушкарци посвећени прибављању средстава за живот. Сматра се да и даље, поред

[205] S. F. Appleton, Family Law's Equality Project in Our Empirical Age, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, NewYork, 2013, стр. 238. У полно одређеним породичним обичајима, мајке учествују у успостављању и одржавању личних односа а очеви у обављању практичних породичних активности, G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 134.

[206] P. De Cruz, Family Law, Sex and Society, London, 2010, стр. 332.

[207] S. F. Appleton, Family Law's Equality Project in Our Empirical Age, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 239.

[208] При процени подобности вршења родитељског права не треба узимати у обзир биолошке разлике између родитеља, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe 2013, 30.

[209] О револуцији развода брака, I. Smith, European divorce laws, divorce rates, and their consequences, у A. W. Dnes, R. Rowthorn, The Law and Economics of Marriage and Divorce, Cambridge, 2002, стр. 218.

[210] K. Mueller-Johnson, Supporting Conflicted Post-Divorce Parenting, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 108.

[211] О односу полова и васпитању деце, С. Панов, Однос полова и васпитање, Зборник радова "Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног", Источно Сарајево, 2012, стр. 464-487.

[212] О концепту полно неутралног родитељства, C. McGlynn, Families and European Union Law Politics and Pluralism, Cambridge, 2006, стр. 82.

funkciju i treba da se snađe u tim *rebus sic stantibus* porodičnog života.[28] Princip polno neutralnog roditeljstva,[29] gubi na značaju imajući u vidu konkretne životne okolnosti.[30] Posebno u porodicama sa niskim prihodima, žene su isključivo zadužene za brigu o deci dok su muškarci posvećeni pribavljanju sredstava za život. Smatra se da i dalje, pored proklamovane težnje ka potpunoj polnoj neutralnosti u porodičnom pravu, postoji veliki jaz između normativnog i realnog.[31]

Funkcija oca

Pitanje o savremenom pojmu očinstva i ulozi oca u porodici postalo je veoma aktuelno u porodičnopravnoj literaturi.[32] Dok veza između majke i deteta ima biološko otelotvorenje, očinstvo je pored biološkog i kulturni, socijalni koncept – društvena kreacija.[33] Socijalno poimanje muškosti isključuje ideju zavisnosti od drugih osoba i članova porodice.[34] U prethodno navedenom sukobu principa, pravo – blagostanje, očinstvo se pozivanjem na doktrinu prava oslanja na ostvarivanje zakonom predviđenog prava na održavanje ličnih odnosa sa detetom nakon razvoda braka. Sa druge strane, materinstvo, pozivanjem na značaj nege, vaspitanja i podizanja deteta, smatra da blagostanje deteta treba da ima prioritet nad doktrinom (ljudskih) prava svih trećih osoba, samim tim i oca.[35]

[28] Katrin Mueller-Johnson, „Supporting Conflicted Post-Divorce Parenting", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 108.

[29] O odnosu polova i vaspitanju dece, Slobodan Panov, „Odnos polova i vaspitanje", *Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog* (ur. Goran Marković), Istočno Sarajevo, 2012, 464–487.

[30] O konceptu polno neutralnog roditeljstva, Clare McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, 82.

[31] Julie Wallbank, „Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the 'Problem' of Contact", *Responsible Parents and Parental Responsibility* (ed. Rebecca Probert, Stephen Gilmore, Jonathan Herring), Oxford, 2009, 300.

[32] R. Collier (2010), op. cit., 121.

[33] Tako, Richard Collier, „'Waiting Till Father Gets Home': The Reconstruction of Fatherhood in Family Law", *Law and Families* (ed. Susan B. Boyd, Helen Rhoades), Ashgate, Hampshire, 2006, 179; Daniel Cere, Toward an Integrative Account of Parenthood, *What is Parenthood?* (ed. Linda C. McClain, Daniel Cere), New York, 2013, 30.

[34] Polona Curk, „Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psyhoanalitic Account of Relational Responsibility", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family* (ed. Craig Lind, Jo Bridgeman, Heather Keating), Ashgate, 2011, 58.

[35] Shazia Choudhry, Jonathan Herring, Julie Wallbank, „Welfare, rights, care and gender in Family law", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 21.

домаћа сфера била домен власти жене, док је „јавни" део породичних активности био терен доминације мушкарца.[205]

Етика правде у теорији породичног права налаже приступ у контексту равноправности родитеља у стицању и вршењу породичних права, независно од пола. Са друге стране, биолошке карактеристике жене и мушкарца налажу различит приступ вршењу права. У складу са тиме, енглеско право чврсто се држало полне дефиниције жене и мушкарца.[206] Инсистирање на полној неутралности не може бити апсолутно. То је утврдио и Врховни суд САД кроз потребу постојања „реалних животних разлика" између жене и мушкарца.[207] Потврђивање очевидних разлика не треба тумачити у правцу могућности повратка на некадашњу неравноправност.[208]

Развод брака има последице у томе што доводи до редефинисања дотадашњих функција чланова породице. Како је развод брака свакодневна појава савремених породица,[209] следи да је константно редефинисање улога чланова породице саставни део породичног живота. Након развода брака сваки члан породице има промењену функцију и треба да се снађе у тим *rebus sic stantibus* породичног живота.[210] Принцип полно неутралног родитељства[211] губи на значају имајући у виду конкретне животне околности.[212] Посебно у породицама са ниским приходима, жене су искључиво задужене за бригу о деци док су мушкарци посвећени прибављању средстава за живот. Сматра се да и даље, поред

[205] S. F. Appleton, Family Law's Equality Project in Our Empirical Age, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, NewYork, 2013, стр. 238. У полно одређеним породичним обичајима, мајке учествују у успостављању и одржавању личних односа а очеви у обављању практичних породичних активности, G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 134.

[206] P. De Cruz, Family Law, Sex and Society, London, 2010, стр. 332.

[207] S. F. Appleton, Family Law's Equality Project in Our Empirical Age, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 239.

[208] При процени подобности вршења родитељског права не треба узимати у обзир биолошке разлике између родитеља, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe 2013, 30.

[209] О револуцији развода брака, I. Smith, European divorce laws, divorce rates, and their consequences, у A. W. Dnes, R. Rowthorn, The Law and Economics of Marriage and Divorce, Cambridge, 2002, стр. 218.

[210] K. Mueller-Johnson, Supporting Conflicted Post-Divorce Parenting, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 108.

[211] О односу полова и васпитању деце, С. Панов, Однос полова и васпитање, Зборник радова "Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног", Источно Сарајево, 2012, стр. 464-487.

[212] О концепту полно неутралног родитељства, C. McGlynn, Families and European Union Law Politics and Pluralism, Cambridge, 2006, стр. 82.

funkciju i treba da se snađe u tim *rebus sic stantibus* porodičnog života.[28] Princip polno neutralnog roditeljstva,[29] gubi na značaju imajući u vidu konkretne životne okolnosti.[30] Posebno u porodicama sa niskim prihodima, žene su isključivo zadužene za brigu o deci dok su muškarci posvećeni pribavljanju sredstava za život. Smatra se da i dalje, pored proklamovane težnje ka potpunoj polnoj neutralnosti u porodičnom pravu, postoji veliki jaz između normativnog i realnog.[31]

Funkcija oca

Pitanje o savremenom pojmu očinstva i ulozi oca u porodici postalo je veoma aktuelno u porodičnopravnoj literaturi.[32] Dok veza između majke i deteta ima biološko otelotvorenje, očinstvo je pored biološkog i kulturni, socijalni koncept – društvena kreacija.[33] Socijalno poimanje muškosti isključuje ideju zavisnosti od drugih osoba i članova porodice.[34] U prethodno navedenom sukobu principa, pravo – blagostanje, očinstvo se pozivanjem na doktrinu prava oslanja na ostvarivanje zakonom predviđenog prava na održavanje ličnih odnosa sa detetom nakon razvoda braka. Sa druge strane, materinstvo, pozivanjem na značaj nege, vaspitanja i podizanja deteta, smatra da blagostanje deteta treba da ima prioritet nad doktrinom (ljudskih) prava svih trećih osoba, samim tim i oca.[35]

[28] Katrin Mueller-Johnson, „Supporting Conflicted Post-Divorce Parenting", *Family Law and Family Values* (ed. Mavis Maclean), Oxford, 2005, 108.

[29] O odnosu polova i vaspitanju dece, Slobodan Panov, „Odnos polova i vaspitanje", *Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog* (ur. Goran Marković), Istočno Sarajevo, 2012, 464–487.

[30] O konceptu polno neutralnog roditeljstva, Clare McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, 82.

[31] Julie Wallbank, „Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the 'Problem' of Contact", *Responsible Parents and Parental Responsibility* (ed. Rebecca Probert, Stephen Gilmore, Jonathan Herring), Oxford, 2009, 300.

[32] R. Collier (2010), op. cit., 121.

[33] Tako, Richard Collier, „'Waiting Till Father Gets Home': The Reconstruction of Fatherhood in Family Law", *Law and Families* (ed. Susan B. Boyd, Helen Rhoades), Ashgate, Hampshire, 2006, 179; Daniel Cere, Toward an Integrative Account of Parenthood, *What is Parenthood?* (ed. Linda C. McClain, Daniel Cere), New York, 2013, 30.

[34] Polona Curk, „Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psyhoanalitic Account of Relational Responsibility", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family* (ed. Craig Lind, Jo Bridgeman, Heather Keating), Ashgate, 2011, 58.

[35] Shazia Choudhry, Jonathan Herring, Julie Wallbank, „Welfare, rights, care and gender in Family law", *Rights, Gender, and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 21.

прокламоване тежње ка потпуној полној неутралности у породичном праву, постоји велики јаз између нормативног и реалног.[213]

6.4. Функција оца

Питање о савременом појму очинства и улози оца у породици постало је веома актуелно у породичноправној литератури.[214] Док веза између мајке и детета има биолошко отелотворење, очинство је културни, социјални концепт - друштвена креација.[215] Социјално поимање мушкости искључује идеју зависности од других особа и чланова породице.[216] У напред наведеном сукобу принципа, право - благостање, отац се позивањем на доктрину права ослања на остваривање законом предвиђеног права на одржавање личних односа са дететом након развода брака. Са друге стране, мајка, позивањем на значај неге, васпитања и подизања детета, сматра да благостање детета треба да има приоритет над доктрином (људских) права свих трећих особа, самим тим и оца.[217]

Док је брак подразумевао присуство оца, развод брака претпоставља одсуство оца. Посебан значај измењене функције очева огледа се у „Покрету очева" из 80-их година XX века, када се истицало да породично право фаворизује права мајки приликом вршења родитељског права након развода брака.[218] Очеви из многих удружења својствених овом покрету тврдили су да су жртве државне

[213] J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 300.

[214] R. Collier, Fatherhood, law and the fathers rights: Rethinging the relationship between gender and welfare, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 121.

[215] Тако, R. Collier, "Waiting Till Father Gets Home": The Reconstruction of Fatherhood in Family Law, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 179; D. Cere, Toward an Integrative Account of Parenthood, u L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 30.

[216] P. Curk, Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psyhoanalitic Account of Relational Responsibility, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 58.

[217] S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, Walfare, rights, care and gender in Family law, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law , New York, 2010, стр. 21.

[218] Настајање покрета за заштиту права очева јавља се неких десет година раније. Тако, организације очева у Енглеској и Велсу настају непосредно по усвајању два закона - Закона о реформи развода брака (*Divorce Reform Act*) из 1969. године и Закона о брачним питањима (*Matrimonial Causes Act*) из 1973. године. О покрету очева и C. Smart, Law and family life: insights from 25 years of empirical research, Child and Family Law Quarterly, Vol. 26, Num. 1, 2014, London, стр. 20.

Dok je brak podrazumevao prisustvo i aktivnu ulogu oca, razvod braka pretpostavlja odsustvo i umanjenu ulogu oca, posebno imajući u vidu da majke dobijaju vršenje roditeljskog prava. Poseban značaj izmenjene funkcije očeva ogleda se u „Pokretu očeva" iz 80-ih godina XX veka, kada se isticalo da porodično pravo favorizuje prava majki prilikom dodeljivanja vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka.[36] Očevi iz mnogih udruženja svojstvenih ovom pokretu tvrdili su da su žrtve državne diskriminacije kojom se oni obavezuju da daju izdržavanje za decu, dok sa druge strane, u pogledu vršenja roditeljskog prava i održavanja ličnih odnosa sa detetom, neopravdano se posmatraju kao manje podobni i sposobni od majki. Revolucija pokreta očeva donela je donekle nov model odgovornog očinstva i promenjenu funkciju oca, u odnosu na onu tradicionalno patrijarhalnu, prema kojoj očevi postaju aktivni učesnici vaspitanja dece, posebno muškog pola.[37]

Porodičnopravna regulacija u pogledu podrške očevima pri vršenju roditeljskog prava zasniva se na njihovom zahtevu da provode više vremena sa svojom decom.[38] Dok su poimanja sredinom XX veka definisala očeve kao „porodične hranitelje", trenutno se od očeva zahteva da ostvare viši stepen održavanja ličnih odnosa sa svojom decom, kao i da se brinu, neguju, štite i podižu svoju decu, posebno u vremenu nakon razvoda braka. Povećano učešće očeva u nezi i vaspitanju svoje dece, svakodnevica je sve većeg broja savremenih porodica.[39] Ipak, u današnje vreme i pored promena u funkciji očinstva, retka je pojava da se očevi odriču zaposlenja da bi se posvetili vaspitavanju i odgajanju deteta.[40]

[36] Nastajanje pokreta za zaštitu prava očeva javlja se nekih deset godina ranije. Tako, organizacije očeva u Engleskoj i Velsu nastaju neposredno po usvajanju dva zakona – Zakona o reformi razvoda braka (*Divorce Reform Act*) iz 1969. godine i Zakona o bračnim pitanjima (*Matrimonial Causes Act*) iz 1973. godine. O pokretu očeva i Carol Smart, „Law and family life: insights from 25 years of empirical research", *Child and Family Law Quarterly*, No. 1, Vol. 26, London, 2014, 20.

[37] Ovakvim namerama očeva ne idu u prilog istraživanja koja govore da očevi, posebno u stabilnim porodicama, nisu spremni da redukuju vreme provedeno u radu, radi povećanja učešća u vaspitanju dece i provođenju vremena sa njima, Esther Dermot, „What's parenthood got to with it? Mens hours of paid work", *British Journal of Sociology*, Vol. 56, 2006, 629; Nasuprot stavovima da deca uspostavljaju bliže emotivne veze sa roditeljem istog pola, *Frojd* tvrdi da posebno dečaci u mladom uzrastu teže da isključe oca iz njihovog odnosa sa majkom i tako manifestuju podsvesnu želju za seksualnošću, Thea Brown, Renata Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, 53.

[38] Eugenia Caracciolo di Torella, „Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union", *European Law Journal*, No. 1, Vol. 20, January 2014, Oxford, 95, govori o pojmu „novog" oca u Evropskoj uniji.

[39] R. Collier (2010), op. cit., 123.

[40] Promena u vaspitnoj ulozi oca osvedočena je u postavljanju stočića za presvlačenje dece u muškim toaletima na aerodromima, Robert J. Levy, „Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments", *Reconceiving the Family* (ed. Robin

прокламоване тежње ка потпуној полној неутралности у породичном праву, постоји велики јаз између нормативног и реалног.[213]

6.4. Функција оца

Питање о савременом појму очинства и улози оца у породици постало је веома актуелно у породичноправној литератури.[214] Док веза између мајке и детета има биолошко отелотворење, очинство је културни, социјални концепт - друштвена креација.[215] Социјално поимање мушкости искључује идеју зависности од других особа и чланова породице.[216] У напред наведеном сукобу принципа, право - благостање, отац се позивањем на доктрину права ослања на остваривање законом предвиђеног права на одржавање личних односа са дететом након развода брака. Са друге стране, мајка, позивањем на значај неге, васпитања и подизања детета, сматра да благостање детета треба да има приоритет над доктрином (људских) права свих трећих особа, самим тим и оца.[217]

Док је брак подразумевао присуство оца, развод брака претпоставља одсуство оца. Посебан значај измењене функције очева огледа се у „Покрету очева" из 80-их година XX века, када се истицало да породично право фаворизује права мајки приликом вршења родитељског права након развода брака.[218] Очеви из многих удружења својствених овом покрету тврдили су да су жртве државне

[213] J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 300.

[214] R. Collier, Fatherhood, law and the fathers rights: Rethinging the relationship between gender and welfare, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 121.

[215] Тако, R. Collier, "Waiting Till Father Gets Home": The Reconstruction of Fatherhood in Family Law, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 179; D. Cere, Toward an Integrative Account of Parenthood, u L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 30.

[216] P. Curk, Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psyhoanalitic Account of Relational Responsibility, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 58.

[217] S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, Walfare, rights, care and gender in Family law, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law , New York, 2010, стр. 21.

[218] Настајање покрета за заштиту права очева јавља се неких десет година раније. Тако, организације очева у Енглеској и Велсу настају непосредно по усвајању два закона - Закона о реформи развода брака (*Divorce Reform Act*) из 1969. године и Закона о брачним питањима (*Matrimonial Causes Act*) из 1973. године. О покрету очева и C. Smart, Law and family life: insights from 25 years of empirical research, Child and Family Law Quarterly, Vol. 26, Num. 1, 2014, London, стр. 20.

Dok je brak podrazumevao prisustvo i aktivnu ulogu oca, razvod braka pretpostavlja odsustvo i umanjenu ulogu oca, posebno imajući u vidu da majke dobijaju vršenje roditeljskog prava. Poseban značaj izmenjene funkcije očeva ogleda se u „Pokretu očeva" iz 80-ih godina XX veka, kada se isticalo da porodično pravo favorizuje prava majki prilikom dodeljivanja vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka.[36] Očevi iz mnogih udruženja svojstvenih ovom pokretu tvrdili su da su žrtve državne diskriminacije kojom se oni obavezuju da daju izdržavanje za decu, dok sa druge strane, u pogledu vršenja roditeljskog prava i održavanja ličnih odnosa sa detetom, neopravdano se posmatraju kao manje podobni i sposobni od majki. Revolucija pokreta očeva donela je donekle nov model odgovornog očinstva i promenjenu funkciju oca, u odnosu na onu tradicionalno patrijarhalnu, prema kojoj očevi postaju aktivni učesnici vaspitanja dece, posebno muškog pola.[37]

Porodičnopravna regulacija u pogledu podrške očevima pri vršenju roditeljskog prava zasniva se na njihovom zahtevu da provode više vremena sa svojom decom.[38] Dok su poimanja sredinom XX veka definisala očeve kao „porodične hranitelje", trenutno se od očeva zahteva da ostvare viši stepen održavanja ličnih odnosa sa svojom decom, kao i da se brinu, neguju, štite i podižu svoju decu, posebno u vremenu nakon razvoda braka. Povećano učešće očeva u nezi i vaspitanju svoje dece, svakodnevica je sve većeg broja savremenih porodica.[39] Ipak, u današnje vreme i pored promena u funkciji očinstva, retka je pojava da se očevi odriču zaposlenja da bi se posvetili vaspitavanju i odgajanju deteta.[40]

[36] Nastajanje pokreta za zaštitu prava očeva javlja se nekih deset godina ranije. Tako, organizacije očeva u Engleskoj i Velsu nastaju neposredno po usvajanju dva zakona – Zakona o reformi razvoda braka (*Divorce Reform Act*) iz 1969. godine i Zakona o bračnim pitanjima (*Matrimonial Causes Act*) iz 1973. godine. O pokretu očeva i Carol Smart, „Law and family life: insights from 25 years of empirical research", *Child and Family Law Quarterly*, No. 1, Vol. 26, London, 2014, 20.

[37] Ovakvim namerama očeva ne idu u prilog istraživanja koja govore da očevi, posebno u stabilnim porodicama, nisu spremni da redukuju vreme provedeno u radu, radi povećanja učešća u vaspitanju dece i provođenju vremena sa njima, Esther Dermot, „What's parenthood got to with it? Mens hours of paid work", *British Journal of Sociology*, Vol. 56, 2006, 629; Nasuprot stavovima da deca uspostavljaju bliže emotivne veze sa roditeljem istog pola, *Frojd* tvrdi da posebno dečaci u mladom uzrastu teže da isključe oca iz njihovog odnosa sa majkom i tako manifestuju podsvesnu želju za seksualnošću, Thea Brown, Renata Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, 53.

[38] Eugenia Caracciolo di Torella, „Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union", *European Law Journal*, No. 1, Vol. 20, January 2014, Oxford, 95, govori o pojmu „novog" oca u Evropskoj uniji.

[39] R. Collier (2010), op. cit., 123.

[40] Promena u vaspitnoj ulozi oca osvedočena je u postavljanju stočića za presvlačenje dece u muškim toaletima na aerodromima, Robert J. Levy, „Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments", *Reconceiving the Family* (ed. Robin

дискриминације којом се они обавезују да дају издржавање за децу, док са друге стране, у погледу вршења родитељског права и одржавања личних односа са дететом, неоправдано се посматрају као мање подобни и способни од мајки. Револуција покрета очева донела је нов модел одговорног очинства и промењену функцију оца, у односу на ону традиционално патријархалну, у којој очеви постају активни учесници васпитања деце, посебно мушког пола.[219]

Породичноправна регулација у погледу подршке очевима при вршењу родитељског права заснива се на њиховом захтеву да проводе више времена са својом децом.[220] Док су поимања средином XX века дефинисала очеве као „породичне хранитеље", тренутно се од очева захтева да остваре виши степен одржавања личних односа са својом децом, као и да се брину, негују, штите и подижу своју децу, посебно у времену након развода брака. Повећано учешће очева у нези и васпитању своје деце, свакодневица је све већег броја савремених породица.[221] Ипак, у данашње време и поред промена у улози оца, ретка је појава да се очеви одричу запослења да би се посветили васпитавању и одгајању детета.[222]

Очеви који плаћају издржавање за дете заступају став да испуњавањем ове своје обавезе они сведоче да су одговорни очеви, те да им треба омогућити веће учешће у васпитном процесу, посебно кроз повећање времена које проводе са

[219] Оваквим намерама очева не иду у прилог истраживања која говоре да очеви, посебно у стабилним породицама, нису спремни да редукују време проведено на послу, ради повећања учешћа у васпитању деце и провођењу времена са њима, E. Dermot, What's parenthood got to with it? Mens hours of paid work, British Journal of Sociology, Vol. 56, 2006, стр. 629; Насупрот ставовима да деца успостављају ближе емотивне везе са родитељем истог пола, Фројд тврди да посебно дечаци у младом узрасту теже да искључе оца из њиховог односа са мајком и тако манифестују подсвесну жељу за сексуалношћу, T. Brown, R. Alexander, Child Abuse and Family Law, Crows Nest, 2007, стр. 53.

[220] E. C. di Torella, Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union, European Law Journal, Vol. 20, Num. 1, January 2014, Oxford, стр. 95, говори о појму „новог" оца у Европској унији.

[221] R. Collier, Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinging the Relationship Between Gender and Welfare, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 123.

[222] Промена у васпитној улози оца осведочена је у постављању сточића за пресвлачење деце у мушким тоалетима на аеродромима, R. J. Levy, Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments, у R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 88. Број очева који остају код куће са децом повећао се 25% у последњих десет година, A. Doucet, "It's Just Not Good for a Man to be Interested in Other People's Children": Fathers, Public Displays of Care and "Relevant Others", у E. Dermott, J. Seymour, Displaying Families, London, 2011, стр. 84.

Očevi koji plaćaju izdržavanje za dete zastupaju stav da ispunjavanjem ove svoje obaveze oni svedoče da su odgovorni očevi, te da im treba omogućiti veće učešće u vaspitnom procesu, posebno kroz povećanje vremena koje provode sa detetom.[41] Ipak, zakonodavstvo i dalje vidi oca kroz ekonomski aspekt, kao nekog ko primarno obezbeđuje materijalna sredstva.[42] Ono što je evidentno u savremeno doba, jeste da se očinstvo pomera od statusnog ka funkcionalnom pristupu. Tačnije, nije više dovoljno biti otac, već je potrebno i vršiti, konzumirati roditeljsko pravo u odnosu na svoju decu. Ovu pretpostavka se potvrđuje i u praksi ESLJP, koji zahteva za postojanje prava na poštovanje porodičnog života i socijalni element između oca i deteta, a ne samo biološku, krvnu vezu. Da bi se utvrdilo postojanje porodičnog života između oca i deteta potrebno je da otac ostvaruje lični odnos sa detetom (voljni ili faktički element).

Složenost savremenih shvatanja o ulozi oca. – Susretanje savremenih i tradicionalnih porodičnih obrazaca dovelo je do mešanja izvesnih karakteristika vezanih za određene članove porodice. Za razliku od nekadašnjih monolitnih poimanja, imamo složenost savremenih shvatanja funkcije oca, i to kao: oca izazivača socijalnih problema, oca uzročnika nasilja u porodici, oca nosioca određenih prava, oca diskriminisanog u vršenju roditeljskog prava, oca nosioca i tradicionalnih i savremenih funkcija roditeljskog prava.[43] Pomeranje, tj. evolucija društvenog shvatanja funkcije oca ima svoje posledice i na pravnom terenu. Od shvatanja oca kao „dužnika" davanja materijalnih dobara, skala je pomerena ka njegovim emotivnim potrebama, što se manifestuje u akcentu porodičnih normi na lična prava oca u odnosu na decu i *vice versa* (vršenje roditeljskog prava, održavanje ličnih odnosa, virtuelni kontakt).

Funkcija majke

Tokom XIX i XX veka zapadne demokratske države otpočele su sa procesom garantovanja jednakih prava ženama kada je reč o razvodu braka, podeli bračne imovine, vršenju roditeljskog prava. Takva tendencija prisutna je ne samo u Evropi

Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 88. Broj očeva koji ostaju kod kuće sa decom povećao se za 25% u poslednjih deset godina, Andrea Doucet, „'It's Just Not Good for a Man to be Interested in Other People's Children': Fathers, Public Displays of Care and 'Relevant Others'", *Displaying Families* (ed. Esther Dermott, Julie Seymour), London, 2011, 84.

[41] J. Wallbank (2010), op. cit., 115; Patrick Parkinson, „The Past Caretaking Standard in Comparative Perspective", *Reconceiving the Family* (ed. Robin Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 467.

[42] Bob Simpson, Julie Jessop, Peter McCarthy, „Fathers after Divorce", *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare* (ed. Andrew Bainham, Bridget Lindley, Martin Richards, Liz Trindrer), Oxford, 2003, 203.

[43] R. Collier (2010), op. cit., 133.

дискриминације којом се они обавезују да дају издржавање за децу, док са друге стране, у погледу вршења родитељског права и одржавања личних односа са дететом, неоправдано се посматрају као мање подобни и способни од мајки. Револуција покрета очева донела је нов модел одговорног очинства и промењену функцију оца, у односу на ону традиционално патријархалну, у којој очеви постају активни учесници васпитања деце, посебно мушког пола.[219]

Породичноправна регулација у погледу подршке очевима при вршењу родитељског права заснива се на њиховом захтеву да проводе више времена са својом децом.[220] Док су поимања средином XX века дефинисала очеве као „породичне хранитеље", тренутно се од очева захтева да остваре виши степен одржавања личних односа са својом децом, као и да се брину, негују, штите и подижу своју децу, посебно у времену након развода брака. Повећано учешће очева у нези и васпитању своје деце, свакодневица је све већег броја савремених породица.[221] Ипак, у данашње време и поред промена у улози оца, ретка је појава да се очеви одричу запослења да би се посветили васпитавању и одгајању детета.[222]

Очеви који плаћају издржавање за дете заступају став да испуњавањем ове своје обавезе они сведоче да су одговорни очеви, те да им треба омогућити веће учешће у васпитном процесу, посебно кроз повећање времена које проводе са

[219] Оваквим намерама очева не иду у прилог истраживања која говоре да очеви, посебно у стабилним породицама, нису спремни да редукују време проведено на послу, ради повећања учешћа у васпитању деце и провођењу времена са њима, E. Dermot, What's parenthood got to with it? Mens hours of paid work, British Journal of Sociology, Vol. 56, 2006, стр. 629; Насупрот ставовима да деца успостављају ближе емотивне везе са родитељем истог пола, Фројд тврди да посебно дечаци у младом узрасту теже да искључе оца из њиховог односа са мајком и тако манифестују подсвесну жељу за сексуалношћу, T. Brown, R. Alexander, Child Abuse and Family Law, Crows Nest, 2007, стр. 53.

[220] E. C. di Torella, Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union, European Law Journal, Vol. 20, Num. 1, January 2014, Oxford, стр. 95, говори о појму „новог" оца у Европској унији.

[221] R. Collier, Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinging the Relationship Between Gender and Welfare, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 123.

[222] Промена у васпитној улози оца осведочена је у постављању сточића за пресвлачење деце у мушким тоалетима на аеродромима, R. J. Levy, Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments, у R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 88. Број очева који остају код куће са децом повећао се 25% у последњих десет година, A. Doucet, "It's Just Not Good for a Man to be Interested in Other People's Children": Fathers, Public Displays of Care and "Relevant Others", у E. Dermott, J. Seymour, Displaying Families, London, 2011, стр. 84.

Očevi koji plaćaju izdržavanje za dete zastupaju stav da ispunjavanjem ove svoje obaveze oni svedoče da su odgovorni očevi, te da im treba omogućiti veće učešće u vaspitnom procesu, posebno kroz povećanje vremena koje provode sa detetom.[41] Ipak, zakonodavstvo i dalje vidi oca kroz ekonomski aspekt, kao nekog ko primarno obezbeđuje materijalna sredstva.[42] Ono što je evidentno u savremeno doba, jeste da se očinstvo pomera od statusnog ka funkcionalnom pristupu. Tačnije, nije više dovoljno biti otac, već je potrebno i vršiti, konzumirati roditeljsko pravo u odnosu na svoju decu. Ovu pretpostavka se potvrđuje i u praksi ESLJP, koji zahteva za postojanje prava na poštovanje porodičnog života i socijalni element između oca i deteta, a ne samo biološku, krvnu vezu. Da bi se utvrdilo postojanje porodičnog života između oca i deteta potrebno je da otac ostvaruje lični odnos sa detetom (voljni ili faktički element).

Složenost savremenih shvatanja o ulozi oca. – Susretanje savremenih i tradicionalnih porodičnih obrazaca dovelo je do mešanja izvesnih karakteristika vezanih za određene članove porodice. Za razliku od nekadašnjih monolitnih poimanja, imamo složenost savremenih shvatanja funkcije oca, i to kao: oca izazivača socijalnih problema, oca uzročnika nasilja u porodici, oca nosioca određenih prava, oca diskriminisanog u vršenju roditeljskog prava, oca nosioca i tradicionalnih i savremenih funkcija roditeljskog prava.[43] Pomeranje, tj. evolucija društvenog shvatanja funkcije oca ima svoje posledice i na pravnom terenu. Od shvatanja oca kao „dužnika" davanja materijalnih dobara, skala je pomerena ka njegovim emotivnim potrebama, što se manifestuje u akcentu porodičnih normi na lična prava oca u odnosu na decu i *vice versa* (vršenje roditeljskog prava, održavanje ličnih odnosa, virtuelni kontakt).

Funkcija majke

Tokom XIX i XX veka zapadne demokratske države otpočele su sa procesom garantovanja jednakih prava ženama kada je reč o razvodu braka, podeli bračne imovine, vršenju roditeljskog prava. Takva tendencija prisutna je ne samo u Evropi

Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 88. Broj očeva koji ostaju kod kuće sa decom povećao se za 25% u poslednjih deset godina, Andrea Doucet, „'It's Just Not Good for a Man to be Interested in Other People's Children': Fathers, Public Displays of Care and 'Relevant Others'", *Displaying Families* (ed. Esther Dermott, Julie Seymour), London, 2011, 84.

41 J. Wallbank (2010), op. cit., 115; Patrick Parkinson, „The Past Caretaking Standard in Comparative Perspective", *Reconceiving the Family* (ed. Robin Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 467.

42 Bob Simpson, Julie Jessop, Peter McCarthy, „Fathers after Divorce", *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare* (ed. Andrew Bainham, Bridget Lindley, Martin Richards, Liz Trindrer), Oxford, 2003, 203.

43 R. Collier (2010), op. cit., 133.

дететом.[223] Ипак, законодавство и даље види оца кроз економски аспект, као неког ко примарно обезбеђује материјална средства.[224] Оно што је евидентно у савремено доба је да се очинство помера од статусног ка функционалном приступу. Тачније, није више довољно бити отац, већ је потребно и вршити, конзумирати родитељско право у односу на своју децу. Ову претпоставку ћемо потврдити у Глави III - Порекло детета, где се види да ЕСЉП захтева за постојање права на поштовање породичног живота и социјални елемент између оца и детета, а не само биолошку, крвну везу. Да би се утврдило постојање породичног живота између оца и детета потребно је да отац остварује однос са дететом (вољни или фактички елемент).

6.4.1. Сложеност савремених схватања о улози очева

Сусретање савремених и традиционалних породичних образаца довело је до мешања извесних карактеристика везаних за одређене чланове породице. За разлику од некадашњих монолитних поимања, имамо сложеност савремених схватања функције оца, и то као: оца изазивача социјалних проблема, оца узрочника насиља у породици, оца носиоца одређених права, оца дискриминисаног у вршењу родитељског права, оца носиоца и традиционалних и савремених функција родитељског права.[225] Померање друштеног схватања функције оца има своје последице и на правном терену. Од схватања оца као „дужника" давања материјалних добара, скала је померена ка његовим емотивним потребама, што се манифестује у акценту породичних норми на лична права оца у односу на децу и *vice versa* (вршење родитељског права, одржавање личних односа, контакт).

223 J. Wallbank, (En)Gendering the Fusion of Rights and Responsibilities in the Law of Contact, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 115; P. Parkinson, The past Caretaking Standard in Comparative Perspective, у: R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 467.

224 B. Simpson, J. Jessop, P. McCarthy, Fathers after Divorce, у Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Oxford, 2003, стр. 203.

225 R. Collier, Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinging the Relationship Between Gender and Welfare, Rights, Gender, and Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender and Family Law, New York, 2010, стр. 133.

Očevi koji plaćaju izdržavanje za dete zastupaju stav da ispunjavanjem ove svoje obaveze oni svedoče da su odgovorni očevi, te da im treba omogućiti veće učešće u vaspitnom procesu, posebno kroz povećanje vremena koje provode sa detetom.[41] Ipak, zakonodavstvo i dalje vidi oca kroz ekonomski aspekt, kao nekog ko primarno obezbeđuje materijalna sredstva.[42] Ono što je evidentno u savremeno doba, jeste da se očinstvo pomera od statusnog ka funkcionalnom pristupu. Tačnije, nije više dovoljno biti otac, već je potrebno i vršiti, konzumirati roditeljsko pravo u odnosu na svoju decu. Ovu pretpostavka se potvrđuje i u praksi ESLJP, koji zahteva za postojanje prava na poštovanje porodičnog života i socijalni element između oca i deteta, a ne samo biološku, krvnu vezu. Da bi se utvrdilo postojanje porodičnog života između oca i deteta potrebno je da otac ostvaruje lični odnos sa detetom (voljni ili faktički element).

Složenost savremenih shvatanja o ulozi oca. – Susretanje savremenih i tradicionalnih porodičnih obrazaca dovelo je do mešanja izvesnih karakteristika vezanih za određene članove porodice. Za razliku od nekadašnjih monolitnih poimanja, imamo složenost savremenih shvatanja funkcije oca, i to kao: oca izazivača socijalnih problema, oca uzročnika nasilja u porodici, oca nosioca određenih prava, oca diskriminisanog u vršenju roditeljskog prava, oca nosioca i tradicionalnih i savremenih funkcija roditeljskog prava.[43] Pomeranje, tj. evolucija društvenog shvatanja funkcije oca ima svoje posledice i na pravnom terenu. Od shvatanja oca kao „dužnika" davanja materijalnih dobara, skala je pomerena ka njegovim emotivnim potrebama, što se manifestuje u akcentu porodičnih normi na lična prava oca u odnosu na decu i *vice versa* (vršenje roditeljskog prava, održavanje ličnih odnosa, virtuelni kontakt).

Funkcija majke

Tokom XIX i XX veka zapadne demokratske države otpočele su sa procesom garantovanja jednakih prava ženama kada je reč o razvodu braka, podeli bračne imovine, vršenju roditeljskog prava. Takva tendencija prisutna je ne samo u Evropi

Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 88. Broj očeva koji ostaju kod kuće sa decom povećao se za 25% u poslednjih deset godina, Andrea Doucet, „'It's Just Not Good for a Man to be Interested in Other People's Children': Fathers, Public Displays of Care and 'Relevant Others'", *Displaying Families* (ed. Esther Dermott, Julie Seymour), London, 2011, 84.

[41] J. Wallbank (2010), op. cit., 115; Patrick Parkinson, „The Past Caretaking Standard in Comparative Perspective", *Reconceiving the Family* (ed. Robin Fretwell Wilson), Cambridge, 2006, 467.

[42] Bob Simpson, Julie Jessop, Peter McCarthy, „Fathers after Divorce", *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare* (ed. Andrew Bainham, Bridget Lindley, Martin Richards, Liz Trindrer), Oxford, 2003, 203.

[43] R. Collier (2010), op. cit., 133.

6.5. Функција мајке

Током XIX и XX века западне демократске државе отпочеле су са процесом гарантовања једнаких права женама када је реч о разводу брака, подели брачне имовине, вршењу родитељског права. Таква тенденција присутна је не само у Европи већ и у земљама Далеког истока.[226] Материнство је схваћено као обезбеђивање подршке и неге зависним члановима породице, посебно деци.[227] Бројна истраживања потврђују интензитет везе мајке и детета, посебно у раној фази развоја детета.[228] Истицање одговорности мајке за лоше, девијантно понашање детета, последица је схватања да је мајка примарно задужена за негу детета.[229] Тако, у случајевима емотивног занемаривања детета, мајке се чешће јављају као родитељи који то чине, с обзиром на то да се мајке схватају као примарно одговорне за бригу и заштиту детета.[230] Упркос томе што се тежи да се родитељство полно неутрализује, тешко је одбити тезу да је вршење родитељских улога полно одређено, тако да мајке у већој мери (п)остају одговорне за негу и заштиту деце.[231]

[226] За Јапан видети, F. Isono, The Evolution of Modern Family Law in Japan, International Journal of Law Policy and the Family, Vol. 2 Num. 2, October 1988, стр. 183; О заштити деце у Јапану, A. Harada, The Japanese Child Protection System: Developments in the Laws and the Issues Left Unsolved, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 219; За развод брака у корејском праву, H. Park, J. M. Raymo, Divorce in Koreya: Trends and Educational Differentials, Journal of marriage and Family, 75/2013, стр. 110-126. О развоју породичног права, након реформи у Кини, D. C. Buxbaum, Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective, Hague, 1968, стр. 165.

[227] P. Curk, Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psyhoanalitic Account of Relational Responsibility, y C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 58.

[228] Разликују се четири фазе у процесу везивања детета за мајку (након рођења детета): 1) од прве до шесте недеље живота (развијање осећаја непосредне блискости помоћу хватања, смејања, плакања); 2) од шесте недеље до шестог месеца (дете одваја породицу од страних особа и показује опрезност према непознатима); 3) од шестог до двадесетчетвртог месеца (показује јаку повезаност са примарним пружаоцем неге); 4) након две године старости (схвата рутину пружаоца неге), C. Huges, Making and Breaking Relationships: Children and Their Families, y Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Oxford, 2003, стр. 35.

[229] J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, u R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 299.

[230] F. Kaganas, Child protection, gender and rights, J.Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender and Family Law, New York, 2010, стр. 67.

[231] J. Wallbank, (En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 94; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 127; О томе да се у савремено доба мало тога променило када се посматра некадашња подела улога, S. B. Boyd, "Marriage is more than just a

već i u zemljama Dalekog istoka.[44] Materinstvo je shvaćeno kao obezbeđivanje podrške i nege zavisnim članovima porodice, posebno deci.[45] Brojna istraživanja potvrđuju intenzitet veze majke i deteta, posebno u ranoj fazi razvoja deteta.[46] Isticanje odgovornosti majke za loše, devijantno ponašanje deteta, posledica je shvatanja da je majka primarno zadužena za negu deteta.[47] Tako, u slučajevima emotivnog zanemarivanja deteta, majke se češće javljaju kao roditelji koji to čine, s obzirom na to da se majke shvataju kao primarno odgovorne za brigu i zaštitu deteta.[48] Uprkos tome što se teži da se roditeljstvo polno neutralizuje, teško je odbiti tezu da je vršenje roditeljskih uloga polno određeno, tako da majke u većoj meri (p)ostaju odgovorne za negu i zaštitu dece.[49]

U savremeno doba, sa povećanjem i ravnopravnim učešćem žena u radnom procesu, njihova funkcija kao majke postaje još odgovornija.[50] Pored ravnopravnog učešća na tržištu rada sa muškarcima, od majke se očekuje nesmanjeni interes

[44] Za Japan v. Fujiko Isono, „The Evolution of Modern Family Law in Japan", *International Journal of Law Policy and the Family*, No. 2, Vol. 2 October 1988, 183; O zaštiti dece u Japanu, Ayako Harada, „The Japanese Child Protection System: Developments in the Laws and the Issues Left Unsolved", *The International Survey of Family Law* 2010 edition, Bristol, 2010, 219; Za razvod braka u korejskom pravu, Hyunjoon Park, James M. Raymo, „Divorce in Koreya: Trends and Educational Differentials", *Journal of Marriage and Family*, Vol. 75, 2013, 110–126. O razvoju porodičnog prava, nakon reformi u Kini, David C. Buxbaum, *Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective*, Hague, 1968, 165.

[45] P. Curk, op. cit., 58.

[46] Razlikuju se četiri faze u procesu vezivanja deteta za majku (nakon rođenja deteta): 1) od 1. do 6. nedelje života (razvijanje osećaja neposredne bliskosti pomoću hvatanja, smejanja, plakanja); 2) od šeste nedelje do šestog meseca (dete odvaja porodicu od stranih osoba i pokazuje opreznost prema nepoznatima); 3) od šestog do dvadesetčetvrtog meseca (pokazuje jaku povezanost sa primarnim pružaocem nege); 4) nakon dve godine starosti (shvata rutinu pružaoca nege). Claire Huges, „Making and Breaking Relationships: Children and Their Families", *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare* (ed. Anrew Bainham, Bridget Lindley, Martin Richards, Liz Trindrer), Oxford, 2003, 35.

[47] J. Wallbank (2009), op. cit., 299.

[48] Felicity Kaganas, „Child protection, gender and rights", *Rights, Gender and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 67.

[49] J. Wallbank (2010), op. cit., 94; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, op. cit., 127; O tome da se u savremeno doba malo toga promenilo kada se posmatra nekadašnja podela uloga, Susan B. Boyd, „'Marriage is more than just a piece of paper': Feminist Critiques of Same sex Marriage", *National Taiwan University Law Review*, No. 2, Vol. 8, Taipei, September 2013, 276.

[50] Majke su roditelji koji u najvećem broju slučajeva uzimaju bolovanje da bi se starale o bolesnoj deci, čak i slučaju kada zarađuju isto koliko i njihovi partneri. Uprkos promeni uloga u procesu učešća na tržištu rada, majke su te koje provode duplo više vremena u kućnim poslovima nego njihovi supružnici. O tome, J. Wallbank (2010), op. cit., 107.

6.5. Функција мајке

Током XIX и XX века западне демократске државе отпочеле су са процесом гарантовања једнаких права женама када је реч о разводу брака, подели брачне имовине, вршењу родитељског права. Таква тенденција присутна је не само у Европи већ и у земљама Далеког истока.[226] Материнство је схваћено као обезбеђивање подршке и неге зависним члановима породице, посебно деци.[227] Бројна истраживања потврђују интензитет везе мајке и детета, посебно у раној фази развоја детета.[228] Истицање одговорности мајке за лоше, девијантно понашање детета, последица је схватања да је мајка примарно задужена за негу детета.[229] Тако, у случајевима емотивног занемаривања детета, мајке се чешће јављају као родитељи који то чине, с обзиром на то да се мајке схватају као примарно одговорне за бригу и заштиту детета.[230] Упркос томе што се тежи да се родитељство полно неутрализује, тешко је одбити тезу да је вршење родитељских улога полно одређено, тако да мајке у већој мери (п)остају одговорне за негу и заштиту деце.[231]

[226] За Јапан видети, F. Isono, The Evolution of Modern Family Law in Japan, International Journal of Law Policy and the Family, Vol. 2 Num. 2, October 1988, стр. 183; О заштити деце у Јапану, A. Harada, The Japanese Child Protection System: Developments in the Laws and the Issues Left Unsolved, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 219; За развод брака у корејском праву, H. Park, J. M. Raymo, Divorce in Koreya: Trends and Educational Differentials, Journal of marriage and Family, 75/2013, стр. 110-126. О развоју породичног права, након реформи у Кини, D. C. Buxbaum, Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective, Hague, 1968, стр. 165.

[227] P. Curk, Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psyhoanalitic Account of Relational Responsibility, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 58.

[228] Разликују се четири фазе у процесу везивања детета за мајку (након рођења детета): 1) од прве до шесте недеље живота (развијање осећаја непосредне блискости помоћу хватања, смејања, плакања); 2) од шесте недеље до шестог месеца (дете одваја породицу од страних особа и показује опрезност према непознатима); 3) од шестог до двадесетчетвртог месеца (показује јаку повезаност са примарним пружаоцем неге); 4) након две године старости (схвата рутину пружаоца неге), C. Huges, Making and Breaking Relationships: Children and Their Families, у Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Oxford, 2003, стр. 35.

[229] J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, u R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 299.

[230] F. Kaganas, Child protection, gender and rights, J.Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender and Family Law, New York, 2010, стр. 67.

[231] J. Wallbank, (En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 94; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 127; О томе да се у савремено доба мало тога променило када се посматра некадашња подела улога, S. B. Boyd, "Marriage is more than just a

već i u zemljama Dalekog istoka.[44] Materinstvo je shvaćeno kao obezbeđivanje podrške i nege zavisnim članovima porodice, posebno deci.[45] Brojna istraživanja potvrđuju intenzitet veze majke i deteta, posebno u ranoj fazi razvoja deteta.[46] Isticanje odgovornosti majke za loše, devijantno ponašanje deteta, posledica je shvatanja da je majka primarno zadužena za negu deteta.[47] Tako, u slučajevima emotivnog zanemarivanja deteta, majke se češće javljaju kao roditelji koji to čine, s obzirom na to da se majke shvataju kao primarno odgovorne za brigu i zaštitu deteta.[48] Uprkos tome što se teži da se roditeljstvo polno neutralizuje, teško je odbiti tezu da je vršenje roditeljskih uloga polno određeno, tako da majke u većoj meri (p)ostaju odgovorne za negu i zaštitu dece.[49]

U savremeno doba, sa povećanjem i ravnopravnim učešćem žena u radnom procesu, njihova funkcija kao majke postaje još odgovornija.[50] Pored ravnopravnog učešća na tržištu rada sa muškarcima, od majke se očekuje nesmanjeni interes

[44] Za Japan v. Fujiko Isono, „The Evolution of Modern Family Law in Japan", *International Journal of Law Policy and the Family*, No. 2, Vol. 2 October 1988, 183; O zaštiti dece u Japanu, Ayako Harada, „The Japanese Child Protection System: Developments in the Laws and the Issues Left Unsolved", *The International Survey of Family Law* 2010 edition, Bristol, 2010, 219; Za razvod braka u korejskom pravu, Hyunjoon Park, James M. Raymo, „Divorce in Koreya: Trends and Educational Differentials", *Journal of Marriage and Family*, Vol. 75, 2013, 110–126. O razvoju porodičnog prava, nakon reformi u Kini, David C. Buxbaum, *Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective*, Hague, 1968, 165.

[45] P. Curk, op. cit., 58.

[46] Razlikuju se četiri faze u procesu vezivanja deteta za majku (nakon rođenja deteta): 1) od 1. do 6. nedelje života (razvijanje osećaja neposredne bliskosti pomoću hvatanja, smejanja, plakanja); 2) od šeste nedelje do šestog meseca (dete odvaja porodicu od stranih osoba i pokazuje opreznost prema nepoznatima); 3) od šestog do dvadesetčetvrtog meseca (pokazuje jaku povezanost sa primarnim pružaocem nege); 4) nakon dve godine starosti (shvata rutinu pružaoca nege). Claire Huges, „Making and Breaking Relationships: Children and Their Families", *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare* (ed. Anrew Bainham, Bridget Lindley, Martin Richards, Liz Trindrer), Oxford, 2003, 35.

[47] J. Wallbank (2009), op. cit., 299.

[48] Felicity Kaganas, „Child protection, gender and rights", *Rights, Gender and Family Law* (ed. Julie Wallbank, Shazia Choudhry, Jonathan Herring), New York, 2010, 67.

[49] J. Wallbank (2010), op. cit., 94; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, op. cit., 127; O tome da se u savremeno doba malo toga promenilo kada se posmatra nekadašnja podela uloga, Susan B. Boyd, „'Marriage is more than just a piece of paper': Feminist Critiques of Same sex Marriage", *National Taiwan University Law Review*, No. 2, Vol. 8, Taipei, September 2013, 276.

[50] Majke su roditelji koji u najvećem broju slučajeva uzimaju bolovanje da bi se starale o bolesnoj deci, čak i slučaju kada zarađuju isto koliko i njihovi partneri. Uprkos promeni uloga u procesu učešća na tržištu rada, majke su te koje provode duplo više vremena u kućnim poslovima nego njihovi supružnici. O tome, J. Wallbank (2010), op. cit., 107.

У савремено доба, са повећањем и равноправним учешћем жена у радном процесу њихова улога мајки постаје још одговорнија.[232] Поред равноправног учешћа на тржишту рада са мушкарцима, од мајке се очекује несмањени интерес и одговорност за подизање деце.[233] Полна равноправност наметнула је још један додатни терет за мајке, упркос *prima faciae* другачијој слици у правним нормама.[234]

Равноправност жена и мушкараца на пољу учешћа у радном процесу, посебно у неолибералном друштвеном поретку има своје недостатке, с обзиром на то да се економска зависност самохраних мајки посматра као друштвена девијација.[235] Многи случајеви поводом досуђивања издржавања бившим супругама говоре да судови не узимају у обзир чињенице да се жена одрекла свог посла ради бриге о деци, да је бригом о деци и породици омогућила супругу да стекне материјална средства.[236]

6.6. Функције супружника

Питање сукоба функционалног и статусног приступа у решавању породичноправних односа поставља се као једно од суштинских у породичном праву.[237] Спорно је да ли испуњење свих функција одређеног института

piece of paper": Feminist Critiques of Same sex Marriage, National Taiwan University Law Review, Vol. 8, Num. 2, September 2013, Taipei, стр. 276.

[232] Мајке су родитељи који у највећем броју случајева узимају боловање да би се старале о болесној деци, чак и случају када зарађују исто колико и њихови партнери. Упркос промени улога у процесу учешћа на тржишту рада, мајке су те које проводе дупло више времена у кућним пословима него њихови супружници. О томе, J. Wallbank, (En)Gendering the Fusion of RIghts and Responsibilities in the Law of Contact, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 107.

[233] J. Herring, Why Financial Orders on Divorce Should be Unfair, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 19, 2005, стр.223; S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 269.

[234] J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 301.

[235] *Cross v Larsen,* (2006) BCSC 420.

[236] S. B. Boyd, C.L. Baldassi, Marriage of Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada, у A. Bottomley. S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 126. У случају *Cross v Larsen* (2006) BCSC 420, суд је нашао да је мајка двоје деце дужна да, иако се стара о њима, нађе стално запослење да би могла да их издржава.

[237] О томе и K. Standley, Cases and Materials on Family Law, London, 1997, стр. 23; J. Eekelaar, M. Maclean, Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 109; R. Probert, Cretney's Family Law, London, 2003, стр. 11.

i odgovornost za podizanje dece.[51] Polna ravnopravnost nametnula je još jedan dodatni teret za majke, uprkos *prima faciae* drugačijoj slici u pravnim normama.[52] Time se, posredno, od proklamovane ravnopravnosti i zabrane diskriminacije, došlo do dodatnog opterećenja i faktičke diskriminacije majki.

Ravnopravnost žena i muškaraca na polju učešća u radnom procesu, posebno u neoliberalnom društvenom poretku ima svoje nedostatke, s obzirom na to da se ekonomska zavisnost samohranih majki posmatra kao društvena devijacija. Mnogi slučajevi povodom dosuđivanja izdržavanja bivšim suprugama govore da sudovi ne uzimaju u obzir činjenice da se žena odrekla svog posla radi brige o deci, da je brigom o deci i porodici omogućila suprugu da stekne dodatna materijalna sredstva.[53]

Funkcije i status supružnika

Pitanje sukoba funkcionalnog i statusnog pristupa u rešavanju porodičnopravnih odnosa postavlja se kao jedno od suštinskih u porodičnom pravu.[54] Sporno je da li ispunjenje svih funkcija određenog instituta porodičnog prava pruža pravo na pravnu zaštitu? Uzmimo primer postojanja dva oblika zajednice života žene i muškarca. Sa jedne strane, brak koji je trajao određeno duže vreme, npr. 30 godina, u kome postoje zajednička deca i u kome je stečena zajednička imovina. Sa druge strane, ista takva zajednica žene i muškarca koja ne ispunjava predviđenu formu braka.[55] Neopravdano je praviti razliku u vrednovanju rada u navedenim primerima. Sud je u jednom slučaju smatrao da ako žena i muškarac imaju zajedničku decu, ako su u zajedničkom životu proveli nekoliko decenija, ako su se starali jedno o drugom tokom zajedničkog života, ako je žena pomagala muškarcu u obavljanju poslova vođenja zajedničkog domaćinstva, ako ga je negovala nekoliko poslednjih godina zajedničkog

[51] Jonathan Herring, „Why financial orders on divorce should be unfair", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 19, 2005, 223; Shazia Choudhry, Jonathan Herring (2010), op. cit., 269.

[52] J. Wallbank (2009), op. cit., 301.

[53] Susan B. Boyd, Cindy L. Baldassi, Marriage or Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada, u Anne Bottomley, Simone Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, 126. U slučaju *Cross v Larsen* (2006) BCSC 420, sud je našao da je majka dvoje dece dužna da, iako se stara o njima, nađe stalno zaposlenje da bi mogla da ih izdržava.

[54] O tome i Kate Standley, *Cases and Materials on Family Law*, London, 1997, 23; John Eekelaar, Mavis Maclean, „Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships", *Law and Families* (ed. Susan S. Boyd, Helen Rhoades), Ashgate, Hampshire, 2006, 109; R. Probert, op. cit., 11.

[55] Nekada se vremenski period od dve godine navodi kao neophodan za legitimisanje zajednice u kojoj postoji namera za posvećivanjem zajedničkim interesima, S. Wong, op. cit., 56.

У савремено доба, са повећањем и равноправним учешћем жена у радном процесу њихова улога мајки постаје још одговорнија.[232] Поред равноправног учешћа на тржишту рада са мушкарцима, од мајке се очекује несмањени интерес и одговорност за подизање деце.[233] Полна равноправност наметнула је још један додатни терет за мајке, упркос *prima faciae* другачијој слици у правним нормама.[234]

Равноправност жена и мушкараца на пољу учешћа у радном процесу, посебно у неолибералном друшвеном поретку има своје недостатке, с обзиром на то да се економска зависност самохраних мајки посматра као друштвена девијација.[235] Многи случајеви поводом досуђивања издржавања бившим супругама говоре да судови не узимају у обзир чињенице да се жена одрекла свог посла ради бриге о деци, да је бригом о деци и породици омогућила супругу да стекне материјална средства.[236]

6.6. Функције супружника

Питање сукоба функционалног и статусног приступа у решавању породичноправних односа поставља се као једно од суштинских у породичном праву.[237] Спорно је да ли испуњење свих функција одређеног института

piece of paper": Feminist Critiques of Same sex Marriage, National Taiwan University Law Review, Vol. 8, Num. 2, September 2013, Taipei, стр. 276.

[232] Мајке су родитељи који у највећем броју случајева узимају боловање да би се старале о болесној деци, чак и случају када зарађују исто колико и њихови партнери. Упркос промени улога у процесу учешћа на тржишту рада, мајке су те које проводе дупло више времена у кућним пословима него њихови супружници. О томе, J. Wallbank, (En)Gendering the Fusion of RIghts and Responsibilities in the Law of Contact, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 107.

[233] J. Herring, Why Financial Orders on Divorce Should be Unfair, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 19, 2005, стр.223; S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 269.

[234] J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 301.

[235] *Cross v Larsen,* (2006) BCSC 420.

[236] S. B. Boyd, C.L. Baldassi, Marriage of Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada, у A. Bottomley. S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 126. У случају *Cross v Larsen* (2006) BCSC 420, суд је нашао да је мајка двоје деце дужна да, иако се стара о њима, нађе стално запослење да би могла да их издржава.

[237] О томе и K. Standley, Cases and Materials on Family Law, London, 1997, стр. 23; J. Eekelaar, M. Maclean, Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 109; R. Probert, Cretney's Family Law, London, 2003, стр. 11.

i odgovornost za podizanje dece.[51] Polna ravnopravnost nametnula je još jedan dodatni teret za majke, uprkos *prima faciae* drugačijoj slici u pravnim normama.[52] Time se, posredno, od proklamovane ravnopravnosti i zabrane diskriminacije, došlo do dodatnog opterećenja i faktičke diskriminacije majki.

Ravnopravnost žena i muškaraca na polju učešća u radnom procesu, posebno u neoliberalnom društvenom poretku ima svoje nedostatke, s obzirom na to da se ekonomska zavisnost samohranih majki posmatra kao društvena devijacija. Mnogi slučajevi povodom dosuđivanja izdržavanja bivšim suprugama govore da sudovi ne uzimaju u obzir činjenice da se žena odrekla svog posla radi brige o deci, da je brigom o deci i porodici omogućila suprugu da stekne dodatna materijalna sredstva.[53]

Funkcije i status supružnika

Pitanje sukoba funkcionalnog i statusnog pristupa u rešavanju porodičnopravnih odnosa postavlja se kao jedno od suštinskih u porodičnom pravu.[54] Sporno je da li ispunjenje svih funkcija određenog instituta porodičnog prava pruža pravo na pravnu zaštitu? Uzmimo primer postojanja dva oblika zajednice života žene i muškarca. Sa jedne strane, brak koji je trajao određeno duže vreme, npr. 30 godina, u kome postoje zajednička deca i u kome je stečena zajednička imovina. Sa druge strane, ista takva zajednica žene i muškarca koja ne ispunjava predviđenu formu braka.[55] Neopravdano je praviti razliku u vrednovanju rada u navedenim primerima. Sud je u jednom slučaju smatrao da ako žena i muškarac imaju zajedničku decu, ako su u zajedničkom životu proveli nekoliko decenija, ako su se starali jedno o drugom tokom zajedničkog života, ako je žena pomagala muškarcu u obavljanju poslova vođenja zajedničkog domaćinstva, ako ga je negovala nekoliko poslednjih godina zajedničkog

[51] Jonathan Herring, „Why financial orders on divorce should be unfair", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 19, 2005, 223; Shazia Choudhry, Jonathan Herring (2010), op. cit., 269.

[52] J. Wallbank (2009), op. cit., 301.

[53] Susan B. Boyd, Cindy L. Baldassi, Marriage or Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada, u Anne Bottomley, Simone Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, 126. U slučaju *Cross v Larsen* (2006) BCSC 420, sud je našao da je majka dvoje dece dužna da, iako se stara o njima, nađe stalno zaposlenje da bi mogla da ih izdržava.

[54] O tome i Kate Standley, *Cases and Materials on Family Law*, London, 1997, 23; John Eekelaar, Mavis Maclean, „Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships", *Law and Families* (ed. Susan S. Boyd, Helen Rhoades), Ashgate, Hampshire, 2006, 109; R. Probert, op. cit., 11.

[55] Nekada se vremenski period od dve godine navodi kao neophodan za legitimisanje zajednice u kojoj postoji namera za posvećivanjem zajedničkim interesima, S. Wong, op. cit., 56.

породичног права пружа право на правну заштиту? Узмимо пример постојања два облика заједнице живота жене и мушкарца. Са једне стране, брак који је трајао одређено дуже време, нпр. 30 година, у коме постоје заједничка деца и у коме је стечена заједничка имовина. Са друге стране, иста таква заједница жене и мушкарца која не испуњава предвиђену форму брака.[238] Суд је у једном случају сматрао да ако жена и мушкарац имају заједничку децу, ако су у заједничком животу провели неколико деценија, ако су се старали једно о другом током заједничког живота, ако је жена помагала мушкарцу у обављању послова вођења заједничког домаћинства, ако га је неговала неколико последњих година заједничког живота, оправдано је да јој буду призната права која произлазе из таквог фактичког, функционалног приступа, без обзира на то да ли тај однос испуњава извесну форму, нпр. форму брака. Ако је улога породичног права да у складу са врховним начелом правичности штити субјекте који су зависни, оправдано је да не постоји разлика у признању права особа из обе неведене заједнице.[239] Оваквом аргументацијом функционални приступ заузима, ако не доминантну, онда равноправну улогу са статусним приступом. Наведени сукоб функционалног и статусног (формалног) приступа, биће приказан и у оквиру других института породичног права (родитељства, материнства, очинства), посебно разматран кроз пресуде ЕСЉП.

6.6.1. Заједнички живот супружника

Питање заједничког живота супружника, као једног од конститутивних елемената брака, традиционално се није се постављало као спорно. Заједница живота не подразумева нужно и заједнички живот (пример када један супружник живи и ради у другом месту од места пребивалишта свог супружника). Постојање вољног елемента заједнице живота на страни оба супружника и поред непостојања заједничког живота не поставља питање пуноважности брака. Савремени начин живота, посебно у земљама „западне културне цивилизације"

[238] Временски период од две године наводи се као неопходан за легитимисање заједнице у којој постоји намера за посвећивањем заједничким интересима, S Wong, Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution, у A. Bottomley. S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 56.

[239] *Volks v Robinson* (2005 (5) BCLR 446 (CC)).

života, opravdano je da joj budu priznata prava koja proizlaze iz takvog faktičkog, funkcionalnog pristupa, bez obzira na to da li taj odnos ispunjava izvesnu formu, npr. formu braka. Ako je uloga porodičnog prava da u skladu sa vrhovnim načelom pravičnosti štiti subjekte koji su zavisni, opravdano je da ne postoji razlika u priznanju prava osoba iz obe navedene zajednice.[56] Ovakvom argumentacijom funkcionalni pristup zauzima, ako ne dominantnu, onda ravnopravnu ulogu sa statusnim pristupom. Navedeni sukob funkcionalnog i statusnog (formalnog) pristupa, postoji i u okviru drugih instituta porodičnog prava (roditeljstva, materinstva, očinstva).

Zajednički život supružnika. – Pitanje zajedničkog života supružnika, kao jednog od konstitutivnih elemenata braka, tradicionalno se nije se postavljalo kao sporno. Zajednica života ne podrazumeva nužno i zajednički život (primer kada jedan supružnik živi i radi u drugom mestu od mesta prebivališta svog supružnika). Nasuprot pojma vanbračne zajednice kod koje je zajednički život vanbračnih partnera *condictio sine qua non*. Postojanje voljnog elementa za uspostavljanje zajednice života na strani oba supružnika i pored nepostojanja zajedničkog života ne povlači pitanje punovažnosti braka. Savremeni način života, posebno u zemljama zapadne kulturne civilizacije dovodi do novih obrazaca zajednice života u braku. Tako, porodičnopravna teorija sve više pažnje posvećuje zajednicama u kojima supružnici „žive zajednički odvojeno" (poznatije kao *LAT* ili „*living apart together*").[57] Tako, supružnici imaju dva doma, svaki svoj, a „žive" zajedno.[58] Jedan od konstitutivnih elemenata braka, kao i vanbračne zajednice – zajednički život, dovodi se u pitanje. „Živeti zajedno odvojeno" predstavlja *contradictio in adiecto*. Ako se u nekim slučajevima (zaposlenje u drugom gradu, državi) smatra opravdanim da odvojen život supružnika ne povlači odsustvo zajednice života, u slučaju *LAT* ne postoji voljni momenat za zajedničkim životom. Nikako se ne možemo složiti da je u ovim zajednicama ispunjen uslov namere ostvarivanja zajednice života kao konstitutivnog elementa zajedničkog života i braka. Iako retki i ekstremni primeri, *LAT* zajednice govore o opasnostima koje savremeni modeli mogu doneti u porodične odnose i institute poput braka i vanbračne zajednice.

Takođe, upoređujući ove zajednice sa vanbračnim zajednicama, pokazuje se da konstitutivni element vanbračne zajednice, usled odsustva forme, predstavlja upravo namera stvaranja zajednice života, manifestovana kroz zajedničko mesto

[56] *Volks v Robinson* (2005 (5) BCLR 446 (CC)).

[57] V. Irene Levin, „Living Apart Together: A New Family Form", *Current Sociology*, No. 52, March 2004, 223.

[58] Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman, „Taking Family Responsibility or Having It Emposed?", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family* (ed. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Ashgate, 2011, 2; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, op. cit., 2.

породичног права пружа право на правну заштиту? Узмимо пример постојања два облика заједнице живота жене и мушкарца. Са једне стране, брак који је трајао одређено дуже време, нпр. 30 година, у коме постоје заједничка деца и у коме је стечена заједничка имовина. Са друге стране, иста таква заједница жене и мушкарца која не испуњава предвиђену форму брака.[238] Суд је у једном случају сматрао да ако жена и мушкарац имају заједничку децу, ако су у заједничком животу провели неколико деценија, ако су се старали једно о другом током заједничког живота, ако је жена помагала мушкарцу у обављању послова вођења заједничког домаћинства, ако га је неговала неколико последњих година заједничког живота, оправдано је да јој буду призната права која произлазе из таквог фактичког, функционалног приступа, без обзира на то да ли тај однос испуњава извесну форму, нпр. форму брака. Ако је улога породичног права да у складу са врховним начелом правичности штити субјекте који су зависни, оправдано је да не постоји разлика у признању права особа из обе неведене заједнице.[239] Оваквом аргументацијом функционални приступ заузима, ако не доминантну, онда равноправну улогу са статусним приступом. Наведени сукоб функционалног и статусног (формалног) приступа, биће приказан и у оквиру других института породичног права (родитељства, материнства, очинства), посебно разматран кроз пресуде ЕСЉП.

6.6.1. Заједнички живот супружника

Питање заједничког живота супружника, као једног од конститутивних елемената брака, традиционално се није се постављало као спорно. Заједница живота не подразумева нужно и заједнички живот (пример када један супружник живи и ради у другом месту од места пребивалишта свог супружника). Постојање вољног елемента заједнице живота на страни оба супружника и поред непостојања заједничког живота не поставља питање пуноважности брака. Савремени начин живота, посебно у земљама „западне културне цивилизације"

[238] Временски период од две године наводи се као неопходан за легитимисање заједнице у којој постоји намера за посвећивањем заједничким интересима, S Wong, Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution, у A. Bottomley. S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 56.

[239] *Volks v Robinson* (2005 (5) BCLR 446 (CC)).

života, opravdano je da joj budu priznata prava koja proizlaze iz takvog faktičkog, funkcionalnog pristupa, bez obzira na to da li taj odnos ispunjava izvesnu formu, npr. formu braka. Ako je uloga porodičnog prava da u skladu sa vrhovnim načelom pravičnosti štiti subjekte koji su zavisni, opravdano je da ne postoji razlika u priznanju prava osoba iz obe navedene zajednice.[56] Ovakvom argumentacijom funkcionalni pristup zauzima, ako ne dominantnu, onda ravnopravnu ulogu sa statusnim pristupom. Navedeni sukob funkcionalnog i statusnog (formalnog) pristupa, postoji i u okviru drugih instituta porodičnog prava (roditeljstva, materinstva, očinstva).

Zajednički život supružnika. – Pitanje zajedničkog života supružnika, kao jednog od konstitutivnih elemenata braka, tradicionalno se nije se postavljalo kao sporno. Zajednica života ne podrazumeva nužno i zajednički život (primer kada jedan supružnik živi i radi u drugom mestu od mesta prebivališta svog supružnika). Nasuprot pojma vanbračne zajednice kod koje je zajednički život vanbračnih partnera *condictio sine qua non*. Postojanje voljnog elementa za uspostavljanje zajednice života na strani oba supružnika i pored nepostojanja zajedničkog života ne povlači pitanje punovažnosti braka. Savremeni način života, posebno u zemljama zapadne kulturne civilizacije dovodi do novih obrazaca zajednice života u braku. Tako, porodičnopravna teorija sve više pažnje posvećuje zajednicama u kojima supružnici „žive zajednički odvojeno" (poznatije kao *LAT* ili „*living apart together*").[57] Tako, supružnici imaju dva doma, svaki svoj, a „žive" zajedno.[58] Jedan od konstitutivnih elemenata braka, kao i vanbračne zajednice – zajednički život, dovodi se u pitanje. „Živeti zajedno odvojeno" predstavlja *contradictio in adiecto*. Ako se u nekim slučajevima (zaposlenje u drugom gradu, državi) smatra opravdanim da odvojen život supružnika ne povlači odsustvo zajednice života, u slučaju *LAT* ne postoji voljni momenat za zajedničkim životom. Nikako se ne možemo složiti da je u ovim zajednicama ispunjen uslov namere ostvarivanja zajednice života kao konstitutivnog elementa zajedničkog života i braka. Iako retki i ekstremni primeri, *LAT* zajednice govore o opasnostima koje savremeni modeli mogu doneti u porodične odnose i institute poput braka i vanbračne zajednice.

Takođe, upoređujući ove zajednice sa vanbračnim zajednicama, pokazuje se da konstitutivni element vanbračne zajednice, usled odsustva forme, predstavlja upravo namera stvaranja zajednice života, manifestovana kroz zajedničko mesto

[56] *Volks v Robinson* (2005 (5) BCLR 446 (CC)).

[57] V. Irene Levin, „Living Apart Together: A New Family Form", *Current Sociology*, No. 52, March 2004, 223.

[58] Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman, „Taking Family Responsibility or Having It Emposed?", *Taking Responsibility, Law and The Changing Family* (ed. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Ashgate, 2011, 2; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, op. cit., 2.

доводи до нових образаца заједнице живота у браку. Тако, породичноправна теорија све више пажње посвећује заједницама у којима супружници „живе заједнички одвојено" (познатије као *LAT* или „*living apart together*").[240] Тако, супружници имају два дома, сваки свој, а „живе" заједно.[241] Један од конститутивних елемената брака, као и ванбрачне заједнице - заједнички живот, доводи се у питање. „Живети заједно одвојено" представља *contradictio in adiecto*. Ако се у неким случајевима (запослење у другом граду, држави) сматра оправданим да одвојен живот супружника не повлачи одсуство заједнице живота, у случају *LAT* не постоји вољни моменат за заједничким животом. Никако се не можемо сложити да је у овим заједницама испуњен услов намере остваривања заједнице живота као конститутивног елемента брака.

Такође, упоређујући ове заједнице са ванбрачним заједницама, показује се да конститутивни елемент ванбрачне заједнице, услед одсуства форме, представља управо намера стварања заједнице живота, манифестована кроз заједничко место становања, заједнички живот.[242] Без заједничког живота, и поред постојања намере, није могуће правно признање ванбрачне заједнице.

7. Породични живот и породичне вредности

7.1. Право на поштовање породичног живота и породичне вредности

Веза породичног права и права на поштовање породичног живота може се посматрати и из угла породичних вредности. Вредности породичног права

[240] Видети, I. Levin, "Living Apart Together: A New Family Form", Current Sociology, Num. 52, March 2004, стр. 223.

[241] C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Family Responsibility or Having It Emposed?, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 2; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 2.

[242] Питање дефинисања пребивалишта у светлу нових околности добија на значају. Европски суд правде сматра за пребивалиште "место у коме је особа настањена са намером трајнијег останка, место трајног и уобичајеног центра његових интереса". Видети пресуде Европског суда правде: ЕСП случај 13/71 *Angenieux and others v. Hakenberg* (1973) ECR 935, парар. 32; ЕСП случај C-297/89 *Rigsadvokaten v. Ryborg* (1989) ECR I-1943, парар. 19; ЕСП случај C-452/93 *Fernandez v. Commissio* (1994) ECR I-4295, парар. 22; ЕСП случај C-90/97 *Swaddling v. Adjudication Office* (1999) ECR I-1075, парар. 29; ЕСП случај C-372/02 *Adanez-Vega v. Bundesansalt fur Arbeit* (2004) ECR I-10761, парар. 37; ЕСП случај C-66/08 *Kozlowski* (2008) ECR I-06041, парар. 54.

stanovanja, zajednički život.[59] Bez zajedničkog života, i pored postojanja namere, nije moguće pravno priznanje vanbračne zajednice. *LAT* zajednice ne mogu biti regulisane niti poimane kao deo porodičnopravnih odnosa.

ZAKLJUČAK

Funkcije članova savremene porodice u znatnoj meri su izmenjene u odnosu na one u tradicionalnoj (nuklearnoj) porodici. U tradicionalnoj porodici majke su se starale o deci a očevi su bili odgovorni za pribavljanje materijalnih dobara. Sa nastalim promenama u porodičnim odnosima oličenim u zabrani diskriminacije, ravnopravnosti žene i muškarca, povećanom učešću žena na tržištu rada, majkama je postavljen dodatni teret u vidu ravnopravnog učešća u radnom procesu, pored i dalje postojećih obaveza prema deci (čuvanje, podizanje vaspitavanje). Ovo se posebno odnosi na jednoroditeljske porodice koje nastaju nakon razvoda braka i u kojima majke pretežno vrše roditeljsko pravo. Očevi u savremeno doba ističu potrebu da budu aktivniji učesnici u podizanju i vaspitavanju svoje dece. Promene u osnovnim funkcijama članova porodice, pre svega, majki i očeva, kao supružnika, dovele su do fenomena poznatog kao rat polova, koji je posledično doveo do povećanja stope razvoda braka.

Proces promena u savremenom društvu, oličen u ravnopravnosti supružnika i roditelja, emancipaciji žena, priznanju posebnih prava deteta, doveo je do pojave principa pravnog individualizma u porodičnom pravu, koji negira postojanje porodice kao celine i ističe primat pojedinca kao člana porodice i njegovih isključivih porodičnih prava. Nasuprot tome, nakon perioda priznanja posebnih porodičnih prava pojedinim članovima porodice (posebno ženama i deci), javlja se jedan drugi pristup, koji smatramo adekvatnijim u porodičnim odnosima – princip autonomije odnosa. Ovaj princip dovodi u ravnotežu nekadašnji sistem u kome se negirala individualnost člana porodice i isticao samo značaj porodice kao društvene grupe i savremeni individualistički pristup porodici. Autonomija odnosa ističe individualnost člana porodice kao pojedinca, individue, ali samo u okviru spleta međusobnih porodičnih relacija.

[59] Pitanje definisanja prebivališta u svetlu novih okolnosti dobija na značaju. Evropski sud pravde smatra za prebivalište „mesto u kome je osoba nastanjena sa namerom trajnijeg ostanka, mesto trajnog i uobičajenog centra njegovih interesa". V. presude Evropskog suda pravde: ESP slučaj 13/71 *Angenieux and others v. Hakenberg* (1973) ECR 935, parag. 32; ESP slučaj C-297/89 *Rigsadvokaten v. Ryborg* (1989) ECR I-1943, parag. 19; ESP slučaj C-452/93 *Fernandez v. Commissio* (1994) ECR I-4295, parag. 22; ESP slučaj C-90/97 *Swaddling v. Adjudication Office* (1999) ECR I-1075, parag. 29; ESP slučaj C-372/02 *Adanez-Vega v. Bundesansalt fur Arbeit* (2004) ECR I-10761, parag. 37; ESP slučaj C-66/08 *Kozlowski* (2008) ECR I-06041, para. 54.

доводи до нових образаца заједнице живота у браку. Тако, породичноправна теорија све више пажње посвећује заједницама у којима супружници „живе заједнички одвојено" (познатије као *LAT* или „*living apart together*").[240] Тако, супружници имају два дома, сваки свој, а „живе" заједно.[241] Један од конститутивних елемената брака, као и ванбрачне заједнице - заједнички живот, доводи се у питање. „Живети заједно одвојено" представља *contradictio in adiecto*. Ако се у неким случајевима (запослење у другом граду, држави) сматра оправданим да одвојен живот супружника не повлачи одсуство заједнице живота, у случају *LAT* не постоји вољни моменат за заједничким животом. Никако се не можемо сложити да је у овим заједницама испуњен услов намере остваривања заједнице живота као конститутивног елемента брака.

Такође, упоређујући ове заједнице са ванбрачним заједницама, показује се да конститутивни елемент ванбрачне заједнице, услед одсуства форме, представља управо намера стварања заједнице живота, манифестована кроз заједничко место становања, заједнички живот.[242] Без заједничког живота, и поред постојања намере, није могуће правно признање ванбрачне заједнице.

7. Породични живот и породичне вредности

7.1. Право на поштовање породичног живота и породичне вредности

Веза породичног права и права на поштовање породичног живота може се посматрати и из угла породичних вредности. Вредности породичног права

[240] Видети, I. Levin, "Living Apart Together: A New Family Form", Current Sociology, Num. 52, March 2004, стр. 223.
[241] C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Family Responsibility or Having It Emposed?, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 2; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 2.
[242] Питање дефинисања пребивалишта у светлу нових околности добија на значају. Европски суд правде сматра за пребивалиште "место у коме је особа настањена са намером трајнијег останка, место трајног и уобичајеног центра његових интереса". Видети пресуде Европског суда правде: ЕСП случај 13/71 *Angenieux and others v. Hakenberg* (1973) ECR 935, парар. 32; ЕСП случај C-297/89 *Rigsadvokaten v. Ryborg* (1989) ECR I-1943, парар. 19; ЕСП случај C-452/93 *Fernandez v. Commissio* (1994) ECR I-4295, парар. 22; ЕСП случај C-90/97 *Swaddling v. Adjudication Office* (1999) ECR I-1075, парар. 29; ЕСП случај C-372/02 *Adanez-Vega v. Bundesansalt fur Arbeit* (2004) ECR I-10761, парар. 37; ЕСП случај C-66/08 *Kozlowski* (2008) ECR I-06041, парар. 54.

*Prof. dr Uroš Novaković**

ANONIMNI POROĐAJ I „BEBI KUTIJE“ – PRAVO DETETA DA SAZNA POREKLO I(LI) PRAVO DETETA NA ŽIVOT

Apstrakt

Pravo na utvrđivanje identiteta je jedno od osnovnih prava svakog čoveka. Vekovna pretpostavka da je majka uvek poznata i da je majka uvek ona žena koja je rodila dete – Mater semper certa est, u savremeno doba stavlja se sve više pod znak pitanja. Anonimni porođaj podrazumeva životnu situaciju kada se trudna žena porađa u zdravstvenoj ustanovi i tom prilikom ne daje podatke o svom identitetu, a nakon toga dete ostaje u porodilištu i daje se socijalnoj službi koja ga smešta u hraniteljsku ili usvojiteljsku porodicu. Praksa „bebi kutija“ podrazumeva „ublaženi“ sistem anonimnog porođaja, stoga što žena ostavlja izvesne podatke o sebi, detetu ili široj porodici deteta, porađa se pod lažnim imenom, a dete ima zakonsko pravo da sazna neke podatke o svom poreklu kada odraste.

Osim Francuske, kao pionirske države, koja je inicirala uvođenje anonimnog porođaja, taj institut je predviđen i u Luksemburgu i Austriji. Praksa slična anonimnom porođaju postoji i u Belgiji, Češkoj, Nemačkoj, Danskoj, Italiji, Mađarskoj, Litvaniji, Letoniji, Poljskoj, Portugaliji, Rusiji, Slovačkoj i Švajcarskoj u vidu „bebi kutija“.

Anonimni porođaj je protivan članu 7. Konvencije o pravima deteta i pravu deteta da sazna svoje poreklo. Suprotno, Evropski sud za ljudska prava je u svojoj praksi priznao pravo žene na anonimni porođaj (Odievr protiv Francuske, Kearns protiv Francuske, Godelli protiv Italije). U anonimnom porođaju činjenica rođenja deteta nije dovoljna da obezbedi uspostavljanje pravne veze između majke i deteta. Odbijanje majke da prizna dete i vrši roditeljsko pravo delegitimiše je da u kasnijoj fazi života deteta traži zaštitu svog prava na poštovanje porodičnog života.

Pravi se razlika između anonimnog porođaja koji poznaje manji broj država i sistema „bebi kutija“ ili „bebi poklopaca“. Ne nalazimo da je opravdano rešenje klasičnog sistema anonimnog porođaja, prema kome dete nikada, čak ni u nekoj kasnijoj fazi života, kao odrasla osoba, neće moći da dobije podatke o svom poreklu. Čini nam se da je celishodno rešenje nemačkog i austrijskog prava, prema kome se žena porađa bez ostavljanja podataka o svom identitetu, ali uz obavezu da pruži izvesne podatke o sebi, detetu i ocu deteta.

Ključne reči: *Materinstvo. Dete. Anonimni porođaj. „Bebi kutije“. Pravo deteta na život. Pravo deteta na saznanje porekla. Usvojenje.*

* Dr Uroš Novaković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat naučnoistraživačkih aktivnosti koje podržava Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije.

Slovakia

by

Bronislava Pavelková
Docent, Pan-European University, Bratislava, Slovakia

This monograph has been reviewed by the Author and is up-to-date as of June 2025

2025

Wolters Kluwer

anonimna. Nemački Bundestag je 2013. godine usvojio zakon o poverljivom rođenju. Prilikom korišćenja prava na anonimni porođaj, pre bi se moglo reći poverljiv porođaj, majka se porađa pod pseudonimom, odnosno može da ostavi drugo ime i prezime prilikom rođenja deteta. Međutim, zapis o poreklu deteta (*Herkunftsnachweis*) kreira se i stavlja u zapečaćenu kovertu sa pseudonimom majke i mestom i datumom rođenja deteta. Kada navrši šesnaest godina, dete ima pravo na uvid u evidenciju matičnih knjiga u vezi sa svojim poreklom.[24] Majka može da uloži prigovor na to da dete može da sazna njen identitet. Ako majka to učini, dete, da bi saznalo svoje poreklo, treba da pokrene postupak pred porodičnim sudom koji će pokušati da pomiri, uravnoteži pravo deteta da sazna svoje genetsko poreklo sa interesom majke da zadrži svoju anonimnost.[25]

3.4. Slovačka

Slovačko porodično pravo zasniva se na starom rimskom zakonskom principu *Mater semper certa est, pater incertus*. Zakonodavstvo daje jasan odgovor na pitanje ko je majka deteta. Prema slovačkom zakonu, majkom deteta smatra se žena koja je rodila dete. Stoga je jasno da je princip da je materinstvo zasnovano na rođenju, a ne na činjenici od koje žene potiče jajna ćelija ili priznavanju majčine jednostrane izjave. Dakle, u slučaju spornog materinstva, uvek je potrebno dokazati da žena koja je upisana kao majka deteta ili žena koja je zaista rodila određeno dete toga dana, jeste majka deteta. Očinstvo je uvek zavisno od porekla majke. Ne može se utvrditi otac deteta dok se ne utvrdi majka deteta.[26]

Potpuno specifična situacija prilikom utvrđivanja materinstva javlja se u slučaju tzv. anonimnih porođaja. To je porođaj nakon kojeg majka ostavlja dete u bolnici, a njeni podaci nisu upisani u izvod iz matične knjige rođenih deteta. Podaci o porodilji su zatvoreni u koverti koja se čuva dva meseca u zdravstvenoj ustanovi. Za to vreme majka se može predomisliti u vezi sa otkrivanjem svog identiteta. Nakon isteka roka od dva meseca, koverta se šalje Ministarstvu zdravlja koje odlaže koverat u arhivu-depozit na čuvanje. Podaci u koverti nisu dostupni za dete ili bilo koju drugu osobu. Prava oca u tom postupku uopšte nisu zaštićena, čak ni ako je očinstvo utvđeno zakonom, na primer, ako je žena u toku rođenja deteta bila u braku, primenom pretpostavke *Pater is est quem nuptiae demostrant*. Pravila o utvrđivanju materinstva u slučaju anonimnog porođaja ne pominju se u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti i uslugama u vezi sa pružanjem zdravstvene zaštite. U tom zakonu se majkom smatra žena koja je rodila dete, kao i u Zakonu o imenu i prezimenu, koji kaže da kada majka koja je ostavila dete nakon rođenja u zdravstvenoj ustanovi nije navela ime deteta, ime će odrediti sud na inicijativu matične službe koja vrši upis rođenja deteta. Prezime napuštenom detetu koje je rođeno korišćenjem prava na anonimni porođaj određuje sud.

24 C. Fenton-Glynn, Anonymous Relinquishment and Baby-Boxes: Life-Saving Machanisms or a Violation of Human Rights, 196.

25 Slovakia Family and Succession Law – Suppl. 86 (2017), 81.

26 Slovakia Family and Succession Law – Suppl. 88 (2017), 77.

225–229

Chapter 3. Filiation by Blood

225. Legal relationships between parents and children may be established either by birth or by adoption. Accordingly, filiation may be by *blood* or by *adoption*.

§1. Motherhood

226. Slovak family law is based on the old Roman law principle '*mater semper certa est, pater incertus*'. The law provides a clear answer to the question of who is the mother of the child. Under the law, the mother of the child is considered the woman who gave birth to a child. Therefore, it is clear that the principle is that maternity is based on confinement. Factors such as which woman provided the egg or agreements on which woman should be identified as a mother are not considered. Therefore, in the case of disputed maternity is always necessary to show that a marked woman or a woman (mother) actually gave birth to a particular child on that day. Filiation of paternity is always dependent on the filiation of maternity. The child's father cannot be determined until the mother is determined.

227. Completely specific situation in determining motherhood is the case of so-called anonymous births. It is a birth, after which the mother leaves the child in the hospital, while her data is not registered for the child's birth certificate. Data of the mother is sealed in an envelope, which is kept for a period of two months in the medical facility. During this period, the mother can change her mind. After two months, the envelope is sent to the Ministry of Health, which delays the envelope. The data in the envelope is not available to the child or anyone else. The rights of the father are not protected at all. Not even in case, if paternity is given by law, for example, if the woman is married. This option is obtained in the Act on health care, services related to the provision of health care. Even this Act refers to the mother as the woman, who gave birth to the child, alike the Act on the Name and Surname says, that when the mother, who left the child after birth in a health establishment did not specify his name, it will be determined by the court on the initiative of the registry office in which the registry office is registering the birth. Surname of the abandoned child is always determined from the same initiative by the court.

228. The Slovak law, therefore, does not prohibit or condemn surrogate motherhood. It is not created by a legal framework, so if reproductive centre (several of them in Slovakia) carries out such a procedure, subsequently, the child is adopted by biological parents from a woman who gave birth to the child or carried the child. However, if the woman does not consent to the adoption, it is not possible to enforce it through the court.

229. Maternity cannot be renounced. The decision may sound only in a way, that the court will determine who the mother of the child is. It is a process of determining parentage (§§ 104–110 CNPC). It can be initiated only by a motion and the authorized person to file is:

Princip najboljeg interesa deteta u slovačkom pravu ima primenu i u slučaju anonimnog porođaja. Činjenica da roditelji najmanje dva meseca nakon rođenja deteta ne pokazuju interesovanje za dete i da su dete ostavili u bolnici kvalifikovana je kao njihova nezainteresovase može pnost. To rimeniti u slučajevima kada je majka tajno napustila bolnicu bez bebe ili u slučajevima „anonimnog rođenja". Sudski postupak za usvojenje deteta vodi računa samo o najboljem interesu deteta, a ne o interesima roditelja, posebno u slučaju ako se pokaže da roditelj nije bez ozbiljnijih prepreka koristio roditeljska prava i dužnosti.[27]

3.5. *Švajcarska*

Prema članu 252. stavu 1. švajcarskog Građanskog zakonika, majkom deteta smatra se žena koja nosi dete. S jedne strane, švajcarsko pravo počiva na pretpostavci *Mater semper certa est*, u skladu sa kojom dete uvek treba da ima utvrđeno poreklo u odnosu na majku, dok, s druge strane, dozvoljava da majka nekada ostane nepoznata, i to kada majka ostavi dete nakon porođaja u tzv. bebi prozoru. U slučaju da majka koristi to pravo, dete neće imati utvrđeno poreklo u odnosu na majku. Dete se tada smatra napuštenim pa nadležna socijalna služba smešta dete u porodicu i daje mu hrišćansko ime.[28] Prema tome, Švajcarska nema čist sistem anonimnog porođaja već posredno omogućava modifikovan način rođenja deteta bez utvđivanja identiteta majke, koji je sličan austrijskom i nemačkom modelu. U matičnoj knjizi rođenih ne navodi se identitet majke, a postoji obaveza prijavljivanja rođenja deteta u roku od tri dana. Majka deteta može dati saglasnost da dete bude usvojeno čak i pre rođenja deteta ili neposredno nakon rođenja deteta.

3.6. *Makao – poseban administrativni region Narodne Republike Kine*

Na samom kraju dela o uporednom pravu, navodimo pravila jedne države izvan evropskog pravnog područja, dela Narodne Republike Kine. Pretežno, na drugim kontinentima, osim Evropskom, anonimni porođaj i praksa „bebi kutija" nisu poznati.

U pravu Makaoa nije dozvoljen anonimni porođaj, ali pravila za utvrđivanje materinstva dozvoljavaju mogućnost da majka ne bude upisana u matičnu knjigu rođenih deteta. Tako je moguće da se materinstvo utvrdi na osnovu izjave majke ili u sudskom postupku, pa čak i po službenoj dužnosti nadležnog organa. Ako materinstvo nije upisano u matičnu knjigu rođenih, utvrdiće se po službenoj dužnosti. Prema članu 1658. stavu 1. Građanskog zakonika Makaoa, osoba koja prijavljuje rođenje deteta ima obavezu da navede identitet majke. Izjava o materinstvu se daje u roku od 30 dana od dana rođenja deteta. Ako žena koja je navedena kao majka deteta ne prizna materinstvo, ako nije naveden njen identitet prilikom prijave rođenja ili ako majka

27 Slovakia Family and Succession Law, Kluwer – Suppl. 88 (2017), 87.

28 A. Buchler, Parentage in Swiss Law, u I. Schwenzer, *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, 345.

are at least exerting a real interest in the child otherwise (by frequent correspondence or personal contact with the child). Further, it focuses on the question of whether parents will have an interest in the future to take care of a child, or whether the parents try to adjust their family- and social conditions so that they will be able to take personal care of the minor. In the case, when a child is institutionalized for reasons on the part of the parents, then it is taken into account, what the behaviour of parents during the period assigned to them by the court (to adjust their family and social circumstances) was. The purpose of this legislation is to differ the legal protection of the exercise of parental rights and duties to those parents who have a real interest in their child, but cannot handle the care of the child for certain reasons temporarily and the parents of the minor children who are not interested really.

Ad (b)

264. Also here favours the statute in the best interest of the child to ensure its proper educational environment. The fact that the parents for at least two months after the birth of a child show no interest in it and they left the child in hospital is from statute qualified as their disinterest. This may apply in cases where the mother secretly left the hospital without a baby or in cases which we refer to as 'anonymous birth'. Court proceedings for adoption of the child takes into account the best interest of the child only, not the interests of the parent, especially in case, if it is shown, that the parent did not use his parental rights and duties without any serious obstacles.

Ad (c)

265. Parents can give consent to the adoption of a child well in advance, but not before the baby is born. Consent must be unconditional, must be in writing, and must be done under the control of the competent authority. Unconditionally it is examined in particular in relation to the persons of adopters. Consent to the adoption, which is bound to the specific adopters (e.g., mother's sister and her husband), is not a bianco consent. In this case, the statute demands a new one during the proceeding. Written form is maintained, even if the parent's consent is reflected in the record. Authorities entitled to receive the consent are the court and the authority of social-legal protection. Parent consent must occur in person, representation or the mediation of assent is excluded. The legal consequences of the withdrawal of consent must be explained to the parent in advance. Consent for adoption can be additionally appealed by the parent without giving a reason. However, the statute allows an appeal only until the minor is placed based on a court decision to a pre-adoption care of prospective adoptive parents.

266. In each above-mentioned case, it is necessary to receive consent for the adoption of a child from the child's representative. Mostly it is given by a guardian. In other cases, the court provides a custodian specifically for this proceeding (ad hoc). It is practical for the court when choosing a person as a custodian to represent the child, to define the scope of his rights and obligations so that the custodian is also entitled to give consent for the adoption.

*Prof. dr Uroš Novaković**

ANONIMNI POROĐAJ I „BEBI KUTIJE“ – PRAVO DETETA DA SAZNA POREKLO I(LI) PRAVO DETETA NA ŽIVOT

Apstrakt

Pravo na utvrđivanje identiteta je jedno od osnovnih prava svakog čoveka. Vekovna pretpostavka da je majka uvek poznata i da je majka uvek ona žena koja je rodila dete – Mater semper certa est, u savremeno doba stavlja se sve više pod znak pitanja. Anonimni porođaj podrazumeva životnu situaciju kada se trudna žena porađa u zdravstvenoj ustanovi i tom prilikom ne daje podatke o svom identitetu, a nakon toga dete ostaje u porodilištu i daje se socijalnoj službi koja ga smešta u hraniteljsku ili usvojiteljsku porodicu. Praksa „bebi kutija“ podrazumeva „ublaženi“ sistem anonimnog porođaja, stoga što žena ostavlja izvesne podatke o sebi, detetu ili široj porodici deteta, porađa se pod lažnim imenom, a dete ima zakonsko pravo da sazna neke podatke o svom poreklu kada odraste.

Osim Francuske, kao pionirske države, koja je inicirala uvođenje anonimnog porođaja, taj institut je predviđen i u Luksemburgu i Austriji. Praksa slična anonimnom porođaju postoji i u Belgiji, Češkoj, Nemačkoj, Danskoj, Italiji, Mađarskoj, Litvaniji, Letoniji, Poljskoj, Portugaliji, Rusiji, Slovačkoj i Švajcarskoj u vidu „bebi kutija“.

Anonimni porođaj je protivan članu 7. Konvencije o pravima deteta i pravu deteta da sazna svoje poreklo. Suprotno, Evropski sud za ljudska prava je u svojoj praksi priznao pravo žene na anonimni porođaj (Odievr protiv Francuske, Kearns protiv Francuske, Godelli protiv Italije). U anonimnom porođaju činjenica rođenja deteta nije dovoljna da obezbedi uspostavljanje pravne veze između majke i deteta. Odbijanje majke da prizna dete i vrši roditeljsko pravo delegitimiše je da u kasnijoj fazi života deteta traži zaštitu svog prava na poštovanje porodičnog života.

Pravi se razlika između anonimnog porođaja koji poznaje manji broj država i sistema „bebi kutija“ ili „bebi poklopaca“. Ne nalazimo da je opravdano rešenje klasičnog sistema anonimnog porođaja, prema kome dete nikada, čak ni u nekoj kasnijoj fazi života, kao odrasla osoba, neće moći da dobije podatke o svom poreklu. Čini nam se da je celishodno rešenje nemačkog i austrijskog prava, prema kome se žena porađa bez ostavljanja podataka o svom identitetu, ali uz obavezu da pruži izvesne podatke o sebi, detetu i ocu deteta.

Ključne reči: *Materinstvo. Dete. Anonimni porođaj. „Bebi kutije“. Pravo deteta na život. Pravo deteta na saznanje porekla. Usvojenje.*

* Dr Uroš Novaković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat naučnoistraživačkih aktivnosti koje podržava Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije.

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Урош П. Новаковић

ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА

докторска дисертација

Београд, 2015

ne može biti pronađena, to materinstvo neće biti upisano u matičnu knjigu rođenih deteta, a samim tim ni utvrđeno. U skladu sa pravilima utvrđivanja, materinstvo može biti osporeno. S obzirom na to da pravo Makaoa ima takva pravila za utvrđivanje materinstva, moglo bi se zaključiti da je implicitno moguć anonimni porođaj, ali ta mogućnost nije dozvoljena.[29] Ipak, ako je moguće da ne bude upisano u matičnoj knjizi rođenih ko je majka deteta, tj. da je potrebna izjava o priznanju materinstva, faktički, ako već ne zakonskim putem, praksa anonimnog porođaja je moguća, s obzirom na to da žena može roditi dete a da ne bude upisana u matičnu knjigu rođenih.

4. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Evropski sud za ljudska prava nema plodonosnu praksu u vezi sa anonimnim porođajem, kao što je to slučaj u nekim drugim oblastima porodičnopravnih odnosa. Međutim, jedan slučaj o kojem je odlučeno pre skoro 20 godina imao je presudan uticaj na to da li će anonimni porođaj biti saglasan sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Tada je presuđeno da anonimni porođaj nije u suprotnosti sa Konvencijom, ali i da dete definitivno nema pravo, ni kao odrasla osoba, da utvrdi poreklo u odnosu na majku. Da li bi identična odluka bila doneta i danas, ostaje pitanje, budući da taj sud nije imao priliku da u skorije vreme odlučuje o istom ili sličnom činjeničnom stanju kod anonimnog porođaja.

4.1. Uvid deteta u podatke o anonimnom porođaju

Korišćenje prava na anonimni porođaj majke onemogućava da dete u budućnosti sazna istinu o svom poreklu i utvrdi sopstveni identitet. Sprečavanje deteta, kasnije čak i odrasle osobe, koje je rodila majka korišćenjem prava na anonimni porođaj da sazna svoje poreklo, ne predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Odievr protiv Francuske*,[30] ESLJP je naveo da svaka osoba ima pravo da dobije informacije o svom poreklu i da uskraćivanje uvida u te informacije može izazvati značajne psihološke traume. S druge strane, postoji pravo žene da sačuva svoj identitet radi zaštite zdravlja tokom porođaja. Majka u ovom slučaju nikada nije videla dete niti je izrazila želju da se ikada sretne sa detetom. Prema stavu ESLJP, reč je o sukobu interesa dve, sada odrasle

29 P. Nunes Correia, Regional Report from Macao Special Administrative Region of People's Republic of China, u I. Schwenzer, *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, 246.

30 *Odievr v France*, predstavka broj 42326/98, presuda od 13. februara 2003. Podnositeljka je francuska državljanka koju je majka rodila 1965. godine, koristeći se pravom na anonimni porođaj. Kada je podnositeljka, kao odrasla osoba, 1990. godine, podnela zahtev za sazna poreklo svoje majke i krvnu vezu sa svojom braćom i sestrama, domaće vlasti su to odbile. Ona se žalila da je odbijanje vlasti da joj dozvole uvid o podatke o poreklu majke dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

процедурални захтеви, не може извршити. На тај начин утврђује се правило немогућности опозивања одлуке мајке да се користи правом на анонимни порођај, након рођења детета. Сматрамо да Суд треба, по аналогији са правилима о давању сагласности за усвојење детета, да пружи заштиту само ако је до повлачења сагласности дошло унутар временског рока предвиђеног правилима домаћег права. Ако, пак, мајка има намеру да успостави породични живот са дететом након што је искористила могућност да се анонимно породи, не треба пружити заштиту права на поштовање породичног живота.

2.1.3.2. Увид детета у податке о анонимном порођају

Коришћење права на анонимни порођај мајке онемогућава да дете у будућности сазна истину о свом пореклу и утврди сопствени идентитет. Спречавање детета, које је родила мајка коришћењем права на анонимни порођај, да сазна своје порекло не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Odievr против Француске*,[430] ЕСЉП је навео да свака особа има право да добије информације везане за своје порекло и да ускраћивање увида у те информације може изазвати значајне психолошке трауме. Са друге стране, постоји право жене да сачува свој идентитет ради заштите здравља током порођаја. Мајка у овом случају никада није видела дете нити је изразила жељу да се икада сретне са дететом.[431] Према ставу ЕСЉП, ради се о сукобу интереса две, сада, одрасле особе, од којих је једна усвојена када је имала четири године.[432] Откривање идентитета мајке, упркос легитимном интересу детета, могло би имати последице за више особа: мајку и њену породицу, усвојитеље детета, оца детета и његову породицу. Намера француског законодавства код института анонимног порођаја огледа се у избегавању илегалних абортуса и спречавању напуштања

430 *Odievr v France*, пред. бр. 42326/98, пресуда од 13. фебруара 2003. године. Подноситељка је француска држављанка коју је мајка родила 1965. године, користећи се правом на анонимни порођај. Када је подноситељка, као одрасла особа, поднела захтев за сазна порекло од стране мајке, домаће власти су то одбиле. Она се жалила да је одбијање власти да јој дозволе увид о податке о пореклу од стране мајке довело до повреде права на поштовање породичног живота.

431 О овом случају, М. Драшкић, Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права, у З. Поњавић, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 108.

432 F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cariolou, Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2008, стр. 230.

osobe, od kojih je jedna usvojena kada je imala četiri godine.[31] Otkrivanje identiteta majke, uprkos legitimnom interesu deteta, moglo bi imati posledice za više osoba: majku i njenu porodicu, usvojitelje deteta, oca deteta i njegovu porodicu. Namera francuskog zakonodavstva sa institutom anonimnog porođaja ogleda se u izbegavanju ilegalnih abortusa i sprečavanju napuštanja dece.[32] U hijerarhiji zaštite prava svih strana u postupku, pravo deteta na život i poštovanje života, prema stavu ESLJP, ima prevagu nad pravom deteta da sazna poreklo. U skladu sa time, nije utvrđena povreda prava na poštovanje porodičnog života.[33]

Međutim, imajući u vidu kasniju praksu ESLJP, prema kojoj je pravo na saznanje porekla sastavni deo privatnog života pojedinca, prema izvesnim shvatanjima, odluka u slučaju *Odievr* u svetlu sadašnjih okolnosti bila bi drugačija.[34] Zanimljivo je da se sud ni u jednom segmentu svoje presude nije pozvao na odredbe Konvencije o pravima deteta.

Stojimo na stanovištu da u tom slučaju ne može biti reči o porodičnom životu, s obzirom na to da nedostaje element odnosa između dva člana porodice – deteta sa majkom. Identitet i podaci o poreklu mogu biti predmet zaštite privatnog života pojedinca. U skladu sa time, slažemo se sa odlukom Suda u delu u kome je utvrđeno da nije bilo povrede, s obzirom na to da je u pitanju već odrasla osoba, ali se ne slažemo da je trebalo odlučivati o povredi prava na poštovanje porodičnog već privatnog života.

U slučaju *Godelli protiv Italije*,[35] ESLJP je istakao da je u takvim slučajevima reč o balansu interesa podnosioca da sazna svoje poreklo i interesa majke da se njen identitet ne otkriva.[36] Interes pojedinca da sazna svoje poreklo ne umanjuje se njegovim odrastanjem već upravo obratno, povećava se. Za razliku od odluke u slučaju *Odievr protiv Francuske*, ESLJP je našao da italijansko zakonodavstvo nije napravilo ravnotežu interesa strana u postupku. Odbijanje podnosiočevog zahteva da sazna poreklo, sa ciljem osiguranja interesa drugih osoba, bilo je konačno, bez mogućnosti podnošenja žalbe. Doma-

31 F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cariolou, *Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Leiden – Boston 2008, 230.

32 J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford2006, 72.

33 Videti, E. Steiner, *Odievr v France* – Desperately seeking mother – anonymous birth in the European Court of Human Rights, *Child and Family Law Quarterly* 15, 1/2003, Bristol, 425; K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge 2014, 192.

34 J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, 472.

35 *Godelli v Italy*, predstavka broj 33783/09, presuda od 25. septembra 2012. Podnosilac je italijanski državljanin koga je majka napustila nakon porođaja koji se dogodio 1943. godine. Žena koja je rodila dete nije se saglasila da ona bude navedena kao majka deteta u matičnoj knjizi rođenih. Podnosilac je 2006. godine zatražio dobijanje izvoda iz matične knjige rođenih. Domaće vlasti su odbile njegov zahtev sa argumentacijom da saznanje porekla nije moguće, s obzirom na to da je biološka majka odbila da se otkrije njen identitet prilikom porođaja. Podnosilac se žalio da je odbijanje zahteva za saznanje porekla povredilo njegovo pravo na poštovanje privatnog života.

36 Tako i C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Münich 2014, 228.

процедурални захтеви, не може извршити. На тај начин утврђује се правило немогућности опозивања одлуке мајке да се користи правом на анонимни порођај, након рођења детета. Сматрамо да Суд треба, по аналогији са правилима о давању сагласности за усвојење детета, да пружи заштиту само ако је до повлачења сагласности дошло унутар временског рока предвиђеног правилима домаћег права. Ако, пак, мајка има намеру да успостави породични живот са дететом након што је искористила могућност да се анонимно породи, не треба пружити заштиту права на поштовање породичног живота.

2.1.3.2. Увид детета у податке о анонимном порођају

Коришћење права на анонимни порођај мајке онемогућава да дете у будућности сазна истину о свом пореклу и утврди сопствени идентитет. Спречавање детета, које је родила мајка коришћењем права на анонимни порођај, да сазна своје порекло не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Odievr против Француске*,[430] ЕСЉП је навео да свака особа има право да добије информације везане за своје порекло и да ускраћивање увида у те информације може изазвати значајне психолошке трауме. Са друге стране, постоји право жене да сачува свој идентитет ради заштите здравља током порођаја. Мајка у овом случају никада није видела дете нити је изразила жељу да се икада сретне са дететом.[431] Према ставу ЕСЉП, ради се о сукобу интереса две, сада, одрасле особе, од којих је једна усвојена када је имала четири године.[432] Откривање идентитета мајке, упркос легитимном интересу детета, могло би имати последице за више особа: мајку и њену породицу, усвојитеље детета, оца детета и његову породицу. Намера француског законодавства код института анонимног порођаја огледа се у избегавању илегалних абортуса и спречавању напуштања

430 *Odievr v France*, пред. бр. 42326/98, пресуда од 13. фебруара 2003. године. Подноситељка је француска држављанка коју је мајка родила 1965. године, користећи се правом на анонимни порођај. Када је подноситељка, као одрасла особа, поднела захтев за сазна порекло од стране мајке, домаће власти су то одбиле. Она се жалила да је одбијање власти да јој дозволе увид о податке о пореклу од стране мајке довело до повреде права на поштовање породичног живота.

431 О овом случају, М. Драшкић, Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права, у З. Поњавић, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 108.

432 F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cariolou, Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2008, стр. 230.

osobe, od kojih je jedna usvojena kada je imala četiri godine.[31] Otkrivanje identiteta majke, uprkos legitimnom interesu deteta, moglo bi imati posledice za više osoba: majku i njenu porodicu, usvojitelje deteta, oca deteta i njegovu porodicu. Namera francuskog zakonodavstva sa institutom anonimnog porođaja ogleda se u izbegavanju ilegalnih abortusa i sprečavanju napuštanja dece.[32] U hijerarhiji zaštite prava svih strana u postupku, pravo deteta na život i poštovanje života, prema stavu ESLJP, ima prevagu nad pravom deteta da sazna poreklo. U skladu sa time, nije utvrđena povreda prava na poštovanje porodičnog života.[33]

Međutim, imajući u vidu kasniju praksu ESLJP, prema kojoj je pravo na saznanje porekla sastavni deo privatnog života pojedinca, prema izvesnim shvatanjima, odluka u slučaju *Odievr* u svetlu sadašnjih okolnosti bila bi drugačija.[34] Zanimljivo je da se sud ni u jednom segmentu svoje presude nije pozvao na odredbe Konvencije o pravima deteta.

Stojimo na stanovištu da u tom slučaju ne može biti reči o porodičnom životu, s obzirom na to da nedostaje element odnosa između dva člana porodice – deteta sa majkom. Identitet i podaci o poreklu mogu biti predmet zaštite privatnog života pojedinca. U skladu sa time, slažemo se sa odlukom Suda u delu u kome je utvrđeno da nije bilo povrede, s obzirom na to da je u pitanju već odrasla osoba, ali se ne slažemo da je trebalo odlučivati o povredi prava na poštovanje porodičnog već privatnog života.

U slučaju *Godelli protiv Italije*,[35] ESLJP je istakao da je u takvim slučajevima reč o balansu interesa podnosioca da sazna svoje poreklo i interesa majke da se njen identitet ne otkriva.[36] Interes pojedinca da sazna svoje poreklo ne umanjuje se njegovim odrastanjem već upravo obratno, povećava se. Za razliku od odluke u slučaju *Odievr protiv Francuske*, ESLJP je našao da italijansko zakonodavstvo nije napravilo ravnotežu interesa strana u postupku. Odbijanje podnosiočevog zahteva da sazna poreklo, sa ciljem osiguranja interesa drugih osoba, bilo je konačno, bez mogućnosti podnošenja žalbe. Doma-

31 F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cariolou, *Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Leiden – Boston 2008, 230.

32 J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford2006, 72.

33 Videti, E. Steiner, *Odievr v France* – Desperately seeking mother – anonymous birth in the European Court of Human Rights, *Child and Family Law Quarterly* 15, 1/2003, Bristol, 425; K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge 2014, 192.

34 J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, 472.

35 *Godelli v Italy*, predstavka broj 33783/09, presuda od 25. septembra 2012. Podnosilac je italijanski državljanin koga je majka napustila nakon porođaja koji se dogodio 1943. godine. Žena koja je rodila dete nije se saglasila da ona bude navedena kao majka deteta u matičnoj knjizi rođenih. Podnosilac je 2006. godine zatražio dobijanje izvoda iz matične knjige rođenih. Domaće vlasti su odbile njegov zahtev sa argumentacijom da saznanje porekla nije moguće, s obzirom na to da je biološka majka odbila da se otkrije njen identitet prilikom porođaja. Podnosilac se žalio da je odbijanje zahteva za saznanje porekla povredilo njegovo pravo na poštovanje privatnog života.

36 Tako i C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Münich 2014, 228.

деце.[433] У хијерархији заштите, право детета на живот и поштовање живота, према ставу ЕСЉП, има превагу над правом детета на сазнање порекла. У складу са тиме, није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.[434] Међутим, имајући у виду каснију праксу ЕСЉП према којој је право на сазнање порекла саставни део приватног живота појединца, према извесним схватањима, сматра се да би одлука у случају *Odievr* у светлу садашњих околности била другачија.[435]

Сматрамо да у овом случају не може бити речи о породичном животу, с обзиром на то да недостаје елемент односа између два члана породице - детета са мајком. Идентитет и подаци о пореклу могу бити предмет заштите приватног живота појединца. У складу са тиме, слажемо се са одлуком Суда у делу у коме је утврђено да није било повреде, с обзиром на то да је у питању већ одрасла особа, али се не слажемо да је требало одлучивати о повреди права на поштовање породичног живота јер не постоји породични живот ни родитељско право.

У случају *Godelli против Италије*,[436] ЕСЉП је истакао да се у оваквим случајевима ради о балансу интереса подносиоца да сазна своје порекло, на једној страни, и интереса мајке да се њен идентитет не открива, на другој страни.[437] Интерес појединца да сазна своје порекло не умањује се његовим одрастањем, већ управо обратно, повећава се. За разлику од одлуке у случају *Odievr против Француске*, италијанско законодавство није направило равнотежу интереса. Одбијање подносиочевог захтева за сазнањем порекла, у циљу осигурања интереса других особа, било је коначно, без могућности подношења жалбе. Домаће законодавство не дозвољава да дете ни на који начин сазна своје порекло, у случају када мајка не жели да се њен идентитет приликом порођаја открије. Не

433 J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 72.

434 Видети, E. Steiner, *Odievr v France* - Desperately seeking mother - anonymous birth in the European Court of Human Rights, Child and Family Law Quarterly, Vol. 15, No. 1, 2003, Bristol, стр. 425; K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, Family Law and Culture in Europe, Cambridge, 2014, стр. 192.

435 J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009. стр. 472.

436 *Godelli v Italy*, пред. бр. 33783/09, пресуда од 25. септембра 2012. године. Подносилац је италијански држављанин, који је од стране мајке напуштен након порођаја, 1943. године. Жена која је родила дете није се сагласила да она буде наведена као мајка у матичној књизи рођених. Подносилац је 2006. године затражио добијање извода из матичне књиге. Домаће власти су одбиле његов захтев уз аргументацију да сазнање порекла није могуће с обзиром на то да је биолошка мајка одбила да се открије њен идентитет приликом порођаја. Подносилац се жалио да је одбијање захтева за сазнањем порекла повредило право на поштовање приватног живота.

437 Тако и C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, Münich, 2014, стр. 228.

će zakonodavstvo ne dozvoljava da dete ni na koji način sazna svoje poreklo u slučaju kada majka ne želi da se njen identitet prilikom porođaja otkrije. Ne postoji nijedna mogućnost da dete pristupi informacijama o poreklu žene koja ga je rodila. ESLJP je istakao da su u vreme donošenja njegove odluke u tom slučaju izmene italijanskog zakona u ovoj materiji već četiri godine bile pred zakonodavnim telom, ali da još nisu usvojene. Domaće vlasti nisu pravilno procenile interes, što je, prema mišljenju ESLJP, dovelo do povrede prava na poštovanje privatnog života.

Povodom slučajeva saznanja deteta o svom poreklu, kada je dete rodila majka koja se koristila pravom na anonimni porođaj, ESLJP je u dve presude zauzeo suprotna stanovišta. Dok je u prvom slučaju, *Odievr*, ESLJP smatrao da se korišćenjem prava majke na anonimni porođaj iscrpljuje pravo deteta, čak i u odraslim godinama, da sazna svoje poreklo, u identičnom činjeničnom stanju, takođe, u slučaju odrasle osobe, u slučaju *Godelli*, ESLJP je smatrao da je odluka domaćih vlasti da detetu ne otkriju poreklo majke dovela do povrede prava na poštovanje privatnog života. Iako smatramo da u tim slučajevima, kada je u pitanju dete koje je već odrasla osoba, treba dozvoliti uvid u matične knjige, dosledno sprovodeći koncept prava na poštovanje porodičnog života, smatramo da nema elemenata da ESLJP dosudi povredu prava na poštovanje porodičnog života, u svetlu nepostojanja činjenice porodičnog života između majke i deteta. Naime, u slučajevima anonimnog porođaja, porodični život između majke i deteta nije uspostavljen samom činjenicom da je majka odmah nakon porođaja napustila dete te se zbog nepostojanja porodičnog života (porodičnog odnosa) ne može dosuditi ni povreda prava na poštovanje porodičnog života. To se posebno ogleda u posmatranim slučajevima kada je u pitanju dete koje je odraslo i kada tokom celokupnog njegovog detinjstva, ali i odraslog doba, nije postojao porodični odnos između majke i deteta. I ovde napominjemo da se nepostojanje prava na poštovanje porodičnog života dodatno argumentuje time da više nije u pitanju dete koje je zavisno od roditelja, da ne postoji roditeljsko pravo, već je reč o odraslој osobi, te da pravo na poštovanje porodičnog života između deteta i roditelja postoji samo dok se vrši roditeljsko pravo. Moguće je jedino utvrditi povredu prava na poštovanje privatnog života.

4.2. Povlačenje saglasnosti za usvojenje nakon anonimnog porođaja

Korišćenje prava na anonimni porođaj sprečava nastanak prava na poštovanje porodičnog života između majke i deteta i onemogućava majku da učestvuje u postupku usvajanja deteta.

U slučaju *Kearns protiv Francuske*,[37] ESLJP je na početku naveo da među državama članicama nema konsenzusa o usvojenju deteta. U razmatranju su-

37 *Kearns v France*, predstavka broj 35991/04, presuda od 10. januara 2008. Podnositeljka je irska državljanka koja se nalazila u braku sa irskim državljaninom. Prebivalište oba supružnika bilo je u Irskoj. Supruga je u februaru 2002. godine rodila dete u Francuskoj, koristeći se pravom na anonimni porođaj, koje je začeto u vanbračnoj vezi sa drugim muškarcem. Sledećeg dana nakon rođenja deteta podnositeljka je potpisala saglasnost da dete bude dato

деце.[433] У хијерархији заштите, право детета на живот и поштовање живота, према ставу ЕСЉП, има превагу над правом детета на сазнање порекла. У складу са тиме, није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.[434] Међутим, имајући у виду каснију праксу ЕСЉП према којој је право на сазнање порекла саставни део приватног живота појединца, према извесним схватањима, сматра се да би одлука у случају *Odievr* у светлу садашњих околности била другачија.[435]

Сматрамо да у овом случају не може бити речи о породичном животу, с обзиром на то да недостаје елемент односа између два члана породице - детета са мајком. Идентитет и подаци о пореклу могу бити предмет заштите приватног живота појединца. У складу са тиме, слажемо се са одлуком Суда у делу у коме је утврђено да није било повреде, с обзиром на то да је у питању већ одрасла особа, али се не слажемо да је требало одлучивати о повреди права на поштовање породичног живота јер не постоји породични живот ни родитељско право.

У случају *Godelli против Италије*,[436] ЕСЉП је истакао да се у оваквим случајевима ради о балансу интереса подносиоца да сазна своје порекло, на једној страни, и интереса мајке да се њен идентитет не открива, на другој страни.[437] Интерес појединца да сазна своје порекло не умањује се његовим одрастањем, већ управо обратно, повећава се. За разлику од одлуке у случају *Odievr против Француске*, италијанско законодавство није направило равнотежу интереса. Одбијање подносиочевог захтева за сазнањем порекла, у циљу осигурања интереса других особа, било је коначно, без могућности подношења жалбе. Домаће законодавство не дозвољава да дете ни на који начин сазна своје порекло, у случају када мајка не жели да се њен идентитет приликом порођаја открије. Не

433 J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 72.
434 Видети, E. Steiner, *Odievr v France* - Desperately seeking mother - anonymous birth in the European Court of Human Rights, Child and Family Law Quarterly, Vol. 15, No. 1, 2003, Bristol, стр. 425; K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, Family Law and Culture in Europe, Cambridge, 2014, стр. 192.
435 J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009. стр. 472.
436 *Godelli v Italy*, пред. бр. 33783/09, пресуда од 25. септембра 2012. године. Подносилац је италијански држављанин, који је од стране мајке напуштен након порођаја, 1943. године. Жена која је родила дете није се сагласила да она буде наведена као мајка у матичној књизи рођених. Подносилац је 2006. године затражио добијање извода из матичне књиге. Домаће власти су одбиле његов захтев уз аргументацију да сазнање порекла није могуће с обзиром на то да је биолошка мајка одбила да се открије њен идентитет приликом порођаја. Подносилац се жалио да је одбијање захтева за сазнањем порекла повредило право на поштовање приватног живота.
437 Тако и C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, Münich, 2014, стр. 228.

će zakonodavstvo ne dozvoljava da dete ni na koji način sazna svoje poreklo u slučaju kada majka ne želi da se njen identitet prilikom porođaja otkrije. Ne postoji nijedna mogućnost da dete pristupi informacijama o poreklu žene koja ga je rodila. ESLJP je istakao da su u vreme donošenja njegove odluke u tom slučaju izmene italijanskog zakona u ovoj materiji već četiri godine bile pred zakonodavnim telom, ali da još nisu usvojene. Domaće vlasti nisu pravilno procenile interes, što je, prema mišljenju ESLJP, dovelo do povrede prava na poštovanje privatnog života.

Povodom slučajeva saznanja deteta o svom poreklu, kada je dete rodila majka koja se koristila pravom na anonimni porođaj, ESLJP je u dve presude zauzeo suprotna stanovišta. Dok je u prvom slučaju, *Odievr*, ESLJP smatrao da se korišćenjem prava majke na anonimni porođaj iscrpljuje pravo deteta, čak i u odraslim godinama, da sazna svoje poreklo, u identičnom činjeničnom stanju, takođe, u slučaju odrasle osobe, u slučaju *Godelli*, ESLJP je smatrao da je odluka domaćih vlasti da detetu ne otkriju poreklo majke dovela do povrede prava na poštovanje privatnog života. Iako smatramo da u tim slučajevima, kada je u pitanju dete koje je već odrasla osoba, treba dozvoliti uvid u matične knjige, dosledno sprovodeći koncept prava na poštovanje porodičnog života, smatramo da nema elemenata da ESLJP dosudi povredu prava na poštovanje porodičnog života, u svetlu nepostojanja činjenice porodičnog života između majke i deteta. Naime, u slučajevima anonimnog porođaja, porodični život između majke i deteta nije uspostavljen samom činjenicom da je majka odmah nakon porođaja napustila dete te se zbog nepostojanja porodičnog života (porodičnog odnosa) ne može dosuditi ni povreda prava na poštovanje porodičnog života. To se posebno ogleda u posmatranim slučajevima kada je u pitanju dete koje je odraslo i kada tokom celokupnog njegovog detinjstva, ali i odraslog doba, nije postojao porodični odnos između majke i deteta. I ovde napominjemo da se nepostojanje prava na poštovanje porodičnog života dodatno argumentuje time da više nije u pitanju dete koje je zavisno od roditelja, da ne postoji roditeljsko pravo, već je reč o odraslој osobi, te da pravo na poštovanje porodičnog života između deteta i roditelja postoji samo dok se vrši roditeljsko pravo. Moguće je jedino utvrditi povredu prava na poštovanje privatnog života.

4.2. Povlačenje saglasnosti za usvojenje nakon anonimnog porođaja

Korišćenje prava na anonimni porođaj sprečava nastanak prava na poštovanje porodičnog života između majke i deteta i onemogućava majku da učestvuje u postupku usvajanja deteta.

U slučaju *Kearns protiv Francuske*,[37] ESLJP je na početku naveo da među državama članicama nema konsenzusa o usvojenju deteta. U razmatranju su-

37 *Kearns v France*, predstavka broj 35991/04, presuda od 10. januara 2008. Podnositeljka je irska državljanka koja se nalazila u braku sa irskim državljaninom. Prebivalište oba supružnika bilo je u Irskoj. Supruga je u februaru 2002. godine rodila dete u Francuskoj, koristeći se pravom na anonimni porođaj, koje je začeto u vanbračnoj vezi sa drugim muškarcem. Sledećeg dana nakon rođenja deteta podnositeljka je potpisala saglasnost da dete bude dato

постоји могућност приступа детета информацијама о пореклу жене која га је родила. ЕСЉП је истакао да су у време доношења његове одлуке у овом случају измене италијанског закона у овој материји већ четири године биле пред законодавним телом, али да још нису усвојене. Домаће власти нису извршиле правилну процену интереса, што је, по мишљењу ЕСЉП, довело до повреде права на поштовање приватног живота.

Поводом случајева сазнања детета о свом пореклу када је дете родила мајка која се користила правом на анонимни порођај, ЕСЉП је у две пресуде заузео супрутна становишта. Док је у првом случају, *Odievr*, ЕСЉП сматрао да се коришћењем права мајке на анонимни порођај исцрпљује право детета, чак и у одраслим годинама, да сазна своје порекло, у идентичном чињеничном стању, такође у случају одрасле особе, у случају *Godelli*, ЕСЉП је сматрао да је одлука домаћих власти да детету не открију порекло од стране мајке, довела до повреде права на поштовање приватног живота. Иако сматрамо да у случајевима, када је у питању дете које је већ одрасла особа треба дозволити увид у матичне књиге, доследно спроводећи концепт права на поштовање породичног живота, сматрамо да нема елемената да ЕСЉП досуди повреду права на поштовање породичног живота, у светлу одсуства чињенице породичног живота између мајке и детета. Наиме, у случајевима анонимног порођаја, породични живот између мајке и детета није успостављен самом чињеницом да је мајка одмах након порођаја напустила дете, те се непостојањем породичног живота (породичног односа) не може досудити ни повреда права на поштовање породичног живота. То се посебно огледа у посматраним случајевима када је у питању дете које је одрасло, и када током целокупног његовог детињства, али и одраслог доба, није постојао породични однос између мајке и детета. И овде напомињемо да се непостојање права на поштовање породичног живота додатно аргументује тиме да више није у питању дете које је зависно од родитеља, да не постоји родитељско право, већ је реч о одраслој особи, те да право на поштовање породичног живота између детета и родитеља постоји само док се врши родитељско право.

će zakonodavstvo ne dozvoljava da dete ni na koji način sazna svoje poreklo u slučaju kada majka ne želi da se njen identitet prilikom porođaja otkrije. Ne postoji nijedna mogućnost da dete pristupi informacijama o poreklu žene koja ga je rodila. ESLJP je istakao da su u vreme donošenja njegove odluke u tom slučaju izmene italijanskog zakona u ovoj materiji već četiri godine bile pred zakonodavnim telom, ali da još nisu usvojene. Domaće vlasti nisu pravilno procenile interes, što je, prema mišljenju ESLJP, dovelo do povrede prava na poštovanje privatnog života.

Povodom slučajeva saznanja deteta o svom poreklu, kada je dete rodila majka koja se koristila pravom na anonimni porođaj, ESLJP je u dve presude zauzeo suprotna stanovišta. Dok je u prvom slučaju, *Odievr*, ESLJP smatrao da se korišćenjem prava majke na anonimni porođaj iscrpljuje pravo deteta, čak i u odraslim godinama, da sazna svoje poreklo, u identičnom činjeničnom stanju, takođe, u slučaju odrasle osobe, u slučaju *Godelli*, ESLJP je smatrao da je odluka domaćih vlasti da detetu ne otkriju poreklo majke dovela do povrede prava na poštovanje privatnog života. Iako smatramo da u tim slučajevima, kada je u pitanju dete koje je već odrasla osoba, treba dozvoliti uvid u matične knjige, dosledno sprovodeći koncept prava na poštovanje porodičnog života, smatramo da nema elemenata da ESLJP dosudi povredu prava na poštovanje porodičnog života, u svetlu nepostojanja činjenice porodičnog života između majke i deteta. Naime, u slučajevima anonimnog porođaja, porodični život između majke i deteta nije uspostavljen samom činjenicom da je majka odmah nakon porođaja napustila dete te se zbog nepostojanja porodičnog života (porodičnog odnosa) ne može dosuditi ni povreda prava na poštovanje porodičnog života. To se posebno ogleda u posmatranim slučajevima kada je u pitanju dete koje je odraslo i kada tokom celokupnog njegovog detinjstva, ali i odraslog doba, nije postojao porodični odnos između majke i deteta. I ovde napominjemo da se nepostojanje prava na poštovanje porodičnog života dodatno argumentuje time da više nije u pitanju dete koje je zavisno od roditelja, da ne postoji roditeljsko pravo, već je reč o odraslој osobi, te da pravo na poštovanje porodičnog života između deteta i roditelja postoji samo dok se vrši roditeljsko pravo. Moguće je jedino utvrditi povredu prava na poštovanje privatnog života.

4.2. Povlačenje saglasnosti za usvojenje nakon anonimnog porođaja

Korišćenje prava na anonimni porođaj sprečava nastanak prava na poštovanje porodičnog života između majke i deteta i onemogućava majku da učestvuje u postupku usvajanja deteta.

U slučaju *Kearns protiv Francuske*,[37] ESLJP je na početku naveo da među državama članicama nema konsenzusa o usvojenju deteta. U razmatranju su-

37 *Kearns v France*, predstavka broj 35991/04, presuda od 10. januara 2008. Podnositeljka je irska državljanka koja se nalazila u braku sa irskim državljaninom. Prebivalište oba supružnika bilo je u Irskoj. Supruga je u februaru 2002. godine rodila dete u Francuskoj, koristeći se pravom na anonimni porođaj, koje je začeto u vanbračnoj vezi sa drugim muškarcem. Sledećeg dana nakon rođenja deteta podnositeljka je potpisala saglasnost da dete bude dato

и детета конституише се тек актом признања. Тако, нпр. у француском и италијанском праву се захтева да мајка призна своје ванбрачно дете да би стекла правни статус родитеља.[423] Одбијање мајке да призна дете доводи до одсуства признања права на поштовање породичног живота.

2.1.3. Анонимни порођај

Код анонимног порођаја чињеница рођења детета није довољна да обезбеди успостављање правне везе између мајке и детета. Ако мајка жели да искористи могућност анонимног порођаја, у правима у којима је овај институт дозвољен, рођење детета не успоставља породични живот између мајке и детета. Ово је још један аргумент у прилог полазној хипотези нашег рада да право на поштовање породичног живота подразумева лични однос између најмање две особе, два члана породице. Рођење детета ствара предуслов за успостављање породичног живота између мајке и детета, под претпоставком да мајка има намеру успостављања односа са дететом. Одбијање вршења родитељског права делегитимише мајку да у каснијој фази тражи заштиту свог права на поштовање породичног живота, с обзиром да коришћење установе анонимног порођаја доводи до једне од две могућности: прекида или немогућности успостављања породичног живота.

2.1.3.1. Повлачење сагласности за усвојење након анонимног порођаја

Коришћење права на анонимни порођај спречава настанак права на поштовање породичног живота између мајке и детета и онемогућава мајку да учествује у поступку усвајања детета.

423 Tako, K. Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Antwerpen, 2007, стр. 64; Г. Ковачек-Станић, Упоредно породично право, Нови Сад, 2002, стр. 246.

će zakonodavstvo ne dozvoljava da dete ni na koji način sazna svoje poreklo u slučaju kada majka ne želi da se njen identitet prilikom porođaja otkrije. Ne postoji nijedna mogućnost da dete pristupi informacijama o poreklu žene koja ga je rodila. ESLJP je istakao da su u vreme donošenja njegove odluke u tom slučaju izmene italijanskog zakona u ovoj materiji već četiri godine bile pred zakonodavnim telom, ali da još nisu usvojene. Domaće vlasti nisu pravilno procenile interes, što je, prema mišljenju ESLJP, dovelo do povrede prava na poštovanje privatnog života.

Povodom slučajeva saznanja deteta o svom poreklu, kada je dete rodila majka koja se koristila pravom na anonimni porođaj, ESLJP je u dve presude zauzeo suprotna stanovišta. Dok je u prvom slučaju, *Odievr*, ESLJP smatrao da se korišćenjem prava majke na anonimni porođaj iscrpljuje pravo deteta, čak i u odraslim godinama, da sazna svoje poreklo, u identičnom činjeničnom stanju, takođe, u slučaju odrasle osobe, u slučaju *Godelli*, ESLJP je smatrao da je odluka domaćih vlasti da detetu ne otkriju poreklo majke dovela do povrede prava na poštovanje privatnog života. Iako smatramo da u tim slučajevima, kada je u pitanju dete koje je već odrasla osoba, treba dozvoliti uvid u matične knjige, dosledno sprovodeći koncept prava na poštovanje porodičnog života, smatramo da nema elemenata da ESLJP dosudi povredu prava na poštovanje porodičnog života, u svetlu nepostojanja činjenice porodičnog života između majke i deteta. Naime, u slučajevima anonimnog porođaja, porodični život između majke i deteta nije uspostavljen samom činjenicom da je majka odmah nakon porođaja napustila dete te se zbog nepostojanja porodičnog života (porodičnog odnosa) ne može dosuditi ni povreda prava na poštovanje porodičnog života. To se posebno ogleda u posmatranim slučajevima kada je u pitanju dete koje je odraslo i kada tokom celokupnog njegovog detinjstva, ali i odraslog doba, nije postojao porodični odnos između majke i deteta. I ovde napominjemo da se nepostojanje prava na poštovanje porodičnog života dodatno argumentuje time da više nije u pitanju dete koje je zavisno od roditelja, da ne postoji roditeljsko pravo, već je reč o odraslој osobi, te da pravo na poštovanje porodičnog života između deteta i roditelja postoji samo dok se vrši roditeljsko pravo. Moguće je jedino utvrditi povredu prava na poštovanje privatnog života.

4.2. Povlačenje saglasnosti za usvojenje nakon anonimnog porođaja

Korišćenje prava na anonimni porođaj sprečava nastanak prava na poštovanje porodičnog života između majke i deteta i onemogućava majku da učestvuje u postupku usvajanja deteta.

U slučaju *Kearns protiv Francuske*,[37] ESLJP je na početku naveo da među državama članicama nema konsenzusa o usvojenju deteta. U razmatranju su-

37 *Kearns v France*, predstavka broj 35991/04, presuda od 10. januara 2008. Podnositeljka je irska državljanka koja se nalazila u braku sa irskim državljaninom. Prebivalište oba supružnika bilo je u Irskoj. Supruga je u februaru 2002. godine rodila dete u Francuskoj, koristeći se pravom na anonimni porođaj, koje je začeto u vanbračnoj vezi sa drugim muškarcem. Sledećeg dana nakon rođenja deteta podnositeljka je potpisala saglasnost da dete bude dato

У случају *Kearns против Француске*,[424] ЕСЉП је на почетку навео да међу државама чланицама нема консензуса у погледу усвојења. У разматрању супротстављених интереса страна у поступку - детета, хранитељске породице и биолошких родитеља, посебно мајке, интерес детета се узима као примарни. ЕСЉП је усвојио извештај вештака да је у најбољем интересу детета да буде интегрисано у нову усвојеничку породицу што је могуће раније. Психолошка и правна сигурност, као и извесност статуса детета, намеће постојање кратких рокова за повлачење дате сагласности за усвојење. ЕСЉП је свестан психолошког шока који је подноситељка претрпела, али је приметио да је она стара 36 година, да се породила у присуству мајке, да је имала два саслушања пред социјалном службом након порођаја. Предвиђени период времена, према домаћем праву, омогућава довољно времена да се жена која се анонимно порађа одлучи за повлачење сагласности.[425] ЕСЉП је даље навео да се ирска држављанка одлучила да се анонимно породи у Француској[426] уз образложење да у Ирској таква могућност није постојала.[427] Она је недељу дана пре порођаја посетила

424 *Kearns v France*, пред. бр. 35991/04, пресуда од 10. јануара 2008. године. Подноситељка је ирска држављанка која се налазила у браку са ирским држављанином. Пребивалиште супружника било је у Ирској. Она је у фебруару 2002. године анонимно родила дете у Француској, зачето у ванбрачној вези са другим мушкарцем. Следећег дана након рођења, подноситељка је потписала сагласност да дете буде дато на усвајање. У мају 2002. године дете је дато у хранитељску породицу са намером да буде усвојено. У јулу 2002. године подноситељка се обратила социјаној служби да јој дете буде враћено. Мајци је предочено од стране суда да је истекао период од два месеца за повлачење сагласности за давање детета на усвојење. Накнадно се и биолошки отац детета укључио у поступак. Он је претходно поднео захтев за признање очинства суду у Ирској, и повезано са тим, захтев за добијање вршења родитељског права. Захтеви оба родитеља за враћањем детета су одбијени, уз образложење да је подноситељка адекватно информисана о поступку и правилима анонимног порођаја. Виши суд је по жалби одлучио да је било пропуста социјалне службе, с обзиром на то да подноситељки није адекватно преведено на енглески језик значење одредби француског права о анонимном порођају и усвојењу. На нову жалбу, сада домаћих власти, суд је одлучио да није утврђено порекло детета од стране мајке (дете није признато), те да сагласност мајке за давање детета на усвајање није ни била потребна. Укинута је претходна одлука суда која је била у корист подноситељке. Подноситељка се жалила да је одбијање да јој се врати њено дете довело до повреде права на поштовање породичног живота.

425 Elaine O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 18.

426 Занимљиво је истаћи да само у француском праву постоји могућност оспоравања материнства, док у немачком, енглеском и холандском праву то није могуће, C. Forder, K, Saarloos, The Establishment of Parenthood: Story of Successful Convergense?, Maastricht, 2007, стр. 36. Овакво решење је логична последица правила да је у француском праву могуће стећи статус мајке и без постојања биолошке везе са дететом - на основу статуса (признања).

427 Поред Француске, анонимни порођај је предвиђен и у Луксембургу и Аустрији. Пракса слична анонимном порођају постоји у Белгији, Чешкој, Немачкој, Данској, Италији, Мађарској, Литванији, Летонији, Пољској, Португалу, Русији, Словачкој и Швајцарској у виду "беби-кутија". Иначе, број "беби-кутија" варира од државе до државе: у Белгији само једна, Пољској 45, Чешкој

protstavljenih interesa strana u postupku – deteta, hraniteljske ili usvojiteljske porodice i bioloških roditelja, posebno majke, interes deteta se uzima kao primarni. ESLJP je usvojio izveštaj veštaka da je u najboljem interesu deteta da bude integrisano u novu usvojiteljsku porodicu što je moguće ranije. Psihološka i pravna sigurnost, kao i izvesnost statusa deteta, nameću postojanje kratkih rokova za povlačenje date saglasnosti za usvojenje. ESLJP je svestan psihološkog šoka koji je podnositeljka pretrpela, ali je primetio da je ona stara 36 godina, da se porodila u prisustvu majke, da je imala dva saslušanja pred socijalnom službom nakon porođaja. Predviđeni period vremena, prema domaćem pravu, omogućava dovoljno vremena da se žena koja se anonimno porađa odluči da povuče saglasnost.[38] ESLJP je dalje naveo da se irska državljanka odlučila za anonimni porođaj u Francuskoj,[39] uz obrazloženje da u Irskoj takva mogućnost nije postojala. Ona je nedelju dana pre porođaja posetila porodilište u pratnji advokata i majke. Prisustvo advokata govori da je podnositeljki bila pružena pravna pomoć, čak i pre porođaja. Nakon porođaja podnositeljka je dva puta razgovarala sa socijalnom službom i predočeno joj je jasno i izričito, na engleskom jeziku, da ima rok od dva meseca da povuče datu saglasnost za usvojenje.[40] U skladu sa time, ona nije mogla imati nedoumice o trajanju vremenskog roka. Dalje, forma dokumenta koji je potpisala sadržala je sve potrebne informacije: vremenski rok, uslove vraćanja deteta i standardni dodatak o povlačenju saglasnosti za usvojenje. Na osnovu svega toga, domaće vlasti su podnositeljki obezbedile detaljne i potrebne informacije, omogućile su joj jezički prevod koji nije predviđen domaćim zakonom i ispunile obavezu da bude blagovremeno i adekvatno informisana o po-

na usvajanje. U maju 2002. godine dete je dato u hraniteljsku porodicu sa namerom da bude usvojeno. U julu 2002. godine podnositeljka se obratila socijanoj službi da joj dete bude vraćeno. Majci je sud predočio da je istekao period od dva meseca za povlačenje saglasnosti za davanje deteta na usvojenje koji je predviđen francuskim normama. Naknadno se i biološki otac deteta uključio u postupak. On je prethodno podneo zahtev za priznanje očinstva sudu u Irskoj i, povezano sa tim, zahtev za dobijanje vršenja roditeljskog prava nad detetom. Zahtevi oba roditelja za vraćanjem deteta su odbijeni, uz obrazloženje da je podnositeljka adekvatno informisana o postupku i pravilima anonimnog porođaja. Viši sud u Francuskoj je, po žalbi, odlučio da je bilo propusta socijalne službe, s obzirom na to da podnositeljki nije adekvatno prevedeno na engleski jezik značenje odredaba francuskog prava o anonimnom porođaju i usvojenju. Na novu žalbu, sada domaćih vlasti, sud je odlučio da nije utvrđeno poreklo deteta od strane majke (dete nije priznato) te da saglasnost majke za davanje deteta na usvajanje nije ni bila potrebna. Ukinuta je prethodna odluka suda koja je bila u korist podnositeljke. Podnositeljka se žalila da je odbijanje da joj se vrati njeno dete dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

38 E. O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law, 2010 edition, Bristol 2010, 18.

39 Zanimljivo je da samo u francuskom pravu postoji mogućnost osporavanja materinstva, dok u nemačkom, engleskom i holandskom pravu to nije moguće, C. Forder, K. Saarloos, *The establishment of parenthood: story of successful convergense*?, Maastricht 2007, 36. Takvo rešenje je logična posledica pravila da je u francuskom pravu moguće steći status majke i bez postojanja biološke veze sa detetom – na osnovu statusa (priznanja). Slična pravila povodom utvrđivanja materinstva važe i u italijanskom pravu.

40 D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, 394.

У случају *Kearns против Француске*,[424] ЕСЉП је на почетку навео да међу државама чланицама нема консензуса у погледу усвојења. У разматрању супротстављених интереса страна у поступку - детета, хранитељске породице и биолошких родитеља, посебно мајке, интерес детета се узима као примарни. ЕСЉП је усвојио извештај вештака да је у најбољем интересу детета да буде интегрисано у нову усвојеничку породицу што је могуће раније. Психолошка и правна сигурност, као и извесност статуса детета, намеће постојање кратких рокова за повлачење дате сагласности за усвојење. ЕСЉП је свестан психолошког шока који је подноситељка претрпела, али је приметио да је она стара 36 година, да се породила у присуству мајке, да је имала два саслушања пред социјалном службом након порођаја. Предвиђени период времена, према домаћем праву, омогућава довољно времена да се жена која се анонимно порађа одлучи за повлачење сагласности.[425] ЕСЉП је даље навео да се ирска држављанка одлучила да се анонимно породи у Француској[426] уз образложење да у Ирској таква могућност није постојала.[427] Она је недељу дана пре порођаја посетила

424 *Kearns v France*, пред. бр. 35991/04, пресуда од 10. јануара 2008. године. Подноситељка је ирска држављанка која се налазила у браку са ирским држављанином. Пребивалиште супружника било је у Ирској. Она је у фебруару 2002. године анонимно родила дете у Француској, зачето у ванбрачној вези са другим мушкарцем. Следећег дана након рођења, подноситељка је потписала сагласност да дете буде дато на усвајање. У мају 2002. године дете је дато у хранитељску породицу са намером да буде усвојено. У јулу 2002. године подноситељка се обратила социјаној служби да јој дете буде враћено. Мајци је предочено од стране суда да је истекао период од два месеца за повлачење сагласности за давање детета на усвојење. Накнадно се и биолошки отац детета укључио у поступак. Он је претходно поднео захтев за признање очинства суду у Ирској, и повезано са тим, захтев за добијање вршења родитељског права. Захтеви оба родитеља за враћањем детета су одбијени, уз образложење да је подноситељка адекватно информисана о поступку и правилима анонимног порођаја. Виши суд је по жалби одлучио да је било пропуста социјалне службе, с обзиром на то да подноситељки није адекватно преведено на енглески језик значење одредби француског права о анонимном порођају и усвојењу. На нову жалбу, сада домаћих власти, суд је одлучио да није утврђено порекло детета од стране мајке (дете није признато), те да сагласност мајке за давање детета на усвајање није ни била потребна. Укинута је претходна одлука суда која је била у корист подноситељке. Подноситељка се жалила да је одбијање да јој се врати њено дете довело до повреде права на поштовање породичног живота.

425 Elaine O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 18.

426 Занимљиво је истаћи да само у француском праву постоји могућност оспоравања материнства, док у немачком, енглеском и холандском праву то није могуће, C. Forder, K, Saarloos, The Establishment of Parenthood: Story of Successful Convergense?, Maastricht, 2007, стр. 36. Овакво решење је логична последица правила да је у француском праву могуће стећи статус мајке и без постојања биолошке везе са дететом - на основу статуса (признања).

427 Поред Француске, анонимни порођај је предвиђен и у Луксембургу и Аустрији. Пракса слична анонимном порођају постоји у Белгији, Чешкој, Немачкој, Данској, Италији, Мађарској, Литванији, Летонији, Пољској, Португалу, Русији, Словачкој и Швајцарској у виду "беби-кутија". Иначе, број "беби-кутија" варира од државе до државе: у Белгији само једна, Пољској 45, Чешкој

protstavljenih interesa strana u postupku – deteta, hraniteljske ili usvojiteljske porodice i bioloških roditelja, posebno majke, interes deteta se uzima kao primarni. ESLJP je usvojio izveštaj veštaka da je u najboljem interesu deteta da bude integrisano u novu usvojiteljsku porodicu što je moguće ranije. Psihološka i pravna sigurnost, kao i izvesnost statusa deteta, nameću postojanje kratkih rokova za povlačenje date saglasnosti za usvojenje. ESLJP je svestan psihološkog šoka koji je podnositeljka pretrpela, ali je primetio da je ona stara 36 godina, da se porodila u prisustvu majke, da je imala dva saslušanja pred socijalnom službom nakon porođaja. Predviđeni period vremena, prema domaćem pravu, omogućava dovoljno vremena da se žena koja se anonimno porađa odluči da povuče saglasnost.[38] ESLJP je dalje naveo da se irska državljanka odlučila za anonimni porođaj u Francuskoj,[39] uz obrazloženje da u Irskoj takva mogućnost nije postojala. Ona je nedelju dana pre porođaja posetila porodilište u pratnji advokata i majke. Prisustvo advokata govori da je podnositeljki bila pružena pravna pomoć, čak i pre porođaja. Nakon porođaja podnositeljka je dva puta razgovarala sa socijalnom službom i predočeno joj je jasno i izričito, na engleskom jeziku, da ima rok od dva meseca da povuče datu saglasnost za usvojenje.[40] U skladu sa time, ona nije mogla imati nedoumice o trajanju vremenskog roka. Dalje, forma dokumenta koji je potpisala sadržala je sve potrebne informacije: vremenski rok, uslove vraćanja deteta i standardni dodatak o povlačenju saglasnosti za usvojenje. Na osnovu svega toga, domaće vlasti su podnositeljki obezbedile detaljne i potrebne informacije, omogućile su joj jezički prevod koji nije predviđen domaćim zakonom i ispunile obavezu da bude blagovremeno i adekvatno informisana o po-

na usvajanje. U maju 2002. godine dete je dato u hraniteljsku porodicu sa namerom da bude usvojeno. U julu 2002. godine podnositeljka se obratila socijanoj službi da joj dete bude vraćeno. Majci je sud predočio da je istekao period od dva meseca za povlačenje saglasnosti za davanje deteta na usvojenje koji je predviđen francuskim normama. Naknadno se i biološki otac deteta uključio u postupak. On je prethodno podneo zahtev za priznanje očinstva sudu u Irskoj i, povezano sa tim, zahtev za dobijanje vršenja roditeljskog prava nad detetom. Zahtevi oba roditelja za vraćanjem deteta su odbijeni, uz obrazloženje da je podnositeljka adekvatno informisana o postupku i pravilima anonimnog porođaja. Viši sud u Francuskoj je, po žalbi, odlučio da je bilo propusta socijalne službe, s obzirom na to da podnositeljki nije adekvatno prevedeno na engleski jezik značenje odredaba francuskog prava o anonimnom porođaju i usvojenju. Na novu žalbu, sada domaćih vlasti, sud je odlučio da nije utvrđeno poreklo deteta od strane majke (dete nije priznato) te da saglasnost majke za davanje deteta na usvajanje nije ni bila potrebna. Ukinuta je prethodna odluka suda koja je bila u korist podnositeljke. Podnositeljka se žalila da je odbijanje da joj se vrati njeno dete dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

38 E. O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law, 2010 edition, Bristol 2010, 18.

39 Zanimljivo je da samo u francuskom pravu postoji mogućnost osporavanja materinstva, dok u nemačkom, engleskom i holandskom pravu to nije moguće, C. Forder, K. Saarlos, *The establishment of parenthood: story of successful convergense*?, Maastricht 2007, 36. Takvo rešenje je logična posledica pravila da je u francuskom pravu moguće steći status majke i bez postojanja biološke veze sa detetom – na osnovu statusa (priznanja). Slična pravila povodom utvrđivanja materinstva važe i u italijanskom pravu.

40 D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, 394.

породилиште у пратњи адвоката и мајке. Присуство адвоката говори да је подноситељки била пружена правна помоћ, чак и пре порођаја. Након порођаја подноситељка је два пута разговарала са социјалном службом и предочено јој је јасно и изричито, на енглеском језику, да има рок од два месеца да повуче дату сагласност за усвојење. [428] У складу са тиме, она није могла имати недоумице око трајања временског рока. Даље, форма документа који је потписала садржала је временски рок, услове враћања детета и стандардни додатак о повлачењу сагласности. На основу тога, домаће власти су подноситељки обезбедиле детаљне информације, омогућиле јој језички превод који није предвиђен домаћим законом и испуниле обавезу да буде благовремено и адекватно информисана о последицама анонимног порођаја. [429] Домаћа држава је, према виђењу ЕСЉП, испунила своје позитивне обавезе и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. У овом случају утврђено је постојање породичног живота између мајке и детета самим рођењем детета без додатних услова, иако је дете у кратком периоду након рођења дато на усвојење.

У случају *Kearns*, ЕСЉП је одбио да утврди повреду права на поштовање породичног живота с обзиром на то да не постоји породични живот између мајке и детета. Одсуство вољног елемента за успостављањем породичног живота услед напуштања детета коришћењем установе анонимног порођаја, као и непостојање заједничког живота, условили су да суд не утврди постојање породичног живота. Наиме, коришћење права на анонимни порођај представља изузетак од редовног животног тока да успостављање права на поштовање породичног живота између мајке и детета настаје рођењем детета. Биолошка чињеница рођења успоставља породични живот мајке и детета али само под условом да мајка врши родитељско право над дететом, што није случај када мајка одлучи да напусти дете користећи установу анонимног порођаја. Анонимни порођај представља правни начин одрицања мајке од вршења родитељског права. ЕСЉП стоји на становишту да се опозивање сагласности мајке за анонимни порођај, уколико су испуњени сви

47, Немачкој 80. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, Family Law and Culture in Europe, Cambridge, 2014, стр. 187.

[428] D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2009, стр. 394.

[429] K. O'Donovan, "Real" Mothers for Abandoned Children, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 214, за анонимни порођај у француском праву.

sledicama anonimnog porođaja.[41] Domaća država je, prema viđenju ESLJP, ispunila svoje pozitivne obaveze i nije utvrđena povreda prava na poštovanje porodičnog života. I taj slučaj je potvrdio da ESLJP priznaje anonimni porođaj kao legitimni institut domaćeg (francuskog) zakonodavstva te je ponovo dat primat pravu deteta na život nad pravom deteta na utvrđenje porekla.

U slučaju *Kearns*, ESLJP je odbio da utvrdi povredu prava na poštovanje porodičnog života, s obzirom na to da ne postoji porodični život između majke i deteta. Izostanak voljnog elementa za uspostavljanje porodičnog života usled napuštanja deteta primenom ustanove anonimnog porođaja i nepostojanje zajedničkog života uslovili su da sud ne utvrdi postojanje porodičnog života. Naime, korišćenje prava na anonimni porođaj predstavlja izuzetak od redovnog životnog toka da uspostavljanje prava na poštovanje porodičnog života između majke i deteta nastaje rođenjem deteta. Biološka činjenica rođenja uspostavlja porodični život majke i deteta, ali samo pod uslovom da majka vrši roditeljsko pravo nad detetom, što nije slučaj kada majka odluči da napusti dete koristeći se ustanovom anonimnog porođaja. Anonimni porođaj, osim davanja deteta na usvojenje redovnim putem, predstavlja pravni način odricanja majke od vršenja roditeljskog prava. ESLJP stoji na stanovištu da se saglasnost majke za anonimni porođaj, ukoliko su ispunjeni svi proceduralni zahtevi, ne može opozvati. Na taj način se utvrđuje pravilo nemogućnosti opozivanja odluke majke da se koristi pravom na anonimni porođaj, nakon rođenja deteta i proteka zakonskih rokova. Ako nakon isteka zakonskog roka u kome je moguće dati saglasnost za usvojenje deteta nije moguće povući tu saglasnost, identično treba da važi ako je iskorišćeno pravo na anonimni porođaj. Smatramo da ESLJP treba, anologno pravilima o davanju saglasnosti za usvojenje deteta, da pruži zaštitu samo ako je saglasnost povučena u vremenskom roku koji je predviđen pravilima domaćeg prava. Ako, pak, majka ima nameru da uspostavi porodični život sa detetom nakon što je iskoristila mogućnost da se anonimno porodi, a protekao je rok za povlačenje, ne treba pružiti zaštitu prava na poštovanje porodičnog života.

Zanimljiva je činjenica da nakon tih slučajeva Sud već deset godina nije odlučivao u svojoj praksi o pitanju anonimnog porođaja.

5. ZAKLJUČAK

Sistemi u kojima je predviđen anonimni porođaj, u širem smislu, razlikuju se prema tome da li je reč o državama u kojima postoji čist sistem anonimnog porođaja, kao što su Francuska i Luksemburg, gde se izričito zakonski predviđa mogućnost anonimnog porođaja, te države koje poznaju modifikovane oblike anonimnog porođaja, gde taj institut nema čist oblik, već nešto izmenjen, među kojima su Austrija i Nemačka. U tim sistemima anonimni porođaj je uveden posrednim putem u praksu, odlukama admini-

41 Za anonimni porođaj u francuskom pravu videti K. O'Donovan, "Real" Mothers for Abandoned Children, u S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire 2006, 214.

породилиште у пратњи адвоката и мајке. Присуство адвоката говори да је подноситељки била пружена правна помоћ, чак и пре порођаја. Након порођаја подноситељка је два пута разговарала са социјалном службом и предочено јој је јасно и изричито, на енглеском језику, да има рок од два месеца да повуче дату сагласност за усвојење. [428] У складу са тиме, она није могла имати недоумице око трајања временског рока. Даље, форма документа који је потписала садржала је временски рок, услове враћања детета и стандардни додатак о повлачењу сагласности. На основу тога, домаће власти су подноситељки обезбедиле детаљне информације, омогућиле јој језички превод који није предвиђен домаћим законом и испуниле обавезу да буде благовремено и адекватно информисана о последицама анонимног порођаја. [429] Домаћа држава је, према виђењу ЕСЉП, испунила своје позитивне обавезе и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. У овом случају утврђено је постојање породичног живота између мајке и детета самим рођењем детета без додатних услова, иако је дете у кратком периоду након рођења дато на усвојење.

У случају *Kearns*, ЕСЉП је одбио да утврди повреду права на поштовање породичног живота с обзиром на то да не постоји породични живот између мајке и детета. Одсуство вољног елемента за успостављањем породичног живота услед напуштања детета коришћењем установе анонимног порођаја, као и непостојање заједничког живота, условили су да суд не утврди постојање породичног живота. Наиме, коришћење права на анонимни порођај представља изузетак од редовног животног тока да успостављање права на поштовање породичног живота између мајке и детета настаје рођењем детета. Биолошка чињеница рођења успоставља породични живот мајке и детета али само под условом да мајка врши родитељско право над дететом, што није случај када мајка одлучи да напусти дете користећи установу анонимног порођаја. Анонимни порођај представља правни начин одрицања мајке од вршења родитељског права. ЕСЉП стоји на становишту да се опозивање сагласности мајке за анонимни порођај, уколико су испуњени сви

47, Немачкој 80. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, Family Law and Culture in Europe, Cambridge, 2014, стр. 187.
428 D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2009, стр. 394.
429 K. O'Donovan, "Real" Mothers for Abandoned Children, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 214, за анонимни порођај у француском праву.

sledicama anonimnog porođaja.[41] Domaća država je, prema viđenju ESLJP, ispunila svoje pozitivne obaveze i nije utvrđena povreda prava na poštovanje porodičnog života. I taj slučaj je potvrdio da ESLJP priznaje anonimni porođaj kao legitimni institut domaćeg (francuskog) zakonodavstva te je ponovo dat primat pravu deteta na život nad pravom deteta na utvrđenje porekla.

U slučaju *Kearns*, ESLJP je odbio da utvrdi povredu prava na poštovanje porodičnog života, s obzirom na to da ne postoji porodični život između majke i deteta. Izostanak voljnog elementa za uspostavljanje porodičnog života usled napuštanja deteta primenom ustanove anonimnog porođaja i neposto-janje zajedničkog života uslovili su da sud ne utvrdi postojanje porodičnog života. Naime, korišćenje prava na anonimni porođaj predstavlja izuzetak od redovnog životnog toka da uspostavljanje prava na poštovanje porodičnog života između majke i deteta nastaje rođenjem deteta. Biološka činjenica rođenja uspostavlja porodični život majke i deteta, ali samo pod uslovom da majka vrši roditeljsko pravo nad detetom, što nije slučaj kada majka odluči da napusti dete koristeći se ustanovom anonimnog porođaja. Anonimni porođaj, osim davanja deteta na usvojenje redovnim putem, predstavlja pravni način odricanja majke od vršenja roditeljskog prava. ESLJP stoji na stanovištu da se saglasnost majke za anonimni porođaj, ukoliko su ispunjeni svi proceduralni zahtevi, ne može opozvati. Na taj način se utvrđuje pravilo nemogućnosti opozivanja odluke majke da se koristi pravom na anonimni porođaj, nakon rođenja deteta i proteka zakonskih rokova. Ako nakon isteka zakonskog roka u kome je moguće dati saglasnost za usvojenje deteta nije moguće povući tu saglasnost, identično treba da važi ako je iskorišćeno pravo na anonimni porođaj. Smatramo da ESLJP treba, anologno pravilima o davanju saglasnosti za usvojenje deteta, da pruži zaštitu samo ako je saglasnost povučena u vremenskom roku koji je predviđen pravilima domaćeg prava. Ako, pak, majka ima nameru da uspostavi porodični život sa detetom nakon što je iskoristila mogućnost da se anonimno porodi, a protekao je rok za povlačenje, ne treba pružiti zaštitu prava na poštovanje porodičnog života.

Zanimljiva je činjenica da nakon tih slučajeva Sud već deset godina nije odlučivao u svojoj praksi o pitanju anonimnog porođaja.

5. ZAKLJUČAK

Sistemi u kojima je predviđen anonimni porođaj, u širem smislu, razlikuju se prema tome da li je reč o državama u kojima postoji čist sistem anonimnog porođaja, kao što su Francuska i Luksemburg, gde se izričito zakonski predviđa mogućnost anonimnog porođaja, te države koje poznaju modifikovane oblike anonimnog porođaja, gde taj institut nema čist oblik, već nešto izmenjen, među kojima su Austrija i Nemačka. U tim sistemima anonimni porođaj je uveden posrednim putem u praksu, odlukama admini-

41 Za anonimni porođaj u francuskom pravu videti K. O'Donovan, "Real" Mothers for Abandoned Children, u S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire 2006, 214.

процедурални захтеви, не може извршити. На тај начин утврђује се правило немогућности опозивања одлуке мајке да се користи правом на анонимни порођај, након рођења детета. Сматрамо да Суд треба, по аналогији са правилима о давању сагласности за усвојење детета, да пружи заштиту само ако је до повлачења сагласности дошло унутар временског рока предвиђеног правилима домаћег права. Ако, пак, мајка има намеру да успостави породични живот са дететом након што је искористила могућност да се анонимно породи, не треба пружити заштиту права на поштовање породичног живота.

2.1.3.2. Увид детета у податке о анонимном порођају

Коришћење права на анонимни порођај мајке онемогућава да дете у будућности сазна истину о свом пореклу и утврди сопствени идентитет. Спречавање детета, које је родила мајка коришћењем права на анонимни порођај, да сазна своје порекло не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Odievr против Француске*,[430] ЕСЉП је навео да свака особа има право да добије информације везане за своје порекло и да ускраћивање увида у те информације може изазвати значајне психолошке трауме. Са друге стране, постоји право жене да сачува свој идентитет ради заштите здравља током порођаја. Мајка у овом случају никада није видела дете нити је изразила жељу да се икада сретне са дететом.[431] Према ставу ЕСЉП, ради се о сукобу интереса две, сада, одрасле особе, од којих је једна усвојена када је имала четири године.[432] Откривање идентитета мајке, упркос легитимном интересу детета, могло би имати последице за више особа: мајку и њену породицу, усвојитеље детета, оца детета и његову породицу. Намера француског законодавства код института анонимног порођаја огледа се у избегавању илегалних абортуса и спречавању напуштања

430 *Odievr v France*, пред. бр. 42326/98, пресуда од 13. фебруара 2003. године. Подноситељка је француска држављанка коју је мајка родила 1965. године, користећи се правом на анонимни порођај. Када је подноситељка, као одрасла особа, поднела захтев за сазна порекло од стране мајке, домаће власти су то одбиле. Она се жалила да је одбијање власти да јој дозволе увид о податке о пореклу од стране мајке довело до повреде права на поштовање породичног живота.

431 О овом случају, М. Драшкић, Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права, у З. Поњавић, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 108.

432 F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cariolou, Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2008, стр. 230.



УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Урош П. Новаковић

ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА

докторска дисертација

Београд, 2015

Најбољи интереси детета

У случају ***Хокканен против Финске***,[333] Европски суд је истакао да право на поштовање породичног живота подразумева да родитељ има право да предузме мере да би поново био успостављен породични живот између њега и детета, и обавезу јавних власти да обезбеде поновно уједињење родитеља и детета уколико је дошло до прекида породичног живота. Ипак, обавеза поновног успостављања породичног живота није апсолутна, те уколико је протекло доста времена од прекида заједничког живота, биће потребно спровести припремне мере — поступак уједињења родитеља и детета треба да буде постепен. Природа ових припремних мера зависиће од околности случаја и спремности и сарадње свих страна у поступку.

Дете не може бити приморано на поновно спајање са биолошким родитељима, с обзиром на то да интереси свих страна треба да буду узети у обзир, а посебно уважавајући најбољи интерес детета.

Уколико је дете довољно зрело да може изразити своје мишљење, контакт неће бити успостављен ако се дете томе противи. Иако се дете није сусрело са подносиоцем, у интересу детета је било да одржава контакт. Ако контакт детета са родитељем може да угрози интересе детета, јавне власти треба да изврше баланс интереса. Иако је неспровођење контакта било резултат анимозитета између подносиоца и бабе и деде, неспровођење контакта не може бити приписано у одговорност подносиоца. Неопходно је било спровести одржавање контакта на неутралном терену а не у породичном дому бабе и деде. Неактивност домаћих власти ставила је терет спровођења контакта на подносиоца. Европски суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота поводом обавезе домаћих власти да оцу омогуће контакт са дететом.

У случају ***Јусеф против Холандије***,[334] Европски суд је утврдио да чињеница биолошког очинства подносиоца није била спорна и да је он живео са мајком и дететом одређени период након рођења детета. Он је и након што је мајка преминула наставио да одржава регуларан контакт са дететом и тиме одржавао већ успостављени породични живот. Одлука домаћих власти да не дозволе правно признање његовог очинства над дететом није подносиоца лишило у потпуности уживања породичног живота с обзиром на то да је он могао и даље да одржава контакт са дететом.

333 *Hokkanen v. Finland*, представка бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године. Подносилац је фински држављанин рођен 1953. године, отац детета рођеног 1983. године. Мајка детета је преминула 1985. године. Отац се сложио да се баба и деда по мајци привремено старају о детету, старом две године, док он не заврши обавезе у вези са преминулом супругом. Након истека тог периода, баба и деда су одбили да врате дете оцу. Суд је 1986. године одредио да дете треба привремено да остане код бабе и деде, а да отац има право на контакт. Баба и деда се нису повиновали многобројним мерама суда да дозволе контакт оца и детета. Подносилац је видео своју ћерку тек 1987. године. Апелациони суд је 1991. године доделио вршење родитељског права баби и деди, уз образложење да је дете живело са њима непрекидно шест година. Подносилац се жалио да је спречавање одржавања контакта и каснија одлука о додељивању родитељског права баби и деди повредила његово право на поштовање породичног живота.

334 *Yousef v. Netherlands*, представка бр. 33711/96, пресуда од 5. септембра 2000. године. Подносилац представке је египатски држављанин који је дошао у Холандију 1986. године и оженио се са холандском држављанком. Следеће године, пар је добио дете. Подносилац се усељио код мајке детета и живео са њима до одласка на Блиски Исток 1991. године. Током његовог боравка на Блиском Истоку, контакт са дететом и мајком одвијао се у облику неколико писама. Мајка је 1993. године написала у тестаменту да жели да се о детету стара њен брат, ујак детета, с обзиром на то да је обелела од тешке болести. Такође је навела да подносилац не треба да одржава контакт са њиховим дететом. Подносилац је 1994. године покренуо поступак признања очинства. Матичне службе одбиле су његов захтев за упис очинства са образложењем да није утврђено постојање породичног живота између њега и детета. Суд је накнадно утврдио да је веза подносиоца са мајком и детета толико слаба да се никако не може подвести под појам породичног живота. Жалба подносиоца одбијена је и од стране Врховног суда. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању утврђивања очинства повредила његово право на поштовање породичног живота.

право родитеља на поштовање породичног живота надилази право на поштовање породичног живота свих других особа, те тако и бабе деде.

У случају одвојеног живота родитеља и детета који није резултат одговорности родитеља, већ одузимања детета од стране крвних сродника, пропуст домаћих власти да омогуће контакт детета и родитеља повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hokkanen против Финске,*[846] ЕСЉП је истакао да право на поштовање породичног живота подразумева да родитељ има право да предузме мере да би поново био успостављен породични живот између њега и детета, као и обавезу јавних власти да обезбеде поновно уједињење родитеља и детета уколико је дошло до прекида породичног живота. Ипак, обавеза поновног успостављања породичног живота није апслолутна, те уколико је протекло доста времена од прекида заједничког живота, биће потребно спровести припремне мере - поступак уједињења родитеља и детета треба да буде постепен. Природа ових припремних мера зависиће од околности случаја и спремности и сарадње свих страна у поступку. Дете не може бити приморано на поновно спајање са биолошким родитељима, с обзиром на то да интереси свих страна треба да буду узети у обзир, посебно уважавајући најбољи интерес детета. Уколико је дете довољно зрело да може изразити своје мишљење, контакт неће бити успостављен ако се дете томе противи.[847] Иако се дете није сусрело са подносиоцем, у интересу детета је било да одржава контакт. Ако контакт са родитељем може да угрози интересе детета јавне власти треба да изврше баланс интереса. Упркос томе што је неспровођење контакта било резултат анимозитета између подносиоца и бабе и деде, неспровођење контакта не може бити одговорност подносиоца. Неопходно је било спровести одржавање контакта на неутралном терену, не у породичном дому бабе

846 *Hokkanen v Finland*, пред. бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године. Подносилац је фински држављанин рођен 1953. године, отац детета рођеног 1983. године. Мајка детета је преминула 1985. године. Отац се сложио да се баба и деда по мајци привремено старају о детету, старом две године, док он не заврши обавезе у вези преминуле супруге. Након истека тог периода баба и деда су одбили да врате дете оцу. Суд је 1986. године одредио да дете треба привремено да остане код бабе и деде, а да отац има право на контакт. Баба и деда се нису повиновали многобројним мерама суда да дозволе контакт оца и детета. Подносилац је видео своју ћерку тек 1987. године. Апелациони суд је 1991. године доделио вршење родитељског права баби и деди, уз образложење да је дете живело са њима непрекидно шест година. Подносилац се жалио да је спречавање одржавања контакта и каснија одлука о додељивању родитељског права баби и деди, повредила његово право на поштовање породичног живота.

847 О овом случају J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 69.

Најбољи интереси детета

У случају ***Хокканен против Финске***,[333] Европски суд је истакао да право на поштовање породичног живота подразумева да родитељ има право да предузме мере да би поново био успостављен породични живот између њега и детета, и обавезу јавних власти да обезбеде поновно уједињење родитеља и детета уколико је дошло до прекида породичног живота. Ипак, обавеза поновног успостављања породичног живота није апсолутна, те уколико је протекло доста времена од прекида заједничког живота, биће потребно спровести припремне мере — поступак уједињења родитеља и детета треба да буде постепен. Природа ових припремних мера зависиће од околности случаја и спремности и сарадње свих страна у поступку.

Дете не може бити приморано на поновно спајање са биолошким родитељима, с обзиром на то да интереси свих страна треба да буду узети у обзир, а посебно уважавајући најбољи интерес детета.

Уколико је дете довољно зрело да може изразити своје мишљење, контакт неће бити успостављен ако се дете томе противи. Иако се дете није сусрело са подносиоцем, у интересу детета је било да одржава контакт. Ако контакт детета са родитељем може да угрози интересе детета, јавне власти треба да изврше баланс интереса. Иако је неспровођење контакта било резултат анимозитета између подносиоца и бабе и деде, неспровођење контакта не може бити приписано у одговорност подносиоца. Неопходно је било спровести одржавање контакта на неутралном терену а не у породичном дому бабе и деде. Неактивност домаћих власти ставила је терет спровођења контакта на подносиоца. Европски суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота поводом обавезе домаћих власти да оцу омогуће контакт са дететом.

У случају ***Јусеф против Холандије***,[334] Европски суд је утврдио да чињеница биолошког очинства подносиоца није била спорна и да је он живео са мајком и дететом одређени период након рођења детета. Он је и након што је мајка преминула наставио да одржава регуларан контакт са дететом и тиме одржавао већ успостављени породични живот. Одлука домаћих власти да не дозволе правно признање његовог очинства над дететом није подносиоца лишило у потпуности уживања породичног живота с обзиром на то да је он могао и даље да одржава контакт са дететом.

333 *Hokkanen v. Finland*, представка бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године. Подносилац је фински држављанин рођен 1953. године, отац детета рођеног 1983. године. Мајка детета је преминула 1985. године. Отац се сложио да се баба и деда по мајци привремено старају о детету, старом две године, док он не заврши обавезе у вези са преминулом супругом. Након истека тог периода, баба и деда су одбили да врате дете оцу. Суд је 1986. године одредио да дете треба привремено да остане код бабе и деде, а да отац има право на контакт. Баба и деда се нису повиновали многобројним мерама суда да дозволе контакт оца и детета. Подносилац је видео своју ћерку тек 1987. године. Апелациони суд је 1991. године доделио вршење родитељског права баби и деди, уз образложење да је дете живело са њима непрекидно шест година. Подносилац се жалио да је спречавање одржавања контакта и каснија одлука о додељивању родитељског права баби и деди повредила његово право на поштовање породичног живота.

334 *Yousef v. Netherlands*, представка бр. 33711/96, пресуда од 5. септембра 2000. године. Подносилац представке је египатски држављанин који је дошао у Холандију 1986. године и оженио се са холандском држављанком. Следеће године, пар је добио дете. Подносилац се усељио код мајке детета и живео са њима до одласка на Блиски Исток 1991. године. Током његовог боравка на Блиском Истоку, контакт са дететом и мајком одвијао се у облику неколико писама. Мајка је 1993. године написала у тестаменту да жели да се о детету стара њен брат, ујак детета, с обзиром на то да је обелела од тешке болести. Такође је навела да подносилац не треба да одржава контакт са њиховим дететом. Подносилац је 1994. године покренуо поступак признања очинства. Матичне службе одбиле су његов захтев за упис очинства са образложењем да није утврђено постојање породичног живота између њега и детета. Суд је накнадно утврдио да је веза подносиоца са мајком и детета толико слаба да се никако не може подвести под појам породичног живота. Жалба подносиоца одбијена је и од стране Врховног суда. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању утврђивања очинства повредила његово право на поштовање породичног живота.

и деде. Неактивност домаћих власти ставила је терет спровођења контакта на подносиоца. ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота поводом обавезе домаћих власти да оцу омогуће контакт са дететом. Суд је, са друге стране, утврдио да одлука Апелационог суда о додељивању родитељског права није била у супротности са чланом 8. Конвенције. Док се можемо сложити са делом пресуде у коме се утврђује повреда онемогућавањем контакта, у потпуности ускраћујемо сагласност у делу у коме се тврди да додељивање родитељског права није повредило право на поштовање породичног живота оца. Уколико би се, као у предметном случају, усвојило правило да се позивањем на успостављену стабилност детета додели вршење родитељског права другим особама (баби и деди), а не биолошком оцу који није лишен родитељског права, нити је нађено да је неподобан да врши родитељско право, отворила би се могућност да друге особе које несавесно и противправно одузму дете од родитеља, или им родитељ привремено повери дете, протеком времена и позивањем на стабилност детета стекну родитељско право. Овај случај истичемо као опасан преседан од претпоставке да су родитељи пре свих других особа легитимисани да врше родитељско право.

2. Контакт детета и других особа

Филозофија односа детета и других особа (сродника) отелотворена је у схватању да на дете и његов развој утицај има шира околина од оне породичне, састављене превасходно од родитеља. Однос детета и крвних сродника део је породичног живота. Питање остваривања права на одржавање личних односа детета и других особа чешће се јавља у случају развода брака, иако није искључено да се таква питања расправљају и током трајања брака родитеља. Питање односа детета и других особа није спорно ако се родитељи са тиме сагласе. До колизије долази иницијалним или накнадним ускраћивањем сагласности родитеља за одржавање личних односа детета са сродницима. Признавање да дете може упркос противљењу родитеља одржавати личне односе са другим особама, са једне стране, сужава домет родитељског права, док са друге

Најбољи интереси детета

У случају ***Хокканен против Финске***,[333] Европски суд је истакао да право на поштовање породичног живота подразумева да родитељ има право да предузме мере да би поново био успостављен породични живот између њега и детета, и обавезу јавних власти да обезбеде поновно уједињење родитеља и детета уколико је дошло до прекида породичног живота. Ипак, обавеза поновног успостављања породичног живота није апсолутна, те уколико је протекло доста времена од прекида заједничког живота, биће потребно спровести припремне мере — поступак уједињења родитеља и детета треба да буде постепен. Природа ових припремних мера зависиће од околности случаја и спремности и сарадње свих страна у поступку.

Дете не може бити приморано на поновно спајање са биолошким родитељима, с обзиром на то да интереси свих страна треба да буду узети у обзир, а посебно уважавајући најбољи интерес детета.

Уколико је дете довољно зрело да може изразити своје мишљење, контакт неће бити успостављен ако се дете томе противи. Иако се дете није сусрело са подносиоцем, у интересу детета је било да одржава контакт. Ако контакт детета са родитељем може да угрози интересе детета, јавне власти треба да изврше баланс интереса. Иако је неспровођење контакта било резултат анимозитета између подносиоца и бабе и деде, неспровођење контакта не може бити приписано у одговорност подносиоца. Неопходно је било спровести одржавање контакта на неутралном терену а не у породичном дому бабе и деде. Неактивност домаћих власти ставила је терет спровођења контакта на подносиоца. Европски суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота поводом обавезе домаћих власти да оцу омогуће контакт са дететом.

У случају ***Јусеф против Холандије***,[334] Европски суд је утврдио да чињеница биолошког очинства подносиоца није била спорна и да је он живео са мајком и дететом одређени период након рођења детета. Он је и након што је мајка преминула наставио да одржава регуларан контакт са дететом и тиме одржавао већ успостављени породични живот. Одлука домаћих власти да не дозволе правно признање његовог очинства над дететом није подносиоца лишило у потпуности уживања породичног живота с обзиром на то да је он могао и даље да одржава контакт са дететом.

333 *Hokkanen v. Finland*, представка бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године. Подносилац је фински држављанин рођен 1953. године, отац детета рођеног 1983. године. Мајка детета је преминула 1985. године. Отац се сложио да се баба и деда по мајци привремено старају о детету, старом две године, док он не заврши обавезе у вези са преминулом супругом. Након истека тог периода, баба и деда су одбили да врате дете оцу. Суд је 1986. године одредио да дете треба привремено да остане код бабе и деде, а да отац има право на контакт. Баба и деда се нису повиновали многобројним мерама суда да дозволе контакт оца и детета. Подносилац је видео своју ћерку тек 1987. године. Апелациони суд је 1991. године доделио вршење родитељског права баби и деди, уз образложење да је дете живело са њима непрекидно шест година. Подносилац се жалио да је спречавање одржавања контакта и каснија одлука о додељивању родитељског права баби и деди повредила његово право на поштовање породичног живота.

334 *Yousef v. Netherlands*, представка бр. 33711/96, пресуда од 5. септембра 2000. године. Подносилац представке је египатски држављанин који је дошао у Холандију 1986. године и оженио се са холандском држављанком. Следеће године, пар је добио дете. Подносилац се усељио код мајке детета и живео са њима до одласка на Блиски Исток 1991. године. Током његовог боравка на Блиском Истоку, контакт са дететом и мајком одвијао се у облику неколико писама. Мајка је 1993. године написала у тестаменту да жели да се о детету стара њен брат, ујак детета, с обзиром на то да је обелела од тешке болести. Такође је навела да подносилац не треба да одржава контакт са њиховим дететом. Подносилац је 1994. године покренуо поступак признања очинства. Матичне службе одбиле су његов захтев за упис очинства са образложењем да није утврђено постојање породичног живота између њега и детета. Суд је накнадно утврдио да је веза подносиоца са мајком и детета толико слаба да се никако не може подвести под појам породичног живота. Жалба подносиоца одбијена је и од стране Врховног суда. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању утврђивања очинства повредила његово право на поштовање породичног живота.

односа између детета и оца. То није било могуће с обзиром на ускраћивање процедуре на основу које мушкарац може правно утврдити биолошку везу са својим дететом.[534] Домаће власти нису предузеле никакве мере да се утврди биолошка истина о пореклу детета. Подносилац ниједном није саслушан у циљу утврђивања порекла детета, а самим тим и вршења родитељског права, као ни у односу на околност да ли би утврђивање подносиочевог очинства било у супротности са интересима детета. Није доказано да би утврђивање очинства подносиоца штетило интересима детета. Околност да је други мушкарац признао очинство није била довољна да се одбије право подносиоца да утврди своје очинство. ЕСЉП је констатовао да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

3.2.3.5. Утврђивање ванбрачног очинства у супротности са интересима детета

Одбијање захтева биолошког оца да се утврди ванбрачно очинство, чак и када постоји породични живот између оца и детета, позивањем да би то угрозило стабилност породичног живота детета, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Yousef против Холандије*,[535] ЕСЉП је утврдио да биолошко очинство подносиоца није било спорно и да је он живео са мајком и дететом одређени период након рођења детета. Он је и након што је мајка преминула наставио да одржава регуларан контакт са дететом и тиме одржавао већ успостављени породични живот. Одлука домаћих власти да не дозволе правно

534 О томе говори и пресуда Уставног суда Немачке, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 765.

535 *Yousef v Netherlands*, пред. бр. 33711/96, пресуда од 5. септембра 2000. године. Подносилац представке је египатски држављанин који је дошао у Холандију 1986. године и оженио се холандском држављанком. Следеће године пар је добио дете. Подносилац се усељио код мајке детета и живео са њима до одласка на Блиски исток 1991. године. Током његовог боравка на Блиском истоку, контакт са дететом и мајком одвијао се у облику неколико писама. Мајка је 1993. године написала у тестаменту да жели да се о детету стара њен брат, ујак детета, с обзиром на то да је обелела од тешке болести. Такође је навела да подносилац не треба да одржава контакт са њиховим дететом. Подносилац је 1994. године покренуо поступак признања очинства. Матичне службе одбиле су његов захтев за упис очинства са образложењем да није утврђено постојање породичног живота између њега и детета. Суд је накнадно утврдио да је веза подносиоца са мајком и детета толико слаба да се никако не може подвести под појам породичног живота. Жалба подносиоца одбијена је и од стране Врховног суда. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању утврђивања очинства повредила његово право на поштовање породичног живота.

Најбољи интерес детета преовладава интерес родитеља с обзиром на то да би признање очинства и одлазак детета да живи са биолошким родитељем довело до поремећаја устаљеног породичног живота детета са својим ујаком.

Европски суд је констатовао да није било повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Сусс против Немачке***,[335] Европски суд је утврдио да, иако је одлука домаћих власти да не дозволе контакт резултат противљења мајке и детета, на крају је, имајући у виду најбољи интерес детета, оправдано дат пресудан значај чврстој жељи детета да нема контакт са оцем. Резултат одлуке суда је узрокован постојањем напетих односа међу родитељима које су пренете на дете, што је резултирало противљењу детета да има контакт са оцем. Та чињеница је била пресудна за Европски суд да не нађе повреду права на поштовање породичног живота.

Најбољи интерес детета подразумева да се пресудан значај поклони чврстој жељи детета да нема контакт са оцем.

У случају ***М.Д. и други против Малте***,[336] Европски суд је навео да је мера лишења родитељског права далекосежна мера која треба да буде примењена само у изузетним околностима, посебно када то захтева најбољи интерес детета. Додатно, лишење родитељског права је трајна мера која производи последице до стицања пунолетства детета. Аутоматска примена мере лишења родитељског права у поређењу са најбољим интересом детета довела је до неадекватности примене ове мере и повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст разматрања мање озбиљних мера у односу на меру лишења родитељског права супротан је принципу најбољег интереса детета.

335 *Suss v. Germany*, представка бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1940. године, чија је заједница са супругом престала 1989. године, када је она са заједничким дететом напустила породични дом. Родитељи су се у почетку договорили да отац има право на контакт са дететом, али је накнадно, током брачноразводног поступка, мајка добила вршење родитељског права, а оцу није признато право на контакт на основу извештаја психолога који је навео да дете не жели да има контакт са оцем. Накнадно је и мајка забранила оцу контакт, и он је дете видео последњи пут у новембру 1992. године. Дете је постало пунолетно 2002. године. Подносилац се жалио да је одлука суда да му се не призна право на контакт довела до повреде права на поштовање породичног живота.

336 *M.D. and others v. Malta*, представка бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012 године. Подносиоци су мајка и деца, малтешки држављани. Против родитеља је покренута процена подобности вршења родитељског права услед занемаривања и физичког злостављања, која је 2005. године резултирала доношењем мере о лишењу родитељског права и смештају деце у институцију. Родитељи су у кривичном поступку осуђени за занемаривање и окрутно поступање. Родитељи су се накнадно растали, а мајци је омогућен контакт са децом преко викенда и државних празника. Подноситељка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

признање његовог очинства над дететом није подносиоца лишило у потпуности уживања породичног живота, с обзиром на то да је он могао и даље да одржава контакт са дететом. Интереси детета преовладали су интересе оца, с обзиром на то да би признање очинства и одлазак детета да живи са њим довело до поремећаја устаљеног живота детета са својим ујаком. ЕСЉП је констатовао да није било повреде права на поштовање породичног живота.

Ова пресуда пружа нам доказ да и поред постојања породичног живота између оца и детета, отац није особа која пре свих других има право да врши родитељско право над дететом у случају када би вршење родитељског права подразумевало, према мишљењу ЕСЉП, угрожавање стабилности детета.[536] Сматрамо да је ово веома контроверзна одлука ЕСЉП, имајући у виду да је између детета и оца постојао породични живот, те да би у супротности са Конвенцијом било давање предности вршења родитељског права другим особама, а не родитељима, у случају када није утврђена неподобност родитеља да врше родитељско право. Сматрамо оправданом промену становишта Суда у односу на случај *Yousef*, када је накнадно, у случају *С. против Финске,* одлучено да у случају сукоба права на поштовање породичног живота родитеља и других особа, у односу на дете, родитељи имају примат.

3.2.3.6. Утврђивање ванбрачног очинства - временски рок

Одбијање захтева детета да се утврди ванбрачно очинство и након истека законског рока, уз постојање савесности - да дете није сазнало за порекло од стране оца унутар законског рока, повлачи повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Phinikaridou против Кипра*,[537] ЕСЉП је навео да, самостално посматран, временски рок за утврђивање очинства није у супротности са ЕКЉП, с

536 G. Shannon, Child Law, Dublin, 2010, стр. 93.

537 *Phinikaridou v Cyprus*, пред. бр. 23890/02, пресуда од 20. децембра 2007. године. Подносилац је држављанин Кипра, одрасла особа која је за биолошко порекло од стране оца сазнала у децембру 1997. године. С обзиром на то да су домаће власти 1991. године усвојиле Закон према коме се очинство детета рођеног ван брака може утврдити три године од стицања пунолетства детета, или у року од три године од дана доношења Закона, подносилац који је поднео затев за утврђивање очинства у јуну 1999. године, није могао да утврди своје очинство. Жалба подносиоца Врховном суду је одбијена. Подносилац се жалио да је онемогућивање утврђивања очинства довело до повреде његовог права на поштовање приватног живота.

Најбољи интерес детета преовладава интерес родитеља с обзиром на то да би признање очинства и одлазак детета да живи са биолошким родитељем довело до поремећаја устаљеног породичног живота детета са својим ујаком.

Европски суд је констатовао да није било повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Сусс против Немачке***,[335] Европски суд је утврдио да, иако је одлука домаћих власти да не дозволе контакт резултат противљења мајке и детета, на крају је, имајући у виду најбољи интерес детета, оправдано дат пресудан значај чврстој жељи детета да нема контакт са оцем. Резултат одлуке суда је узрокован постојањем напетих односа међу родитељима које су пренете на дете, што је резултирало противљењу детета да има контакт са оцем. Та чињеница је била пресудна за Европски суд да не нађе повреду права на поштовање породичног живота.

Најбољи интерес детета подразумева да се пресудан значај поклони чврстој жељи детета да нема контакт са оцем.

У случају ***М.Д. и други против Малте***,[336] Европски суд је навео да је мера лишења родитељског права далекосежна мера која треба да буде примењена само у изузетним околностима, посебно када то захтева најбољи интерес детета. Додатно, лишење родитељског права је трајна мера која производи последице до стицања пунолетства детета. Аутоматска примена мере лишења родитељског права у поређењу са најбољим интересом детета довела је до неадекватности примене ове мере и повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст разматрања мање озбиљних мера у односу на меру лишења родитељског права супротан је принципу најбољег интереса детета.

335 *Suss v. Germany*, представка бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1940. године, чија је заједница са супругом престала 1989. године, када је она са заједничким дететом напустила породични дом. Родитељи су се у почетку договорили да отац има право на контакт са дететом, али је накнадно, током брачноразводног поступка, мајка добила вршење родитељског права, а оцу није признато право на контакт на основу извештаја психолога који је навео да дете не жели да има контакт са оцем. Накнадно је и мајка забранила оцу контакт, и он је дете видео последњи пут у новембру 1992. године. Дете је постало пунолетно 2002. године. Подносилац се жалио да је одлука суда да му се не призна право на контакт довела до повреде права на поштовање породичног живота.

336 *M.D. and others v. Malta*, представка бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012 године. Подносиоци су мајка и деца, малтешки држављани. Против родитеља је покренута процена подобности вршења родитељског права услед занемаривања и физичког злостављања, која је 2005. године резултирала доношењем мере о лишењу родитељског права и смештају деце у институцију. Родитељи су у кривичном поступку осуђени за занемаривање и окрутно поступање. Родитељи су се накнадно растали, а мајци је омогућен контакт са децом преко викенда и државних празника. Подноситељка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

је пресудило да је одбијање 13-годишњег детета било довољно да домаћи суд не саслушава дете.[831] Подносилац је био у довољној мери укључен у поступак одлучивања и били су му доступни сви потребни подаци. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Исто као у случају *Sahin*, утврђена је повреда члана 14. Конвенције у погледу дискриминације ванбрачних очева у односу на брачне очеве и контакт са децом. Не сматрамо да би присилно спровођење контакта услед константног противљења детета било у интересу детета. Немогућност остваривања права на контакт у том случају, и поред тога што није правично решење према родитељу који не врши родитељско право, не доводи до повреде.

У случају *Suss против Немачке*,[832] Суд је утврдио да, иако је одлука домаћих власти да му не дозволе контакт резултат противљења мајке и детета, на крају је, имајући у виду најбољи интерес детета, оправдано дат пресудан значај чврстој жељи детета да нема контакт са оцем. Резултат одлуке суда је узрокован постојањем напетих односа међу родитељима које су пренети на дете, што је резултирало противљењу детета да има контакт са оцем. Та чињеница је била пресудна за ЕСЉП да не нађе повреду права на поштовање породичног живота. Слично је ЕСЉП поступио и у случају *Nekvedevicius против Немачке*.[833]

У случају *С. против Финске*,[834] одбијање досуђивања контакта услед противљења деце која се налазе код хомосексуалног партнера родитеља не представља повреду права на поштовање породичног живота. ЕСЉП је истакао да упркос нетрпељивости између подносиоца и партнерке мајке није утврђено да отац није подобан да врши родитељско право нити да интереси детета нису били подносиоцу на првом месту. Домаћи судови су доделили вршење родитељског права партнерки мајке имајући у виду да су негативни ставови деце према њему

831 G. Shannon, Child Law, Dublin, 2010, стр. 100.

832 *Suss v Germany*, пред. бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1940. године, чија је заједница са супругом престала 1989. године када је она са заједничким дететом напустила породични дом. Родитељи су се у почетку договорили да отац има право на контакт са дететом, али је накнадно током брачноразводног поступка мајка добила вршење родитељског права, а оцу није признато право на контакт на основу извештаја психолога који је навео да дете не жели да има контакт са оцем. Накнадно је и мајка забранила оцу контакт и он је дете видео последњи пут у новембру 1992. године. Дете је постало пунолетно 2002. године. Подносилац се жалио да је одлука суда да му се не призна право на контакт довела до повреде права на поштовање породичног живота.

833 *Nekvedevicius v Germany*, пред. бр. 46165/99, пресуда од 19. јуна 2003. године.

834 *C. v Finland*, пред. бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

Најбољи интерес детета преовладава интерес родитеља с обзиром на то да би признање очинства и одлазак детета да живи са биолошким родитељем довело до поремећаја устаљеног породичног живота детета са својим ујаком.

Европски суд је констатовао да није било повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Сусс против Немачке***,[335] Европски суд је утврдио да, иако је одлука домаћих власти да не дозволе контакт резултат противљења мајке и детета, на крају је, имајући у виду најбољи интерес детета, оправдано дат пресудан значај чврстој жељи детета да нема контакт са оцем. Резултат одлуке суда је узрокован постојањем напетих односа међу родитељима које су пренете на дете, што је резултирало противљењу детета да има контакт са оцем. Та чињеница је била пресудна за Европски суд да не нађе повреду права на поштовање породичног живота.

Најбољи интерес детета подразумева да се пресудан значај поклони чврстој жељи детета да нема контакт са оцем.

У случају ***М.Д. и други против Малте***,[336] Европски суд је навео да је мера лишења родитељског права далекосежна мера која треба да буде примењена само у изузетним околностима, посебно када то захтева најбољи интерес детета. Додатно, лишење родитељског права је трајна мера која производи последице до стицања пунолетства детета. Аутоматска примена мере лишења родитељског права у поређењу са најбољим интересом детета довела је до неадекватности примене ове мере и повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст разматрања мање озбиљних мера у односу на меру лишења родитељског права супротан је принципу најбољег интереса детета.

335 *Suss v. Germany*, представка бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1940. године, чија је заједница са супругом престала 1989. године, када је она са заједничким дететом напустила породични дом. Родитељи су се у почетку договорили да отац има право на контакт са дететом, али је накнадно, током брачноразводног поступка, мајка добила вршење родитељског права, а оцу није признато право на контакт на основу извештаја психолога који је навео да дете не жели да има контакт са оцем. Накнадно је и мајка забранила оцу контакт, и он је дете видео последњи пут у новембру 1992. године. Дете је постало пунолетно 2002. године. Подносилац се жалио да је одлука суда да му се не призна право на контакт довела до повреде права на поштовање породичног живота.

336 *M.D. and others v. Malta*, представка бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012 године. Подносиоци су мајка и деца, малтешки држављани. Против родитеља је покренута процена подобности вршења родитељског права услед занемаривања и физичког злостављања, која је 2005. године резултирала доношењем мере о лишењу родитељског права и смештају деце у институцију. Родитељи су у кривичном поступку осуђени за занемаривање и окрутно поступање. Родитељи су се накнадно растали, а мајци је омогућен контакт са децом преко викенда и државних празника. Подноситељка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *M. D. и други против Малте*,[704] ЕСЉП је навео да је мера лишења родитељског права далекосежна мера која треба да буде примењена само у изузетним околностима, посебно када то захтева најбољи интерес детета. Додатно, лишење родитељског права је трајна мера која производи последице до стицања пунолетства детета. Аутоматска примена мере лишења родитељског права у поређењу са најбољим интересом детета довела је до неадекватности примене ове мере и повреде права на поштовање породичног живота.

2.2.3.5. Одузимање деце на основу сведочења деце

Лишење родитељског права само на основу сведочења деце о постојању физичког злостављања без постојања додатних, објективних околности, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *B. B. и F. B. против Немачке*,[705] ЕСЉП је навео да је једини основ за лишење родитељског права била изјава старијег детета. Није било објективних доказа о наводном злостављању. Другостепени суд је донео одлуку без саслушања деце. Деца су саслушавана неколико пута, али није пронађен ниједан знак злостављања на телу. Са друге стране, деца су имала нормалан развој, редовно похађала школу и спортске активности што је указивало да су њихове тврдње истините.[706] Домаће власти нису биле под временским притиском да донесу

704 *M. D. and others v Malta*, пред. бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012 године. Подносиоци су мајка и деца, малтешки држављани. Против родитеља је покренута процена подобности вршења родитељског права услед занемаривања и физичког злостављања, која је 2005. године резултирала доношењем мере о лишењу родитељског права и смештају деце у институцију. Родитељи су у кривичном поступку осуђени за занемаривање и окрутно поступање. Родитељи су се накнадно растали, а мајци је омогућен контакт са децом преко викенда и државних празника. Подноситељка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

705 *B. B. and F. B. v Germany*, пред. бр. 18734/09 и 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године. Подносиоци су родитељи двоје малолетне деце рођене, 1996. и 2000. године. У мају 2008. године, социјална служба је на основу сведочења старијег детета, да је њега и млађе дете отац неколико пута претукао, одузела децу од родитеља. У августу исте године родитељи су лишени родитељског права. Жалба родитеља је одбијена у новембру 2008. године. Деца су смештена у институцију у којој су била годину дана без одвијања контакта са родитељима. У новембру 2009. године током првог сусрета деце и родитеља, старије дете је признало да је измислило причу О томе да је отац физички злостављао децу. Деца су одмах враћена родитељима. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

706 О ставу психолога поводом степена веродостојности који се *a priori* може придати сведочењу детета, T. D. Lyon, Assesing the Competency of Child Witnesses: Best Practice Informed by Psyhology and Law, у M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy, C. Katz, Children's Testemony, Oxford, 2011, стр. 71.

Право детета на изражавање мишљења и партиципација детета

Одузимање детета и смештај у установу

У случају ***М.А.К. и Р.К. против Уједињеног Краљевства***,[337] Европски суд је навео да, у одсуству правног основа за спречавање оца да посети дете дана кад је оно примљено у болницу, постоји повреда права на поштовање породичног живота. Повреде узроковане бициклом биле су само један део повреда, те су сумње лекара у остале повреде биле оправдане.

У светлу немогућности давања прецизне дијагнозе повреда, несаслушање самог детета о пореклу повреда представља озбиљан пропуст. Саслушање детета је могло довести до раније утврђивања порекла повреда.

У случају сумње у сексуално злостављање детета, обавеза је суда да у складу са годинама и зрелошћу детета, саслуша дете.

Даље, дијагноза дерматолога била је ствар хитности, што је учињено тек четвртог дана од пријема детета у болницу. Док је иницијална мера сумње и спровођења поступка против родитеља била оправдана, накнадно поступање у погледу пролонгирања извештаја дерматолога представља повреду права на поштовање породичног живота. Домаће право изричито захтева да се родитељи или особе које врше родитељско право сагласе пре предузимања медицинске интервенције. Отац је изричито изјавио да се пре доласка мајке не предузимају никаква даља испитивања детета. Једино оправдање непоступања по налогу оца било би у случају хитности. Међутим, нема доказа да је дете било угрожено, да му је стање било критично, да би дошло до погоршања здравственог стања, да је трпело бол. Додатно, није било знакова да би мајка ускратила сагласност, а чак и у случају ускраћивања, болница би могла захтевати од суда добијање сагласности за даље испитивање. У таквом стању ствари, није било оправдања да се узима крв и фотографише деветогодишње дете на интимним деловима тела док је било само у болници, без сагласности родитеља. ЕСЉП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

337 *M.A.K. and R.K. v. United Kingdom*, представке бр. 45901/05 и 40146/06, пресуда од 23. марта 2010. године. Подносиоци су отац и дете, британски држављани. Отац је одвео деветогодишње дете код лекара услед постојања модрица на бутинама након чега је лекар послао дете у болницу на даље испитивање. Отац је тог дана отишао на посао и изјавио да, док не дође његова супруга и да сагласност, никаква даља испитивања не могу бити обављана на детету. Болница је, ипак, и поред изричитог захтева оца, вршила медицинска испитивања детета пре доласка мајке. Након што је мајка дошла и дала сагласност, предочено јој је да је дете било сексуално злостављано. Од детета није тражено да искаже мишљење поводом наводног злостављања. Оцу тог дана није дозвољено да види дете, а накнадно му је омогућен контакт са дететом под надзором. Иако је мајка потврдила да јој је дете изјавило да се повредило док је возило бицикл, лекар је остао при тврдњи да је дете сексуално злостављано. Након неколико дана, утврђено је да дете пати од ретке кожне болести, и пуштено је из болнице. Лекар је саставио извештај да нема довољно доказа да је дете злостављано. Поступак родитеља против болнице и лекара није био успешан. Подносиоци су се жалили да је спречавање посета детету и обављање теста без сагласности родитеља довело до повреде права на поштовање породичног живота.

на поштовање породичног живота. Одлука у овом случају супротна је одлуци у случају *Olsson против Шведске*, где је утврђено да држава има обавезу да приликом смештаја деце у другу породицу или социјалну службу, не дође до раздвајања деце, браће и сестара. Стога, сматрамо да је и у овом случају сву децу требало сместити у исту институцију.

Пресуда *Covezzi* и *Morselli* утврђује правило да су родитељи дужни да врше надзор над својом децом и да одузимање деце и лишење родитељског права у случају сексуалног злостављања деце од стране других, блиских особа не представља повреду права на поштовање породичног живота, са чиме смо сагласни. У случају постојања сумње у сексуално злостављање детета, обавеза је државних служби да делују хитно у циљу измештања детета из средине (породице) у којој је дошло до злостављања.[662] Хитно измештање деце услед постојања сумње ослобађа одговорности државу, иако се накнадно покаже да родитељи нису сексуално злостављали дете. Потенцијална опасност од тако грубе повреде права детета оправдава хитност измештања детета чак и одсуству саслушања детета и родитеља.

2.2.1.2. Обавеза саслушања детета о постојању сексуалног злостављања

Несаслушање детета у случају постојања сумње у сексуално злостављање и предузимање медицинских прегледа без сагласности родитеља, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *М. А. К. и R. K. против Уједињеног Краљевства,*[663] ЕСЉП је навео да у одсуству правног основа за спречавање оца да посети дете дана кад је оно

662 О хитном измештању детета из породице у случају злостављања и несаслушању родитеља, И. Крстић, Право на поштовање приватног и породичног живота члан 8. Европске конвенције о људским правима, Београд, 2006, стр. 54.

663 *M. A .K. and R. K. v United Kingdom*, пред. бр. 45901/05 и 40146/06, пресуда од 23. марта 2010. године. Подносиоци су отац и дете, британски држављани. Отац је одвео деветогодишње дете код лекара услед постојања модрица на бутинама након чега је лекар послао дете у болницу на даље испитивање. Отац је тог дана отишао на посао и изјавио да док не дође његова супруга и да сагласност, никаква даља испитивања не могу бити обављана на детету. Болница је, ипак, и поред изричитог захтева оца вршила медицинска испитивања детета пре доласка мајке. Након што је мајка дошла и дала сагласност, предочено јој је да је дете било сексуално злостављано. Од детета није тражено да искаже мишљење поводом наводног злостављања. Оцу тог дана није дозвољено да види дете, а накнадно му је омогућен контакт са дететом под надзором. Иако је мајка потврдила да јој је дете изјавило да се повредило док је возило бицикл, лекар је остао при тврдњи да је дете сексуално злостављано. Након неколико дана утврђено је да дете пати од ретке кожне болести и

Право детета на изражавање мишљења и партиципација детета

Одузимање детета и смештај у установу

У случају ***М.А.К. и Р.К. против Уједињеног Краљевства***,[337] Европски суд је навео да, у одсуству правног основа за спречавање оца да посети дете дана кад је оно примљено у болницу, постоји повреда права на поштовање породичног живота. Повреде узроковане бициклом биле су само један део повреда, те су сумње лекара у остале повреде биле оправдане.

У светлу немогућности давања прецизне дијагнозе повреда, несаслушање самог детета о пореклу повреда представља озбиљан пропуст. Саслушање детета је могло довести до ранијег утврђивања порекла повреда.

У случају сумње у сексуално злостављање детета, обавеза је суда да у складу са годинама и зрелошћу детета, саслуша дете.

Даље, дијагноза дерматолога била је ствар хитности, што је учињено тек четвртог дана од пријема детета у болницу. Док је иницијална мера сумње и спровођења поступка против родитеља била оправдана, накнадно поступање у погледу пролонгирања извештаја дерматолога представља повреду права на поштовање породичног живота. Домаће право изричито захтева да се родитељи или особе које врше родитељско право сагласе пре предузимања медицинске интервенције. Отац је изричито изјавио да се пре доласка мајке не предузимају никаква даља испитивања детета. Једино оправдање непоступања по налогу оца било би у случају хитности. Међутим, нема доказа да је дете било угрожено, да му је стање било критично, да би дошло до погоршања здравственог стања, да је трпело бол. Додатно, није било знакова да би мајка ускратила сагласност, а чак и у случају ускраћивања, болница би могла захтевати од суда добијање сагласности за даље испитивање. У таквом стању ствари, није било оправдања да се узима крв и фотографише деветогодишње дете на интимним деловима тела док је било само у болници, без сагласности родитеља. ЕСЉП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

337 *M.A.K. and R.K. v. United Kingdom*, представке бр. 45901/05 и 40146/06, пресуда од 23. марта 2010. године. Подносиоци су отац и дете, британски држављани. Отац је одвео деветогодишње дете код лекара услед постојања модрица на бутинама након чега је лекар послао дете у болницу на даље испитивање. Отац је тог дана отишао на посао и изјавио да, док не дође његова супруга и да сагласност, никаква даља испитивања не могу бити обављана на детету. Болница је, ипак, и поред изричитог захтева оца, вршила медицинска испитивања детета пре доласка мајке. Након што је мајка дошла и дала сагласност, предочено јој је да је дете било сексуално злостављано. Од детета није тражено да искаже мишљење поводом наводног злостављања. Оцу тог дана није дозвољено да види дете, а накнадно му је омогућен контакт са дететом под надзором. Иако је мајка потврдила да јој је дете изјавило да се повредило док је возило бицикл, лекар је остао при тврдњи да је дете сексуално злостављано. Након неколико дана, утврђено је да дете пати од ретке кожне болести, и пуштено је из болнице. Лекар је саставио извештај да нема довољно доказа да је дете злостављано. Поступак родитеља против болнице и лекара није био успешан. Подносиоци су се жалили да је спречавање посета детету и обављање теста без сагласности родитеља довело до повреде права на поштовање породичног живота.

примљено у болницу, постоји повреда права на поштовање породичног живота. Повреде узроковане бициклом биле су само један део повреда, те су сумње лекара у остале повреде биле оправдане.

У светлу немогућности давања прецизне дијагнозе повреда, несаслушање самог детета о пореклу повреда представља озбиљан пропуст.[664] Саслушање детета је могло довести до ранијег утврђивања порекла повреда.[665] Даље, дијагноза дерматолога била је ствар хитности, што је учињено тек четвртог дана од пријема детета у болницу. Док је иницијална мера сумње и спровођења поступка против родитеља била оправдана, накнадно поступање у погледу пролонгирања извештаја дерматолога представља повреду права на поштовање породичног живота. Домаће право изричито захтева да се родитељи или особе које врше родитељско право сагласе пре предузимања медицинске интервенције. Отац је изричито изјавио да се пре доласка мајке не предузимају никаква даља испитивања детета. Једино оправдање непоступања по налогу оца било би у случају хитности. Међутим, нема доказа да је дете било угрожено, да му је стање било критично, да би дошло до погоршања здравственог стања, да је трпело бол. Додатно, није било знакова да би мајка ускратила сагласност, а чак и у случају ускраћивања, болница би могла захтевати од суда добијање сагласности за даље испитивање. У таквом стању ствари, није било оправдања да се узима крв и фотографише деветогодишње дете на интимним деловима тела док је било само у болници, без сагласности родитеља. ЕСЉП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

Члан 8. Конвенције обухвата и случајеве где се мешање у породични живот врши на основу споразума. Сагласност родитеља не оправдава, по правилу,

пуштено је из болнице. Лекар је саставио извештај да нема довољно доказа да је дете злостављано. Поступак родитеља против болнице и лекара није био успешан. Подносиоци су се жалили да је спречавање посета детету и обављање теста без сагласности родитеља довело до повреде права на поштовање породичног живота.

664 Иако саслушање детета пред државним органима и судом може довести до сазнања о (не)постојању злостављања, постоји и друга страна медаље саслушања деце пред судом - студије су утврдиле да 70% деце брине пре одласка у суд, док њих 50% показује знаке стреса пре него што треба да сведоче. О томе, J. A. Quas, M. Sumaroka, Consequences of Legal Involment on Child Victims of Malteratment, у M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy, C. Katz, Children's Testemony, Oxford, 2011, стр. 331.

665 М. Јањић-Комар, М. Обретковић, Права детета права човека, Београд, 1996, стр. 116, износе концепт права детета на слободу мишљења у контексту права човека и права детета на самоодређење.

Лишење родитељског права

У случају ***Кутзнер против Немачке***,[338] Европски суд је навео да лишење родитељског права, дуготрајан смештај деце у хранитељским породицама и забрана контакта родитеља и деце представљају мешање у породични живот родитеља. Мере социјалне службе биле су у складу са законом, али ниједна мера није била одговарајућа. У вези са одлуком о лишењу родитељског права, није утврђено да су деца била злостављана или занемаривана. Приватно ангажовани психолог и низ других експерата изразили су став да деца треба да буду враћена у породицу и да родитељима треба пружити додатну образовну подршку. Домаће власти нису разматрале друге мере које су могле бити одређене а имају блажи карактер од мере лишења родитељског права и смештаја деце у социјалну институцију. Додатни пропуст представља несаслушање деце приликом одвајања од родитеља и током смештаја у раздвојене, удаљене хранитељске породице.

У случају одређивања мере одвајања детета од родитеља, суд има обавезу да саслуша дете.

Захтев родитеља за контактом са децом константно је одбијан, а када је коначно дозвољен, био је прилично ограничен. Такво ограничење контакта, посебно када је реч о млађој деци, могло је само да доведе до још већег отуђења деце од родитеља и до отуђења између деце. Европски суд је, у складу са наведеним чињеницама, констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Савину против Украјине***,[339] Европски суд је изразио сумњу у то да су животни услови деце угрожавали њихово здравље. Наиме, поступак процене породичних услова започет је у јануару 2004. године, а завршен смештајем деце у институцију тек у јуну 2006. године. Ниједна привремена мера није предузета током овог периода нити је утврђено да постоји одређена опасност по децу. Даље, нису разматрани други докази попут извештаја лекара, увида у здравствене картоне деце, није извршено саслушање нити је уважено мишљење деце. Ни у једној фази поступка деца нису саслушана пред судом.

Обавеза је да у поступку лишења родитељског права дете буде саслушано и да изнесе своје мишљење.

338 *Kutzner v. Germany*, представка бр. 46544/99, пресуда од 10. јула 2001. године. Подносиоци су немачки држављани, родитељи двоје деце рођене 1991. и 1993. године. Социјална служба поднела је захтев суду да се родитељи лише родитељског права услед недостатка интелектуалног капацитета да одгајају децу. Суд је децу сместио у социјалну установу и обавезао психолога да поднесе стручни извештај. Психолог је подржао мишљење социјалне службе да родитељи не поседују капацитет да одгајају децу и на основу тог извештаја, суд је родитеље лишио родитељског права и сместио децу у раздвојене, родитељима непознате, хранитељске породице. Насупрот става психолога, многе невладине организације и експерти у области права детета сведочили су да родитељи имају капацитет за вршење родитељског права. Подносиоци су поднели више жалби, које су одбијене. Подносиоци нису видели децу првих шест месеци боравка у хранитељским породицама. Након тога, суд је одредио да родитељи имају право да виде децу један сат у току месец дана. Током посета, супротно судској одлуци, велики број особа присуствовао је сусретима деце и родитеља. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила њихово право на поштовање породичног живота.

339 *Saviny v. Ukraine*, представка бр. 39948/06, пресуда од 18. децембра 2008. године. Подносиоци су украјински држављани, супружници који од рођења немају чуло вида и имају седморо деце. Четворо деце је 1998. године смештено у социјалне установе. Судском одлуком из 2006. године, родитељи су лишени родитељског права, а преостало троје деце смештено је у социјалне институције. Разлог смештаја деце је недостатак финансијских средстава и мањак личних својстава подносилаца који је угрозио здравље и морално одгајање деце. Деци, према извештају социјалне службе, нису обезбеђени адекватна исхрана, одећа, хигијена, здравствена заштита и образовање. Жалбе подносиоца на одлуке о смештају деце су одбијене. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

детета, отклоњене сумње произвеле су брисање имена детета из предметног регистра у коме је било нешто мање од четири месеца. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота.

2.2.8. Интелектуални капацитет родитеља

ЕСЉП стоји на становишту да лишење родитељског права и одвајање деце од родитеља у случају умањеног интелектуалног капацитета родитеља представља повреду ЕКЉП. Захтева се да је умањени капацитет родитеља довео до повреде права детета да би оправдао меру лишења родитељског права домаћих власти.

У случају *Kutzner против Немачке*,[734] ЕСЉП је навео да лишење родитељског права, дуготрајан смештај деце у хранитељским породицама и забрана контакта родитеља и деце представља мешање у породични живот родитеља. Мере социјалне службе биле су у складу са законом, али нити једна мера није била одговарајућа.[735] У вези одлуке о лишењу родитељског права, није утврђено да су деца била злостављана или занемаривана. Приватно ангажован психолог, као и низ других експерата изразили су став да деца треба да буду враћена у породицу и да родитељима треба пружити додатну образовну подршку. Домаће власти нису разматрале друге мере које су могле бити одређене а имају блажи карактер од мере лишења родитељског права и смештаја деце у социјалну институцију. Додатни пропуст представља несаслушање деце приликом одвајања од родитеља, као и током смештаја у раздвојене, удаљене хранитељске проодице. Захтев

734 *Kutzner v Germany*, пред. бр. 46544/99, пресуда од 10. јула 2001. године. Подносиоци су немачки држављани, родитељи двоје деце рођене 1991. и 1993. године. Социјална служба поднела је захтев суду да се родитељи лише родитељског права услед недостатка интелектуалног капацитета да одгајају децу. Суд је децу сместио у социјалну установу и обавезао психолога да поднесе стручни извештај. Психолог је подржао мишљење социјалне службе да родитељи не поседују капацитет да одгајају децу и на основу тог извештаја, суд је родитеље лишио родитељског права и сместио децу у раздвојене, родитељима непознате хранитељске породице. Насупрот става психолога, многе невладине организације и експерти у области права детета сведочили су да родитељи имају капацитет за вршење родитељског права. Подносиоци су поднели више жалби које су одбијене. Подносиоци нису видели децу првих шест месеци боравка у хранитељским породицама. Након тога, суд је одредио да родитељи имају право да виде децу један сат у току месец дана. Током посета, супротно судској одлуци, велики број особа присуствовао је сусретима деце и родитеља. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила њихово право на поштовање породичног живота.

735 О сарадњи суда и социјалне службе видети, J. von Staudingers, Kommmentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 4, Familienrecht §§ 1773-1895 (Vormundschaftsrecht), Berlin, 2014.

Лишење родитељског права

У случају ***Кутзнер против Немачке***,[338] Европски суд је навео да лишење родитељског права, дуготрајан смештај деце у хранитељским породицама и забрана контакта родитеља и деце представљају мешање у породични живот родитеља. Мере социјалне службе биле су у складу са законом, али ниједна мера није била одговарајућа. У вези са одлуком о лишењу родитељског права, није утврђено да су деца била злостављана или занемаривана. Приватно ангажовани психолог и низ других експерата изразили су став да деца треба да буду враћена у породицу и да родитељима треба пружити додатну образовну подршку. Домаће власти нису разматрале друге мере које су могле бити одређене а имају блажи карактер од мере лишења родитељског права и смештаја деце у социјалну институцију. Додатни пропуст представља несаслушање деце приликом одвајања од родитеља и током смештаја у раздвојене, удаљене хранитељске породице.

У случају одређивања мере одвајања детета од родитеља, суд има обавезу да саслуша дете.

Захтев родитеља за контактом са децом константно је одбијан, а када је коначно дозвољен, био је прилично ограничен. Такво ограничење контакта, посебно када је реч о млађој деци, могло је само да доведе до још већег отуђења деце од родитеља и до отуђења између деце. Европски суд је, у складу са наведеним чињеницама, констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Савину против Украјине***,[339] Европски суд је изразио сумњу у то да су животни услови деце угрожавали њихово здравље. Наиме, поступак процене породичних услова започет је у јануару 2004. године, а завршен смештајем деце у институцију тек у јуну 2006. године. Ниједна привремена мера није предузета током овог периода нити је утврђено да постоји одређена опасност по децу. Даље, нису разматрани други докази попут извештаја лекара, увида у здравствене картоне деце, није извршено саслушање нити је уважено мишљење деце. Ни у једној фази поступка деца нису саслушана пред судом.

Обавеза је да у поступку лишења родитељског права дете буде саслушано и да изнесе своје мишљење.

338 *Kutzner v. Germany*, представка бр. 46544/99, пресуда од 10. јула 2001. године. Подносиоци су немачки држављани, родитељи двоје деце рођене 1991. и 1993. године. Социјална служба поднела је захтев суду да се родитељи лише родитељског права услед недостатка интелектуалног капацитета да одгајају децу. Суд је децу сместио у социјалну установу и обавезао психолога да поднесе стручни извештај. Психолог је подржао мишљење социјалне службе да родитељи не поседују капацитет да одгајају децу и на основу тог извештаја, суд је родитеље лишио родитељског права и сместио децу у раздвојене, родитељима непознате, хранитељске породице. Насупрот става психолога, многе невладине организације и експерти у области права детета сведочили су да родитељи имају капацитет за вршење родитељског права. Подносиоци су поднели више жалби, које су одбијене. Подносиоци нису видели децу првих шест месеци боравка у хранитељским породицама. Након тога, суд је одредио да родитељи имају право да виде децу један сат у току месец дана. Током посета, супротно судској одлуци, велики број особа присуствовао је сусретима деце и родитеља. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила њихово право на поштовање породичног живота.

339 *Saviny v. Ukraine*, представка бр. 39948/06, пресуда од 18. децембра 2008. године. Подносиоци су украјински држављани, супружници који од рођења немају чуло вида и имају седморо деце. Четворо деце је 1998. године смештено у социјалне установе. Судском одлуком из 2006. године, родитељи су лишени родитељског права, а преостало троје деце смештено је у социјалне институције. Разлог смештаја деце је недостатак финансијских средстава и мањак личних својстава подносилаца који је угрозио здравље и морално одгајање деце. Деци, према извештају социјалне службе, нису обезбеђени адекватна исхрана, одећа, хигијена, здравствена заштита и образовање. Жалбе подносиоца на одлуке о смештају деце су одбијене. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

одлуку о лишењу родитељског права, с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

У потпуности се слажемо са одлуком Суда и подвлачимо да у свим случајевима лишења родитељског права, као најтеже санкције поводом вршења родитељског права, сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење. Сведочење може бити само један од основа лишења, поред утврђивања повреде, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља.

2.2.4. Физички недостатак родитеља

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања деце од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Saviny против Украјине*,[707] ЕСЉП је изразио сумњу у то да су животни услови деце угрожавали њихово здравље. Наиме, поступак процене породичних услова започет је у јануару 2004. године, а завршен смештајем деце у институцију тек у јуну 2006. године. Ниједна привремена мера није предузета током овог периода, нити је утврђено да постоји одређена опасност по децу. Даље, нису разматрани други докази попут извештаја лекара, увида у здравствене картоне деце, није извршено саслушање нити уважено мишљење деце. Нити у једној фази поступка деца нису саслушана пред судом. Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност

707 *Saviny v Ukraine*, пред. бр. 39948/06, пресуда од 18. децембра 2008. године. Подносиоци су украјински држављани, супружници који од рођења немају чуло вида и имају седморо деце. Четворо деце је 1998. године смештено у социјалне установе. Судском одлуком из 2006. године, родитељи су лишени родитељског права а преостало троје деце смештено је у институције. Разлог смештаја деце је недостатак финансијских средстава и мањак личних својстава подносилаца који је угрозио здравље и морално одгајање деце. Деци, према извештају социјалне службе, нису обезбеђени адекватна исхрана, одећа, хигијена, здравствена заштита и образовање. Жалбе подносиоца на одлуке о смештају деце су одбијене. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност родитеља а колико је било могуће саветовањем и финансијском подршком отклонити ове тешкоће.

Родитељи не могу бити лишени родитељског права само услед сиромаштва — недостатка финансијских средстава.

У погледу наводног мањка капацитета родитеља за вршењем родитељског права, није поднет ниједан посебан доказ о процени емотивне и менталне зрелости родитеља или о мотивацији да реше своје животне услове. У том правцу, било је неопходно прибавити извештај психолога. Додатни пропуст домаћих власти представља смештај деце у различите институције. Двоје деце смештено је у други град, чиме је онемогућен редован контакт са родитељима и другом браћом и сестрама. Европски суд је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Б.Б. и Ф.Б. против Немачке***,[340] Европски суд је навео да је једини основ за лишење родитељског права била изјава старијег детета. Није било објективних доказа о наводном злостављању. Другостепени суд је донео одлуку без саслушања деце. Деца су саслушавана неколико пута, али није пронађен ниједан знак злостављања на телу. С друге стране, деца су имала нормалан развој, редовно похађала школу и спортске активности, што је указивало да су њихове тврдње истините. Домаће власти нису биле под временским притиском да донесу одлуку о лишењу родитељског права с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Европски суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење родитељског права. Сведочење може бити само један од основа лишења поред утврђивања повреде/повреда, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља ако је то у складу са најбољим интересом детета.

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

340 B.B. and F.B. v. Germany, представке бр. 18734/09 и 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године. Подносиоци су родитељи двоје малолетне деце рођене 1996. и 2000. године. У мају 2008. године, социјална служба је, на основу сведочења старијег детета да је њега и млађе дете отац неколико пута претукао, одузела децу од родитеља. У августу исте године, родитељи су лишени родитељског права. Жалба родитеља је одбијена у новембру 2008. године. Деца су смештена у институцију у којој су била годину дана без контакта са родитељима. У новембру 2009. године, током првог сусрета деце и родитеља, старије дете је признало да је измислило причу о томе да је отац физички злостављао децу. Деца су одмах враћена родитељима. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

одлуку о лишењу родитељског права, с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

У потпуности се слажемо са одлуком Суда и подвлачимо да у свим случајевима лишења родитељског права, као најтеже санкције поводом вршења родитељског права, сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење. Сведочење може бити само један од основа лишења, поред утврђивања повреде, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља.

2.2.4. Физички недостатак родитеља

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања деце од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Saviny против Украјине*,[707] ЕСЉП је изразио сумњу у то да су животни услови деце угрожавали њихово здравље. Наиме, поступак процене породичних услова започет је у јануару 2004. године, а завршен смештајем деце у институцију тек у јуну 2006. године. Ниједна привремена мера није предузета током овог периода, нити је утврђено да постоји одређена опасност по децу. Даље, нису разматрани други докази попут извештаја лекара, увида у здравствене картоне деце, није извршено саслушање нити уважено мишљење деце. Нити у једној фази поступка деца нису саслушана пред судом. Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност

707 *Saviny v Ukraine*, пред. бр. 39948/06, пресуда од 18. децембра 2008. године. Подносиоци су украјински држављани, супружници који од рођења немају чуло вида и имају седморо деце. Четворо деце је 1998. године смештено у социјалне установе. Судском одлуком из 2006. године, родитељи су лишени родитељског права а преостало троје деце смештено је у институције. Разлог смештаја деце је недостатак финансијских средстава и мањак личних својстава подносилаца који је угрозио здравље и морално одгајање деце. Деци, према извештају социјалне службе, нису обезбеђени адекватна исхрана, одећа, хигијена, здравствена заштита и образовање. Жалбе подносиоца на одлуке о смештају деце су одбијене. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност родитеља а колико је било могуће саветовањем и финансијском подршком отклонити ове тешкоће.

Родитељи не могу бити лишени родитељског права само услед сиромаштва — недостатка финансијских средстава.

У погледу наводног мањка капацитета родитеља за вршењем родитељског права, није поднет ниједан посебан доказ о процени емотивне и менталне зрелости родитеља или о мотивацији да реше своје животне услове. У том правцу, било је неопходно прибавити извештај психолога. Додатни пропуст домаћих власти представља смештај деце у различите институције. Двоје деце смештено је у други град, чиме је онемогућен редован контакт са родитељима и другом браћом и сестрама. Европски суд је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Б.Б. и Ф.Б. против Немачке***,[340] Европски суд је навео да је једини основ за лишење родитељског права била изјава старијег детета. Није било објективних доказа о наводном злостављању. Другостепени суд је донео одлуку без саслушања деце. Деца су саслушавана неколико пута, али није пронађен ниједан знак злостављања на телу. С друге стране, деца су имала нормалан развој, редовно похађала школу и спортске активности, што је указивало да су њихове тврдње истините. Домаће власти нису биле под временским притиском да донесу одлуку о лишењу родитељског права с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Европски суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење родитељског права. Сведочење може бити само један од основа лишења поред утврђивања повреде/повреда, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља ако је то у складу са најбољим интересом детета.

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

340 B.B. and F.B. v. Germany, представке бр. 18734/09 и 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године. Подносиоци су родитељи двоје малолетне деце рођене 1996. и 2000. године. У мају 2008. године, социјална служба је, на основу сведочења старијег детета да је њега и млађе дете отац неколико пута претукао, одузела децу од родитеља. У августу исте године, родитељи су лишени родитељског права. Жалба родитеља је одбијена у новембру 2008. године. Деца су смештена у институцију у којој су била годину дана без контакта са родитељима. У новембру 2009. године, током првог сусрета деце и родитеља, старије дете је признало да је измислило причу о томе да је отац физички злостављао децу. Деца су одмах враћена родитељима. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

родитеља, а колико је било могуће саветовањем и финансијском подршком отклонити ове тешкоће. У погледу наводног мањка капацитета родитеља за вршењем родитељског права, није поднет нити један посебан доказ о процени емотивне и менталне зрелости родитеља или мотивацији да реше своје животне услове. У том правцу било је неопходно прибавити извештај психолога. Додатни пропуст домаћих власти представља смештај деце у различите институције. Двоје деце смештено је у други град, чиме је онемогућен редован контакт са родитељима и другом браћом и сестрама. ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.[708]

2.2.5. Ментална болест родитеља

2.2.5.1. Хитност мере одузимања детета и учествовање родитеља у поступку

Одузимање детета од мајке на порођају без учествовања оба родитеља у поступку лишења родитељског права и без постојања хитности, неопходности и предвидивости, доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Савесност домаћих власти месецима унапред да ће мајка родити дете искључује постојање хитности, непредвидивости и неопходности. Деловање социјалних служби које нема за резултат повећавање одржавања контакта детета у институцији и родитеља доводи, такође, до повреде.

У случају *К. и Т. против Финске*,[709] ЕСЉП је сматрао да када су у питању хитне мере измештања деце из породице, није увек могуће укључити у процес

708 Видети и Elaine O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 18.

709 *K. and T. v Finland*, пред. бр., 25702/94, пресуда од 12. јула 2001. године. Подносиоци су мајка четворо деце и њен ванбрачни партнер, отац њихово двоје заједничке деце, обоје фински држављани. Подноситељка је била лечена у више наврата од шизофреније. Када је мајка била трудна са трећим дететом, утврђено је да она не може да врши родитељско право у вези другог детета. Дете је уз сагласност оба родитеља смештено у социјалну установу. Чим се родило треће дете, у јуну 1993. године, и оно је хитном мером социјалне службе смештено у социјалну установу услед нестабилног менталног стања мајке. Родитељима је право на контакт са дететом забрањено у септембру 1993. године, а деца су смештена 1994. године у хранитељске породице у другом граду, 120км делеко од родитеља. У мају 1994. године, родитељима је дозвољено да виђају децу једном месечно уз надзор. Жалбе родитеља на укидање одредби о смештају деце су одбијене. Мајка је у априлу 1995. године родила четврто дете које није смештено у социјалну установу. Недуго затим, мајка је хоспитализована на шест недеља услед шизофреније. У априлу 1997. године, продужен је смештај деце. Власти су у децембру 1998. године констатовале да поновно спајање деце и

Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност родитеља а колико је било могуће саветовањем и финансијском подршком отклонити ове тешкоће.

Родитељи не могу бити лишени родитељског права само услед сиромаштва — недостатка финансијских средстава.

У погледу наводног мањка капацитета родитеља за вршењем родитељског права, није поднет ниједан посебан доказ о процени емотивне и менталне зрелости родитеља или о мотивацији да реше своје животне услове. У том правцу, било је неопходно прибавити извештај психолога. Додатни пропуст домаћих власти представља смештај деце у различите институције. Двоје деце смештено је у други град, чиме је онемогућен редован контакт са родитељима и другом браћом и сестрама. Европски суд је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Б.Б. и Ф.Б. против Немачке***,[340] Европски суд је навео да је једини основ за лишење родитељског права била изјава старијег детета. Није било објективних доказа о наводном злостављању. Другостепени суд је донео одлуку без саслушања деце. Деца су саслушавана неколико пута, али није пронађен ниједан знак злостављања на телу. С друге стране, деца су имала нормалан развој, редовно похађала школу и спортске активности, што је указивало да су њихове тврдње истините. Домаће власти нису биле под временским притиском да донесу одлуку о лишењу родитељског права с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Европски суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење родитељског права. Сведочење може бити само један од основа лишења поред утврђивања повреде/повреда, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља ако је то у складу са најбољим интересом детета.

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

340 B.B. and F.B. v. Germany, представке бр. 18734/09 и 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године. Подносиоци су родитељи двоје малолетне деце рођене 1996. и 2000. године. У мају 2008. године, социјална служба је, на основу сведочења старијег детета да је њега и млађе дете отац неколико пута претукао, одузела децу од родитеља. У августу исте године, родитељи су лишени родитељског права. Жалба родитеља је одбијена у новембру 2008. године. Деца су смештена у институцију у којој су била годину дана без контакта са родитељима. У новембру 2009. године, током првог сусрета деце и родитеља, старије дете је признало да је измислило причу о томе да је отац физички злостављао децу. Деца су одмах враћена родитељима. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

У случају *M. D. и други против Малте*,[704] ЕСЉП је навео да је мера лишења родитељског права далекосежна мера која треба да буде примењена само у изузетним околностима, посебно када то захтева најбољи интерес детета. Додатно, лишење родитељског права је трајна мера која производи последице до стицања пунолетства детета. Аутоматска примена мере лишења родитељског права у поређењу са најбољим интересом детета довела је до неадекватности примене ове мере и повреде права на поштовање породичног живота.

2.2.3.5. Одузимање деце на основу сведочења деце

Лишење родитељског права само на основу сведочења деце о постојању физичког злостављања без постојања додатних, објективних околности, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *B. B. и F. B. против Немачке*,[705] ЕСЉП је навео да је једини основ за лишење родитељског права била изјава старијег детета. Није било објективних доказа о наводном злостављању. Другостепени суд је донео одлуку без саслушања деце. Деца су саслушавана неколико пута, али није пронађен ниједан знак злостављања на телу. Са друге стране, деца су имала нормалан развој, редовно похађала школу и спортске активности што је указивало да су њихове тврдње истините.[706] Домаће власти нису биле под временским притиском да донесу

704 *M. D. and others v Malta*, пред. бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012 године. Подносиоци су мајка и деца, малтешки држављани. Против родитеља је покренута процена подобности вршења родитељског права услед занемаривања и физичког злостављања, која је 2005. године резултирала донешењем мере о лишењу родитељског права и смештају деце у институцију. Родитељи су у кривичном поступку осуђени за занемаривање и окрутно поступање. Родитељи су се накнадно растали, а мајци је омогућен контакт са децом преко викенда и државних празника. Подноситељка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

705 *B. B. and F. B. v Germany*, пред. бр. 18734/09 и 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године. Подносиоци су родитељи двоје малолетне деце рођене, 1996. и 2000. године. У мају 2008. године, социјална служба је на основу сведочења старијег детета, да је њега и млађе дете отац неколико пута претукао, одузела децу од родитеља. У августу исте године родитељи су лишени родитељског права. Жалба родитеља је одбијена у новембру 2008. године. Деца су смештена у институцију у којој су била годину дана без одвијања контакта са родитељима. У новембру 2009. године током првог сусрета деце и родитеља, старије дете је признало да је измислило причу О томе да је отац физички злостављао децу. Деца су одмах враћена родитељима. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

706 О ставу психолога поводом степена веродостојности који се *a priori* може придати сведочењу детета, T. D. Lyon, Assesing the Competency of Child Witnesses: Best Practice Informed by Psyhology and Law, у M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy, C. Katz, Children's Testemony, Oxford, 2011, стр. 71.

Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност родитеља а колико је било могуће саветовањем и финансијском подршком отклонити ове тешкоће.

Родитељи не могу бити лишени родитељског права само услед сиромаштва — недостатка финансијских средстава.

У погледу наводног мањка капацитета родитеља за вршењем родитељског права, није поднет ниједан посебан доказ о процени емотивне и менталне зрелости родитеља или о мотивацији да реше своје животне услове. У том правцу, било је неопходно прибавити извештај психолога. Додатни пропуст домаћих власти представља смештај деце у различите институције. Двоје деце смештено је у други град, чиме је онемогућен редован контакт са родитељима и другом браћом и сестрама. Европски суд је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Б.Б. и Ф.Б. против Немачке***,[340] Европски суд је навео да је једини основ за лишење родитељског права била изјава старијег детета. Није било објективних доказа о наводном злостављању. Другостепени суд је донео одлуку без саслушања деце. Деца су саслушавана неколико пута, али није пронађен ниједан знак злостављања на телу. С друге стране, деца су имала нормалан развој, редовно похађала школу и спортске активности, што је указивало да су њихове тврдње истините. Домаће власти нису биле под временским притиском да донесу одлуку о лишењу родитељског права с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Европски суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење родитељског права. Сведочење може бити само један од основа лишења поред утврђивања повреде/повреда, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља ако је то у складу са најбољим интересом детета.

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

340 B.B. and F.B. v. Germany, представке бр. 18734/09 и 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године. Подносиоци су родитељи двоје малолетне деце рођене 1996. и 2000. године. У мају 2008. године, социјална служба је, на основу сведочења старијег детета да је њега и млађе дете отац неколико пута претукао, одузела децу од родитеља. У августу исте године, родитељи су лишени родитељског права. Жалба родитеља је одбијена у новембру 2008. године. Деца су смештена у институцију у којој су била годину дана без контакта са родитељима. У новембру 2009. године, током првог сусрета деце и родитеља, старије дете је признало да је измислило причу о томе да је отац физички злостављао децу. Деца су одмах враћена родитељима. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

одлуку о лишењу родитељског права, с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

У потпуности се слажемо са одлуком Суда и подвлачимо да у свим случајевима лишења родитељског права, као најтеже санкције поводом вршења родитељског права, сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење. Сведочење може бити само један од основа лишења, поред утврђивања повреде, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља.

2.2.4. Физички недостатак родитеља

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања деце од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Saviny против Украјине*,[707] ЕСЉП је изразио сумњу у то да су животни услови деце угрожавали њихово здравље. Наиме, поступак процене породичних услова започет је у јануару 2004. године, а завршен смештајем деце у институцију тек у јуну 2006. године. Ниједна привремена мера није предузета током овог периода, нити је утврђено да постоји одређена опасност по децу. Даље, нису разматрани други докази попут извештаја лекара, увида у здравствене картоне деце, није извршено саслушање нити уважено мишљење деце. Нити у једној фази поступка деца нису саслушана пред судом. Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност

707 *Saviny v Ukraine*, пред. бр. 39948/06, пресуда од 18. децембра 2008. године. Подносиоци су украјински држављани, супружници који од рођења немају чуло вида и имају седморо деце. Четворо деце је 1998. године смештено у социјалне установе. Судском одлуком из 2006. године, родитељи су лишени родитељског права а преостало троје деце смештено је у институције. Разлог смештаја деце је недостатак финансијских средстава и мањак личних својстава подносилаца који је угрозио здравље и морално одгајање деце. Деци, према извештају социјалне службе, нису обезбеђени адекватна исхрана, одећа, хигијена, здравствена заштита и образовање. Жалбе подносиоца на одлуке о смештају деце су одбијене. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

Вршење родитељског права

У случају ***Елсхолз против Немачке***,[341] Европски суд је поновио да се породични живот примењује и на друге *de facto* односе ван брака а не само на брачне односе. Тренутком рођења детета у таквим заједницама, долази до успостављања породичног живота, те стога, заједнички живот детета и родитеља представља конститутивни елемент породичног живота, чак и уколико дође до престанка заједнице живота родитеља. Одбијање контакта између детета и оца позивањем на поремећене односе између мајке и оца довело је до мешања у право на поштовање породичног живота. Суд цени интересе свих страна у поступку, и родитеља и детета, и истиче да је неопходно извршити правичан баланс интереса свих страна у поступку, али да ***интереси детета могу надвладати интересе родитеља.***

Европски суд не сматра оправданим образложење домаћих судова да су жеље детета, саслушаног пред судом када је имало пет и шест година, пресудне и то да се, услед констатовања да су односи родитеља поремећени, није тражио додатни извештај експерта о утицају контакта на благостање детета. На основу свих чињеница, Суд закључује да подносилац није био укључен у поступак одлучивања у довољној мери. Одбијање додатног саслушања оца пред судом и онемогућавање подношења извештаја психолога, довело је до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[342] при процени сукоба интереса више права на поштовање породичног живота, Суд посебан значај придаје најбољем интересу детета који, у зависности од природе и озбиљности, може надвладати интересе родитеља. Када се утврди да постоји породични живот, сваки од чланова породице има право на поштовање свог породичног живота. Родитељ, у складу са чланом 8. Европске конвенције, није овлашћен да штети развоју и здрављу детета. Ипак, домаћи судови ничим нису утврдили да је отац неподобан као родитељ или да није у могућности да врши родитељско право. Врховни суд је, у складу са домаћим законодавством које предвиђа да дете са 12 година може исказати своје мишљење, пресудан значај дао жељама детета. Европски суд је јасан да домаћи судови приликом одлучивања треба да узму у обзир мишљење детета. Међутим, нижи судови су, упркос исказаном мишљењу деце да

341 Elsholz v. Germany, представка бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1947. године. Он је отац ванбрачног детета, рођеног 1986. године. Подносилац је живео са мајком детета и њеним старијим сином из претходне заједнице од 1985. године до јуна 1988. године, када се мајка одселила са децом из породичног дома. На саслушању пред социјалном службом у децембру 1991. године, дете је изјавило да више не жели да има контакт са оцем. У децембру 1992. године, суд је одбио захтев оца да досуди право на контакт, уз образложење да би то било у супротности са благостањем детета. Поновљени захтев оца суд је одбио са образложењем да су односи подносиоца са мајком детета толико поремећени да не би било могуће спровести право на контакт. Према налазу вештака, уколико би дете проводило време са оцем упркос противљењу мајке, то би довело до конфликта лојалности, што би неповољно утицало на развој и благостање детета. Суд је том приликом истакао да није релевантно који је родитељ одговоран за њихов напет однос. Суд је 1994. године поновио да контакт детета и оца не би био у интересу детета, посебно стога што је већ две и по године контакт прекинут, и да није битна чињеница ко је за то одговоран већ само то да контакт није у интересу детета. Подносилац се жалио да је пропуст досуђивања права на контакт довео до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

342 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године. Подносилац је британски држављанин, који је живео са својом супругом, финском држављанком, и двоје деце у Швајцарској. Након што је престала заједница живота супружника, мајка се са децом вратила у Финску и тамо започела заједнички живот са особом истог пола. Након дуготрајног спора родитеља око вршења родитељског права, суд у Финској је 1997. године доделио самостално вршење родитељског права мајци. Жалба оца на ову одлуку суда је одбијена. Након што је мајка преминула 1999. године, и отац и партнерка мајке поднели су захтев да врше родитељско право. Судови у Финској доделили су вршење родитељског права оцу, иако су деца изразила жељу да живе са партнерком мајке, уз манифестован страх да се врате у Швајцарску. Суд је сматрао да је такав став деце производ напетих односа између оца и партнерке мајке. С друге стране, исказано је да је однос између оца и деце важан за правилан развој деце. Међутим, Врховни суд је донео одлуку по којој се, у складу са жељама и исказаним мишљењем деце а с обзиром на њихов узраст (12 и 14 година), родитељско право додељује партнерки мајке. Врховни суд донео је такву одлуку без саслушања деце или подносиоца, без разматрања доказа изнетих пред нижим судовима, одбијајући да добије мишљење психолога које је отац захтевао. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да њему не додели вршење родитељског права и неспровођење одлуке о контакту са децом проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Elsholz против Немачке*;[805] ЕСЉП је поновио да се породични живот примењује и на друге *de facto* односе ван брака, а не само на брачне односе. Тренутком рођења детета у таквим заједницама долази до успостављања породичног живота, те стога, заједнички живот детета и родитеља представља конститутивни елемент породичног живота, чак и уколико дође до престанка заједнице живота родитеља. Одбијање контакта детета и оца, позивањем на поремећене односе мајке и оца, довело је до мешања у право на поштовање породичног живота.[806] Суд цени интересе свих страна у поступку, и родитеља и детета, и истиче да је неоходно извршити правичан баланс интереса свих страна у поступку, али да интереси детета могу надвладати интересе родитеља.[807] ЕСЉП не сматра оправданим образложење домаћих судова да су жеље детета саслушаног пред судом када је имало пет и шест година пресудне, као и то да се услед констатовања да су односи родитеља поремећени није тражио додатни извешај експерта о утицају контакта на благостање детета. На основу свих чињеница, ЕСЉП закључује да подносилац није био укључен у поступак одлучивања у довољној мери. Одбијање додатног саслушања оца пред судом и онемогућавање подношења извештаја психолога, довело је до повреде права на

805 *Elsholz v Germany*, пред. бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1947. године. Он је отац ванбрачног детета рођеног 1986. године. Подносилац је живео са мајком детета и њеним старијим сином из претходне заједнице, од 1985. године до јуна 1988. године, када се мајка одселила из породичног дома са децом. На саслушању пред социјалном службом у децембру 1991. године дете је изјавило да више не жели да има контакт са оцем. У децембру 1992. године суд је одбио захтев оца да досуди право на контакт, уз образложење да би то било у супротности са благостањем детета. Поновљени захтев оца суд је одбио са образложењем да су односи подносиоца са мајком детета толико поремећени да не би било могуће спровести право на контакт. Према налазу вештака, уколико би дете проводило време са оцем упркос противљењу мајке, то би довело до конфликта лојалности што би неповољно утицало на развој и благостање детета. Суд је том приликом истакао да није релевантно који је родитељ одговоран за њихов напет однос. Суд је 1994. године поновио да контакт детета и оца не би био у интересу детета посебно стога што је већ две и по године контакт прекинут, као и да није битна чињеница ко је за то одговоран, већ само то да контакт није у интересу детета. Подносилац се жалио да је пропуст досуђивања права на контакт довео до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

806 Одржавање личних односа родитеља који не врши родитељско право и детета показује се као зависно од односа родитеља који врши родитељско право и детета, као и од односа између родитеља детета. Тако, J. Herring, Connecting Contact: Contact in a Private Law Context, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 90; L. Trinder, Working and not Working Contact after Divorce, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 396; J. Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law, Cambridge, 2007, стр. 231.

807 J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009. стр. 493.

Вршење родитељског права

У случају ***Елсхолз против Немачке***,[341] Европски суд је поновио да се породични живот примењује и на друге *de facto* односе ван брака а не само на брачне односе. Тренутком рођења детета у таквим заједницама, долази до успостављања породичног живота, те стога, заједнички живот детета и родитеља представља конститутивни елемент породичног живота, чак и уколико дође до престанка заједнице живота родитеља. Одбијање контакта између детета и оца позивањем на поремећене односе између мајке и оца довело је до мешања у право на поштовање породичног живота. Суд цени интересе свих страна у поступку, и родитеља и детета, и истиче да је неопходно извршити правичан баланс интереса свих страна у поступку, али да ***интереси детета могу надвладати интересе родитеља.***

Европски суд не сматра оправданим образложење домаћих судова да су жеље детета, саслушаног пред судом када је имало пет и шест година, пресудне и то да се, услед констатовања да су односи родитеља поремећени, није тражио додатни извештај експерта о утицају контакта на благостање детета. На основу свих чињеница, Суд закључује да подносилац није био укључен у поступак одлучивања у довољној мери. Одбијање додатног саслушања оца пред судом и онемогућавање подношења извештаја психолога, довело је до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[342] при процени сукоба интереса више права на поштовање породичног живота, Суд посебан значај придаје најбољем интересу детета који, у зависности од природе и озбиљности, може надвладати интересе родитеља. Када се утврди да постоји породични живот, сваки од чланова породице има право на поштовање свог породичног живота. Родитељ, у складу са чланом 8. Европске конвенције, није овлашћен да штети развоју и здрављу детета. Ипак, домаћи судови ничим нису утврдили да је отац неподобан као родитељ или да није у могућности да врши родитељско право. Врховни суд је, у складу са домаћим законодавством које предвиђа да дете са 12 година може исказати своје мишљење, пресудан значај дао жељама детета. Европски суд је јасан да домаћи судови приликом одлучивања треба да узму у обзир мишљење детета. Међутим, нижи судови су, упркос исказаном мишљењу деце да

341 Elsholz v. Germany, представка бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1947. године. Он је отац ванбрачног детета, рођеног 1986. године. Подносилац је живео са мајком детета и њеним старијим сином из претходне заједнице од 1985. године до јуна 1988. године, када се мајка одселила са децом из породичног дома. На саслушању пред социјалном службом у децембру 1991. године, дете је изјавило да више не жели да има контакт са оцем. У децембру 1992. године, суд је одбио захтев оца да досуди право на контакт, уз образложење да би то било у супротности са благостањем детета. Поновљени захтев оца суд је одбио са образложењем да су односи подносиоца са мајком детета толико поремећени да не би било могуће спровести право на контакт. Према налазу вештака, уколико би дете проводило време са оцем упркос противљењу мајке, то би довело до конфликта лојалности, што би неповољно утицало на развој и благостање детета. Суд је том приликом истакао да није релевантно који је родитељ одговоран за њихов напет однос. Суд је 1994. године поновио да контакт детета и оца не би био у интересу детета, посебно стога што је већ две и по године контакт прекинут, и да није битна чињеница ко је за то одговоран већ само то да контакт није у интересу детета. Подносилац се жалио да је пропуст досуђивања права на контакт довео до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

342 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године. Подносилац је британски држављанин, који је живео са својом супругом, финском држављанком, и двоје деце у Швајцарској. Након што је престала заједница живота супружника, мајка се са децом вратила у Финску и тамо започела заједнички живот са особом истог пола. Након дуготрајног спора родитеља око вршења родитељског права, суд у Финској је 1997. године доделио самостално вршење родитељског права мајци. Жалба оца на ову одлуку суда је одбијена. Након што је мајка преминула 1999. године, и отац и партнерка мајке поднели су захтев да врше родитељско право. Судови у Финској доделили су вршење родитељског права оцу, иако су деца изразила жељу да живе са партнерком мајке, уз манифестован страх да се врате у Швајцарску. Суд је сматрао да је такав став деце производ напетих односа између оца и партнерке мајке. С друге стране, исказано је да је однос између оца и деце важан за правилан развој деце. Међутим, Врховни суд је донео одлуку по којој се, у складу са жељама и исказаним мишљењем деце а с обзиром на њихов узраст (12 и 14 година), родитељско право додељује партнерки мајке. Врховни суд донео је такву одлуку без саслушања деце или подносиоца, без разматрања доказа изнетих пред нижим судовима, одбијајући да добије мишљење психолога које је отац захтевао. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да њему не додели вршење родитељског права и неспровођење одлуке о контакту са децом проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

поштовање породичног живота.[808] У складу са нашим коментаром пресуде *Nuutinen против Финске*, сматрамо да је у случају противљења родитеља контакту детета и другог родитеља, као и противљења детета, најпре, потребно утврдити да ли је контакт у интересу детета, и да ли родитељ који има право на контакт штетно делује на благостање детета.[809] Само ако се кумулативно утврди да контакт није у интересу детета и да родитељ коме је признато право на контакт штети благостању детета, или не поступа у складу са препорукама социјалне службе, оправдано је да противљење детета нема за последицу предузимање принудних мера.

Неспровођење судске одлуке о контакту детета и родитеља услед противљења другог родитеља, као и непредузимање санкција и принудних мера против родитеља који спречава контакт, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Eberhard и M. против Словеније*,[810] ЕСЉП је истакао да позивне обавезе државе подразумевају да се предузму мере у циљу поновног спајања родитеља и детета у случају одвојеног живота. И у овој области цени се хитност

808 Видети случај *Holdry v. Germany*, пред. бр. 29565/95, пресуда од 12. јануара 1999. године. Предмет је контакт оца са децом након развода брака. Подносилац, држављанин Француске, закључио је 1986. године брак у Француској са немачком држављанком са којом је добио двоје деце рођене 1986. и 1989. године. Неколико година након тога, 1992. године, оба супружника поднели су захтеве за развод брака пред немачким и француским судовима. Немачки суд доделио је родитељско право мајци, а француски суд оцу. Деца су након престанка заједнице својих родитеља живела са мајком у Немачкој. Отац је поднео захтев суду у Немачкој да деца бораве код њега током школских распуста. Суд је то одбио са образложењем да постоји опасност да отац не врати децу мајци. Подносилац се жалио да је одлука немачких власти да му ускрате право на контакт са децом повредила право на поштовање породичног живота. ЕСЉП је истакао да су немачки судови имали у виду интерес и благостање детета на основу понашања родитеља током бракоразводног поступка. Домаћи судови су пажљиво разматрали супротстављене интересе и нашли да је подносилац у довољној мери био укључен у судски поступак одлучивања о вршењу родитељског права. Током поступка деца су била саслушана и узет је у разматрање извештај психолога. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

809 О томе да су у овој пресуди интереси родитеља превагнули над интересима детета, Д. Јаковац-Лозић, Сусрети и дружења детета с одвојеним родитељем у пресудама Европског суда за људска права, Зборник Правног факултета у Загребу 55 (3-4)/2005, стр. 921.

810 *Eberhard and M. v Slovenia*, пред. бр. 8673/05 и 9733/05, пресуда од 1. децембра 2009. године. Подносилац је словеначки држављанин чија је супруга у априлу 2001. године напустила породични дом и одвела њихово дете (другог подносиоца). Супруга је поднела захтев за развод брака. Њој је најпре привремено, а затим и коначно, додељено самостално вршење родитељског права. Отац је поднео захтев за остваривање права на контакт, што му је одобрено у октобру 2002. године. Међутим, мајка се није повиновала тој судској одлуци и одбила је да дозволи оцу право на контакт са дететом. Производ опструисања контакта су многобројне изречене казне за мајку, али и поред тих казнених мера, подносилац није видео своје дете све до маја 2006. године. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о контакту између њега и детета повредило право на поштовање породичног живота.

Вршење родитељског права

У случају ***Елсхолз против Немачке***,[341] Европски суд је поновио да се породични живот примењује и на друге *de facto* односе ван брака а не само на брачне односе. Тренутком рођења детета у таквим заједницама, долази до успостављања породичног живота, те стога, заједнички живот детета и родитеља представља конститутивни елемент породичног живота, чак и уколико дође до престанка заједнице живота родитеља. Одбијање контакта између детета и оца позивањем на поремећене односе између мајке и оца довело је до мешања у право на поштовање породичног живота. Суд цени интересе свих страна у поступку, и родитеља и детета, и истиче да је неопходно извршити правичан баланс интереса свих страна у поступку, али да ***интереси детета могу надвладати интересе родитеља.***

Европски суд не сматра оправданим образложење домаћих судова да су жеље детета, саслушаног пред судом када је имало пет и шест година, пресудне и то да се, услед констатовања да су односи родитеља поремећени, није тражио додатни извештај експерта о утицају контакта на благостање детета. На основу свих чињеница, Суд закључује да подносилац није био укључен у поступак одлучивања у довољној мери. Одбијање додатног саслушања оца пред судом и онемогућавање подношења извештаја психолога, довело је до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[342] при процени сукоба интереса више права на поштовање породичног живота, Суд посебан значај придаје најбољем интересу детета који, у зависности од природе и озбиљности, може надвладати интересе родитеља. Када се утврди да постоји породични живот, сваки од чланова породице има право на поштовање свог породичног живота. Родитељ, у складу са чланом 8. Европске конвенције, није овлашћен да штети развоју и здрављу детета. Ипак, домаћи судови ничим нису утврдили да је отац неподобан као родитељ или да није у могућности да врши родитељско право. Врховни суд је, у складу са домаћим законодавством које предвиђа да дете са 12 година може исказати своје мишљење, пресудан значај дао жељама детета. Европски суд је јасан да домаћи судови приликом одлучивања треба да узму у обзир мишљење детета. Међутим, нижи судови су, упркос исказаном мишљењу деце да

341 Elsholz v. Germany, представка бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1947. године. Он је отац ванбрачног детета, рођеног 1986. године. Подносилац је живео са мајком детета и њеним старијим сином из претходне заједнице од 1985. године до јуна 1988. године, када се мајка одселила са децом из породичног дома. На саслушању пред социјалном службом у децембру 1991. године, дете је изјавило да више не жели да има контакт са оцем. У децембру 1992. године, суд је одбио захтев оца да досуди право на контакт, уз образложење да би то било у супротности са благостањем детета. Поновљени захтев оца суд је одбио са образложењем да су односи подносиоца са мајком детета толико поремећени да не би било могуће спровести право на контакт. Према налазу вештака, уколико би дете проводило време са оцем упркос противљењу мајке, то би довело до конфликта лојалности, што би неповољно утицало на развој и благостање детета. Суд је том приликом истакао да није релевантно који је родитељ одговоран за њихов напет однос. Суд је 1994. године поновио да контакт детета и оца не би био у интересу детета, посебно стога што је већ две и по године контакт прекинут, и да није битна чињеница ко је за то одговоран већ само то да контакт није у интересу детета. Подносилац се жалио да је пропуст досуђивања права на контакт довео до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

342 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године. Подносилац је британски држављанин, који је живео са својом супругом, финском држављанком, и двоје деце у Швајцарској. Након што је престала заједница живота супружника, мајка се са децом вратила у Финску и тамо започела заједнички живот са особом истог пола. Након дуготрајног спора родитеља око вршења родитељског права, суд у Финској је 1997. године доделио самостално вршење родитељског права мајци. Жалба оца на ову одлуку суда је одбијена. Након што је мајка преминула 1999. године, и отац и партнерка мајке поднели су захтев да врше родитељско право. Судови у Финској доделили су вршење родитељског права оцу, иако су деца изразила жељу да живе са партнерком мајке, уз манифестован страх да се врате у Швајцарску. Суд је сматрао да је такав став деце производ напетих односа између оца и партнерке мајке. С друге стране, исказано је да је однос између оца и деце важан за правилан развој деце. Међутим, Врховни суд је донео одлуку по којој се, у складу са жељама и исказаним мишљењем деце а с обзиром на њихов узраст (12 и 14 година), родитељско право додељује партнерки мајке. Врховни суд донео је такву одлуку без саслушања деце или подносиоца, без разматрања доказа изнетих пред нижим судовима, одбијајући да добије мишљење психолога које је отац захтевао. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да њему не додели вршење родитељског права и неспровођење одлуке о контакту са децом проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

пребивалишта, уписа или промене школе[741], религијског образовања (избор или промена религије),[742] обрезивања детета.[743]

3.2. Значај мишљења детета при додели родитељског права

Додељивање родитељског права партнерки преминуле мајке само на основу мишљења деце представља повреду права на поштовање породичног живота оца.

У случају *С. против Финске*,[744] при процени сукоба интереса више права на поштовање породичног живота, ЕСЉП посебан значај придаје најбољем интересу детета који у зависности од природе и озбиљности може надвладати интересе родитеља. Када се утврди да постоји породични живот, сваки од чланова породице има право на поштовање свог породичног живота.[745] Родитељ, у складу са чланом 8. ЕКЉП, није овлашћен да штети развоју и здрављу детета. Ипак, домаћи судови ничим нису утврдили да је отац неподобан као родитељ или да није у могућности да врши родитељско право. Врховни суд је у складу са домаћим законодавством које предвиђа да дете са 12 година може исказати своје мишљење, пресудан значај дао жељама детета. ЕСЉП је јасно да домаћи судови

741 D. Monk, Parental Responsibility and Education: Taking a Long View, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 143-164.

742 При усвајању Конвенције о правима детета, Мароко је предложио да буде усвојена норма по којој дете по рођењу добија религију оца, G. Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, Hague, 1999, стр. 157.

743 R. Taylor, Parental Responsibility and Religion, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 130.

744 *C. v Finland*, пред. бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године. Подносилац је британски држављанин који је живео са својом супругом, финском држављанком, и двоје деце у Швајцарској. Након што је престала заједница живота супружника, мајка се са децом вратила у Финску и тамо започела заједнички живот са особом истог пола. Након дуготрајног спора родитеља око вршења родитељског права, суд у Финској је 1997. године доделио самостално вршење родитељског права мајци. Жалба оца на ову одлуку суда је одбијена. Након што је мајка преминула 1999. године, и отац и партнерка мајке поднели су захтев да врше родитељско право. Судови у Финској доделили су вршење родитељског права оцу, иако су деца изразила жељу да живе са партнерком мајке уз манифестован страх да се врате у Швајцарску. Суд је сматрао да је такав став деце производ напетих односа између оца и партнерке мајке. Са друге стране, исказано је да је однос између оца и деце важан за правилан развој деце. Међутим, Врховни суд донео је одлуку по којој се у складу са жељама и исказаним мишљењем деце, а обзиром на њихову старост (12 и 14 година), родитељско право додељује партнерки мајке. Врховни суд донео је такву одлуку без саслушања деце или подносиоца, разматрања доказа изнетих пред нижим судовима, одбијајући да добије мишљење психолога које је отац захтевао. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да њему не додели вршење родитељског права, као и неспровођење одлуке о контакту са децом, проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

745 J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009. стр. 313; S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 378.

Вршење родитељског права

У случају ***Елсхолз против Немачке***,[341] Европски суд је поновио да се породични живот примењује и на друге *de facto* односе ван брака а не само на брачне односе. Тренутком рођења детета у таквим заједницама, долази до успостављања породичног живота, те стога, заједнички живот детета и родитеља представља конститутивни елемент породичног живота, чак и уколико дође до престанка заједнице живота родитеља. Одбијање контакта између детета и оца позивањем на поремећене односе између мајке и оца довело је до мешања у право на поштовање породичног живота. Суд цени интересе свих страна у поступку, и родитеља и детета, и истиче да је неопходно извршити правичан баланс интереса свих страна у поступку, али да ***интереси детета могу надвладати интересе родитеља.***

Европски суд не сматра оправданим образложење домаћих судова да су жеље детета, саслушаног пред судом када је имало пет и шест година, пресудне и то да се, услед констатовања да су односи родитеља поремећени, није тражио додатни извештај експерта о утицају контакта на благостање детета. На основу свих чињеница, Суд закључује да подносилац није био укључен у поступак одлучивања у довољној мери. Одбијање додатног саслушања оца пред судом и онемогућавање подношења извештаја психолога, довело је до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[342] при процени сукоба интереса више права на поштовање породичног живота, Суд посебан значај придаје најбољем интересу детета који, у зависности од природе и озбиљности, може надвладати интересе родитеља. Када се утврди да постоји породични живот, сваки од чланова породице има право на поштовање свог породичног живота. Родитељ, у складу са чланом 8. Европске конвенције, није овлашћен да штети развоју и здрављу детета. Ипак, домаћи судови ничим нису утврдили да је отац неподобан као родитељ или да није у могућности да врши родитељско право. Врховни суд је, у складу са домаћим законодавством које предвиђа да дете са 12 година може исказати своје мишљење, пресудан значај дао жељама детета. Европски суд је јасан да домаћи судови приликом одлучивања треба да узму у обзир мишљење детета. Међутим, нижи судови су, упркос исказаном мишљењу деце да

341 Elsholz v. Germany, представка бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1947. године. Он је отац ванбрачног детета, рођеног 1986. године. Подносилац је живео са мајком детета и њеним старијим сином из претходне заједнице од 1985. године до јуна 1988. године, када се мајка одселила са децом из породичног дома. На саслушању пред социјалном службом у децембру 1991. године, дете је изјавило да више не жели да има контакт са оцем. У децембру 1992. године, суд је одбио захтев оца да досуди право на контакт, уз образложење да би то било у супротности са благостањем детета. Поновљени захтев оца суд је одбио са образложењем да су односи подносиоца са мајком детета толико поремећени да не би било могуће спровести право на контакт. Према налазу вештака, уколико би дете проводило време са оцем упркос противљењу мајке, то би довело до конфликта лојалности, што би неповољно утицало на развој и благостање детета. Суд је том приликом истакао да није релевантно који је родитељ одговоран за њихов напет однос. Суд је 1994. године поновио да контакт детета и оца не би био у интересу детета, посебно стога што је већ две и по године контакт прекинут, и да није битна чињеница ко је за то одговоран већ само то да контакт није у интересу детета. Подносилац се жалио да је пропуст досуђивања права на контакт довео до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

342 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године. Подносилац је британски држављанин, који је живео са својом супругом, финском држављанком, и двоје деце у Швајцарској. Након што је престала заједница живота супружника, мајка се са децом вратила у Финску и тамо започела заједнички живот са особом истог пола. Након дуготрајног спора родитеља око вршења родитељског права, суд у Финској је 1997. године доделио самостално вршење родитељског права мајци. Жалба оца на ову одлуку суда је одбијена. Након што је мајка преминула 1999. године, и отац и партнерка мајке поднели су захтев да врше родитељско право. Судови у Финској доделили су вршење родитељског права оцу, иако су деца изразила жељу да живе са партнерком мајке, уз манифестован страх да се врате у Швајцарску. Суд је сматрао да је такав став деце производ напетих односа између оца и партнерке мајке. С друге стране, исказано је да је однос између оца и деце важан за правилан развој деце. Међутим, Врховни суд је донео одлуку по којој се, у складу са жељама и исказаним мишљењем деце а с обзиром на њихов узраст (12 и 14 година), родитељско право додељује партнерки мајке. Врховни суд донео је такву одлуку без саслушања деце или подносиоца, без разматрања доказа изнетих пред нижим судовима, одбијајући да добије мишљење психолога које је отац захтевао. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да њему не додели вршење родитељског права и неспровођење одлуке о контакту са децом проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

треба да узму у обзир мишљење детета. Међутим, нижи судови су упркос исказаном мишљењу деце да желе да остану са партерком мајке, сматрали да је у најбољем интересу детета да живе са оцем. У том правцу, Апелациони суд је истакао да није везан мишљењем 12-годишњег или старијег детета. Супротно, Врховни суд је као најбољи интерес деце једино ценио њихово мишљење, без разматрања других услова, посебно права подносиоца као оца. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуке нижих судова. Врховни суд није чак ни одржао усмено саслушање, на коме би саслушао странке или чуо мишљење експерта. Оваква одлука довела је до могућности да истополна партнерка мајке манипулацијом деце фактички лиши оца вршења родитељског права. На крају, ЕСЉП утврдио је повреду права на поштовање породичног живота.[746]

Током одлучивања виших судова контакти деце и оца наилазили су на значајне тешкоће. Из непознатих разлога, деца су одбијала да се виђају са оцем самостално, док је отац са своје стране одбијао да се виђа са децом у присуству партнерке мајке. У складу са таквим стањем, одлука суда да се одбије контакт заснована је на ваљаним разлозима. Након додељивања родитељског права партнерки мајке, није било доказа да је отац покренуо поступак за остваривање контакта. Противљење деце била је пресудна чињеница да се одбије одржавање контакта. ЕСЉП у овом делу није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Разматрајући пресуду видимо да је суд у оба дела пресуде био руковођен најбољим интересом детета. Најбољи интерес детета тумачен је тако да биолошки родитељ има право да одгаја и васпитава своје дете, пре свих других особа, без обзира на (мишљење) противљење деце. Давање пресудног значаја при додељивању родитељског права мишљењу детета, без разматрања других околности попут извешаја експерта или права биолошког оца да након што је мајка преминула, пре свих осталих особа, врши родитељско право над децом, представља повреду ЕКЉП. Пресуда нам пружа грађу да закључимо да ЕСЉП сматра да је у сукобу права детета на давање мишљења о томе са којом особом жели да живи и права родитеља на одгајање деце, првенство дато праву родитеља. Сасвим смо сагласни са ставом ЕСЉП да се одлука о вршењу родитељског права

746 О овом случају, K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, European Chalenges in Contemporary Family Law, Antwerpen, 2008, стр. 59.

желе да остану са партнерком мајке, сматрали да је у најбољем интересу детета да живе са оцем. У том правцу, Апелациони суд је истакао да није везан мишљењем дванаестогодишњег или старијег детета.

Обавеза суда је да у поступку вршења родитељског права саслуша мишљење детета. Ипак, најбољи интерес детета налаже да је поред жеља детета потребно испитати и друге околности пре доношења одлуке ком родитељу ће се поверити вршење родитељског права.

Супротно, Врховни суд је, као најбољи интерес деце, једино ценио њихово мишљење без разматрања других услова, посебно права подносиоца као оца. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуке нижих судова. Врховни суд није чак ни одржао усмено саслушање на ком би саслушао странке или чуо мишљење експерта. Оваква одлука довела је до могућности да истополна партнерка мајке манипулацијом деце фактички лиши оца вршења родитељског права. На крају, Европски суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Право детета на контакт

Право детета на контакт са родитељем који не врши родитељско право

У случају противљења родитеља који врши родитељско право контакту детета и другог родитеља, одбијање да се досуди контакт позивањем на најбољи интерес детета, као и несаслушање детета пред судом, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Сахин против Немачке***,[343] Европски суд је приметио да подносилац није био онемогућен да изнесе своје аргументе и да је имао приступ свим потребним информацијама. Европски суд је, имајући у виду тензије између родитеља и пропале покушаје спровођења породичне терапије, сматрао да интереси детета имају приоритет и да интереси детета у конкретном случају преовлађују над интересима оца. Одлука домаћег суда заснована је на сведочењима родитеља, детета и мишљењу експерта.

Сувишно је очекивати од суда да је обавезан да у свим поступцима права на контакт родитеља који не врши родитељско право саслуша мишљење детета пред судом. Могућност саслушања детета зависи од година и зрелости детета.

На основу тога, Европски суд је сматрао да је постојало довољно материјала да суд донесе одлуку и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Када је у питању разликовање разведених очева и очева ванбрачне деце, Европски суд је утврдио да постоји различито третирање које није оправ-

343 Sahin v. Germany, представка бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац ванбрачног детета рођеног 1988. године. Отац је признао дете и посећивао га до октобра 1990. године, од када је мајка забранила сваки даљи контакт између њих. Захтев подносиоца за остваривањем права на контакт одбијен је од стране суда, уз образложење да, у складу са законом, само особа која врши родитељско право над ванбрачним дететом може да дозволи оцу право на контакт. С друге стране, суд може досудити право на контакт само ако је то у интересу детета. У складу с тим, наведено је да, иако је отац мотивисан искреном намером, контакт не би био у интересу детета с обзиром на то да се мајка томе снажно противи. Суд је уважио мишљење психолога, који је након саслушања детета, мајке и оца, истакао да право оца на контакт не би било у интересу детета и да се не препоручује саслушање детета од пет година пред судом. Жалба подносиоца на наведену одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да није у довољној мери био укључен у поступак одлучивања, да суд није саслушао дете, те је тиме повређено његово право на поштовање породичног живота. Он се такође жалио на повреду члана 14. Конвенције да, у оквиру немачког права, постоји дискриминација ванбрачних у односу на разведене очеве када се ради о праву на контакт са децом.

треба да узму у обзир мишљење детета. Међутим, нижи судови су упркос исказаном мишљењу деце да желе да остану са партерком мајке, сматрали да је у најбољем интересу детета да живе са оцем. У том правцу, Апелациони суд је истакао да није везан мишљењем 12-годишњег или старијег детета. Супротно, Врховни суд је као најбољи интерес деце једино ценио њихово мишљење, без разматрања других услова, посебно права подносиоца као оца. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуке нижих судова. Врховни суд није чак ни одржао усмено саслушање, на коме би саслушао странке или чуо мишљење експерта. Оваква одлука довела је до могућности да истополна партнерка мајке манипулацијом деце фактички лиши оца вршења родитељског права. На крају, ЕСЉП утврдио је повреду права на поштовање породичног живота.[746]

Током одлучивања виших судова контакти деце и оца наилазили су на значајне тешкоће. Из непознатих разлога, деца су одбијала да се виђају са оцем самостално, док је отац са своје стране одбијао да се виђа са децом у присуству партнерке мајке. У складу са таквим стањем, одлука суда да се одбије контакт заснована је на ваљаним разлозима. Након додељивања родитељског права партнерки мајке, није било доказа да је отац покренуо поступак за остваривање контакта. Противљење деце била је пресудна чињеница да се одбије одржавање контакта. ЕСЉП у овом делу није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Разматрајући пресуду видимо да је суд у оба дела пресуде био руковођен најбољим интересом детета. Најбољи интерес детета тумачен је тако да биолошки родитељ има право да одгаја и васпитава своје дете, пре свих других особа, без обзира на (мишљење) противљење деце. Давање пресудног значаја при додељивању родитељског права мишљењу детета, без разматрања других околности попут извешаја експерта или права биолошког оца да након што је мајка преминула, пре свих осталих особа, врши родитељско право над децом, представља повреду ЕКЉП. Пресуда нам пружа грађу да закључимо да ЕСЉП сматра да је у сукобу права детета на давање мишљења о томе са којом особом жели да живи и права родитеља на одгајање деце, првенство дато праву родитеља. Сасвим смо сагласни са ставом ЕСЉП да се одлука о вршењу родитељског права

746 О овом случају, K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, European Chalenges in Contemporary Family Law, Antwerpen, 2008, стр. 59.

желе да остану са партнерком мајке, сматрали да је у најбољем интересу детета да живе са оцем. У том правцу, Апелациони суд је истакао да није везан мишљењем дванаестогодишњег или старијег детета.

Обавеза суда је да у поступку вршења родитељског права саслуша мишљење детета. Ипак, најбољи интерес детета налаже да је поред жеља детета потребно испитати и друге околности пре доношења одлуке ком родитељу ће се поверити вршење родитељског права.

Супротно, Врховни суд је, као најбољи интерес деце, једино ценио њихово мишљење без разматрања других услова, посебно права подносиоца као оца. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуке нижих судова. Врховни суд није чак ни одржао усмено саслушање на ком би саслушао странке или чуо мишљење експерта. Оваква одлука довела је до могућности да истополна партнерка мајке манипулацијом деце фактички лиши оца вршења родитељског права. На крају, Европски суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Право детета на контакт

Право детета на контакт са родитељем који не врши родитељско право

У случају противљења родитеља који врши родитељско право контакту детета и другог родитеља, одбијање да се досуди контакт позивањем на најбољи интерес детета, као и несаслушање детета пред судом, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Сахин против Немачке***,[343] Европски суд је приметио да подносилац није био онемогућен да изнесе своје аргументе и да је имао приступ свим потребним информацијама. Европски суд је, имајући у виду тензије између родитеља и пропале покушаје спровођења породичне терапије, сматрао да интереси детета имају приоритет и да интереси детета у конкретном случају преовлађују над интересима оца. Одлука домаћег суда заснована је на сведочењима родитеља, детета и мишљењу експерта.

Сувишно је очекивати од суда да је обавезан да у свим поступцима права на контакт родитеља који не врши родитељско право саслуша мишљење детета пред судом. Могућност саслушања детета зависи од година и зрелости детета.

На основу тога, Европски суд је сматрао да је постојало довољно материјала да суд донесе одлуку и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Када је у питању разликовање разведених очева и очева ванбрачне деце, Европски суд је утврдио да постоји различито третирање које није оправ-

343 Sahin v. Germany, представка бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац ванбрачног детета рођеног 1988. године. Отац је признао дете и посећивао га до октобра 1990. године, од када је мајка забранила сваки даљи контакт између њих. Захтев подносиоца за остваривањем права на контакт одбијен је од стране суда, уз образложење да, у складу са законом, само особа која врши родитељско право над ванбрачним дететом може да дозволи оцу право на контакт. С друге стране, суд може досудити право на контакт само ако је то у интересу детета. У складу с тим, наведено је да, иако је отац мотивисан искреном намером, контакт не би био у интересу детета с обзиром на то да се мајка томе снажно противи. Суд је уважио мишљење психолога који је након саслушања детета, мајке и оца, истакао да право оца на контакт не би било у интересу детета, као и да се не препоручује саслушање пред судом детета, старог пет година. Жалба подносиоца на наведену одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да није у довољној мери био укључен у поступак одлучивања, да суд није саслушао дете те је тиме повређено његово право на поштовање породичног живота. Он се такође жалио на повреду члана 14. Конвенције, да, у оквиру немачког права, постоји дискриминација ванбрачних у односу на разведене очеве када се ради о праву на контакт са децом.

У случају *Sahin против Немачке*,[822] ЕСЉП је приметио да подносилац није био онемогућен да изнесе своје аргументе и да је имао приступ свим потребним информацијама. ЕСЉП је имајући у виду тензије између родитеља и пропале покушаје спровођења породичне терапије, сматрао да интереси детета имају приоритет, као и да интереси детета у конкретном случају преовлађују над интересима оца. Одлука домаћег суда заснована је на сведочењима родитеља, детета и мишљењу експерта. Сувишно је очекивати од суда да је обавезан да у свим поступцима права на контакт родитеља који не врши родитељско право саслуша мишљење детета пред судом.[823] Могућност саслушања детета зависи од година и зрелости детета. На основу тога, ЕСЉП је сматрао да је постојало довољно материјала да суд донесе одлуку и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Када је у питању разликовање разведених очева и очева ванбрачне деце, ЕСЉП је утврдио да постоји различито третирање које није оправдано. Ванбрачним очевима постављен је терет доказивања да је контакт у најбољем интересу детета и они су у потпуности зависни од става мајке детета према контакту, док то није случај са разведеним очевима. Нађена је повреда члана 14. Конвенције. ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.[824] Као и у претходним пресудама сматрамо да је Суд требало

822 *Sahin v Germany*, пред. бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац ванбрачног детета рођеног 1988. године. Отац је признао дете и посећивао га до октобра 1990. године, од када је мајка забранила сваки даљи контакт између њих. Захтев подносиоца за остваривањем права на контакт одбијен је од стране суда, уз образложење да у складу са законом само особа која врши родитељско право над ванбрачним дететом може да дозволи оцу право на контакт. Са друге стране, суд може досудити право на контакт само ако је то у интересу детета. У складу са тим, наведено је да иако је отац мотивисан искреном намером, контакт не би био у интересу детета с обзиром на то да се мајка томе снажно противи. Суд је уважио мишљење психолога који је након саслушања детета, мајке и оца, истакао да право оца на контакт не би било у интересу детета, као и да се не препоручује саслушање пред судом детета, старог пет година. Жалба подносиоца на наведену одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да није у довољној мери био укључен у поступак одлучивања, да суд није саслушао дете те је тиме повређено његово право на поштовање породичног живота. Он се такође жалио на повреду члана 14. Конвенције - да у оквиру немачког права постоји дискриминација ванбрачних у односу на разведене очеве када је у питању право на контакт са децом.

У случајевима *Sahin u Sommerfeld* ЕСЉП се позвао на члан 12. Конвенције о правима детета поводом утврђивања у ком обиму дете може да учествује у поступку остваривања контакта, као и колика се тежина даје мишљењу детета, H. Stalford, Children and the European Union, Oxford, 2012, стр. 38.

823 G. Shannon, Child Law, Dublin, 2010, стр. 101.

824 U. Kilkelly, Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach, у P. Lodrup, E. Modvar, Family Life and Human Rights, Oslo, 2004, стр. 354; J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009, стр. 59; P. Booth, "It's a Wise Man (Sic) who Knows His Own Father... " - Fatherhood's "Human Right" Recognised: The Unmarried Father and English Law, у P.

дано. Ванбрачним очевима постављен је терет доказивања да је контакт у најбољем интересу детета, и они су у потпуности зависни од става мајке детета према контакту, док то није случај са разведеним очевима. Нађена је повреда члана 14. Европске конвенције. Суд није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Соммерфелд против Немачке***,[344] Суд је подвукао да,

у случајевима противљења детета, није оправдано досудити принудни контакт детета и родитеља.

Континуирано дугогодишње противљење детета да виђа оца показује да би присилан контакт довео до емотивне и психолошке штете по дете. Експлицитна изјава воље детета није повлачила обавезу суда да прибави ново мишљење експерта. Суд није увек у обавези да прибави мишљење експерта, већ то зависи од околности случаја, година и зрелости детета. Изјава воље и саслушање детета има већи значај него процена од стране психолога. Велико веће је пресудило да је одбијање тринаестогодишњег детета било довољно да домаћи суд не саслушава дете. Подносилац је био у довољној мери укључен у поступак одлучивања и били су му доступни сви потребни подаци. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Исто као у случају *Сахин*, утврђена је повреда члана 14. Конвенције у погледу дискриминације ванбрачних очева у односу на брачне очеве и контакт са децом. Присилно спровођење контакта услед константног противљења детета не би било у интересу детета. Немогућност остваривања права на контакт у том случају, и поред тога што није правично решење према родитељу који не врши родитељско право, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

Одбијање контакта између детета и родитеља услед константног противљења детета не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[345] одбијање досуђивања контакта услед противљења деце, која се налазе код хомосексуалног партнера родитеља, не представља повреду права на поштовање породичног живота. Европски суд је истакао да, упркос нетрпељивости између подносиоца и партнерке мајке, није утврђено да отац није подобан да врши родитељско право нити да интереси детета нису били подносиоцу на првом месту. Домаћи судови су доделили вршење родитељског права партнерки мајке имајући у виду да су негативни ставови деце према њему резултат утицаја партнерке мајке. Европски суд је најпре истакао да је одлука Врховног суда да се додели родитељско право партнерки мајке на основу мишљења и жеља деце била заснована на довољним разлозима. Међутим, ова одлука, осим жеља деце, није уважила и

344 *Sommerfeld v. Germany*, представка бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац детета рођеног ван брака 1981. године. Он је признао очинство у односу на дете и живео са детом и мајком до престанка заједнице, 1986. године, када је мајка забранила сваки контакт оца са дететом. Отац је 1990. године поднео захтев за остваривање права на контакт, али је социјална служба доставила мишљење против досуђивања контакта са образложењем да би то неповољно утицало на дете које је већ изградило односе са својим очухом. У јуну 1991. године, дете је пред судом изјавило да не жели да одржава контакт са оцем. У априлу 1992. године, нов извештај психолога био је против досуђивања контакта детета и оца. Након тога, подносилац је повукао предлог за остваривањем контакта. Међутим, отац поново подноси исти предлог у септембру 1993. године. Након што је дете, тада старо 13 година, поновило да не жели контакт са оцем, суд је констатовао да контакт не би био у најбољем интересу детета и одбио је предлог подносиоца. Жалба подносиоца на ову одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да му ускрати контакт са дететом довела до повреде права на поштовање породичног живота.

345 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

У случају *Sahin против Немачке*,[822] ЕСЉП је приметио да подносилац није био онемогућен да изнесе своје аргументе и да је имао приступ свим потребним информацијама. ЕСЉП је имајући у виду тензије између родитеља и пропале покушаје спровођења породичне терапије, сматрао да интереси детета имају приоритет, као и да интереси детета у конкретном случају преовлађују над интересима оца. Одлука домаћег суда заснована је на сведочењима родитеља, детета и мишљењу експерта. Сувишно је очекивати од суда да је обавезан да у свим поступцима права на контакт родитеља који не врши родитељско право саслуша мишљење детета пред судом.[823] Могућност саслушања детета зависи од година и зрелости детета. На основу тога, ЕСЉП је сматрао да је постојало довољно материјала да суд донесе одлуку и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Када је у питању разликовање разведених очева и очева ванбрачне деце, ЕСЉП је утврдио да постоји различито третирање које није оправдано. Ванбрачним очевима постављен је терет доказивања да је контакт у најбољем интересу детета и они су у потпуности зависни од става мајке детета према контакту, док то није случај са разведеним очевима. Нађена је повреда члана 14. Конвенције. ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.[824] Као и у претходним пресудама сматрамо да је Суд требало

822 *Sahin v Germany*, пред. бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац ванбрачног детета рођеног 1988. године. Отац је признао дете и посећивао га до октобра 1990. године, од када је мајка забранила сваки даљи контакт између њих. Захтев подносиоца за остваривањем права на контакт одбијен је од стране суда, уз образложење да у складу са законом само особа која врши родитељско право над ванбрачним дететом може да дозволи оцу право на контакт. Са друге стране, суд може досудити право на контакт само ако је то у интересу детета. У складу са тим, наведено је да иако је отац мотивисан искреном намером, контакт не би био у интересу детета с обзиром на то да се мајка томе снажно противи. Суд је уважио мишљење психолога који је након саслушања детета, мајке и оца, истакао да право оца на контакт не би било у интересу детета, као и да се не препоручује саслушање пред судом детета, старог пет година. Жалба подносиоца на наведену одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да није у довољној мери био укључен у поступак одлучивања, да суд није саслушао дете те је тиме повређено његово право на поштовање породичног живота. Он се такође жалио на повреду члана 14. Конвенције - да у оквиру немачког права постоји дискриминација ванбрачних у односу на разведене очеве када је у питању право на контакт са децом.

У случајевима *Sahin u Sommerfeld* ЕСЉП се позвао на члан 12. Конвенције о правима детета поводом утврђивања у ком обиму дете може да учествује у поступку остваривања контакта, као и колика се тежина даје мишљењу детета, H. Stalford, Children and the European Union, Oxford, 2012, стр. 38.

823 G. Shannon, Child Law, Dublin, 2010, стр. 101.

824 U. Kilkelly, Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach, у P. Lodrup, E. Modvar, Family Life and Human Rights, Oslo, 2004, стр. 354; J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009, стр. 59; P. Booth, "It's a Wise Man (Sic) who Knows His Own Father... " - Fatherhood's "Human Right" Recognised: The Unmarried Father and English Law, у P.

дано. Ванбрачним очевима постављен је терет доказивања да је контакт у најбољем интересу детета, и они су у потпуности зависни од става мајке детета према контакту, док то није случај са разведеним очевима. Нађена је повреда члана 14. Европске конвенције. Суд није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Соммерфелд против Немачке***,[344] Суд је подвукао да,

у случајевима противљења детета, није оправдано досудити принудни контакт детета и родитеља.

Континуирано дугогодишње противљење детета да виђа оца показује да би присилан контакт довео до емотивне и психолошке штете по дете. Експлицитна изјава воље детета није повлачила обавезу суда да прибави ново мишљење експерта. Суд није увек у обавези да прибави мишљење експерта, већ то зависи од околности случаја, година и зрелости детета. Изјава воље и саслушање детета има већи значај него процена од стране психолога. Велико веће је пресудило да је одбијање тринаестогодишњег детета било довољно да домаћи суд не саслушава дете. Подносилац је био у довољној мери укључен у поступак одлучивања и били су му доступни сви потребни подаци. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Исто као у случају *Сахин*, утврђена је повреда члана 14. Конвенције у погледу дискриминације ванбрачних очева у односу на брачне очеве и контакт са децом. Присилно спровођење контакта услед константног противљења детета не би било у интересу детета. Немогућност остваривања права на контакт у том случају, и поред тога што није правично решење према родитељу који не врши родитељско право, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

Одбијање контакта између детета и родитеља услед константног противљења детета не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[345] одбијање досуђивања контакта услед противљења деце, која се налазе код хомосексуалног партнера родитеља, не представља повреду права на поштовање породичног живота. Европски суд је истакао да, упркос нетрпељивости између подносиоца и партнерке мајке, није утврђено да отац није подобан да врши родитељско право нити да интереси детета нису били подносиоцу на првом месту. Домаћи судови су доделили вршење родитељског права партнерки мајке имајући у виду да су негативни ставови деце према њему резултат утицаја партнерке мајке. Европски суд је најпре истакао да је одлука Врховног суда да се додели родитељско право партнерки мајке на основу мишљења и жеља деце била заснована на довољним разлозима. Међутим, ова одлука, осим жеља деце, није уважила и

344 *Sommerfeld v. Germany*, представка бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац детета рођеног ван брака 1981. године. Он је признао очинство у односу на дете и живео са детом и мајком до престанка заједнице, 1986. године, када је мајка забранила сваки контакт оца са дететом. Отац је 1990. године поднео захтев за остваривање права на контакт, али је социјална служба доставила мишљење против досуђивања контакта са образложењем да би то неповољно утицало на дете које је већ изградило односе са својим очухом. У јуну 1991. године, дете је пред судом изјавило да не жели да одржава контакт са оцем. У априлу 1992. године, нов извештај психолога био је против досуђивања контакта детета и оца. Након тога, подносилац је повукао предлог за остваривањем контакта. Међутим, отац поново подноси исти предлог у септембру 1993. године. Након што је дете, тада старо 13 година, поновило да не жели контакт са оцем, суд је констатовао да контакт не би био у најбољем интересу детета и одбио је предлог подносиоца. Жалба подносиоца на ову одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да му ускрати контакт са дететом довела до повреде права на поштовање породичног живота.

345 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

живота, те да у таквом стању није потребно да се Суд изјашњава поводом кршења права на поштовање породичног живота.

На основу ових пресуда предлажемо да домаћи судови у складу са обавезом примене ЕКЉП у нашем правном систему и чланом 2. Породичног закона могу да утврде да је поступањем домаћих власти дошло до повреде права на поштовање породичног живота, чиме би се отклонила могућност вођења поступка пред ЕСЉП и евентуално утврђивања повреде права на поштовање породичног живота.

1.5. Противљење детета контакту са родитељем

Одбијање контакта између оца и детета услед константног противљења детета не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Sommerfeld против Немачке*,[829] Суд је подвукао да у случајевима противљења детета није оправдано досудити принудан контакт детета и родитеља. Континуирано дугогодишње противљење детета да виђа оца показује да би присилан контакт довео до емотивне и психолошке штете по дете. Експлицитна изјава воље детета није повлачила обавезу суда да прибави ново мишљење експерта. Суд није увек у обавези да прибави мишљење експерта, већ то зависи од околности случаја, година и зрелости детета.[830] Изјава воље и саслушање детета има већи значај него процена од стране психолога. Велико веће

у својој одлуци из априла 2003. године одлучио да је било повреде права подносиоца и да се предмет врати на одлучивање првостепеном суду. Када је поступак поново отпочео, ћерка подносиоца, тада узраста 15 година, одбила је контакт са оцем. Подносилац се жалио да је одбијање судова да му омогуће контакт са дететом довело до повреде права на поштовање породичног живота.

829 *Sommerfeld v Germany*, пред. бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац детета рођеног ван брака 1981. године. Он је признао очинство у односу на дете и живео са детом и мајком до престанка заједнице, 1986. године, када је мајка забранила сваки контакт оца са дететом. Отац је 1990. године поднео захтев за остваривање права на контакт, али је социјална служба доставила мишљење против досуђивања контакта, са образложењем да би то неповољно утицало на дете које је већ изградило односе са својим очухом. У јуну 1991. године дете је пред судом изјавило да не жели да одржава контакт са оцем. У априлу 1992. године нов извештај психолога био је против досуђивања контакта детета и оца. Након тога, подносилац је повукао предлог за остваривањем контакта. Међутим, отац поново подноси исти предлог у септембру 1993. године. Након што је дете, тада старо 13 година, поновило да не жели контакт са оцем, суд је констатовао да контакт не би био у најбољем интересу детета и одбио је предлог подносиоца. Жалба подносиоца на ову одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да му ускрати контакт са дететом довела до повреде права на поштовање породичног живота.

830 D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2009, стр. 418.

дано. Ванбрачним очевима постављен је терет доказивања да је контакт у најбољем интересу детета, и они су у потпуности зависни од става мајке детета према контакту, док то није случај са разведеним очевима. Нађена је повреда члана 14. Европске конвенције. Суд није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Соммерфелд против Немачке***,[344] Суд је подвукао да,

у случајевима противљења детета, није оправдано досудити принудни контакт детета и родитеља.

Континуирано дугогодишње противљење детета да виђа оца показује да би присилан контакт довео до емотивне и психолошке штете по дете. Експлицитна изјава воље детета није повлачила обавезу суда да прибави ново мишљење експерта. Суд није увек у обавези да прибави мишљење експерта, већ то зависи од околности случаја, година и зрелости детета. Изјава воље и саслушање детета има већи значај него процена од стране психолога. Велико веће је пресудило да је одбијање тринаестогодишњег детета било довољно да домаћи суд не саслушава дете. Подносилац је био у довољној мери укључен у поступак одлучивања и били су му доступни сви потребни подаци. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Исто као у случају *Сахин*, утврђена је повреда члана 14. Конвенције у погледу дискриминације ванбрачних очева у односу на брачне очеве и контакт са децом. Присилно спровођење контакта услед константног противљења детета не би било у интересу детета. Немогућност остваривања права на контакт у том случају, и поред тога што није правично решење према родитељу који не врши родитељско право, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

Одбијање контакта између детета и родитеља услед константног противљења детета не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[345] одбијање досуђивања контакта услед противљења деце, која се налазе код хомосексуалног партнера родитеља, не представља повреду права на поштовање породичног живота. Европски суд је истакао да, упркос нетрпељивости између подносиоца и партнерке мајке, није утврђено да отац није подобан да врши родитељско право нити да интереси детета нису били подносиоцу на првом месту. Домаћи судови су доделили вршење родитељског права партнерки мајке имајући у виду да су негативни ставови деце према њему резултат утицаја партнерке мајке. Европски суд је најпре истакао да је одлука Врховног суда да се додели родитељско право партнерки мајке на основу мишљења и жеља деце била заснована на довољним разлозима. Међутим, ова одлука, осим жеља деце, није уважила и

344 *Sommerfeld v. Germany*, представка бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац детета рођеног ван брака 1981. године. Он је признао очинство у односу на дете и живео са детом и мајком до престанка заједнице, 1986. године, када је мајка забранила сваки контакт оца са дететом. Отац је 1990. године поднео захтев за остваривање права на контакт, али је социјална служба доставила мишљење против досуђивања контакта са образложењем да би то неповољно утицало на дете које је већ изградило односе са својим очухом. У јуну 1991. године, дете је пред судом изјавило да не жели да одржава контакт са оцем. У априлу 1992. године, нов извештај психолога био је против досуђивања контакта детета и оца. Након тога, подносилац је повукао предлог за остваривањем контакта. Међутим, отац поново подноси исти предлог у септембру 1993. године. Након што је дете, тада старо 13 година, поновило да не жели контакт са оцем, суд је констатовао да контакт не би био у најбољем интересу детета и одбио је предлог подносиоца. Жалба подносиоца на ову одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да му ускрати контакт са дететом довела до повреде права на поштовање породичног живота.

345 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

је пресудило да је одбијање 13-годишњег детета било довољно да домаћи суд не саслушава дете.[831] Подносилац је био у довољној мери укључен у поступак одлучивања и били су му доступни сви потребни подаци. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Исто као у случају *Sahin*, утврђена је повреда члана 14. Конвенције у погледу дискриминације ванбрачних очева у односу на брачне очеве и контакт са децом. Не сматрамо да би присилно спровођење контакта услед константног противљења детета било у интересу детета. Немогућност остваривања права на контакт у том случају, и поред тога што није правично решење према родитељу који не врши родитељско право, не доводи до повреде.

У случају *Suss против Немачке*,[832] Суд је утврдио да, иако је одлука домаћих власти да му не дозволе контакт резултат противљења мајке и детета, на крају је, имајући у виду најбољи интерес детета, оправдано дат пресудан значај чврстој жељи детета да нема контакт са оцем. Резултат одлуке суда је узрокован постојањем напетих односа међу родитељима које су пренети на дете, што је резултирало противљењу детета да има контакт са оцем. Та чињеница је била пресудна за ЕСЉП да не нађе повреду права на поштовање породичног живота. Слично је ЕСЉП поступио и у случају *Nekvedevicius против Немачке*.[833]

У случају *С. против Финске*,[834] одбијање досуђивања контакта услед противљења деце која се налазе код хомосексуалног партнера родитеља не представља повреду права на поштовање породичног живота. ЕСЉП је истакао да упркос нетрпељивости између подносиоца и партнерке мајке није утврђено да отац није подобан да врши родитељско право нити да интереси детета нису били подносиоцу на првом месту. Домаћи судови су доделили вршење родитељског права партнерки мајке имајући у виду да су негативни ставови деце према њему

831 G. Shannon, Child Law, Dublin, 2010, стр. 100.

832 *Suss v Germany*, пред. бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1940. године, чија је заједница са супругом престала 1989. године када је она са заједничким дететом напустила породични дом. Родитељи су се у почетку договорили да отац има право на контакт са дететом, али је накнадно током бракоразводног поступка мајка добила вршење родитељског права, а оцу није признато право на контакт на основу извештаја психолога који је навео да дете не жели да има контакт са оцем. Накнадно је и мајка забранила оцу контакт и он је дете видео последњи пут у новембру 1992. године. Дете је постало пунолетно 2002. године. Подносилац се жалио да је одлука суда да му се не призна право на контакт довела до повреде права на поштовање породичног живота.

833 *Nekvedevicius v Germany*, пред. бр. 46165/99, пресуда од 19. јуна 2003. године.

834 *C. v Finland*, пред. бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

дано. Ванбрачним очевима постављен је терет доказивања да је контакт у најбољем интересу детета, и они су у потпуности зависни од става мајке детета према контакту, док то није случај са разведеним очевима. Нађена је повреда члана 14. Европске конвенције. Суд није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Соммерфелд против Немачке***,[344] Суд је подвукао да,

у случајевима противљења детета, није оправдано досудити принудни контакт детета и родитеља.

Континуирано дугогодишње противљење детета да виђа оца показује да би присилан контакт довео до емотивне и психолошке штете по дете. Експлицитна изјава воље детета није повлачила обавезу суда да прибави ново мишљење експерта. Суд није увек у обавези да прибави мишљење експерта, већ то зависи од околности случаја, година и зрелости детета. Изјава воље и саслушање детета има већи значај него процена од стране психолога. Велико веће је пресудило да је одбијање тринаестогодишњег детета било довољно да домаћи суд не саслушава дете. Подносилац је био у довољној мери укључен у поступак одлучивања и били су му доступни сви потребни подаци. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Исто као у случају *Сахин*, утврђена је повреда члана 14. Конвенције у погледу дискриминације ванбрачних очева у односу на брачне очеве и контакт са децом. Присилно спровођење контакта услед константног противљења детета не би било у интересу детета. Немогућност остваривања права на контакт у том случају, и поред тога што није правично решење према родитељу који не врши родитељско право, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

Одбијање контакта између детета и родитеља услед константног противљења детета не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Ц. против Финске***,[345] одбијање досуђивања контакта услед противљења деце, која се налазе код хомосексуалног партнера родитеља, не представља повреду права на поштовање породичног живота. Европски суд је истакао да, упркос нетрпељивости између подносиоца и партнерке мајке, није утврђено да отац није подобан да врши родитељско право нити да интереси детета нису били подносиоцу на првом месту. Домаћи судови су доделили вршење родитељског права партнерки мајке имајући у виду да су негативни ставови деце према њему резултат утицаја партнерке мајке. Европски суд је најпре истакао да је одлука Врховног суда да се додели родитељско право партнерки мајке на основу мишљења и жеља деце била заснована на довољним разлозима. Међутим, ова одлука, осим жеља деце, није уважила и

344 *Sommerfeld v. Germany*, представка бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац детета рођеног ван брака 1981. године. Он је признао очинство у односу на дете и живео са детом и мајком до престанка заједнице, 1986. године, када је мајка забранила сваки контакт оца са дететом. Отац је 1990. године поднео захтев за остваривање права на контакт, али је социјална служба доставила мишљење против досуђивања контакта са образложењем да би то неповољно утицало на дете које је већ изградило односе са својим очухом. У јуну 1991. године, дете је пред судом изјавило да не жели да одржава контакт са оцем. У априлу 1992. године, нов извештај психолога био је против досуђивања контакта детета и оца. Након тога, подносилац је повукао предлог за остваривањем контакта. Међутим, отац поново подноси исти предлог у септембру 1993. године. Након што је дете, тада старо 13 година, поновило да не жели контакт са оцем, суд је констатовао да контакт не би био у најбољем интересу детета и одбио је предлог подносиоца. Жалба подносиоца на ову одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да му ускрати контакт са дететом довела до повреде права на поштовање породичног живота.

345 *C. v. Finland*, представка бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

резултат утицаја партнерке мајке. ЕСЉП је најпре истакао да је одлука Врховног суда да се додели родитељско право партнерки мајке на основу мишљења и жеља деце била заснована на довољним разлозима. Међутим, ова одлука осим жеља деце није уважила и друге чињенице, као што су право оца, као родитеља, на вршење родитељског права и на контакт, одржавање усменог саслушања странака, подношење мишљења експерата. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуку о додељивању родитељског права оцу. Одлука домаћих власти о ускраћивању контакта донета је под утицајем партнерке мајке и тиме неоправдано лишила оца одржавања личних односа са својом децом. Омогућено је да партнерка мајке манипулацијом деце стекне вршење родитељског права. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота поводом вршења родитељског права, али не и повреда права на поштовање породичног живота поводом контакта, с обзиром на то да је ЕСЉП нашао да су се деца снажно противила контакту са оцем без присуства партнерке мајке, а да је отац одбио да се контакт одвија у њеном присуству. На основу ове одлуке ЕСЉП проистиче обавеза домаћих власти да и у случају противљења деце старијег узраста, цени и друге околности посебно када долази до сукоба више супротстављених интереса. Противљење деце не може бити самостални и једини разлог за одбијање досуђивања контакта са родитељем који не врши родитељско право, али при процени Суда има претежни значај. Већ смо напоменули поводом ове одлуке да сматрамо да родитељ, пре свих осталих особа, па и очуха и маћехе, има право да се стара о деци, чак и ако те особе фактички врше родитељско право и ако деца дужи период живе код њих и формирала су породични живот. Међутим, за разлику од ЕСЉП не сматрамо да неспровођење контакта није довело до повреде - било је потребно предузети принудне мере против партнерке мајке, чак и одузимање деце, с обзиром на то да је родитељско право требало бити додељено оцу. На овај начин је отац, како је и сам ЕСЉП навео, манипулацијом партнерке мајке, онемогућен да оствари контакт. Утолико пре је нелогично да није утврђена и повреда права на поштовање породичног живота поводом контакта.

Пропуст да се спроведу мере у циљу остваривања контакта родитеља и детета које је на хранитељству доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

друге чињенице као што су право оца као родитеља на вршење родитељског права и на контакт, одржавање усменог саслушања странака, подношење мишљења експерата. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуку о додељивању родитељског права оцу. Одлука домаћих власти о ускраћивању контакта донета је под утицајем партнерке мајке и тиме неоправдано лишила оца одржавања личних односа са својом децом. Омогућено је да партнерка мајке манипулацијом деце стекне вршење родитељског права. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота поводом вршења родитељског права, али не и повреда права на поштовање породичног живота поводом контакта с обзиром на то да је Суд нашао да су се деца снажно противила контакту са оцем без присуства партнерке мајке, а да је отац одбио да се контакт одвија у њеном присуству.

На основу ове одлуке Суда, проистиче обавеза домаћих судова да, у случају противљења контакту деце старијег узраста са родитељем, цене и друге околности, посебно када долази до сукоба више супротстављених интереса.

Противљење деце не може бити самостални и једини разлог за одбијање досуђивања контакта са родитељем који не врши родитељско право, али при процени Суда, има претежни значај.

У случају ***Назаренко против Русије***,[346] Европски суд је нашао да је дете рођено у браку подносиоца са мајком детета и да је законски сматрано његовим дететом. Без сазнања о правој истини у вези са пореклом, подносилац је одгајао дете у периоду од пет година. Социјалне службе су утврдиле да између њега и детета постоје чврсте емоционалне везе, што имплицира постојање породичног живота у складу са чланом 8. Европске конвенције.

Недостатак биолошке везе не брише постојање породичног живота између родитеља и детета.

Европски суд није имао разумевања за одредбе руског законодавства, које не дозвољавају право на контакт социјалног оца и детета након оспоравања порекла. Домаће власти нису дале образложење зашто не постоје изузеци у складу са различитим породичним ситуацијама, као у овој, да се:

поштујући најбољи интерес детета, омогући одржавање личних односа и са особама које немају биолошку везу са дететом.

Као резултат таквих правила, случајеви, попут овога, у коме се подносилац налази, када није биолошки повезан са дететом али га је одгајао и старао се о њему у дужем временском периоду и тако оформио блиску личну повезаност, не постоји могућност да се оствари контакт са дететом независно од набољег интереса детета.

346 *Nazarenko v. Russia*, представка бр. 39438/13, пресуда од 16. јула. 2015. године. Подносилац је руски држављанин рођен 1965. године. Он је са супругом 2007. године добио ћерку. Супружници су се развели 2010. године. Након што је поднета тужба за оспоравање његовог очинства, у јулу 2012. године је установљено да подносилац није биолошки отац детета. Као последица оспоравања очинства, иако су домаћи судови утврдили да се подносилац бринуо о детету и одгајао га у периоду од пет година, он је изгубио не само родитељско право већ и право на одржавање личних односа са дететом. Његово име је у октобру 2012. године избрисано из матичне књиге рођених, а детету је промењено и презиме. Домаће право, у одсуству биолошке везе са дететом, није дозвољавало да подносилац одржава било какав вид личних односа са дететом. Он се жалио да је одлука о ускраћивању родитељког права и права на личне односе са дететом повредила право на поштовање породичног живота.

резултат утицаја партнерке мајке. ЕСЉП је најпре истакао да је одлука Врховног суда да се додели родитељско право партнерки мајке на основу мишљења и жеља деце била заснована на довољним разлозима. Међутим, ова одлука осим жеља деце није уважила и друге чињенице, као што су право оца, као родитеља, на вршење родитељског права и на контакт, одржавање усменог саслушања странака, подношење мишљења експерата. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуку о додељивању родитељског права оцу. Одлука домаћих власти о ускраћивању контакта донета је под утицајем партнерке мајке и тиме неоправдано лишила оца одржавања личних односа са својом децом. Омогућено је да партнерка мајке манипулацијом деце стекне вршење родитељског права. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота поводом вршења родитељског права, али не и повреда права на поштовање породичног живота поводом контакта, с обзиром на то да је ЕСЉП нашао да су се деца снажно противила контакту са оцем без присуства партнерке мајке, а да је отац одбио да се контакт одвија у њеном присуству. На основу ове одлуке ЕСЉП проистиче обавеза домаћих власти да и у случају противљења деце старијег узраста, цени и друге околности посебно када долази до сукоба више супротстављених интереса. Противљење деце не може бити самостални и једини разлог за одбијање досуђивања контакта са родитељем који не врши родитељско право, али при процени Суда има претежни значај. Већ смо напоменули поводом ове одлуке да сматрамо да родитељ, пре свих осталих особа, па и очуха и маћехе, има право да се стара о деци, чак и ако те особе фактички врше родитељско право и ако деца дужи период живе код њих и формирала су породични живот. Међутим, за разлику од ЕСЉП не сматрамо да неспровођење контакта није довело до повреде - било је потребно предузети принудне мере против партнерке мајке, чак и одузимање деце, с обзиром на то да је родитељско право требало бити додељено оцу. На овај начин је отац, како је и сам ЕСЉП навео, манипулацијом партнерке мајке, онемогућен да оствари контакт. Утолико пре је нелогично да није утврђена и повреда права на поштовање породичног живота поводом контакта.

Пропуст да се спроведу мере у циљу остваривања контакта родитеља и детета које је на хранитељству доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

Европски суд није убеђен да се најбољи интерес детета у области одржавања личних односа може остварити општом нормом. Потребно је размотрити конкретне околности случаја и узети у обзир интересе свих страна у поступку.

У складу са тиме:

члан 8. намеће обавезу државама да испитају у сваком конкретном случају да ли је у најбољем интересу детета да одржава личне односе са одређеним особама које су се старале о њему дужи временски период независно од тога да ли између њих постоји или не постоји биолошка веза.

Пропуштајући да испита да ли би контакт детета са подносиоцем био у најбољем интересу детета, Русија је пропустила да изврши ову обавезу. Мушкарац који је одгајао дете као своје не би требало да буде потпуно искључен из живота детета када (и ако) се утврди да он није биолошки отац детета осим уколико постоје озбиљни разлози за такву одлуку у складу са најбољим интересом детета. Такви посебни разлози нису постојали у овом случају. Ниједном није утврђено да би контакт детета са подносиоцем био штетан по развој детета већ сасвим супротно — према налазима социјалних служби и психолога, између детета и оца је постојала чврста међусобна повезаност. Коначно, домаће власти су пропустиле да обезбеде могућност да се већ успостављене породичне везе између оца и ћерке одржавају. Потпуно и аутоматско искључивање подносиоца из живота детета након оспоравања очинства, као и одузимање родитељског права и немогућност остваривања контакта, као последица нефлексибилних правила домаћег права, довели су до повреде права на поштовање породичног живота.

Право детета на контакт са братом/сестром

У случају ***Мустафа и Армаган Акин против Турске***,[347] Европски суд је подвукао да одлука домаћег суда онемогућава оца да има контакт у исто време са оба детета, као и да брат ни на који начин не може да има контакт са својом сестром и обратно. Домаћи суд није дао довољно јасно образложење о раздвајању деце.

Браћа и сестре имају право да одржавају међусобно личне односе, као и право на контакт и након развода брака њихових родитеља.

Даље, Европски суд није могао да прихвати аргумент да деца живе у непосредној близини и да ће моћи да одржавају контакт.

Остављање одржавања личних односа између брата и сестре, као веома важног сегмента њиховог породичног живота, дискрецији родитеља, није оправдано.

347 *Mustafa and Armagan Akin v. Turkey*, представка бр. 4694/03, пресуда од 6. априла 2010. године. Подносиоци су отац рођен 1957. године и дете (син) рођено 1988. године, турски држављани. Подносилац се развео са својом супругом 2000. године, и њему је додељено вршење родитељског права над сином а мајци над ћерком. Према судској одлуци, свако дете је током школских распуста и верских празника одлазило код другог родитеља који није непосредно вршио родитељско право. Отац се 2001. године жалио на такву одлуку суда с обзиром на то да деца нису имала могућности да заједно проводе време код једног родитеља. Његова жалба је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука о ускраћивању контакта између брата и сестре довела до повреде права на поштовање породичног живота.

нису се никада среле са својом млађом сестром. ЕСЉП је нашао да се посебно цени постојање слабе везе између сестара и утврђена психолошка угроженост млађе сестре. Контакт између сестара није било могуће спровести без укључивања родитеља, што би штетило успостављеној емотивној стабилности млађе сестре у хранитељској породици и угрозило њено ментално здравље. ЕСЉП је проценио да се већи значај поклања интересима млађе сестре за стабилношћу, него интересима друге две сестре на контакт. Мере домаћих власти су сматране неопходним и није нађена повреда права на поштовање породичног живота. Примећујемо да је Суд сматрао да породични живот између сестара не настаје рођењем, већ заједничким животом који није постојао у тренутку рођења најмлађе сестре. Не можемо се сложити са Судом да би усвојење детета било онемогућено ако би сестре имале међусобни контакт, а посебно не са закључком да би контакт сестара био могућ само уз присуство родитеља, имајући у виду да су родитељи ментално оболели и лишени родитељског права у односу на најмлађу сестру, а да су се старије две сестре налазиле у хранитељској породици.

Додељивање деце и мајци и оцу на вршење родитељског права приликом развода брака, услед чега није био могућ контакт брата и сестре, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Mustafa u Armagan Akin против Турске*,[884] ЕСЉП је подвукао да одлука домаћег суда онемогућава оца да има контакт у исто време са оба детета, као и да брат ни на који начин не може да има контакт са својом сестром. Домаћи суд није дао довољно јасно образложење о раздвајању деце. Даље, ЕСЉП није могао да прихвати аргумент да деца живе у непосредној близини и да ће моћи да одржавају контакт. Остављање одржавања личних односа између брата и сестре, као веома важног сегмента њиховог породичног живота, дискрецији родитеља, није оправдано. Домаћи суд је нашао да контакт подносилаца - оца са својом ћерком, односно брата са сестром, може довести до неприхватљиве промене

884 *Mustafa and Armagan Akin v Turkey*, пред. бр. 4694/03, пресуда од 6. априла 2010. године. Подносиоци су отац рођен 1957. године и дете (син) рођено 1988. године, турски држављани. Подносилац се развео са својом супругом 2000. године и њему је додељено вршење родитељског права над сином, а мајци над ћерком. Према судској одлуци свако дете је током школских распуста и верских празника одлазило код другог родитеља који није непосредно вршио родитељско право. Отац се 2001. године жалио на такву одлуку суда, с обзиром на то да деца нису имала могућности да заједно проводе време код једног родитеља. Његова жалба је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука о ускраћивању контакта између брата и сестре довела до повреде права на поштовање породичног живота.

Домаћи суд је нашао да контакт подносилаца — оца са својом ћерком, односно брата са сестром — може довести до неприхватљиве промене животне околине по ћерку. Ипак, нејасно је како је могуће да наступе неприхватљиве промене животних услова пошто деца живе недалеко једно од другог. Као додатни пропуст, Европски суд наводи да домаће власти нису саслушале децу у поступку нити су прибавиле мишљење психолога ни процену експерта. Пропуштено је да се узме у обзир најбољи интерес породице. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Право детета на контакт са сродницима и блиским особама

Непредузимање принудних мера против бабе и деде који су противправно одузели дете и спречавали контакт оца са дететом, иако се дете уклопило у нову породичну средину и противи се контакту са оцем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Аманалацхиоаи против Румуније***,[348] Европски суд је навео да одбијање бабе и деде да врате дете оцу представља спречавање вршења родитељског права и мешање у његов породични живот.

> **Интереси детета налажу да породичне везе буду прекинуте само у изузетним околностима и да треба предузети све да се породични односи сачувају и да, уколико буде могуће, поново дође до успостављања породичног живота између детета и родитеља.**

Домаћи судови су у том погледу били сагласни да отац може пружити нормалне породичне услове детету и да је емотивно био везан за дете. Судови су нашли да су материјални услови за дете код бабе и деде адекватнији и да се оно интегрисало у породицу бабе и деде са којима је успоставило емотивну повезаност. Европски суд је сматрао да:

> **чињеница бољих материјалних услова на страни других особа не оправдава одвајање детета од биолошких родитеља.**

Штавише, подносилац има сталне приходе и нормалне стамбене прилике. Његова образовна и емотивна природа нису биле спорне. Даље, судови су сматрали да је дете претходних година постало везано за бабу и деду и да је у најбољем интересу да остане у породичној околини где се адаптирало. Међутим, то би се могло сматрати оправданим под условом да је дете живело код бабе и деде од најмлађих година. Овако, одбијање враћања детета оцу не може се подвести под изузетне околности да би дошло до прекида породичног живота између детета и оца. Као и у случајевима међународне отмице деце, адекват-

348 *Amanalachioai v. Romania*, представка бр. 4023/04, пресуда од 26. маја 2009. године. Подносилац је румунски држављанин, отац детета чија је супруга преминула 1999. године. Њихово заједничко дете (ћерка) наставило је да живи са оцем. Дете је у јануару 2001. године, уз сагласност оца, отишло да проведе распуст код бабе и деде по мајци. У фебруару 2001. године, баба и деда су обавестили оца да немају намеру да врате дете. Подносилац је покренуо кривични и грађански поступак за повратак детета. Неколико мера изречено је од стране суда, међутим, ниједна није спроведена. Подносилац је покушао да силом одузме дете, али је дошло до физичког сукоба са бабом и дедом у коме је дете повређено и лечено две недеље. Подносилац је поново покренуо судски поступак, који је у првом степену пресуђен у његову корист, али је другостепени суд нашао да он не може да пружи детету исте материјалне и психолошке услове као баба и деда. Констатовано је да је дете веома емотивно везано за њих. Жалба оца је одбијена, са наводима да је у најбољем интересу детета да настави да живи са дедом и бабом. Врховни суд је одбио жалбу оца на овакву одлуку суда. Додатно, отац је обавезан да плаћа издржавање за дете. Баба и деда су покренули поступак за добијање вршења родитељског права, али отац, с друге стране, није лишен родитељског права. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању враћања детета и спречавању контакта повредила његово право на поштовање породичног живота.

нису се никада среле са својом млађом сестром. ЕСЉП је нашао да се посебно цени постојање слабе везе између сестара и утврђена психолошка угроженост млађе сестре. Контакт између сестара није било могуће спровести без укључивања родитеља, што би штетило успостављеној емотивној стабилности млађе сестре у хранитељској породици и угрозило њено ментално здравље. ЕСЉП је проценио да се већи значај поклања интересима млађе сестре за стабилношћу, него интересима друге две сестре на контакт. Мере домаћих власти су сматране неопходним и није нађена повреда права на поштовање породичног живота. Примећујемо да је Суд сматрао да породични живот између сестара не настаје рођењем, већ заједничким животом који није постојао у тренутку рођења најмлађе сестре. Не можемо се сложити са Судом да би усвојење детета било онемогућено ако би сестре имале међусобни контакт, а посебно не са закључком да би контакт сестара био могућ само уз присуство родитеља, имајући у виду да су родитељи ментално оболели и лишени родитељског права у односу на најмлађу сестру, а да су се старије две сестре налазиле у хранитељској породици.

Додељивање деце и мајци и оцу на вршење родитељског права приликом развода брака, услед чега није био могућ контакт брата и сестре, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Mustafa u Armagan Akin против Турске*,[884] ЕСЉП је подвукао да одлука домаћег суда онемогућава оца да има контакт у исто време са оба детета, као и да брат ни на који начин не може да има контакт са својом сестром. Домаћи суд није дао довољно јасно образложење о раздвајању деце. Даље, ЕСЉП није могао да прихвати аргумент да деца живе у непосредној близини и да ће моћи да одржавају контакт. Остављање одржавања личних односа између брата и сестре, као веома важног сегмента њиховог породичног живота, дискрецији родитеља, није оправдано. Домаћи суд је нашао да контакт подносилаца - оца са својом ћерком, односно брата са сестром, може довести до неприхватљиве промене

884 *Mustafa and Armagan Akin v Turkey*, пред. бр. 4694/03, пресуда од 6. априла 2010. године. Подносиоци су отац рођен 1957. године и дете (син) рођено 1988. године, турски држављани. Подносилац се развео са својом супругом 2000. године и њему је додељено вршење родитељског права над сином, а мајци над ћерком. Према судској одлуци свако дете је током школских распуста и верских празника одлазило код другог родитеља који није непосредно вршио родитељско право. Отац се 2001. године жалио на такву одлуку суда, с обзиром на то да деца нису имала могућности да заједно проводе време код једног родитеља. Његова жалба је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука о ускраћивању контакта између брата и сестре довела до повреде права на поштовање породичног живота.

Домаћи суд је нашао да контакт подносилаца — оца са својом ћерком, односно брата са сестром — може довести до неприхватљиве промене животне околине по ћерку. Ипак, нејасно је како је могуће да наступе неприхватљиве промене животних услова пошто деца живе недалеко једно од другог. Као додатни пропуст, Европски суд наводи да домаће власти нису саслушале децу у поступку нити су прибавиле мишљење психолога ни процену експерта. Пропуштено је да се узме у обзир најбољи интерес породице. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Право детета на контакт са сродницима и блиским особама

Непредузимање принудних мера против бабе и деде који су противправно одузели дете и спречавали контакт оца са дететом, иако се дете уклопило у нову породичну средину и противи се контакту са оцем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Аманалацхиоаи против Румуније***,[348] Европски суд је навео да одбијање бабе и деде да врате дете оцу представља спречавање вршења родитељског права и мешање у његов породични живот.

Интереси детета налажу да породичне везе буду прекинуте само у изузетним околностима и да треба предузети све да се породични односи сачувају и да, уколико буде могуће, поново дође до успостављања породичног живота између детета и родитеља.

Домаћи судови су у том погледу били сагласни да отац може пружити нормалне породичне услове детету и да је емотивно био везан за дете. Судови су нашли да су материјални услови за дете код бабе и деде адекватнији и да се оно интегрисало у породицу бабе и деде са којима је успоставило емотивну повезаност. Европски суд је сматрао да:

чињеница бољих материјалних услова на страни других особа не оправдава одвајање детета од биолошких родитеља.

Штавише, подносилац има сталне приходе и нормалне стамбене прилике. Његова образовна и емотивна природа нису биле спорне. Даље, судови су сматрали да је дете претходних година постало везано за бабу и деду и да је у најбољем интересу да остане у породичној околини где се адаптирало. Међутим, то би се могло сматрати оправданим под условом да је дете живело код бабе и деде од најмлађих година. Овако, одбијање враћања детета оцу не може се подвести под изузетне околности да би дошло до прекида породичног живота између детета и оца. Као и у случајевима међународне отмице деце, адекват-

348 *Amanalachioai v. Romania*, представка бр. 4023/04, пресуда од 26. маја 2009. године. Подносилац је румунски држављанин, отац детета чија је супруга преминула 1999. године. Њихово заједничко дете (ћерка) наставило је да живи са оцем. Дете је у јануару 2001. године, уз сагласност оца, отишло да проведе распуст код бабе и деде по мајци. У фебруару 2001. године, баба и деда су обавестили оца да немају намеру да врате дете. Подносилац је покренуо кривични и грађански поступак за повратак детета. Неколико мера изречено је од стране суда, међутим, ниједна није спроведена. Подносилац је покушао да силом одузме дете, али је дошло до физичког сукоба са бабом и дедом у коме је дете повређено и лечено две недеље. Подносилац је поново покренуо судски поступак, који је у првом степену пресуђен у његову корист, али је другостепени суд нашао да он не може да пружи детету исте материјалне и психолошке услове као баба и деда. Констатовано је да је дете ввома емотивно везано за њих. Жалба оца је одбијена, са наводима да је у најбољем интересу детета да настави да живи са дедом и бабом. Врховни суд је одбио жалбу оца на овакву одлуку суда. Додатно, отац је обавезан да плаћа издржавање за дете. Баба и деда су покренули поступак за добијање вршења родитељског права, али отац, с друге стране, није лишен родитељског права. Подносилац се жали да је одлука о одбијању враћања детета и спречавању контакта повредила његово право на поштовање породичног живота.

животне околине по ћерку. Ипак, нејасно је како је могуће да наступе неприхватљиве промене животних услова, имајући у виду да деца живе недалеко једно од другог. Као додатни пропуст, ЕСЉП наводи да домаће власти нису саслушале децу у поступку, нити су прибавиле мишљење психолога или процену експерта. Пропуштено је да се узме у обзир најбољи интерес породице. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Значај пресуде је изузетан, имајући у виду да је ово је први (и једини) пут да се у некој пресуди ЕСЉП говори о најбољем интересу породице.

2.3. Контакт између детета и стричева, тетки и ујака

Спречавање контакта између братанца који се налази у социјалној установи и стрица који се од рођења старао о њему, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Boyle против Уједињеног Краљевства,*[885] Европска комисија је утврдила да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота стрица. Стриц се од рођења старао о братанцу, вршио је родитељско право и имао је улогу оца.[886] Утврђено је да између њих постоји породични живот - значајна лична веза успостављена између стрица и братанца спада под појам породичног живота. Дете је касније смештено у социјалну установу а да се није узела у обзир природа односа између детета и стрица. Стрицу није омогућено да одржава контакт са дететом док се налазило у социјалној установи. Додатно, стриц уопште није био консултован приликом доношења мере смештаја у социјалну установу. Истакнуто је да контакт детета које се налази у социјалној установи и сродника зависи од дискреционог права родитеља. Док код родитеља постоји општа претпоставка да ускраћивање контакта повлачи повреду права на поштовање породичног живота, у случају сродника ускраћивање контакта који је могуће поново остварити не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.[887]

885 *Boyle v United Kingdom*, пред. бр. 15680/90, пресуда од 28. фебруара 1994. године.
886 H. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, Family Law and the Human Rights Act 1998, Bristol, 1999, стр. 98.
887 Тако и И. Мајсторовић, Хармонизација и унификација Европског Обитељског права, Загреб, 2009, стр. 42; Видети и J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009. стр. 61.

Домаћи суд је нашао да контакт подносилаца — оца са својом ћерком, односно брата са сестром — може довести до неприхватљиве промене животне околине по ћерку. Ипак, нејасно је како је могуће да наступе неприхватљиве промене животних услова пошто деца живе недалеко једно од другог. Као додатни пропуст, Европски суд наводи да домаће власти нису саслушале децу у поступку нити су прибавиле мишљење психолога ни процену експерта. Пропуштено је да се узме у обзир најбољи интерес породице. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Право детета на контакт са сродницима и блиским особама

Непредузимање принудних мера против бабе и деде који су противправно одузели дете и спречавали контакт оца са дететом, иако се дете уклопило у нову породичну средину и противи се контакту са оцем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Аманалацхиоаи против Румуније***,[348] Европски суд је навео да одбијање бабе и деде да врате дете оцу представља спречавање вршења родитељског права и мешање у његов породични живот.

Интереси детета налажу да породичне везе буду прекинуте само у изузетним околностима и да треба предузети све да се породични односи сачувају и да, уколико буде могуће, поново дође до успостављања породичног живота између детета и родитеља.

Домаћи судови су у том погледу били сагласни да отац може пружити нормалне породичне услове детету и да је емотивно био везан за дете. Судови су нашли да су материјални услови за дете код бабе и деде адекватнији и да се оно интегрисало у породицу бабе и деде са којима је успоставило емотивну повезаност. Европски суд је сматрао да:

чињеница бољих материјалних услова на страни других особа не оправдава одвајање детета од биолошких родитеља.

Штавише, подносилац има сталне приходе и нормалне стамбене прилике. Његова образовна и емотивна природа нису биле спорне. Даље, судови су сматрали да је дете претходних година постало везано за бабу и деду и да је у најбољем интересу да остане у породичној околини где се адаптирало. Међутим, то би се могло сматрати оправданим под условом да је дете живело код бабе и деде од најмлађих година. Овако, одбијање враћања детета оцу не може се подвести под изузетне околности да би дошло до прекида породичног живота између детета и оца. Као и у случајевима међународне отмице деце, адекват-

348 *Amanalachioai v. Romania*, представка бр. 4023/04, пресуда од 26. маја 2009. године. Подносилац је румунски држављанин, отац детета чија је супруга преминула 1999. године. Њихово заједничко дете (ћерка) наставило је да живи са оцем. Дете је у јануару 2001. године, уз сагласност оца, отишло да проведе распуст код бабе и деде по мајци. У фебруару 2001. године, баба и деда су обавестили оца да немају намеру да врате дете. Подносилац је покренуо кривични и грађански поступак за повратак детета. Неколико мера изречено је од стране суда, међутим, ниједна није спроведена. Подносилац је покушао да силом одузме дете, али је дошло до физичког сукоба са бабом и дедом у коме је дете повређено и лечено две недеље. Подносилац је поново покренуо судски поступак, који је у првом степену пресуђен у његову корист, али је другостепени суд нашао да он не може да пружи детету исте материјалне и психолошке услове као баба и деда. Констатовано је да је дете веома емотивно везано за њих. Жалба оца је одбијена, са наводима да је у најбољем интересу детета да настави да живи са дедом и бабом. Врховни суд је одбио жалбу оца на овакву одлуку суда. Додатно, отац је обавезан да плаћа издржавање за дете. Баба и деда су покренули поступак за добијање вршења родитељског права, али отац, с друге стране, није лишен родитељског права. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању враћања детета и спречавању контакта повредила његово право на поштовање породичног живота.

1.7. Противљење бабе и деде контакту родитеља и детета

Непредузимање принудних мера против бабе и деде који су противправно одузели дете и спречавали контакт оца са дететом, иако се дете уклопило у нову породичну средину и противи се контакту са оцем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Amanalachioai против Румуније*,[843] ЕСЉП је навео да одбијање бабе и деде да врате дете оцу представља спречавање вршења родитељског права и мешање у његов породични живот.[844] Интереси детета налажу да породичне везе буду прекинуте само у изузетним околностима и да треба предузети све да се породични односи сачувају, као и да, уколико буде могуће, поново дође до успостављања породичног живота између детета и родитеља. Домаћи судови су у том погледу били сагласни да отац може пружити нормалне породичне услове детету и да је емотивно био везан за дете. Судови су нашли да су материјални услови за дете код бабе и деде адекватнији и да се оно интегрисало у породицу бабе и деде са којима је успоставило емотивну повезаност. ЕСЉП сматра да чињеница бољих материјалних услова на страни других особа не оправдава одвајање детета од биолошких родитеља. Штавише, подносилац има сталне приходе и нормалне стамбене прилике. Његова образовна и емотивна природа нису биле спорне. Даље, судови су сматрали да је дете претходних година постало везано за бабу и деду и да је у најбољем интересу да остане у породичној околини где се адаптирало. Међутим, то би се могло сматрати оправданим под условом да

843 *Amanalachioai v Romania*, пред. бр. 4023/04, пресуда од 26. маја 2009. године. Подносилац је румунски држављанин, отац детета чија је супруга преминула 1999. године. Њихово заједничко дете (ћерка) наставило је да живи са оцем. Дете је у јануару 2001. године уз сагласност оца отишло да проведе распуст код бабе и деде по мајци. У фебруару 2001. године баба и деда су обавестили оца да немају намеру да врате дете. Подносилац је покренуо кривични и грађански поступак за повратак детета. Неколико мера изречено је од стране суда, међутим, ниједна мера није спроведена. Подносилац је покушао да силом одузме дете али је дошло до физичког сукоба са бабом и дедом у коме је дете повређено и лечено две недеље. Подносилац је поново покренуо судски поступак који је у првом степену пресуђен у његову корист, али је другостепени суд нашао да он не може да пружи детету исте материјалне и психолошке услове као баба и деда. Констатовано је да је дете веома емотивно везано за њих. Жалба оца је одбијена са наводима да је у најбољем интересу детета да настави да живи са дедом и бабом. Врховни суд је одбио жалбу оца на овакву одлуку суда. Додатно, отац је обавезан да плаћа издржавање за дете. Баба и деда су покренули поступак за добијање вршења родитељског права, али отац, са друге стране, није лишен родитељског права. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању враћања детета и спречавању контакта повредила његово право на поштовање породичног живота.

844 За мешање бабе у породични живот родитеља и детета и оптужбу да отац злоставља дете, видети случај *Juppala protiv Finske*, пред. бр. 18620/03, пресуда од 2. децембра 2008. године.

Домаћи суд је нашао да контакт подносилаца — оца са својом ћерком, односно брата са сестром — може довести до неприхватљиве промене животне околине по ћерку. Ипак, нејасно је како је могуће да наступе неприхватљиве промене животних услова пошто деца живе недалеко једно од другог. Као додатни пропуст, Европски суд наводи да домаће власти нису саслушале децу у поступку нити су прибавиле мишљење психолога ни процену експерта. Пропуштено је да се узме у обзир најбољи интерес породице. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Право детета на контакт са сродницима и блиским особама

Непредузимање принудних мера против бабе и деде који су противправно одузели дете и спречавали контакт оца са дететом, иако се дете уклопило у нову породичну средину и противи се контакту са оцем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају ***Аманалацхиоаи против Румуније***,[348] Европски суд је навео да одбијање бабе и деде да врате дете оцу представља спречавање вршења родитељског права и мешање у његов породични живот.

> **Интереси детета налажу да породичне везе буду прекинуте само у изузетним околностима и да треба предузети све да се породични односи сачувају и да, уколико буде могуће, поново дође до успостављања породичног живота између детета и родитеља.**

Домаћи судови су у том погледу били сагласни да отац може пружити нормалне породичне услове детету и да је емотивно био везан за дете. Судови су нашли да су материјални услови за дете код бабе и деде адекватнији и да се оно интегрисало у породицу бабе и деде са којима је успоставило емотивну повезаност. Европски суд је сматрао да:

> **чињеница бољих материјалних услова на страни других особа не оправдава одвајање детета од биолошких родитеља.**

Штавише, подносилац има сталне приходе и нормалне стамбене прилике. Његова образовна и емотивна природа нису биле спорне. Даље, судови су сматрали да је дете претходних година постало везано за бабу и деду и да је у најбољем интересу да остане у породичној околини где се адаптирало. Међутим, то би се могло сматрати оправданим под условом да је дете живело код бабе и деде од најмлађих година. Овако, одбијање враћања детета оцу не може се подвести под изузетне околности да би дошло до прекида породичног живота између детета и оца. Као и у случајевима међународне отмице деце, адекват-

[348] *Amanalachioai v. Romania*, представка бр. 4023/04, пресуда од 26. маја 2009. године. Подносилац је румунски држављанин, отац детета чија је супруга преминула 1999. године. Њихово заједничко дете (ћерка) наставило је да живи са оцем. Дете је у јануару 2001. године, уз сагласност оца, отишло да проведе распуст код бабе и деде по мајци. У фебруару 2001. године, баба и деда су обавестили оца да немају намеру да врате дете. Подносилац је покренуо кривични и грађански поступак за повратак детета. Неколико мера изречено је од стране суда, међутим, ниједна није спроведена. Подносилац је покушао да силом одузме дете, али је дошло до физичког сукоба са бабом и дедом у коме је дете повређено и лечено две недеље. Подносилац је поново покренуо судски поступак, који је у првом степену пресуђен у његову корист, али је другостепени суд нашао да он не може да пружи детету исте материјалне и психолошке услове као баба и деда. Констатовано је да је дете ввома емотивно везано за њих. Жалба оца је одбијена, са наводима да је у најбољем интересу детета да настави да живи са дедом и бабом. Врховни суд је одбио жалбу оца на овакву одлуку суда. Додатно, отац је обавезан да плаћа издржавање за дете. Баба и деда су покренули поступак за добијање вршења родитељског права, али отац, с друге стране, није лишен родитељског права. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању враћања детета и спречавању контакта повредила његово право на поштовање породичног живота.

је дете живело код бабе и деде од најмлађих година. Овако, одбијање враћања детета оцу не може се подвести под изузетне околности да би дошло до прекида породичног живота између детета и оца. Као и у случајевима међународне отмице деце, адекватност предузетих мера државних власти цени се кроз хитност њиховог спровођења. Иако принудне мере нису пожељне, у случају одбијања враћања детета од стране особа које су га противправно одузеле, на домаћим властима је да својим деловањем обезбеде повратак детета у породицу. Чињеница је да подносилац редовним судским путем није могао да оствари повратак детета и да су предузете мере остале без ефекта, што се може уписати у одговорност домаћим властима. Кривични поступак услед неспровођења судске одлуке о повратку детета оцу, окончан је тек након две и по године од његовог покретања. Неспровођење одлука и недовољна примена начела хитности довели су до омогућавања интегрисања детета у нову породичну средину, последично и до легитимисања *de facto* стања које је у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Отац ни у једном тренутку није лишен родитељског права, чиме је пропуст државих власти да обезбеде повратак детета добио на тежини. На тај начин је отац деловањем државних власти онемогућен да врши своје родитељско право. Посебно се истиче да је протек времена довео до постепеног слабљења његовог родитељског права, а затим и до прекидања. За све то време, отац није могао да оствари ни право на контакт иако није био лишен родитељског права. У овом случају дошло је до супротног исхода - уместо да постепено долази до успостављања породичног живота између оца и детета, протек времена, противправно понашање бабе и деде и неактивност домаћих власти, уз узраст детета и промену мишљења детета, довели су до потпуног отуђења детета од оца и прекида породичног живота, што се никако не може сматрати да је у складу са најбољим интересом детета.[845] ЕСЉП је утврдио јасну повреду права на поштовање породичног живота. Наш став поводом сукоба права на поштовање породичног живота родитеља и других особа, у одсуству штетног деловања родитеља на благостање детета, је неспоран -

[845] О дефиницији синдрома отуђења детета од родитеља видети, A. M. Nichols, Toward a Child-Centered Approach to Evaluating Claims of Alienation in High-Conflict Custody Disputes, Michigan Law Review, Vol. 112, Num. 4, February 2014, Michigan, стр. 667; Такође, C. S. Bruch, Parental Alination Syndrome and Parental Alination: Getting It Wrong in Child Custody Cases, Family Law Quarterly, Vol. 35, No. 1, Spring 2001, Chicago, стр. 528; R. A. Warshak, Bringing Sense to Parental Alienation: A Look at the Disputes and the Evidence, Family Law Quarterly, Vol. 37, No. 2, Summer 2003, Chicago, стр. 280.

ност предузетих мера државних власти цени се кроз хитност њиховог спровођења. Иако принудне мере нису пожељне, у случају одбијања враћања детета од стране особа које су га противправно одузеле, на домаћим властима је да својим деловањем обезбеде повратак детета у породицу. Чињеница је да подносилац редовним судским путем није могао да оствари повратак детета и да су предузете мере остале без ефекта, што се може уписати у одговорност домаћим властима. Кривични поступак, услед неспровођења судске одлуке о повратку детета оцу, окончан је тек након две и по године од његовог покретања. Неспровођење одлука и недовољна примена начела хитности довели су до омогућавања интегрисања детета у нову породичну средину, последично и до легитимисања *de facto* стања које је у супротности са чланом 8. Европске конвенције. Отац ни у једном тренутку није лишен родитељског права, чиме је пропуст државних власти да обезбеде повратак детета добио на тежини. На тај начин је отац деловањем државних власти онемогућен да врши своје родитељско право. Посебно се истиче да је протек времена довео до постепеног слабљења његовог родитељског права, а затим и до прекидања. За све то време, отац није могао да оствари ни право на контакт, иако није био лишен родитељског права. У овом случају, дошло је до супротног исхода — уместо да постепено долази до поновног успостављања породичног живота између оца и детета, протек времена, противправно понашање бабе и деде и неактивност домаћих власти, уз узраст детета и промену мишљења детета, довели су до потпуног отуђења детета од оца и до прекида породичног живота, што се никако не може сматрати да је у складу са најбољим интересом детета. Суд је утврдио јасну повреду права на поштовање породичног живота.

Право детета да зна своје порекло

Немогућност оспоравања брачног очинства од стране биолошког оца, уколико постоји породични живот између њега и детета, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Кроон и други против Холандије***,[349] утврђено је од стране Европског суда да постоји обавеза домаћих држава да пруже правну заштиту фактичком породичном животу. Фактички породични живот има примат над правном претпоставком о брачном очинству. Наиме, холандско право није дозвољавало да било ко други осим мужа мајке може оспоравати брачно очинство детета. Тек након оспореног очинства, могуће је да се утврди очинство другог мушкарца. Последица тога била је да ни подноситељка представке ни њен ванбрачни партнер који је биолошки отац детета нису могли да поднесу захтев за упис његовог очинства у МКР с обзиром на то да је дете рођено док је она формално још била у браку са својим тадашњим супругом. С обзиром на то да је заједница између супружника престала седам година пре рођења детета и да пребивалиште супруга подноситељке није било познато, није постојала могућност да се оспори да је отац детета њен супруг. Европски суд је истакао да је потребно обезбедити мере којима ће дете од тренутка свог рођења имати могућност да буде интегрисано у своју биолошку породицу, те да му се обезбеди право на поштовање породичног живота. Такође, и отац детета има право на поштовање свог породичног живота од тренутка рођења детета. Ако постоји заједнички живот родитеља у *de facto* заједницама, не тражи се манифестација посвећености оца за бригу и подизање детета. Довољан услов за успостављање права на поштовање породичног живота ванбрачног оца и детета у том случају је њихов заједнички живот. Европски суд је утврдио да породични живот постоји и у односима ван брака, конкретно између детета и ванбрачног оца, те да је немогућност утврђивања стварног, биолошког порекла детета довело до повреде права на поштовање породичног живота. Суд је подвукао да:

[349] *Kroon and others v. Netherland*, представка бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994. године.

је дете живело код бабе и деде од најмлађих година. Овако, одбијање враћања детета оцу не може се подвести под изузетне околности да би дошло до прекида породичног живота између детета и оца. Као и у случајевима међународне отмице деце, адекватност предузетих мера државних власти цени се кроз хитност њиховог спровођења. Иако принудне мере нису пожељне, у случају одбијања враћања детета од стране особа које су га противправно одузеле, на домаћим властима је да својим деловањем обезбеде повратак детета у породицу. Чињеница је да подносилац редовним судским путем није могао да оствари повратак детета и да су предузете мере остале без ефекта, што се може уписати у одговорност домаћим властима. Кривични поступак услед неспровођења судске одлуке о повратку детета оцу, окончан је тек након две и по године од његовог покретања. Неспровођење одлука и недовољна примена начела хитности довели су до омогућавања интегрисања детета у нову породичну средину, последично и до легитимисања *de facto* стања које је у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Отац ни у једном тренутку није лишен родитељског права, чиме је пропуст државих власти да обезбеде повратак детета добио на тежини. На тај начин је отац деловањем државних власти онемогућен да врши своје родитељско право. Посебно се истиче да је протек времена довео до постепеног слабљења његовог родитељског права, а затим и до прекидања. За све то време, отац није могао да оствари ни право на контакт иако није био лишен родитељског права. У овом случају дошло је до супротног исхода - уместо да постепено долази до успостављања породичног живота између оца и детета, протек времена, противправно понашање бабе и деде и неактивност домаћих власти, уз узраст детета и промену мишљења детета, довели су до потпуног отуђења детета од оца и прекида породичног живота, што се никако не може сматрати да је у складу са најбољим интересом детета.[845] ЕСЉП је утврдио јасну повреду права на поштовање породичног живота. Наш став поводом сукоба права на поштовање породичног живота родитеља и других особа, у одсуству штетног деловања родитеља на благостање детета, је неспоран -

[845] О дефиницији синдрома отуђења детета од родитеља видети, A. M. Nichols, Toward a Child-Centered Approach to Evaluating Claims of Alienation in High-Conflict Custody Disputes, Michigan Law Review, Vol. 112, Num. 4, February 2014, Michigan, стр. 667; Такође, C. S. Bruch, Parental Alination Syndrome and Parental Alination: Getting It Wrong in Child Custody Cases, Family Law Quarterly, Vol. 35, No. 1, Spring 2001, Chicago, стр. 528; R. A. Warshak, Bringing Sense to Parental Alienation: A Look at the Disputes and the Evidence, Family Law Quarterly, Vol. 37, No. 2, Summer 2003, Chicago, стр. 280.

ност предузетих мера државних власти цени се кроз хитност њиховог спровођења. Иако принудне мере нису пожељне, у случају одбијања враћања детета од стране особа које су га противправно одузеле, на домаћим властима је да својим деловањем обезбеде повратак детета у породицу. Чињеница је да подносилац редовним судским путем није могао да оствари повратак детета и да су предузете мере остале без ефекта, што се може уписати у одговорност домаћим властима. Кривични поступак, услед неспровођења судске одлуке о повратку детета оцу, окончан је тек након две и по године од његовог покретања. Неспровођење одлука и недовољна примена начела хитности довели су до омогућавања интегрисања детета у нову породичну средину, последично и до легитимисања *de facto* стања које је у супротности са чланом 8. Европске конвенције. Отац ни у једном тренутку није лишен родитељског права, чиме је пропуст државних власти да обезбеде повратак детета добио на тежини. На тај начин је отац деловањем државних власти онемогућен да врши своје родитељско право. Посебно се истиче да је протек времена довео до постепеног слабљења његовог родитељског права, а затим и до прекидања. За све то време, отац није могао да оствари ни право на контакт, иако није био лишен родитељског права. У овом случају, дошло је до супротног исхода — уместо да постепено долази до поновног успостављања породичног живота између оца и детета, протек времена, противправно понашање бабе и деде и неактивност домаћих власти, уз узраст детета и промену мишљења детета, довели су до потпуног отуђења детета од оца и до прекида породичног живота, што се никако не може сматрати да је у складу са најбољим интересом детета. Суд је утврдио јасну повреду права на поштовање породичног живота.

Право детета да зна своје порекло

Немогућност оспоравања брачног очинства од стране биолошког оца, уколико постоји породични живот између њега и детета, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају ***Кроон и други против Холандије***,[349] утврђено је од стране Европског суда да постоји обавеза домаћих држава да пруже правну заштиту фактичком породичном животу. Фактички породични живот има примат над правном претпоставком о брачном очинству. Наиме, холандско право није дозвољавало да било ко други осим мужа мајке може оспоравати брачно очинство детета. Тек након оспореног очинства, могуће је да се утврди очинство другог мушкарца. Последица тога била је да ни подноситељка представке ни њен ванбрачни партнер који је биолошки отац детета нису могли да поднесу захтев за упис његовог очинства у МКР с обзиром на то да је дете рођено док је она формално још била у браку са својим тадашњим супругом. С обзиром на то да је заједница између супружника престала седам година пре рођења детета и да пребивалиште супруга подноситељке није било познато, није постојала могућност да се оспори да је отац детета њен супруг. Европски суд је истакао да је потребно обезбедити мере којима ће дете од тренутка свог рођења имати могућност да буде интегрисано у своју биолошку породицу, те да му се обезбеди право на поштовање породичног живота. Такође, и отац детета има право на поштовање свог породичног живота од тренутка рођења детета. Ако постоји заједнички живот родитеља у *de facto* заједницама, не тражи се манифестација посвећености оца за бригу и подизање детета. Довољан услов за успостављање права на поштовање породичног живота ванбрачног оца и детета у том случају је њихов заједнички живот. Европски суд је утврдио да породични живот постоји и у односима ван брака, конкретно између детета и ванбрачног оца, те да је немогућност утврђивања стварног, биолошког порекла детета довело до повреде права на поштовање породичног живота. Суд је подвукао да:

[349] *Kroon and others v. Netherland*, представка бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994. године.

3.1.2.2. Круг лица која могу обарати претпоставку о брачном очинству

Немогућност оспоравања брачног очинства од стране биолошког оца, уколико постоји породични живот између њега и детета, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Kroon и други против Холандије*,[456] утврђено је од стране ЕСЉП да постоји обавеза домаћих држава да пруже правну заштиту фактичком породичном животу. Фактички породични живот има примат над правном претпоставком о брачном очинству. Наиме, холандско право није дозвољавало да било ко други осим мужа мајке може оспоравати брачно очинство детета.[457] Тек након оспореног очинства могуће је да се утврди очинство другог мушкарца. Последица тога била је да, нити подноситељка представке, госпођа Кроон, нити њен ванбрачни партнер који је биолошки отац детета, нису могли да поднесу захтев за упис његовог очинства у матичну књигу рођених, с обзиром на то да је дете рођено док је она формално још била у браку са својим тадашњим супругом. С обзиром на то да је заједница између супружника престала седам година пре рођења детета и да пребивалиште супруга подноситељке није било познато, није постојала могућност да се оспори да је отац детета њен супруг. ЕСЉП је истакао да је потребно обезбедити мере којима ће дете од тренутка свог рођења имати могућност да буде интегрисано у своју биолошку породицу, те да му се обезбеди право на поштовање породичног живота. Такође, и отац детета има право на поштовање свог породичног живота од тренутка рођења детета. Ако постоји заједнички живот родитеља у *de facto* заједницама, не тражи се манифестација посвећености оца за бригу и подизање детета. У том случају довољан услов за успостављање права на поштовање породичног живота ванбрачног оца и детета је њихов заједнички живот. ЕСЉП је утврдио да породични живот постоји и у односима ван брака, конкретно између детета и ванбрачног оца, те да је немогућност утврђивања стварног, биолошког порекла детета довело до повреде права на поштовање породичног живота. Суд је подвукао да право на поштовање

[456] *Kroon and others v Netherland*, пред. бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994. године.
[457] Законодавство Холандије признаје брачове особа истог пола и стога максиму *Pater is est...* не сматра валидном с обзиром на то да би то било у очигледној (природној?) супротности са биолошким законима.

право на поштовање породичног живота подразумева да социјална и биолошка реалност преовлада над правном претпоставком о брачном очинству која у датим околностима не служи никоме, посебно не детету.

Овом пресудом проширен је појам породичног живота на родитеље који се не налазе у браку нити су икад живели заједно. Значај ове пресуде огледа се и у томе што Европски суд проширује појам породичног живота и на друге заједнице осим на брачне тако да породични односи обухватају како ванбрачне заједнице тако и друге *de facto* заједнице, а не само оне засноване на браку и крвним везама. Поштовање породичног живота подразумева да биолошка и социјална истина превагне над правном претпоставком која, као у овом случају, никоме не иде у корист, посебно не детету.

Уколико је у интересу детета да се оспори брачно очинство, односно ако је у интересу детета да се сазна биолошка истина, онда ће оспоравање брачног очинства бити оправдано.

Социјална реалност треба да има примат над правном претпоставком у случају када та претпоставка делује противно интересима детета.

Намера Европског суда је да се утврди истина о пореклу детета, али ипак не под било којим условима већ само уколико успостављање нове биолошке истине доводи до конституисања новог или подржавања већ успостављеног породичног живота између детета и биолошког оца. Уводи се критеријум процене да ли правна претпоставка *Pater is est.* некоме користи, посебно узимајући интересе детета. И обратно, да ли ће обарање ове претпоставке неком члану породице, пре свих детету, нанети штету.

У случају *Микулић против Хрватске*,[350] било је речи о процедури успостављања односа између ванбрачног оца и детета. Европски суд је истакао, имајући у виду праксу држава поводом подвргавања ДНК тесту, да члан 8. Конвенције не обавезује државе да се одређено лице мора подвргнути ДНК тесту. Ипак, иако не постоји обавеза принудног вештачења, државе су дужне да предвиде друге начине којима ће се у кратком року омогућити утврђивање ванбрачног очинства. Одредба хрватског законодавства, према којој суд има дискреционо право да цени доказе, не представља адекватно средство за утврђивање очинства у ситуацији када претпостављени отац избегава ДНК тестирање.

Деца у поступку утврђивања очинства имају витални интерес, заштићен Европском конвенцијом, да добију информације како би се открила истина о важном аспекту њиховог личног идентитета — пореклу од стране оца.

350 *Mikulić v. Croatia*, представка бр. 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002. године. Подносилац представке је дете рођено у ванбрачној заједници 1996. године. Дете и мајка су у јануару 1997. године поднели тужбу за утврђивање очинства против мушкарца за кога су сматрали да је отац детета. Очинство је утврђено судском одлуком у јуну исте године. Суд је усвојио жалбу туженог и дошло је до новог поступка у ком је тужени обавезан да се подвргне ДНК тесту, што је он одбио у шест наврата. Тужени је, такође, одбијао да присуствује рочиштима на која је редовно позиван. У јулу 2000. године, суд је утврдио очинство туженог мушкарца над подносиоцем, али је и ова одлука укинута по жалби. Након три и по године његовог неодазивања, суд је донео пресуду којом утврђује очинство наведеног мушкарца, и то на основу исказа мајке и његовог избегавања да се подвргне ДНК анализи. У новембру 2001. године, суд је поново утврдио очинство туженог над подносиоцем, али је и против те одлуке поднета жалба. Поступак по жалби је у току. Подносиоци су се жалили да су одредбе хрватског законодавства о изостанку принудног вештачења код утврђивања ванбрачног очинства онемогућавале да дете установи порекло од стране оца, а самим тим и довеле до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

3.1.2.2. Круг лица која могу обарати претпоставку о брачном очинству

Немогућност оспоравања брачног очинства од стране биолошког оца, уколико постоји породични живот између њега и детета, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Kroon и други против Холандије*,[456] утврђено је од стране ЕСЉП да постоји обавеза домаћих држава да пруже правну заштиту фактичком породичном животу. Фактички породични живот има примат над правном претпоставком о брачном очинству. Наиме, холандско право није дозвољавало да било ко други осим мужа мајке може оспоравати брачно очинство детета.[457] Тек након оспореног очинства могуће је да се утврди очинство другог мушкарца. Последица тога била је да, нити подноситељка представке, госпођа Кроон, нити њен ванбрачни партнер који је биолошки отац детета, нису могли да поднесу захтев за упис његовог очинства у матичну књигу рођених, с обзиром на то да је дете рођено док је она формално још била у браку са својим тадашњим супругом. С обзиром на то да је заједница између супружника престала седам година пре рођења детета и да пребивалиште супруга подноситељке није било познато, није постојала могућност да се оспори да је отац детета њен супруг. ЕСЉП је истакао да је потребно обезбедити мере којима ће дете од тренутка свог рођења имати могућност да буде интегрисано у своју биолошку породицу, те да му се обезбеди право на поштовање породичног живота. Такође, и отац детета има право на поштовање свог породичног живота од тренутка рођења детета. Ако постоји заједнички живот родитеља у *de facto* заједницама, не тражи се манифестација посвећености оца за бригу и подизање детета. У том случају довољан услов за успостављање права на поштовање породичног живота ванбрачног оца и детета је њихов заједнички живот. ЕСЉП је утврдио да породични живот постоји и у односима ван брака, конкретно између детета и ванбрачног оца, те да је немогућност утврђивања стварног, биолошког порекла детета довело до повреде права на поштовање породичног живота. Суд је подвукао да **право на поштовање**

456 *Kroon and others v Netherland*, пред. бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994. године.

457 Законодавство Холандије признаје брачове особа истог пола и стога максиму *Pater is est...* не сматра валидном с обзиром на то да би то било у очигледној (природној?) супротности са биолошким законима.

право на поштовање породичног живота подразумева да социјална и биолошка реалност преовлада над правном претпоставком о брачном очинству која у датим околностима не служи никоме, посебно не детету.

Овом пресудом проширен је појам породичног живота на родитеље који се не налазе у браку нити су икад живели заједно. Значај ове пресуде огледа се и у томе што Европски суд проширује појам породичног живота и на друге заједнице осим на брачне тако да породични односи обухватају како ванбрачне заједнице тако и друге *de facto* заједнице, а не само оне засноване на браку и крвним везама. Поштовање породичног живота подразумева да биолошка и социјална истина превагне над правном претпоставком која, као у овом случају, никоме не иде у корист, посебно не детету.

Уколико је у интересу детета да се оспори брачно очинство, односно ако је у интересу детета да се сазна биолошка истина, онда ће оспоравање брачног очинства бити оправдано.

Социјална реалност треба да има примат над правном претпоставком у случају када та претпоставка делује противно интересима детета.

Намера Европског суда је да се утврди истина о пореклу детета, али ипак не под било којим условима већ само уколико успостављање нове биолошке истине доводи до конституисања новог или подржавања већ успостављеног породичног живота између детета и биолошког оца. Уводи се критеријум процене да ли правна претпоставка *Pater is est.* некоме користи, посебно узимајући интересе детета. И обратно, да ли ће обарање ове претпоставке неком члану породице, пре свих детету, нанети штету.

У случају *Микулић против Хрватске,*[350] било је речи о процедури успостављања односа између ванбрачног оца и детета. Европски суд је истакао, имајући у виду праксу држава поводом подвргавања ДНК тесту, да члан 8. Конвенције не обавезује државе да се одређено лице мора подвргнути ДНК тесту. Ипак, иако не постоји обавеза принудног вештачења, државе су дужне да предвиде друге начине којима ће се у кратком року омогућити утврђивање ванбрачног очинства. Одредба хрватског законодавства, према којој суд има дискреционо право да цени доказе, не представља адекватно средство за утврђивање очинства у ситуацији када претпостављени отац избегава ДНК тестирање.

Деца у поступку утврђивања очинства имају витални интерес, заштићен Европском конвенцијом, да добију информације како би се открила истина о важном аспекту њиховог личног идентитета — пореклу од стране оца.

350 *Mikulić v. Croatia*, представка бр. 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002. године. Подносилац представке је дете рођено у ванбрачној заједници 1996. године. Дете и мајка су у јануару 1997. године поднели тужбу за утврђивање очинства против мушкарца за кога су сматрали да је отац детета. Очинство је утврђено судском одлуком у јуну исте године. Суд је усвојио жалбу туженог и дошло је до новог поступка у ком је тужени обавезан да се подвргне ДНК тесту, што је он одбио у шест наврата. Тужени је, такође, одбијао да присуствује рочиштима на која је редовно позиван. У јулу 2000. године, суд је утврдио очинство туженог мушкарца над подносиоцем, али је и ова одлука укинута по жалби. Након три и по године његовог неодазивања, суд је донео пресуду којом утврђује очинство наведеног мушкарца, и то на основу исказа мајке и његовог избегавања да се подвргне ДНК анализи. У новембру 2001. године, суд је поново утврдио очинство туженог над подносиоцем, али је и против те одлуке поднета жалба. Поступак по жалби је у току. Подносиоци су се жалили да су одредбе хрватског законодавства о изостанку принудног вештачења код утврђивања ванбрачног очинства онемогућавале да дете установи порекло од стране оца, а самим тим и довеле до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

породичног живота подразумева да социјална и биолошка реалност преовлада над правном претпоставком о брачном очинству која у датим околностима не служи никоме, посебно не детету. Овом пресудом проширен је појам породичног живота на родитеље који се не налазе у браку, нити су икад живели заједно. Значај ове пресуде огледа се и у томе што ЕСЉП проширује појам породичног живота и на друге заједнице осим на брачне, тако да породични односи обухватају како ванбрачне заједнице, тако и друге „*de facto*" заједнице, а не само оне засноване на браку и крвним везама.[458] Право на поштовање породичног живота подразумева да биолошка и социјална истина превагне над правном претпоставком, која, као у овом случају, никоме не иде у корист, посебно не детету.[459] Уколико је у интересу детета да се оспори његово брачно очинство, односно ако је у интересу детета да се сазна биолошка истина,[460] онда ће оспоравање брачног очинства бити оправдано. Без ограде смо сагласни са ставом ЕСЉП да социјална реалност има примат над правном претпоставком у случају када та претпоставка делује противно интересима детета.

Посматрајући пресуду у случају *Kroon*, у оквиру дела о оспоравању брачног очинства, видимо намеру ЕСЉП да се утврди истина о пореклу детета, али ипак не под било којим условима већ само уколико успостављање нове биолошке истине доводи до конституисања новог или подржавања већ успостављеног породичног живота између детета и биолошког оца. Уводи се критеријум процене да ли правна претпоставка *Pater is est...* некоме користи, посебно узимајући интересе детета. И обратно, да ли ће обарање ове претпоставке неком члану породице, пре свих детету, нанети штету.[461]

458 Однос између вереника такође се сматра породичним животом ако постоји довољно основа да се сматра сталним односом, тако *Wakefield v United Kingdom*, пред. бр. 15817/89, пресуда од 1. октобра 1990. године.

459 Биолошки отац има могућност да буде признат као правни отац у случају да је развио социјалне и породичне везе са дететом, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 642; О односу биолошке и правне истине, J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 58.

460 Суд при противљењу мајке да ванбрачно дете има право да сазна своје порекло од стране оца, цени да ли је то у најбољем интересу детета, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Ramily Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 365.

461 У једном случају у САД, отац детета, након што је сазнао да није генетски отац свог десетогодишњег детета поднео је тужбу за оспоравање брачног очинства. Суд је истакао да упркос томе што је ДНК тест показао одсуство генетске везе детета и оца, то не подразумева да се може негирати већ успостављени људски, породични однос између детета и оца, *In re Intrest of TSS,* 61 SW 3d 481 (2002). Према одређеним студијама, очеви се лакше везују за децу ако су сигурни(ји) у

право на поштовање породичног живота подразумева да социјална и биолошка реалност преовлада над правном претпоставком о брачном очинству која у датим околностима не служи никоме, посебно не детету.

Овом пресудом проширен је појам породичног живота на родитеље који се не налазе у браку нити су икад живели заједно. Значај ове пресуде огледа се и у томе што Европски суд проширује појам породичног живота и на друге заједнице осим на брачне тако да породични односи обухватају како ванбрачне заједнице тако и друге *de facto* заједнице, а не само оне засноване на браку и крвним везама. Поштовање породичног живота подразумева да биолошка и социјална истина превагне над правном претпоставком која, као у овом случају, никоме не иде у корист, посебно не детету.

Уколико је у интересу детета да се оспори брачно очинство, односно ако је у интересу детета да се сазна биолошка истина, онда ће оспоравање брачног очинства бити оправдано.

Социјална реалност треба да има примат над правном претпоставком у случају када та претпоставка делује противно интересима детета.

Намера Европског суда је да се утврди истина о пореклу детета, али ипак не под било којим условима већ само уколико успостављање нове биолошке истине доводи до конституисања новог или подржавања већ успостављеног породичног живота између детета и биолошког оца. Уводи се критеријум процене да ли правна претпоставка *Pater is est.* некоме користи, посебно узимајући интересе детета. И обратно, да ли ће обарање ове претпоставке неком члану породице, пре свих детету, нанети штету.

У случају *Микулић против Хрватске,*[350] било је речи о процедури успостављања односа између ванбрачног оца и детета. Европски суд је истакао, имајући у виду праксу држава поводом подвргавања ДНК тесту, да члан 8. Конвенције не обавезује државе да се одређено лице мора подвргнути ДНК тесту. Ипак, иако не постоји обавеза принудног вештачења, државе су дужне да предвиде друге начине којима ће се у кратком року омогућити утврђивање ванбрачног очинства. Одредба хрватског законодавства, према којој суд има дискреционо право да цени доказе, не представља адекватно средство за утврђивање очинства у ситуацији када претпостављени отац избегава ДНК тестирање.

Деца у поступку утврђивања очинства имају витални интерес, заштићен Европском конвенцијом, да добију информације како би се открила истина о важном аспекту њиховог личног идентитета — пореклу од стране оца.

350 *Mikulić v. Croatia*, представка бр. 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002. године. Подносилац представке је дете рођено у ванбрачној заједници 1996. године. Дете и мајка су у јануару 1997. године поднели тужбу за утврђивање очинства против мушкарца за кога су сматрали да је отац детета. Очинство је утврђено судском одлуком у јуну исте године. Суд је усвојио жалбу туженог и дошло је до новог поступка у ком је тужени обавезан да се подвргне ДНК тесту, што је он одбио у шест наврата. Тужени је, такође, одбијао да присуствује рочиштима на које је редовно позиван. У јулу 2000. године, суд је утврдио очинство туженог мушкарца над подносиоцем, али је и ова одлука укинута по жалби. Након три и по године његовог неодазивања, суд је донео пресуду којом утврђује очинство наведеног мушкарца, и то на основу исказа мајке и његовог избегавања да се подвргне ДНК анализи. У новембру 2001. године, суд је поново утврдио очинство туженог над подносиоцем, али је и против те одлуке поднета жалба. Поступак по жалби је у току. Подносиоци су се жалили да су одредбе хрватског законодавства о изостанку принудног вештачења код утврђивања ванбрачног очинства онемогућавале да дете установи порекло од стране оца, а самим тим и довеле до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

3.2.3.2. Обавеза мушкарца да се подвргне ДНК анализи

Неспровођење налога о обавезном (принудном) подвргавању ДНК анализи у поступку утврђивања ванбрачног очинства, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Mikulić против Хрватске,*[500] било је речи о процедури успостављања односа између ванбрачног оца и детета. ЕСЉП је истакао, имајући у виду праксу држава поводом подвргавања ДНК тесту, да члан 8. Конвенције не обавезује државе да се одређено лице мора подвргнути ДНК тесту. Ипак, иако не постоји обавеза принудног вештачења, државе су дужне да предвиде друге начине којима ће се у кратком року омогућити утврђивање ванбрачног очинства.[501] Одредба домаћег законодавства према којој суд има дискреционо право да цени доказе, не представља адекватно средство за утврђивање очинства у ситуацији када претпостављени отац избегава ДНК тестирање. Особе у ситуацији подносиоца имају витални интерес заштићен Конвенцијом да добију информације како би се открила истина о важном аспекту њиховог личног идентитета - пореклу од стране оца.[502] ЕСЉП је утврдио да у овом случају не постоји породични однос нити породични живот између подносиоца и наводног оца. Ипак, утврђивање правне везе између биолошког оца и детета рођеног изван брака може се подвести под појам приватног живота. Подносиочев захтев за утврђивањем идентитета од стране оца сведочи да постоји директна веза између утврђивања очинства и

500 *Mikulić v Croatia*, пред. бр. 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002. године. Подносилац представке је дете рођено у ванбрачној заједници 1996. године. Дете и мајка су у јануару 1997. године поднели тужбу за утврђивање очинства против мушкарца за кога су сматрали да је отац детета. Очинство је утврђено судском одлуком у јуну исте године. Суд је усвојио жалбу туженог и дошло је до новог поступка у коме је тужени обавезан да се подвргне ДНК тесту што је он одбио у шест наврата. Тужени је, такође, одбијао да присуствује рочиштима на које је редовно позиван. У јулу 2000. године суд је утврдио очинство туженог мушкарца али је и ова одлука укинута по жалби. Након три и по године његовог неодазивања, суд је донео пресуду којом утврђује очинство наведеног мушкарца, и то на основу исказа мајке и његовог избегавања да се подвргне ДНК анализи. У новембру 2001. године суд је поново утврдио очинство туженог над подносиоцем, али је и против те одлуке поднета жалба. Поступак по жалби је у току. Подносиоци су се жалили да су одредбе хрватског законодавства о изостанку принудног вештачења код утврђивања ванбрачног очинства, онемогућавале да дете успостави порекло од стране оца а самим тим и довеле до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

501 J. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 862; A. W. Mowbray, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford, 2004, стр. 147.

502 J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009. стр. 68.

Европски суд је утврдио да у овом случају не постоји породични однос нити породични живот између подносиоца и наводног оца. Ипак, утврђивање правне везе између биолошког оца и детета рођеног изван брака може се подвести под појам приватног живота. Захтев детета за утврђивањем идентитета од стране оца сведочи да постоји директна веза између утврђивања очинства и приватног живота детета. Интерес особе која жели да утврди порекло од стране оца треба осигурати тако да се омогући ефикасно утврђивање очинства. Такво ефикасно средство није било омогућено с обзиром на то да наводни отац није био обавезан да се подвргне ДНК тесту и да је константно успешно оспоравао судске доказе.

Неспровођење налога о обавезном (принудном) подвргавању ДНК анализи мушкарца у поступку утврђивања ванбрачног очинства представља повреду права на поштовање приватног живота детета.

Неефикасност судских мера довела је подносиоца у стање продужене неизвесности у погледу његовог порекла. Европски суд је утврдио повреду члана 8. и то права на поштовање приватног живота.

Овом пресудом, Европски суд је признао у пуном капацитету право детета на идентитет предвиђено Конвенцијом о правима детета.

У случају ***Јевремовић против Србије***,[351] ЕСЉП је навео да утврђивање односа детета са биолошким оцем спада у приватни живот појединца.

Иако према домаћем праву не постоји могућност принуђивања особе да изврши ДНК анализу, домаће власти су могле донети одлуку по сопственом дискреционом праву на основу константног одбијања туженог да се подвргне ДНК анализи.

Пропуст да се донесе одлука о утврђивању очинства на основу чињенице да мушкарац у дужем временском периоду одбија да спроведе ДНК анализу представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота.

Државе чланице имају различита решења у случају одбијања наводног оца да се подвргне тесту за утврђивање очинства: новчане казне, притвор, доношење пресуде о утврђивању очинства, кривично гоњење. Стога, решење домаћег права, којим не постоји начин да се мушкарац принуди да изврши ДНК тест, није противно члану 8. Европске конвенције. Међутим, интерес појединца у том случају, тачније најбољи интерес детета да се осигура сазнање порекла, мора бити заштићен на други начин.

351 *Jevremović v. Serbia*, представка бр. 3150/05, пресуда од 17. јула 2007. године. Подносиоци су држављани Србије, мајка и њено ванбрачно дете рођено 1999. године. У јуну 1999. године, они су покренули тужбу за утврђивање очинства против наводног оца детета. Тужени је избегавао појављивање на суду и вршење ДНК анализе. Вештачењем крви је утврђена велика вероватноћа да је тај мушкарац отац детета. На основу тога, суд је у фебруару 2002. године донео пресуду о утврђивању очинства. Окружни суд је укинуо ову пресуду на основу тога што није извршена ДНК анализа. Међутим, тужени се поново није одазивао на позиве да се спроведе ДНК анализа. У новембру 2003. године, донета је пресуда о утврђивању очинства, међутим, Окружни суд је 2004. године поново укинуо ову одлуку. У јулу 2006. године, суд доноси по трећи пут пресуду којом се утврђује да је тужени отац детета и одређује висину издржавања за дете. Подносиоци су се жалили да је дужина поступка довела до продужене неизвесности поводом порекла детета у односу на оца, чиме је повређен члан 8. Конвенције.

3.2.3.2. Обавеза мушкарца да се подвргне ДНК анализи

Неспровођење налога о обавезном (принудном) подвргавању ДНК анализи у поступку утврђивања ванбрачног очинства, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Mikulić против Хрватске*,[500] било је речи о процедури успостављања односа између ванбрачног оца и детета. ЕСЉП је истакао, имајући у виду праксу држава поводом подвргавања ДНК тесту, да члан 8. Конвенције не обавезује државе да се одређено лице мора подвргнути ДНК тесту. Ипак, иако не постоји обавеза принудног вештачења, државе су дужне да предвиде друге начине којима ће се у кратком року омогућити утврђивање ванбрачног очинства.[501] Одредба домаћег законодавства према којој суд има дискреционо право да цени доказе, не представља адекватно средство за утврђивање очинства у ситуацији када претпостављени отац избегава ДНК тестирање. Особе у ситуацији подносиоца имају витални интерес заштићен Конвенцијом да добију информације како би се открила истина о важном аспекту њиховог личног идентитета - пореклу од стране оца.[502] ЕСЉП је утврдио да у овом случају не постоји породични однос нити породични живот између подносиоца и наводног оца. Ипак, утврђивање правне везе између биолошког оца и детета рођеног изван брака може се подвести под појам приватног живота. Подносиочев захтев за утврђивањем идентитета од стране оца сведочи да постоји директна веза између утврђивања очинства и

500 *Mikulić v Croatia*, пред. бр. 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002. године. Подносилац представке је дете рођено у ванбрачној заједници 1996. године. Дете и мајка су у јануару 1997. године поднели тужбу за утврђивање очинства против мушкарца за кога су сматрали да је отац детета. Очинство је утврђено судском одлуком у јуну исте године. Суд је усвојио жалбу туженог и дошло је до новог поступка у коме је тужени обавезан да се подргне ДНК тесту што је он одбио у шест наврата. Тужени је, такође, одбијао да присуствује рочиштима на које је редовно позиван. У јулу 2000. године суд је утврдио очинство туженог мушкарца али је и ова одлука укинута по жалби. Након три и по године његовог неодазивања, суд је донео пресуду којом утврђује очинство наведеног мушкарца, и то на основу исказа мајке и његовог избегавања да се подвргне ДНК анализи. У новембру 2001. године суд је поново утврдио очинство туженог над подноиоцем, али је и против те одлуке поднета жалба. Поступак по жалби је у току. Подноиоци су се жалили да су одредбе хрватског законодавства о изостанку принудног вештачења код утврђивања ванбрачног очинства, онемогућавале да дете успостави порекло од стране оца а самим тим и довеле до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

501 Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 862; A. W. Mowbray, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford, 2004, стр. 147.

502 J. Fortin, Children's Rights and the Developing Law, Cambridge, 2009. стр. 68.

Европски суд је утврдио да у овом случају не постоји породични однос нити породични живот између подносиоца и наводног оца. Ипак, утврђивање правне везе између биолошког оца и детета рођеног изван брака може се подвести под појам приватног живота. Захтев детета за утврђивањем идентитета од стране оца сведочи да постоји директна веза између утврђивања очинства и приватног живота детета. Интерес особе која жели да утврди порекло од стране оца треба осигурати тако да се омогући ефикасно утврђивање очинства. Такво ефикасно средство није било омогућено с обзиром на то да наводни отац није био обавезан да се подвргне ДНК тесту и да је константно успешно оспоравао судске доказе.

Неспровођење налога о обавезном (принудном) подвргавању ДНК анализи мушкарца у поступку утврђивања ванбрачног очинства представља повреду права на поштовање приватног живота детета.

Неефикасност судских мера довела је подносиоца у стање продужене неизвесности у погледу његовог порекла. Европски суд је утврдио повреду члана 8. и то права на поштовање приватног живота.

Овом пресудом, Европски суд је признао у пуном капацитету право детета на идентитет предвиђено Конвенцијом о правима детета.

У случају ***Јевремовић против Србије***,[351] ЕСЉП је навео да утврђивање односа детета са биолошким оцем спада у приватни живот појединца.

Иако према домаћем праву не постоји могућност принуђивања особе да изврши ДНК анализу, домаће власти су могле донети одлуку по сопственом дискреционом праву на основу константног одбијања туженог да се подвргне ДНК анализи.

Пропуст да се донесе одлука о утврђивању очинства на основу чињенице да мушкарац у дужем временском периоду одбија да спроведе ДНК анализу представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота.

Државе чланице имају различита решења у случају одбијања наводног оца да се подвргне тесту за утврђивање очинства: новчане казне, притвор, доношење пресуде о утврђивању очинства, кривично гоњење. Стога, решење домаћег права, којим не постоји начин да се мушкарац принуди да изврши ДНК тест, није противно члану 8. Европске конвенције. Међутим, интерес појединца у том случају, тачније најбољи интерес детета да се осигура сазнање порекла, мора бити заштићен на други начин.

351 *Jevremović v. Serbia*, представка бр. 3150/05, пресуда од 17. јула 2007. године. Подносиоци су држављани Србије, мајка и њено ванбрачно дете рођено 1999. године. У јуну 1999. године, они су покренули тужбу за утврђивање очинства против наводног оца детета. Тужени је избегавао појављивање на суду и вршење ДНК анализе. Вештачењем крви је утврђена велика вероватноћа да је тај мушкарац отац детета. На основу тога, суд је у фебруару 2002. године донео пресуду о утврђивању очинства. Окружни суд је укинуо ову пресуду на основу тога што није извршена ДНК анализа. Међутим, тужени се поново није одазивао на позиве да се спроведе ДНК анализа. У новембру 2003. године, донета је пресуда о утврђивању очинства, међутим, Окружни суд је 2004. године поново укинуо одлуку. У јулу 2006. године, суд доноси по трећи пут пресуду којом се утврђује да је тужени отац детета и одређује висину издржавања за дете. Подносиоци су се жалили да је дужина поступка довела до продужене неизвесности поводом порекла детета у односу на оца, чиме је повређен члан 8. Конвенције.

приватног живота. Интерес особе која жели да утврди порекло од стране оца треба осигурати на начин да се омогући ефикасно утврђивање очинства.[503] Такво ефикасно средство није било омогућено, с обзиром на то да наводни отац није био обавезан да се подвргне ДНК тесту, као и да је константно успешно оспоравао судске доказе.[504] Неефикасност судских мера довела је подносиоца у стање продужене неизвесности у погледу његовог порекла. ЕСЉП је утврдио повреду члана 8. и то права на поштовање приватног живота.[505] Сматрамо да је Суд исправно поступио и да је у недостатку заједничког живота или одржавања личних односа нашао повреду права на поштовање приватног живота. Својствено нашој хипотези да се породични живот између родитеља и детета успоставља заједничким животом или одржавањем личних односа, у овом случају ЕСЉП није могао утврдити повреду права на поштовање породичног живота, стога што породични живот између детета и оца није ни успостављен. Онемогућавање подносиоца да утврди порекло од стране оца оправдано је сматрано повредом његовог права на поштовање приватног живота. Овом пресудом ЕСЉП је признао у пуном капацитету право детета на идентитет, предвиђено Конвенцијом о правима детета.[506]

Пропуст суда да цени одбијање мушкарца да се подвргне ДНК тесту доводи до повреде права на поштовање приватног живота.

503 S. Besson, Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights, International Jornal of Law, Policy and the Family, Num. 21/2007, стр. 151.
504 У француском праву мајка и дете су могли још у XVIII веку да поднесу тужбу за утврђивање очинства, J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 59.
505 H. Danelius, Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life, у P. Lodrup, E. Modvar, Family Life and Human Rights, Oslo, 2004, стр. 156.
506 J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 71.

Европски суд је утврдио да у овом случају не постоји породични однос нити породични живот између подносиоца и наводног оца. Ипак, утврђивање правне везе између биолошког оца и детета рођеног изван брака може се подвести под појам приватног живота. Захтев детета за утврђивањем идентитета од стране оца сведочи да постоји директна веза између утврђивања очинства и приватног живота детета. Интерес особе која жели да утврди порекло од стране оца треба осигурати тако да се омогући ефикасно утврђивање очинства. Такво ефикасно средство није било омогућено с обзиром на то да наводни отац није био обавезан да се подвргне ДНК тесту и да је константно успешно оспоравао судске доказе.

Неспровођење налога о обавезном (принудном) подвргавању ДНК анализи мушкарца у поступку утврђивања ванбрачног очинства представља повреду права на поштовање приватног живота детета.

Неефикасност судских мера довела је подносиоца у стање продужене неизвесности у погледу његовог порекла. Европски суд је утврдио повреду члана 8. и то права на поштовање приватног живота.

Овом пресудом, Европски суд је признао у пуном капацитету право детета на идентитет предвиђено Конвенцијом о правима детета.

У случају ***Јевремовић против Србије***,[351] ЕСЉП је навео да утврђивање односа детета са биолошким оцем спада у приватни живот појединца.

Иако према домаћем праву не постоји могућност принуђивања особе да изврши ДНК анализу, домаће власти су могле донети одлуку по сопственом дискреционом праву на основу константног одбијања туженог да се подвргне ДНК анализи.

Пропуст да се донесе одлука о утврђивању очинства на основу чињенице да мушкарац у дужем временском периоду одбија да спроведе ДНК анализу представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота.

Државе чланице имају различита решења у случају одбијања наводног оца да се подвргне тесту за утврђивање очинства: новчане казне, притвор, доношење пресуде о утврђивању очинства, кривично гоњење. Стога, решење домаћег права, којим не постоји начин да се мушкарац принуди да изврши ДНК тест, није противно члану 8. Европске конвенције. Међутим, интерес појединца у том случају, тачније најбољи интерес детета да се осигура сазнање порекла, мора бити заштићен на други начин.

351 *Jevremović v. Serbia*, представка бр. 3150/05, пресуда од 17. јула 2007. године. Подносиоци су држављани Србије, мајка и њено ванбрачно дете рођено 1999. године. У јуну 1999. године, они су покренули тужбу за утврђивање очинства против наводног оца детета. Тужени је избегавао појављивање на суду и вршење ДНК анализе. Вештачењем крви је утврђена велика вероватноћа да је тај мушкарац отац детета. На основу тога, суд је у фебруару 2002. године донео пресуду о утврђивању очинства. Окружни суд је укинуо ову пресуду на основу тога што није извршена ДНК анализа. Међутим, тужени се поново није одазивао на позиве да се спроведе ДНК анализа. У новембру 2003. године, донета је пресуда о утврђивању очинства, међутим, Окружни суд је 2004. године поново укинуо ову одлуку. У јулу 2006. године, суд доноси по трећи пут пресуду којом се утврђује да је тужени отац детета и одређује висину издржавања за дете. Подносиоци су се жалили да је дужина поступка довела до продужене неизвесности поводом порекла детета у односу на оца, чиме је повређен члан 8. Конвенције.

Пропуст да се донесе одлука о утврђивању очинства на основу чињенице да мушкарац одбија у дужем временском периоду да спроведе ДНК анализу, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Јевремовић против Србије*,[356] Суд је навео да утврђивање односа детета са биолошким оцем спада у приватни живот појединца. Иако по домаћем праву не постоји могућност принуђивања особе да изврши ДНК анализу, домаће власти су могле донети одлуку по сопственом дискреционом праву, на основу константног одбијања туженог да се подвргне ДНК анализи. Државе чланице имају различита решења у случају одбијања наводног оца да се подвргне тесту за утврђивање очинства - новчане казне, притвор, доношење пресуде о утврђивању очинства, кривично гоњење. Стога, решење домаћег права којим не постоји начин да се мушкарац принуди да изврши ДНК тест, није противно члану 8. Међутим, интерес појединца у том случају, тачније најбољи интерес детета да се осигура сазнање порекла, мора бити заштићен на други начин. ЕСЉП налази да није постигнута равнотежа између права детета да се неизвесност по питању идентитета отклони без непотребног одлагања и права наводног оца да се не подрвгне ДНК анализи. Дужина поступка од седам година оставила је дете у стању продужене неизвесности у погледу порекла у односу на оца, чиме је повређено њено право на поштовање приватног живота.

Неспровођење пресуде о вршењу родитељског права повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

356 *Jevremović v Serbia*, пред. бр. 3150/05, пресуда од 17. јула 2007. године. Подносиоци су држављани Србије, мајка и њено ванбрачно дете рођено 1999. године. У јуну 1999. године они су покренули тужбу за утврђивање очинства против наводног оца детета. Тужени је избегавао појављивање на суду и вршење ДНК анализе. Вештачењем крви је утврђена велика вероватноћа да је тај мушкарац отац детета. На основу тога, суд је у фебруару 2002. године донео пресуду о утврђивању очинства. Окружни суд је укинуо ову пресуду на основу тога што није извршена ДНК анализа. Међутим, тужени се поново није одазивао на позиве да се спроведе ДНК анализа. У новембру 2003. године донета је пресуда о утврђивању очинства, међутим Окружни суд је 2004. године поново укинуо ову одлуку. У јулу 2006. године суд доноси по трећи пут пресуду којом се утврђује да је тужени отац детета и одређује висину издржавања за дете. Подносиоци су се жалили да је дужина поступка довела до продужене неизвесности поводом порекла детета у односу на оца, чиме је повређен члан 8. Конвенције.

Европски суд је нашао да:

није постигнута равнотежа између права детета да се неизвесност по питању идентитета отклони без непотребног одлагања и права наводног оца да се не подвргне ДНК анализи;

дужина поступка од седам година оставила је дете у стању продужене неизвесности у погледу порекла у односу на оца, чиме је повређено право на поштовање приватног живота.

Онемогућавање биолошком оцу да оспори брачно очинство мушкарца који је признао дете за своје иако није биолошки отац не доводи до повреде члана 8. Конвенције.

У случају ***Каутзор против Немачке***,[352] Европски суд је истакао да се, у случајевима када није успостављен породични живот између оца и детета, може ценити потенцијални породични живот који зависи од односа између супружника, показаног интереса наводног биолошког оца и посвећености оца пре и након рођења детета.[353] У овом случају, пред домаћим судовима није утврђено да ли је подносилац биолошки отац детета. Подносилац је могао да покрене поступак за утврђивање свог очинства само ако није постојала породична веза између детета и његовог правног оца. Даље, Европски суд је приметио да је у већини држава чланица Савета Европе дозвољено да мушкарац оспорава брачно очинство, док је у мањем броју држава забрањено оспоравање већ утврђеног брачног очинства од стране претпостављеног биолошког оца. Подносилац има јак интерес оличен у поштовању приватног живота да утврди порекло у односу на дете.

Члан 8. Европске конвенције намеће обавезу државама да испитају да ли је у интересу детета да одржава личне односе са биолошким оцем у случају када оно већ има „правног", социјалног оца.

Ипак, Европски суд је, у недостатку консензуса међу државама чланицама и позивањем на најбољи интерес детета, нашао да одбијање оспоравања утврђеног очинства није довело до повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст суда да цени одбијање мушкарца да се подвргне ДНК тесту доводи до повреде права на поштовање приватног живота.

[352] *Kautzor v. Germany*, представка бр. 23338/09, пресуда од 22. марта 2012. године. Подносилац је немачки држављанин који је у децембру 2003. године закључио брак са својом супругом. Супружници су престали да живе заједно у јуну 2004. године, а следећег месеца, супруга је обавестила подносиоца да је трудна. Њихов брак је разведен у новембру исте године. У марту 2005. године, супруга је родила дете. У мају 2006. године, подносилац је изразио намеру да призна дете и да одржава контакт са дететом. Истог месеца, нови партнер мајке, са којим је она закључила брак у августу 2006. године и са којим је добила двоје деце рођене 2006. и 2008. године, признао је очинство над дететом рођеним 2005. године. Подносилац је пред судом покренуо поступке за утврђивање свог и оспоравање очинства новог супруга мајке. Суд је детету поставио посебног старатеља, који је утврдио да постоји породични живот између детета и новог супруга мајке и да је у интересу детета да се заштити постојећи, већ успостављен, породични живот. Подносилац није имао право на утврђивање свог биолошког очинства у ситуацији када дете има већ утврђено очинство. Жалбе подносиоца на одлуке о одбијању спровођења ДНК теста су одбачене. Подносилац се жалио да је немогућност утврђивања његовог очинства довела до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

[353] Видети и *Nekvedavicius v. Germany*, представка бр. 46165/99, пресуда од 19. пресуда 2003. године: *L. v. the Netherlands*, представка бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна 2004. године: *Anayo v. Germany*, представка бр. 20578/07, пресуда од 21. децембра 2010. године.

Пропуст да се донесе одлука о утврђивању очинства на основу чињенице да мушкарац одбија у дужем временском периоду да спроведе ДНК анализу, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Јевремовић против Србије*,[356] Суд је навео да утврђивање односа детета са биолошким оцем спада у приватни живот појединца. Иако по домаћем праву не постоји могућност принуђивања особе да изврши ДНК анализу, домаће власти су могле донети одлуку по сопственом дискреционом праву, на основу константног одбијања туженог да се подвргне ДНК анализи. Државе чланице имају различита решења у случају одбијања наводног оца да се подвргне тесту за утврђивање очинства - новчане казне, притвор, доношење пресуде о утврђивању очинства, кривично гоњење. Стога, решење домаћег права којим не постоји начин да се мушкарац принуди да изврши ДНК тест, није противно члану 8. Међутим, интерес појединца у том случају, тачније најбољи интерес детета да се осигура сазнање порекла, мора бити заштићен на други начин. ЕСЉП налази да није постигнута равнотежа између права детета да се неизвесност по питању идентитета отклони без непотребног одлагања и права наводног оца да се не подрвгне ДНК анализи. Дужина поступка од седам година оставила је дете у стању продужене неизвесности у погледу порекла у односу на оца, чиме је повређено њено право на поштовање приватног живота.

Неспровођење пресуде о вршењу родитељског права повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

[356] *Jevremović v Serbia*, пред. бр. 3150/05, пресуда од 17. јула 2007. године. Подносиоци су држављани Србије, мајка и њено ванбрачно дете рођено 1999. године. У јуну 1999. године они су покренули тужбу за утврђивање очинства против наводног оца детета. Тужени је избегавао појављивање на суду и вршење ДНК анализе. Вештачењем крви је утврђена велика вероватноћа да је тај мушкарац отац детета. На основу тога, суд је у фебруару 2002. године донео пресуду о утврђивању очинства. Окружни суд је укинуо ову пресуду на основу тога што није извршена ДНК анализа. Међутим, тужени се поново није одазивао на позиве да се спроведе ДНК анализа. У новембру 2003. године донета је пресуда о утврђивању очинства, међутим Окружни суд је 2004. године поново укинуо ову одлуку. У јулу 2006. године суд доноси по трећи пут пресуду којом се утврђује да је тужени отац детета и одређује висину издржавања за дете. Подносиоци су се жалили да је дужина поступка довела до продужене неизвесности поводом порекла детета у односу на оца, чиме је повређен члан 8. Конвенције.

Европски суд је нашао да:

није постигнута равнотежа између права детета да се неизвесност по питању идентитета отклони без непотребног одлагања и права наводног оца да се не подвргне ДНК анализи;

дужина поступка од седам година оставила је дете у стању продужене неизвесности у погледу порекла у односу на оца, чиме је повређено право на поштовање приватног живота.

Онемогућавање биолошком оцу да оспори брачно очинство мушкарца који је признао дете за своје иако није биолошки отац не доводи до повреде члана 8. Конвенције.

У случају ***Каутзор против Немачке***,[352] Европски суд је истакао да се, у случајевима када није успостављен породични живот између оца и детета, може ценити потенцијални породични живот који зависи од односа између супружника, показаног интереса наводног биолошког оца и посвећености оца пре и након рођења детета.[353] У овом случају, пред домаћим судовима није утврђено да ли је подносилац биолошки отац детета. Подносилац је могао да покрене поступак за утврђивање свог очинства само ако није постојала породична веза између детета и његовог правног оца. Даље, Европски суд је приметио да је у већини држава чланица Савета Европе дозвољено да мушкарац оспорава брачно очинство, док је у мањем броју држава забрањено оспоравање већ утврђеног брачног очинства од стране претпостављеног биолошког оца. Подносилац има јак интерес оличен у поштовању приватног живота да утврди порекло у односу на дете.

Члан 8. Европске конвенције намеће обавезу државама да испитају да ли је у интересу детета да одржава личне односе са биолошким оцем у случају када оно већ има „правног", социјалног оца.

Ипак, Европски суд је, у недостатку консензуса међу државама чланицама и позивањем на најбољи интерес детета, нашао да одбијање оспоравања утврђеног очинства није довело до повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст суда да цени одбијање мушкарца да се подвргне ДНК тесту доводи до повреде права на поштовање приватног живота.

[352] *Kautzor v. Germany*, представка бр. 23338/09, пресуда од 22. марта 2012. године. Подносилац је немачки држављанин који је у децембру 2003. године закључио брак са својом супругом. Супружници су престали да живе заједно у јуну 2004. године, а следећег месеца, супруга је обавестила подносиоца да је трудна. Њихов брак је разведен у новембру исте године. У марту 2005. године, супруга је родила дете. У мају 2006. године, подносилац је изразио намеру да призна дете и да одржава контакт са дететом. Истог месеца, нови партнер мајке, са којим је она закључила брак у августу 2006. године и са којим је добила двоје деце рођене 2006. и 2008. године, признао је очинство над дететом рођеним 2005. године. Подносилац је пред судом покренуо поступке за утврђивање свог и оспоравање очинства новог супруга мајке. Суд је детету поставио посебног старатеља, који је утврдио да постоји породични живот између детета и новог супруга мајке и да је у интересу детета да се заштити постојећи, већ успостављен, породични живот. Подносилац није имао право на утврђивање свог биолошког очинства у ситуацији када дете има већ утврђено очинство. Жалбе подносиоца на одлуке о одбијању спровођења ДНК теста су одбачене. Подносилац се жалио да је немогућност утврђивања његовог очинства довела до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

[353] Видети и *Nekvedavicius v. Germany*, представка бр. 46165/99, пресуда од 19. пресуда 2003. године: *L. v. the Netherlands*, представка бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна 2004. године; *Anayo v. Germany*, представка бр. 20578/07, пресуда од 21. децембра 2010. године.

У случају *Kautzor против Немачке*,[470] ЕСЉП је истакао да се у случајевима када није успостављен породични живот између оца и детета, може ценити потенцијални породични живот који зависи од односа између супружника, показаног интереса наводног биолошког оца и посвећености оца пре и након рођења детета.[471] У овом случају пред домаћим судовима није утврђено да ли је подносилац биолошки отац детета. Подносилац је могао да покрене поступак за утврђивање свог очинства само ако није постојала породична веза између детета и његовог „правног" оца. Даље, ЕСЉП је приметио да је у већини држава чланица Савета Европе дозвољено да мушкарац оспорава брачно очинство, док је у мањем броју држава забрањено оспоравање већ утврђеног брачног очинства од стране претпостављеног биолошког оца. Подносилац има јак интерес оличен у поштовању приватног живота да утврди порекло у односу на дете. Члан 8. Конвенције намеће обавезу државама да испитају да ли је у интересу детета да одржава личне односе са биолошким оцем у случају када дете већ има „правног", социјалног оца. Ипак, ЕСЉП је у недостатку консензуса међу државама чланицама и позивањем на најбољи интерес детета нашао да одбијање оспоравања утврђеног очинства није довело до повреде права на поштовање породичног живота. Супротно одлуци Суда, сматрамо да је требало утврдити повреду права на поштовање породичног живота, имајући у виду да је ванбрачни отац испунио и објективни и субјективни критеријум. Подносилац је живео са мајком детета пре његовог рођења, а додатно је након престанка заједничког живота тражио успостављање правне везе са дететом, што је одбијањем мајке онемогућено.

[470] *Kautzor v Germany*, пред. бр. 23338/09, пресуда од 22. марта 2012. године. Подносилац је немачки држављанин који је у децембру 2003. године закључио брак са својом супругом. Супружници су престали да живе заједно у јуну 2004. године, а следећег месеца супруга је обавестила подносиоца да је трудна. Њихов брак је разведен у новембру исте године. У марту 2005. године супруга је родила дете. У мају 2006. године подносилац је изразио намеру да призна дете и да одржава контакт са дететом. Истог месеца нови партнер мајке са којим је она закључила брак у августу 2006. године и са којим је добила двоје деце, рођене 2006. и 2008. године, признао је очинство над дететом рођеним 2005. године. Подносилац је пред судом покренуо поступке за утврђивање свог и оспоравање очинства новог супруга мајке. Суд је детету поставио посебног старатеља, који је утврдио да постоји породични живот између детета и новог супруга мајке, као и да је интересу детета да се заштити постојећи, већ успостављен породични живот. Подносилац није имао право на утврђивање свог биолошког очинства у ситуацији када дете има већ утврђено очинство. Жалбе подносиоца на одлуке о одбијању спровођења ДНК теста су одбачене. Подносилац се жалио да је немогућност утврђивања његовог очинства довела до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

[471] Видети и *Nekvedavicius v. Germany* пред. бр. 46165/99, пресуда од 19. јуна 2003. године; *L. v. the Netherlands*, пред. бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна. 2004. године; *Anayo v. Germany*, пред. бр. 20578/07 пресуда од 21. децембра 2010. године.

У случају ***А.М.М. против Румуније***,[354] *Европски суд је навео да старатељ социјалне службе није учествовао у поступку утврђивања очинства, иако је према одредбама домаћег права био обавезан на то, нити је дете и мајку заступао адвокат током поступка.*

Неучествовање старатеља није надомештено другим видом заштите детета у поступку, на пример, путем заступања адвоката или присуства јавног тужиоца. Суд није уважио ни захтев мајке да се саслушају сведоци.

Уважавајући најбољи интерес детета, дужност домаћих власти је да детету обезбеде адекватну заштиту интереса у поступку утврђивања очинства.

То се посебно огледа у чињеници да је мајка детета током поступка стављена под заштиту социјалне службе. Домаће право није имало одредби да се наводни отац принуди да изврши ДНК анализу и тиме утврди порекло детета. Уобичајено је да судови изврше процену одбијања мушкарца да се подвргне вештачењу и тако спречи извођење доказа. У овом случају, суд је пропустио да пружи оцену доказа одбијања партнера мајке да се изврши ДНК анализа. Домаћи судови нису направили правилну процену интереса детета да сазна своје порекло од стране оца ни права наводног оца да одбије медицинско вештачење и учествује у судском поступку утврђивања очинства. Наведене околности су, према мишљењу Европског суда, довеле до повреде члана 8. Европске конвенције.

Домаћи судови имају обавезу да изврше процену интереса детета да сазна своје порекло од стране оца и права наводног оца да одбије медицинско вештачење и учествује у судском поступку утврђивања очинства.

У случају ***Мендет против Француске***,[355] Европски суд је на почетку навео да су поништењем одлуке о признању очинства у односу на четврто дете, домаћи судови, правно посматрано, изменили битан

354 *A.M.M. v. Romania*, представка бр. 2151/10, пресуда од 14. фебруара 2012. године. Подносилац је дете са инвалидитетом, румунски држављанин, рођено 2001. године у ванбрачној вези својих родитеља. Дете је најпре заступала мајка, али је, услед инвалидитета мајке, накнадно дете заступала баба по мајци. С обзиром да очинство детета није утврђено, мајка детета је покренула поступак за утврђивање очинства против мушкарца који је био са њом у вези и за кога је она сматрала да је отац детета. Суду је представљен доказ у виду писане изјаве у којој партнер мајке признаје да је отац детета и да ће плаћати издржавање. Ипак, иако је суд наредио спровођење медицинског ДНК теста, партнер мајке није извршио тест нити је присуствовао рочиштима. Суд је 2003. године утврдио да мајка више не жели да се спроведе тест већ жели да позива сведоке и, на основу такве промене, одлучио је да обустави поступак. Жалба мајке на овакву одлуку суда је одбијена. Старатељ детета ни поред судских позива није присуствовао судском поступку. Подносилац се жалио да је одлука о обустављању поступка утврђивања очинства повредила право на поштовање приватног и породичног живота.

355 *Mandet v. France*, представка бр. 30955/12, пресуда од 14. јануара. 2016. године. Подносиоци су бивши супружници који су први пут закључили брак 1986. године и добили троје деце. Они су 1995. године поднели споразумни предлог за развод брака, а брак је разведен у јуну 1996. године. Подноситељка је у августу 1996. године родила четврто дете (трећи подносилац). У септембру 1997. године, отац троје деце признао је и четврто дете. Бивши супружници су поново закључили брак у октобру 2003. године, чиме је четврто дете накнадно постало брачно (позакоњењем). У фебруару 2005. године, мушкарац (Г.) поднео је тужбу за оспоравање очинства и утврђивање свог ванбрачног очинства у односу на четврто дете, које је тада имало осам година. Према одлуци суда из фебруара 2006. године, како је дете рођено више од 300 дана од дана развода брака, правна претпоставка да је муж мајке отац детета не примењује се у овом случају. Суд је нашао да није спорно да је, у време зачећа детета, мушкарац (Г.) имао сексуалне односе са мајком, да су они живели заједно као породица и да су четврто дете сматрали својим. То је потврђено извештајима социјалне службе и разним сведочењима. Домаћи суд је нашао да четврто дете није имало статус брачног детета и да је суштински интерес детета да сазна своје порекло. Суд је допустио подношење тужбе мушкарцу (Г.) и одредио вршење медицинског вештачења путем ДНК анализе. Детету је одређен ad hoc (колизијски) старатељ да штити његове интересе. Суд је поништио признање које је извршио бивши супруг и накнадно позакоњење детета. Као отац детета, у матичне књиге је уписан мушкарац (Г.), одређено је да мајка самостално врши родитељско право, а да отац (Г.) има право на одржавање личних односа са дететом. У време окончања поступка, дете је имало 14 година. Подносиоци су се жалили да је поништење одлуке о признању очинства и дозвољавање оспоравања порекла детета довело до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *А. М. М. против Румуније,*[507] ЕСЉП је навео да старатељ социјалне службе није учествовао у поступку утврђивања очинства, иако је према одредбама домаћег права био обавезан на то, нити је дете и мајку заступао адвокат током поступка.[508] Неучествовање старатеља није надомештено другим видом заштите детета у поступку - нпр. путем заступања адвоката или присуства јавног тужиоца. Суд није уважио ни захтев мајке да се саслушају сведоци. Уважавајући најбољи интерес детета, дужност домаћих власти била је да детету обезбеде адекватну заштиту интереса у поступку. То се посебно огледа у чињеници да је мајка детета током поступка стављена под заштиту социјалне службе. Домаће право није имало одредби да се наводни отац принуди да изврши ДНК анализу и тиме утврди порекло детета. Уобичајено је да судови изврше процену одбијања мушкарца да се подвргне вештачењу и тако спречи извођење доказа. У овом случају суд је пропустио да пружи оцену доказа одбијања партнера мајке да се изврши ДНК анализа. Домаћи судови нису направили правилну процену интереса детета да сазна своје порекло од стране оца и права наводног оца да одбије медицинско вештачење и учествује у судском поступку утврђивања очинства. Наведене околности су, према мишљењу ЕСЉП, довеле до повреде члана 8. Конвенције.

Неучествовање мушкарца у поступку у коме је утврђено његово очинство представља повреду права на поштовање приватног живота.

507 *А. М. М. v Romania*, пред. бр. 2151/10, пресуда од 14. фебруара 2012. године. Подносилац је дете са инвалидитетом, румунски држављанин, рођено 2001. године у ванбрачној вези својих родитеља. Дете је најпре заступала мајка, али је услед инвалидитета мајке, накнадно дете заступала баба по мајци. С обзиром на то да очинство детета није утврђено, мајка детета је покренула поступак за утврђивање очинства против мушкарца који је био са њом у вези и за кога је она сматрала да је отац детета. Суду је представљен доказ у виду писане изјаве у којој партнер мајке признаје да је отац детета и да ће плаћати издржавање. Ипак, иако је суд наредио спровођење медицинског ДНК теста, партнер мајке није извршио тест нити је присуствовао рочиштима. Суд је 2003. године утврдио да мајка више не жели да се спроведе тест, већ жели да позива сведоке, и на основу такве промене одлучио је да обустави поступак. Жалба мајке на овакву одлуку суда је одбијена. Старатељ детета и поред судских позива није присуствовао судском поступку. Подносилац се жалио да је одлука о обустављању поступка утврђивања очинства повредила право на поштовање приватног и породичног живота.

508 Да од свих чланова Конвенције, члан 8. повлачи највећа овлашћења и учешће социјалних служби (социјалних радника), H. Brayne, H. Carr, Law for Social Workers, Oxford, 2010, стр. 81.

Dr Uroš Novaković

PRAVO NA POŠTOVANJE PORODIČNOG ŽIVOTA MIGRANATA U SVETLU PRAVA NA SPAJANJE PORODICE KROZ PRAKSU EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Rezime

Srbija je ratifikovala Konvenciju o statusu izbeglica koja je usvojena 28. jula 1951. godine u Ženevi. U samom tekstu ovog ugovora se ne navode odredbe o spajanju porodice, ali se u Završnom aktu Konferencije opunomoćenika Ujedinjenih nacija o statusu izbeglica i lica bez državljanstva (apatrida) (u daljem tekstu: Završni akt Konferencije) navodi značaj prava na spajanje porodice. Srbija je potpisnica i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda usvojene pod okriljem Saveta Evrope (SE) u Rimu 4. novembra 1950. godine. U radu se analizira pravo na poštovanje porodičnog života izbeglica-migranata kao članova porodice pred Evrospkim sudom za ljudska prava.

Migranti doseljavanjem u domaću državu donose svoje porodične kulturne obrasce, neretko različite od dominantnih domaćih porodičnih formi. U dodiru više porodičnih obrazaca dolazi do njihovog prožimanja, ali i sukoba. U slučajevima spajanja porodice, ali i deportacije, u velikoj meri dolazi, pored ugrožavanja prava na poštovanje porodičnog života i do ugrožavanja najboljeg interesa deteta. Sukob privatnog (očuvanje porodičnog jedinstva) i javnog interesa (imigracionih pravila) u navedenom odnosu neretko se rešava u korist javnog interesa. U slučajevima vezanim za migraciju članova porodice Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) kroz praksu člana 8 ne prihvata mogućnost da članovi porodice biraju najpogodniju sredinu (državu) u kojoj će razvijati svoj porodični život.

Pri proceni da li će se utvrditi povreda prava na poštovanje porodičnog života, ESLJP ceni više faktora: okolnosti pod kojima su roditelji migrirali – koji su razlozi za migraciju. Za razliku od ekonomskih razloga, kad je u pitanju traženje azila, ESLJP pokazuje viši stepen uvažavanja prava na spajanje porodice; mogućnost da se roditelj vrati u državu porekla i tamo razvija porodični život sa detetom; postojanje srodnika koji se u državi porekla mogu brinuti o detetu; uzrast deteta i zavisnost deteta od roditelja.

Moglo bi se zaključiti da se ESLJP prilikom razmatranja slučajeva u kojima se podnosilac žali na povredu prava na poštovanje porodičnog života retko poziva na prava deteta i najbolji interes deteta, a prilikom ocene o povredi ovog prava uzima u obzir i domaće norme koje regulišu oblast migracija.

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Урош П. Новаковић

ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА

докторска дисертација

Београд, 2015

strane država članica štite pred Evropskim sudom za ljudska prava koji vrši nadzor nad primenom odredaba Konvencije. Konvencija se primarno odnosi na politička i građanska prava, a manjim delom na ekonomska, socijalna i kulturna prava. Srbija je 3. aprila 2003. godine postala članica Saveta Evrope, a nakon godinu dana, 3. marta 2004. godine ratifikovala je EKLJP.[2] U cilju unapređenja i zaštite pojedinih prava i preciznijeg uređenja postupka pred organima za nadzor nad njenom primenom uz ESLJP je do danas usvojeno još 16 protokola.

Navedena dva međunarodna ugovora, jedan univerzalni, drugi regionalni, doneti su u isto vreme, a njihovim odredbama štite se prava pojedinaca i istovremeno prava jedne od najugroženijih kategorija ljudi – prava izbeglica. Analizom odredbi ova dva međunarodna ugovora mogu se izvesti zaključci o tome u kojoj meri i na koji način se štite prava članova porodica raseljenih lica, izbeglica i migranata, odnosno njihovih porodičnih prava. Moglo bi se zaključiti da Konvencija štiti izbeglice – migrante kao pojedince, dok EKLJP odredbom člana 8 štiti i prava pojedinh članova porodice (roditelja, dece i drugih srodnika) na poštovanje porodičnog i privatnog života. Budući da se svako lice koje se nalazi u nadležnosti države članice Saveta Evrope može obratiti Evropskom sudu za ljudska prava pozivajući se na povredu neke odredbe EKLJP, posmatraće se pravo na poštovanje porodičnog života izbeglica-migranata kao članova porodice pred ESLJP. Prema odredbi člana 8 EKLJP svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, te tako i osobe koje se usled ratnih, političkih, ekonomskih ili drugih razloga nađu na teritoriji države članice EKLJP. Prava migranata i izbeglica posebno se javljaju kao ugrožena usled velikih kriza, a imajući u vidu da neretko dolazi do toga da se cele porodice sa decom nađu u istoj ili različitim državama. U svetlu prava na poštovanje porodičnog života migranata, dva prava izdvajaju se kao ključna: pravo na zaštitu od deportacije i pravo na spajanje, okupljanje porodice odnosno jedinstvo porodice. U ovom radu analiziraće se isključivo prava na okupljanje, spajanje porodice i to spajanjem porodice u okviru iste države, kada su razdvojeni deca i roditelji, odnosno supružnici i spajanjem porodice u državi u koju se roditelj migrant, sam ili zajedno sa drugim roditeljem i(li) decom, doselio.

2. OGRANIČENJE PRAVA NA POŠTOVANJE PORODIČNOG ŽIVOTA ČLANOVA PORODICE KOD MIGRACIJA

Nedovoljna pažnja porodičnopravne nauke posvećuje se vršenju roditeljskog prava i odnosima roditelja i dece kod migrantskih porodica koje odlikuju procesi razdvajanja i ponovnog spajanja članova porodice. Izvestan je paradoks da se tek tokom i nakon migrantske krize koja je počela 2015. godine u fokus

2 *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, 9/03.

Глава VIII

Депортација и окупљање породице

1. Ограничење права на поштовање породичног живота чланова породице код депортације

Недовољна пажња породичноправне науке посвећује се вршењу родитељског права код мигрантских породица које одликују процеси раздвајања и поновног спајања чланова породице.

Примена права на поштовање породичног живота унутар држава чланица Савета Европе и Европске уније има неколико спорних аспеката. Један од њих односи се на слободно кретање људи (чланова породице) унутар Европске уније.[1058] Уважавање чињенице да је неко члан породице, не гарантује по аутоматизму право на поштовање породичног живота унутар државе чланице Европске уније. Ради се о опасности стицања (за домаћу државу чланицу) низа погодности (само) на основу чињенице да је неко члан породице. Стога, државе чланице имају рестриктивна правила за стицање одређених, превасходно социјалних права, на основу чињенице постојања породичног живота у домаћој држави. Неретко је „чланство" у породици улазна карта, како за настањивање, тако и за стицање читавог низа права резервисаних за чланове породице (социјално осигурање, здравствено осигурање, право на образовање,[1059] право на рад [1060]). Прихватањем концепта породице као широког појма различитих личних

[1058] О слободном кретању људи унутар Европске уније, S. Weatherill, Cases and Materials on EU Law, Oxford, 2010, стр. 469 и даље. За слободно кретање чланова породице радника мигранта унутар ЕУ, J. Kenner, European Union Legislation 2010-2011, London, 2011, стр. 270.

[1059] Да ће се деца радника мигранта која бораве на територији домаће државе, под истим условима као и домаћи држављани укључити у опште образовне курсеве, J. Kenner, European Union Legislation 2010-2011, London, 2011, стр. 267.

[1060] Тако, у случају *Safet Eyup*, Европски суд правде одлучивао је о примени члана 8. ЕКЉП. Супружници турског порекла, господин и госпођа *Eyup*, били су легално настањени у Аустрији. Они су се развели али су наставили да живе заједно и касније добили четворо заједничке деце. Осам година након развода брака они су поново закључили брак. Госпођа *Eyup* је прихватила понуду за сталан посао, али није могла да добије радну дозволу, с обзиром на то да период проведен у ванбрачној заједници између првог и другог брака са господином *Eyupom* није узет у обзир од стране аустријских власти да би се добила радна дозвола. Европски суд правде се позвао на члан 8. ЕКЉП, и на тумачење Конвенције у светлу друштвених промена по питању правног признања ванбрачне заједнице, на тај начин признајући период проведен у ванбрачној заједници

stavljaju prava dece migranata i njihovih roditelja na spajanje u određenoj državi, s obzirom na to da često tokom migracije sa jedne na drugu teritoriju dolazi do razdvajanja članova porodice.

Primena prava na poštovanje porodičnog života unutar država članica SE i Evropske unije (EU) ima nekoliko spornih aspekata. Jedan od njih odnosi se na slobodno kretanje ljudi (članova porodice) unutar Evropske unije.[3] Uvažavanje činjenice da je neko član porodice ne garantuje po automatizmu pravo na poštovanje porodičnog života unutar države članice EU. Radi se o opasnosti sticanja (za domaću državu članicu) niza pogodnosti (samo) na osnovu činjenice da je neko član porodice. Stoga, države članice imaju restriktivna pravila za sticanje određenih, prevashodno socijalnih prava, na osnovu činjenice postojanja porodičnog života u domaćoj državi. Čak i ESLJP kod slučajeva u vezi s pravom na poštovanje porodičnog života i migraciju ne polazi od prava pojedinca već od prava države.[4] Neretko je „članstvo" u porodici ulazna karta, kako za nastanjivanje, tako i za sticanje čitavog niza prava rezervisanih za članove porodice (socijalno osiguranje, zdravstveno osiguranje, pravo na obrazovanje,[5] pravo na rad).[6] Prihvatanjem koncepta porodice kao širokog pojma različitih ličnih odnosa, otvara se mogućnost korišćenja prava povezanih sa slobodom kretanja i nastanjivanja članova porodice unutar teritorije EU, ali i doseljavanja u EU iz drugih država.

Osnovni kriterijumi pri proceni da li član porodice ili porodica kao zajednica, ima pravo da razvija porodični život u domaćoj državi oličeni su u državn-

3 O slobodnom kretanju ljudi unutar Evropske unije, S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law* (Oxford, 2010), p. 469 i dalje. Za slobodno kretanje članova porodice radnika migranata unutar EU, J. Kenner, *European Union Legislation 2010–2011* (London, 2011), p. 270.

4 Claire Fenton-Glynn, *Children and The European Court of Human Rights* (Oxford, 2021), p. 108.

5 Pravo na obrazovanje podrazumeva da se deca radnika migranata koja borave na teritoriji domaće države, pod istim uslovima kao i domaći državljani, uključe u opšte obrazovne kurseve. Više o ovome u: J. Kenner, *European Union Legislation 2010–2011* (London, 2011), p. 267.

6 Tako, u slučaju *Safet Eyup,* Evropski sud pravde odlučivao je o primeni člana 8 EKLJP. Supružnici turskog porekla, gospodin i gospođa *Eyup,* bili su legalno nastanjeni u Austriji. Oni su se razveli ali su nastavili da žive zajedno i kasnije dobili četvoro zajedničke dece. Osam godina nakon razvoda braka oni su ponovo zaključili brak. Gospođa *Eyup* je prihvatila ponudu za stalan posao, ali nije mogla da dobije radnu dozvolu s obzirom na to da period proveden u vanbračnoj zajednici između prvog i drugog braka sa gospodinom *Eyupom* nije uzet u obzir od strane austrijskih vlasti da bi se dobila radna dozvola. Evropski sud pravde se pozvao na član 8 EKLJP i na tumačenje Konvencije u svetlu društvenih promena po pitanju pravnog priznanja vanbračne zajednice, na taj način priznajući period proveden u vanbračnoj zajednici na isti način kao i onaj u braku za potrebu sticanja radne dozvole (*Safet Eyup v. Landesgeschaftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg* (2000), C-65/98).

Глава VIII

Депортација и окупљање породице

1. Ограничење права на поштовање породичног живота чланова породице код депортације

Недовољна пажња породичноправне науке посвећује се вршењу родитељског права код мигрантских породица које одликују процеси раздвајања и поновног спајања чланова породице.

Примена права на поштовање породичног живота унутар држава чланица Савета Европе и Европске уније има неколико спорних аспеката. Један од њих односи се на слободно кретање људи (чланова породице) унутар Европске уније.[1058] Уважавање чињенице да је неко члан породице, не гарантује по аутоматизму право на поштовање породичног живота унутар државе чланице Европске уније. Ради се о опасности стицања (за домаћу државу чланицу) низа погодности (само) на основу чињенице да је неко члан породице. Стога, државе чланице имају рестриктивна правила за стицање одређених, превасходно социјалних права, на основу чињенице постојања породичног живота у домаћој држави. Неретко је „чланство" у породици улазна карта, како за настањивање, тако и за стицање читавог низа права резервисаних за чланове породице (социјално осигурање, здравствено осигурање, право на образовање,[1059] право на рад [1060]). Прихватањем концепта породице као широког појма различитих личних

[1058] О слободном кретању људи унутар Европске уније, S. Weatherill, Cases and Materials on EU Law, Oxford, 2010, стр. 469 и даље. За слободно кретање чланова породице радника мигранта унутар ЕУ, J. Kenner, European Union Legislation 2010-2011, London, 2011, стр. 270.

[1059] Да ће се деца радника мигранта која бораве на територији домаће државе, под истим условима као и домаћи држављани укључити у опште образовне курсеве, J. Kenner, European Union Legislation 2010-2011, London, 2011, стр. 267.

[1060] Тако, у случају *Safet Eyup,* Европски суд правде одлучивао је о примени члана 8. ЕКЉП. Супружници турског порекла, господин и госпођа *Eyup,* били су легално настањени у Аустрији. Они су се развели али су наставили да живе заједно и касније добили четворо заједничке деце. Осам година након развода брака они су поново закључили брак. Госпођа *Eyup* је прихватила понуду за сталан посао, али није могла да добије радну дозволу, с обзиром на то да период проведен у ванбрачној заједници између првог и другог брака са господином *Eyupom* није узет у обзир од стране аустријских власти да би се добила радна дозвола. Европски суд правде се позвао на члан 8. ЕКЉП, и на тумачење Конвенције у светлу друштвених промена по питању правног признања ванбрачне заједнице, на тај начин признајући период проведен у ванбрачној заједници

stavljaju prava dece migranata i njihovih roditelja na spajanje u određenoj državi, s obzirom na to da često tokom migracije sa jedne na drugu teritoriju dolazi do razdvajanja članova porodice.

Primena prava na poštovanje porodičnog života unutar država članica SE i Evropske unije (EU) ima nekoliko spornih aspekata. Jedan od njih odnosi se na slobodno kretanje ljudi (članova porodice) unutar Evropske unije.[3] Uvažavanje činjenice da je neko član porodice ne garantuje po automatizmu pravo na poštovanje porodičnog života unutar države članice EU. Radi se o opasnosti sticanja (za domaću državu članicu) niza pogodnosti (samo) na osnovu činjenice da je neko član porodice. Stoga, države članice imaju restriktivna pravila za sticanje određenih, prevashodno socijalnih prava, na osnovu činjenice postojanja porodičnog života u domaćoj državi. Čak i ESLJP kod slučajeva u vezi s pravom na poštovanje porodičnog života i migraciju ne polazi od prava pojedinca već od prava države.[4] Neretko je „članstvo" u porodici ulazna karta, kako za nastanjivanje, tako i za sticanje čitavog niza prava rezervisanih za članove porodice (socijalno osiguranje, zdravstveno osiguranje, pravo na obrazovanje,[5] pravo na rad).[6] Prihvatanjem koncepta porodice kao širokog pojma različitih ličnih odnosa, otvara se mogućnost korišćenja prava povezanih sa slobodom kretanja i nastanjivanja članova porodice unutar teritorije EU, ali i doseljavanja u EU iz drugih država.

Osnovni kriterijumi pri proceni da li član porodice ili porodica kao zajednica, ima pravo da razvija porodični život u domaćoj državi oličeni su u držav-

3 O slobodnom kretanju ljudi unutar Evropske unije, S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law* (Oxford, 2010), p. 469 i dalje. Za slobodno kretanje članova porodice radnika migranata unutar EU, J. Kenner, *European Union Legislation 2010–2011* (London, 2011), p. 270.

4 Claire Fenton-Glynn, *Children and The European Court of Human Rights* (Oxford, 2021), p. 108.

5 Pravo na obrazovanje podrazumeva da se deca radnika migranata koja borave na teritoriji domaće države, pod istim uslovima kao i domaći državljani, uključe u opšte obrazovne kurseve. Više o ovome u: J. Kenner, *European Union Legislation 2010–2011* (London, 2011), p. 267.

6 Tako, u slučaju *Safet Eyup,* Evropski sud pravde odlučivao je o primeni člana 8 EKLJP. Supružnici turskog porekla, gospodin i gospođa *Eyup,* bili su legalno nastanjeni u Austriji. Oni su se razveli ali su nastavili da žive zajedno i kasnije dobili četvoro zajedničke dece. Osam godina nakon razvoda braka oni su ponovo zaključili brak. Gospođa *Eyup* je prihvatila ponudu za stalan posao, ali nije mogla da dobije radnu dozvolu s obzirom na to da period proveden u vanbračnoj zajednici između prvog i drugog braka sa gospodinom *Eyupom* nije uzet u obzir od strane austrijskih vlasti da bi se dobila radna dozvola. Evropski sud pravde se pozvao na član 8 EKLJP i na tumačenje Konvencije u svetlu društvenih promena po pitanju pravnog priznanja vanbračne zajednice, na taj način priznajući period proveden u vanbračnoj zajednici na isti način kao i onaj u braku za potrebu sticanja radne dozvole (*Safet Eyup v. Landesgeschaftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg* (2000), C-65/98).

односа, отвара се могућност коришћења права повезаних са слободом кретања и настањивања чланова породице унутар територије Европске уније, али и досељавања у Европску унију из других држава (чланица Савета Европе).

Ограничење, тачније мешање државе у породични живот посебно је приметно на пољу депортације једног члана или целе породице. Неретко је случај да депортација једног члана породице, нарочито родитеља који врши родитељско право, аутоматски повлачи одлазак деце са тим родитељем у државу порекла, иако то формално-правно није последица депортације родитеља. На тај начин, норме јавног поретка и његова заштита оличена у ограничењу настањивања на домаћој територији, односе превагу у сукобу са правом на поштовање породичног живота и већ формираним породичним животом унутар одређене државе. Мера депортације одређеног члана породице из државе чланице ЕУ, као и одбијање да се дозволи члану породице да се придружи другом члану породице у држави ЕУ,[1061] представља мешање у породични живот. Чињеница да особа која се депортује има породицу и децу у земљи из које се протерује не спречава депортацију под условом да је депортација у складу са националним законодавством. У овој области националне имиграционе норме имају јачу правну снагу у односу на члан 8. ЕКЉП.[1062] Међутим, пракса ЕСЉП говори да се у новије време захтевају све строжи услови да би депортација имиграната који су формирали породични живот у домаћој држави била оправдана.

Основни критеријуми при процени да ли члан породице или породица као заједница, има право да развија породични живот у домаћој држави оличени су у држављанству и пребивалишту. Националност (држављанство) као критеријум, за разлику од пребивалишта одликује стабилност, с обзиром на то да се захтева да особа има обавезу боравка одређеног периода времена на домаћој територији да би добила држављанство. Тако, у Француској се друга и трећа супруга емиграната из Северне Африке и Средњег Истока не сматрају законитим супругама, иако је

на исти начин као и онај у браку, за потребе стицања радне дозволе. *Safet Eyup v Landesgeschaftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg* (2000), C-65/98.

1061 Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 245.

1062 T. Haugli, E. Shinkareva, The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Conection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law, International Journal of Law, Policy and Family, Vo. 26, Issue 3, 2012, стр. 354.

ljanstvu i prebivalištu. Državljanstvo kao kriterijum, za razliku od prebivališta, odlikuje stabilnost s obzirom na to da se zahteva da osoba ima obavezu da boravi određeni period vremena na domaćoj teritoriji da bi dobila državljanstvo. Tako recimo, u Francuskoj se druga i treća supruga emigranata iz Severne Afrike i Srednjeg istoka ne smatraju zakonitim suprugama, iako je to po pravu zemlje porekla migranata zakonit brak.[7]

Migranti doseljavanjem u domaću državu donose svoje porodične kulturne obrasce, često različite od dominantnih domaćih porodičnih formi. U dodiru više porodičnih obrazaca dolazi do njihovog prožimanja, ali i sukoba. Posledica migracija ogleda se, između ostalog, i u raskidanju porodičnih veza deteta i bioloških roditelja koji obezbeđuju materijalnu podršku deci radeći u drugoj državi, dok članovi šire porodice (babe i dede, braća, sestre, stričevi i drugi srodnici) postaju odgovorni za svakodnevno vaspitanje dece, posebno u situaciji kada je majka roditelj koji odlazi u drugu državu.[8] U slučajevima emigracije javlja se pitanje vršenja roditeljskog prava od strane drugih srodnika, s obzirom na to da roditelji nisu faktički u mogućnosti da vrše roditeljsko pravo. Uopšteno posmatrano, emigracija jednog člana porodice, primarno roditelja, proizvodi dve posledice – jedna predstavlja ostanak primarne porodice u zemlji porekla, dok druga predstavlja stvaranje nove porodice roditelja emigranata u državi imigracije.

3. PARADOKS PORODIČNE IMIGRACIJE

Usled konstantnih promena u savremenom porodičnom životu, paradoks različitih porodičnopravnih odnosa prožima iste. Tako ovaj fenomen nije mimoišao ni oblast porodične migracije. U čemu se ogleda paradoks savremene porodične migracije? Namera da se usled neadekvatnih, siromašnih uslova života, ratnog stanja ili drugih nepogoda uspostavi blagostanje porodice, da se porodica postavi na nove, bolje (materijalne) osnove, odlazak članova porodice u druge države radi pronalaska zaposlenja i materijalnih sredstava, dovodi do njene dezintegracije i veoma često do stvaranja nove porodice u domaćoj državi. Najčešće su deca migranata odvojena od roditelja dug period vremena što utiče na (ne)postojanje porodičnog života između njih. U slučaju deportacije imigranata dolazi do direktnog sukoba prava na poštovanje porodičnog života deteta, roditelja i drugih članova porodice, sa jedne, i normi o zaštiti javnog poretka države kroz regulisanje dozvole boravka i nastanjenja stranih državljana na svojoj teritoriji, sa druge strane. Stoga je opravdano mišljenje da oblast deportacije i okupljanja porodice, šire, imigracionog prava, pruža najslabiju zaštitu pravu na

7 B. Stark, *International Family Law* (Ashgate, 2005), p. 17.

8 C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, „Familyhood across Borders", u L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?* (NewYork, 2013), p. 280.

односа, отвара се могућност коришћења права повезаних са слободом кретања и настањивања чланова породице унутар територије Европске уније, али и досељавања у Европску унију из других држава (чланица Савета Европе).

Ограничење, тачније мешање државе у породични живот посебно је приметно на пољу депортације једног члана или целе породице. Неретко је случај да депортација једног члана породице, нарочито родитеља који врши родитељско право, аутоматски повлачи одлазак деце са тим родитељем у државу порекла, иако то формално-правно није последица депортације родитеља. На тај начин, норме јавног поретка и његова заштита оличена у ограничењу настањивања на домаћој територији, односе превагу у сукобу са правом на поштовање породичног живота и већ формираним породичним животом унутар одређене државе. Мера депортације одређеног члана породице из државе чланице ЕУ, као и одбијање да се дозволи члану породице да се придружи другом члану породице у држави ЕУ,[1061] представља мешање у породични живот. Чињеница да особа која се депортује има породицу и децу у земљи из које се протерује не спречава депортацију под условом да је депортација у складу са националним законодавством. У овој области националне имиграционе норме имају јачу правну снагу у односу на члан 8. ЕКЉП.[1062] Међутим, пракса ЕСЉП говори да се у новије време захтевају све строжи услови да би депортација имигранта који су формирали породични живот у домаћој држави била оправдана.

Основни критеријуми при процени да ли члан породице или породица као заједница, има право да развија породични живот у домаћој држави оличени су у држављанству и пребивалишту. Националност (држављанство) као критеријум, за разлику од пребивалишта одликује стабилност, с обзиром на то да се захтева да особа има обавезу боравка одређеног периода времена на домаћој територији да би добила држављанство. Тако, у Француској се друга и трећа супруга емигранта из Северне Африке и Средњег Истока не сматрају законитим супругама, иако је

на исти начин као и онај у браку, за потребе стицања радне дозволе. *Safet Eyup v Landesgeschaftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg* (2000), C-65/98.

1061 Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 245.

1062 T. Haugli, E. Shinkareva, The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Conection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law, International Journal of Law, Policy and Family, Vo. 26, Issue 3, 2012, стр. 354.

ljanstvu i prebivalištu. Državljanstvo kao kriterijum, za razliku od prebivališta, odlikuje stabilnost s obzirom na to da se zahteva da osoba ima obavezu da boravi određeni period vremena na domaćoj teritoriji da bi dobila državljanstvo. Tako recimo, u Francuskoj se druga i treća supruga emigranata iz Severne Afrike i Srednjeg istoka ne smatraju zakonitim suprugama, iako je to po pravu zemlje porekla migranata zakonit brak.[7]

Migranti doseljavanjem u domaću državu donose svoje porodične kulturne obrasce, često različite od dominantnih domaćih porodičnih formi. U dodiru više porodičnih obrazaca dolazi do njihovog prožimanja, ali i sukoba. Posledica migracija ogleda se, između ostalog, i u raskidanju porodičnih veza deteta i bioloških roditelja koji obezbeđuju materijalnu podršku deci radeći u drugoj državi, dok članovi šire porodice (babe i dede, braća, sestre, stričevi i drugi srodnici) postaju odgovorni za svakodnevno vaspitanje dece, posebno u situaciji kada je majka roditelj koji odlazi u drugu državu.[8] U slučajevima emigracije javlja se pitanje vršenja roditeljskog prava od strane drugih srodnika, s obzirom na to da roditelji nisu faktički u mogućnosti da vrše roditeljsko pravo. Uopšteno posmatrano, emigracija jednog člana porodice, primarno roditelja, proizvodi dve posledice – jedna predstavlja ostanak primarne porodice u zemlji porekla, dok druga predstavlja stvaranje nove porodice roditelja emigranata u državi imigracije.

3. PARADOKS PORODIČNE IMIGRACIJE

Usled konstantnih promena u savremenom porodičnom životu, paradoks različitih porodičnopravnih odnosa prožima iste. Tako ovaj fenomen nije mimoišao ni oblast porodične migracije. U čemu se ogleda paradoks savremene porodične migracije? Namera da se usled neadekvatnih, siromašnih uslova života, ratnog stanja ili drugih nepogoda uspostavi blagostanje porodice, da se porodica postavi na nove, bolje (materijalne) osnove, odlazak članova porodice u druge države radi pronalaska zaposlenja i materijalnih sredstava, dovodi do njene dezintegracije i veoma često do stvaranja nove porodice u domaćoj državi. Najčešće su deca migranata odvojena od roditelja dug period vremena što utiče na (ne)postojanje porodičnog života između njih. U slučaju deportacije imigranata dolazi do direktnog sukoba prava na poštovanje porodičnog života deteta, roditelja i drugih članova porodice, sa jedne, i normi o zaštiti javnog poretka države kroz regulisanje dozvole boravka i nastanjenja stranih državljana na svojoj teritoriji, sa druge strane. Stoga je opravdano mišljenje da oblast deportacije i okupljanja porodice, šire, imigracionog prava, pruža najslabiju zaštitu pravu na

7 B. Stark, *International Family Law* (Ashgate, 2005), p. 17.

8 C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, „Familyhood across Borders", u L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?* (NewYork, 2013), p. 280.

то по праву земље порекла мигранта законит брак.[1063] Кад је реч о депортацији, води се рачуна о томе која је генерација емигранта у питању. Прави се разлика између прве и друге генерације емиграната, будући да се друга генерација емиграната која је рођена у домаћој држави више штити од депортације - они су рођени у тој држави и, по правилу, немају тако чврсте везе са државом порекла.[1064]

Имигранти досељавањем у домаћу државу доносе своје породичне културне обрасце, неретко различите од доминантних домаћих породичних форми.[1065] У додиру више породичних образаца долази до њиховог прожимања, али и сукоба. Последица емиграција огледа се, између осталог, и у раскидању породичних веза детета и биолошких родитеља који обезбеђују материјалну подршку деци радећи у другој држави, док чланови шире породице (бебе и деде, браћа, сестре, стричеви и други сродници) постају одговорни за свакодневно васпитање деце, посебно у ситуацији када је мајка родитељ који одлази у другу државу.[1066] У случајевима емиграције јавља се питање вршења родитељског права од стране других сродника, с обзиром на то да родитељи нису фактички у могућности да врше родитељско право. Уопштено посматрано, емиграција једног члана породице, примарно родитеља, производи две последице - једна представља останак примарне породице у земљи порекла, док друга последица представља стварање нове породице родитеља емиграната у држави имиграције.

У случајевима депортације долази до директног угрожавања права детета да живи са својим родитељима.[1067] Приметна је тенденција ЕСЉП да се одбија

1063 B. Stark, International Family Law, Ashgate, 2005, стр. 17.

1064 C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights -Commentary-, Münich, 2014, стр. 231. Некада су разлози давања привилегије придруживања другим члановима породице у домаћој држави, имигрантима друге и треће генерације, политичке природе, имајући у виду да они поседују активно бирачко право, H. Wray, Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home, Ashgate - Surrey, 2011, стр. 144.

1065 О начину стицања држављанства ванбрачног детета када је отац држављанин САД, К. А. Collins, Illegitimate Borders: Jus Sanguinis Citizenship and the Legal Construction of Family, Race and Nation, The Yale Law Yournal, Vol. 123, Num. 7, May 2014, New Haven, стр. 2141.

1066 C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, Familyhood across Borders, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, NewYork, 2013, стр. 280.

1067 Комитет о правима детета, као орган који се стара над применом Конвенције о правима детета, изјашњавао се поводом случајева депортације родитеља и повреде права детета. Тако, у случају *Winata v. Australia,* одлучивано је о жалби Индонежанског пара који је 14 година илегално боравио у Аустралији. Они су дошли са студентским визама и у међувремену су добили дете. Након 10 година од рођења детета оно је добило аустралијско држављанство, а потом су и родитељи поднели захтев за добијање истог. Њихов захтев је одбијен и они су депортовани. Комитет је

ljanstvu i prebivalištu. Državljanstvo kao kriterijum, za razliku od prebivališta, odlikuje stabilnost s obzirom na to da se zahteva da osoba ima obavezu da boravi određeni period vremena na domaćoj teritoriji da bi dobila državljanstvo. Tako recimo, u Francuskoj se druga i treća supruga emigranata iz Severne Afrike i Srednjeg istoka ne smatraju zakonitim suprugama, iako je to po pravu zemlje porekla migranata zakonit brak.[7]

Migranti doseljavanjem u domaću državu donose svoje porodične kulturne obrasce, često različite od dominantnih domaćih porodičnih formi. U dodiru više porodičnih obrazaca dolazi do njihovog prožimanja, ali i sukoba. Posledica migracija ogleda se, između ostalog, i u raskidanju porodičnih veza deteta i bioloških roditelja koji obezbeđuju materijalnu podršku deci radeći u drugoj državi, dok članovi šire porodice (babe i dede, braća, sestre, stričevi i drugi srodnici) postaju odgovorni za svakodnevno vaspitanje dece, posebno u situaciji kada je majka roditelj koji odlazi u drugu državu.[8] U slučajevima emigracije javlja se pitanje vršenja roditeljskog prava od strane drugih srodnika, s obzirom na to da roditelji nisu faktički u mogućnosti da vrše roditeljsko pravo. Uopšteno posmatrano, emigracija jednog člana porodice, primarno roditelja, proizvodi dve posledice – jedna predstavlja ostanak primarne porodice u zemlji porekla, dok druga predstavlja stvaranje nove porodice roditelja emigranata u državi imigracije.

3. PARADOKS PORODIČNE IMIGRACIJE

Usled konstantnih promena u savremenom porodičnom životu, paradoks različitih porodičnopravnih odnosa prožima iste. Tako ovaj fenomen nije mimoišao ni oblast porodične migracije. U čemu se ogleda paradoks savremene porodične migracije? Namera da se usled neadekvatnih, siromašnih uslova života, ratnog stanja ili drugih nepogoda uspostavi blagostanje porodice, da se porodica postavi na nove, bolje (materijalne) osnove, odlazak članova porodice u druge države radi pronalaska zaposlenja i materijalnih sredstava, dovodi do njene dezintegracije i veoma često do stvaranja nove porodice u domaćoj državi. Najčešće su deca migranata odvojena od roditelja dug period vremena što utiče na (ne)postojanje porodičnog života između njih. U slučaju deportacije imigranata dolazi do direktnog sukoba prava na poštovanje porodičnog života deteta, roditelja i drugih članova porodice, sa jedne, i normi o zaštiti javnog poretka države kroz regulisanje dozvole boravka i nastanjenja stranih državljana na svojoj teritoriji, sa druge strane. Stoga je opravdano mišljenje da oblast deportacije i okupljanja porodice, šire, imigracionog prava, pruža najslabiju zaštitu pravu na

7 B. Stark, *International Family Law* (Ashgate, 2005), p. 17.

8 C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, „Familyhood across Borders", u L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?* (NewYork, 2013), p. 280.

депортација члана породице ако је у питању мања повреда имиграционих правила (мањи прекршаји). Супротно је у случајевима када је реч о угрожавању безбедности земље и извршења кривичних дела, посебно оних тежег карактера.

2. Парадокс породичне имиграције

Услед константних промена у савременом породичном животу, више пута у току рада је разматрана проблематика парадокса различитих породичноправних института. Парадокс није мимоишао ни област породичне миграције. У чему се огледа парадокс савремене породичне миграције? Намера да се услед неадекватних, сиромашних услова живота успостави благостање породице, да се породица постави на нове, боље (материјалне) основе, одлазак чланова породице у друге државе ради проналаска запослења и материјалних средстава, доводи до њене дезинтеграције и веома често до стварања нове породице у земљи имиграције. Најчешће су деца имиграната одвојена од родитеља дуг период времена што утиче на (не)постојање породичног живота између њих. У случају депортације имиграната долази до директног сукоба права на поштовање породичног живота детета, родитеља и других чланова породице, са једне, и норми о заштити јавног поретка државе кроз регулисање дозволе боравка и настањивања страних држављана на својој територији, са друге стране. Стога, оправдано стоји мишљење да област депортације и окупљања породице - шире, имиграционог права, пружа најслабију заштиту праву на поштовање породичног

нашао да је држава пропустила да обезбеди заштиту детету, као малолетном лицу, узимајући у обзир дужину боравка детета у Аустралији од 13 година и значајне везе детета које су у том периоду успостављене у домаћој држави. Депортација родитеља није била у складу са Конвенцијом о правима детета. Случај *Madaffferi v. Australia* односио се на италијанског држављанина који је дошао са студентском визом у Аустралију 1989. године, тамо се ожењио и накнадно добио четворо деце. Након што је студентска виза истекла он је поднео захтев за добијање визе на основу брачног статуса, што је одбијено услед извршења кривичног дела подносиоца у Италији пре него што је дошао у Аустралију. Последње од његово четворо деце рођено је док је он био у притвору и чекао депортацију. При одлучивању, Комитет за права детета позвао се на појам породичног живота који, према мишљењу Комитета, обавезно подразумева постојање деце. Чињеница мање опасног кривичног дела, није требала у толикој мери утицати на прекидање породичног живота оца са децом, који траје већ четрнаест година. Комитет је применио два критеријума: значај разлога за депортацију и степен тешкоћа у остваривању породичног живота између родитеља и детета који изазива депортација.

poštovanje porodičnog života, kako detetu kao centralnom subjektu kod prava na poštovanje porodičnog života, tako i drugim članovima porodice, ali i samoj porodici kao celini.[9]

U slučajevima spajanja porodice, ali i deportacije, u velikoj meri dolazi, pored ugrožavanja prava na poštovanje porodičnog života i do ugrožavanja najboljeg interesa deteta. Sukob privatnog (očuvanje porodičnog jedinstva) i javnog interesa (imigracionih pravila) u navedenom odnosu često se rešava u korist javnog interesa. Primetno je kroz postupanje ESLJP, da se najbolji interes deteta ili ne uzima, ili uzima tek kao *ultima ratio,* u proceni niza okolnosti koje utiču na spajanje porodice, nasuprot tendenciji ESLJP u oblastima kontakta, odvajanja deteta od roditelja, utvrđivanja porekla deteta, usvojenja, otmice dece, kada se najbolji interes deteta uzima kao odlučujući, primarni kriterijum pri proceni povrede prava na poštovanje porodičnog života.

Paradoks savremene porodične imigracije ogleda se i u sledećem: sa jedne strane se pojedincima (i njihovim porodicama) garantuje pravo na slobodno kretanje, dobijanje azila i nastanjivanje u drugoj državi radi nalaženja zaposlenja, dok je, sa druge strane, pravo na razvijanje porodičnog života, kao i pravo na poštovanje već uspostavljenog porodičnog života u najvećoj meri ograničeno upravo kroz norme o zabrani nastanjivanja na domaćoj teritoriji i deportaciji članova porodice. Međutim, kritika ograničenja prava na poštovanje porodičnog života ima i svoju drugu stranu. Treba imati u vidu da tokom istorije razvoja evropske pravne civilizacije, nikada nije postojao veći stepen prava pojedinca na slobodno kretanje i nastanjivanje na teritoriji druge države, imajući u vidu pravila EU o slobodnom kretanju ljudi.

U ovom radu analiziraće se samo pravo članova porodice na okupljanje, kako okupljanje u okviru iste države tako i okupljanje u drugoj državi.

4. SPAJANJE PORODICE

Pravo na spajajanje porodice posmatraće se u okviru iste države, kada su se usled migracija članovi porodice naselili na domaćoj teritoriji ali su u skladu sa pravilima domaće države razdvojeni, kao i pravo na doseljavanje tj. pridruživanje porodice u drugoj državi.

9 T. Haugli, E. Shinkareva, „The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Conection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law", *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 3 (2012), p. 358. *Geraldine Van Bueren* smatra da ESLJP zauzima stav: da su države u potpunosti ovlašćene da kontrolišu ulazak stranih državljana na svoju teritoriju; da član 8 EKLJP ne garantuje pravo na izbor najpogodnije države za razvoj porodičnog života; da član 8 EKLJP, isto tako, ne nameće obavezu državama da poštuju pravo supružnika da izaberu državu boravka, čak iako je dete državljanin te države. G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (Hague, 1998), p. 81 i dalje.

живота, како детету као централном субјекту права на поштовање породичног живота, тако и другим члановима породице, али и породици као целини.[1068]

У случајевима депортације, у великој мери, долази поред угрожавања права на поштовање породичног живота, и до угрожавања најбољег интереса детета. Сукоб приватног (очување породичног јединства) и јавног интереса (имиграционих правила), у наведеном односу неретко се решава у корист јавног интереса. Уочићемо кроз поступање ЕСЉП, да се најбољи интерес детета узима као *ultima ratio* у процени низа околности које утичу на депортацију чланова породице из домаће државе, насупрот тенденцији ЕСЉП у областима контакта, одвајања детета од родитеља, утврђивања порекла детета, усвојења, отмице деце, да се најбољи интерес детета узима као одлучујући, примарни критеријум при процени повреде права на поштовање породичног живота.

Случајеви депортације пред ЕСЉП значајни су за наше истраживање, с обзиром на то да се насупрот општем ставу Суда да не даје дефиницију породице, некада ипак дефинише појам породице, и то методом негативне енумерације. Тако, у случају *Slavenko против Летоније,* ЕСЉП даје појашњење појма породице тако да у породицу не спадају старији чланови породице, родитељи подносиоца представке, већ само деца као зависни чланови.[1069]

1068 T. Haugli, E. Shinkareva, The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Conection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law, International Journal of Law, Policy and Family, Vo. 26, Issue 3, 2012, стр. 358. *Geraldine Van Bueren* сматра да ЕСЉП заузима став: да су државе у потпуности овлашћене да контролишу улазак страних држављана на своју територију; да члан 8. ЕКЉП не гарантује право на избор најпогодније државе за развој породичног живота; да члан 8. ЕКЉП, исто тако, не намеће обавезу државама да поштују право супружника да изаберу државу боравка, чак иако је дете држављанин те државе. G. Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, Hague, 1998, стр. 81. и даље.

1069 Члан 2. и 3. Директиве 2004/38 под чланом породице радника који се настанио унутар ЕУ, независно од националности, подразумева: супружнике, партнере из регистрованог партнерства (хомосексуалне заједнице) у државама које признају овакав облик породичне заједнице, директне потомке испод 21. године или особе које зависе од радника или његовог партнера, директне претке радника који зависе од њега или његовог партнера, било које друге чланове породице који зависе од радника, а који у домаћој држави живе у истом породичном домаћинству или који услед озбиљних здравствених проблема захтевају личну негу, било које друге чланове породице који су у земљи одакле је радник емигрирао били зависни од њега или су живели у заједничком домаћинству или услед озбиљних здравствених проблема захтевају личну негу, партнери са којима је радник остварио дуготрајан однос. Видети, K. Davies, Understanding European Union Law, New York, 2011, стр. 150. Најпре, начин дефинисања чланова породице, умногоме пружа аргументацију у прилог нашој хипотези да право на поштовање породичног живота између родитеља и деце постоји док траје родитељско право. Наиме, зависност детета или родитеља поставља се као услов да се сматрају члановима породице. Такође, у наведеној пресуди *Slavenko,* Суд изричито наводи да се под породицом сматрају само деца која зависе од родитеља. То би значило потврду једне од

poštovanje porodičnog života, kako detetu kao centralnom subjektu kod prava na poštovanje porodičnog života, tako i drugim članovima porodice, ali i samoj porodici kao celini.[9]

U slučajevima spajanja porodice, ali i deportacije, u velikoj meri dolazi, pored ugrožavanja prava na poštovanje porodičnog života i do ugrožavanja najboljeg interesa deteta. Sukob privatnog (očuvanje porodičnog jedinstva) i javnog interesa (imigracionih pravila) u navedenom odnosu često se rešava u korist javnog interesa. Primetno je kroz postupanje ESLJP, da se najbolji interes deteta ili ne uzima, ili uzima tek kao *ultima ratio,* u proceni niza okolnosti koje utiču na spajanje porodice, nasuprot tendenciji ESLJP u oblastima kontakta, odvajanja deteta od roditelja, utvrđivanja porekla deteta, usvojenja, otmice dece, kada se najbolji interes deteta uzima kao odlučujući, primarni kriterijum pri proceni povrede prava na poštovanje porodičnog života.

Paradoks savremene porodične imigracije ogleda se i u sledećem: sa jedne strane se pojedincima (i njihovim porodicama) garantuje pravo na slobodno kretanje, dobijanje azila i nastanjivanje u drugoj državi radi nalaženja zaposlenja, dok je, sa druge strane, pravo na razvijanje porodičnog života, kao i pravo na poštovanje već uspostavljenog porodičnog života u najvećoj meri ograničeno upravo kroz norme o zabrani nastanjivanja na domaćoj teritoriji i deportaciji članova porodice. Međutim, kritika ograničenja prava na poštovanje porodičnog života ima i svoju drugu stranu. Treba imati u vidu da tokom istorije razvoja evropske pravne civilizacije, nikada nije postojao veći stepen prava pojedinca na slobodno kretanje i nastanjivanje na teritoriji druge države, imajući u vidu pravila EU o slobodnom kretanju ljudi.

U ovom radu analiziraće se samo pravo članova porodice na okupljanje, kako okupljanje u okviru iste države tako i okupljanje u drugoj državi.

4. SPAJANJE PORODICE

Pravo na spajajanje porodice posmatraće se u okviru iste države, kada su se usled migracija članovi porodice naselili na domaćoj teritoriji ali su u skladu sa pravilima domaće države razdvojeni, kao i pravo na doseljavanje tj. pridruživanje porodice u drugoj državi.

9 T. Haugli, E. Shinkareva, „The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Conection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law", *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 3 (2012), p. 358. *Geraldine Van Bueren* smatra da ESLJP zauzima stav: da su države u potpunosti ovlašćene da kontrolišu ulazak stranih državljana na svoju teritoriju; da član 8 EKLJP ne garantuje pravo na izbor najpogodnije države za razvoj porodičnog života; da član 8 EKLJP, isto tako, ne nameće obavezu državama da poštuju pravo supružnika da izaberu državu boravka, čak iako je dete državljanin te države. G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (Hague, 1998), p. 81 i dalje.

Парадокс савремене породичне имиграције, огледа се и у следећем: са једне стране, појединцима (и њиховим породицама) се гарантује право на слободно кретање, добијање азила и настањивање у другој држави ради налажења запослења, док је, са друге стране, право на развијање породичног живота, као и право на поштовање већ успостављеног породичног живота, у највећој мери ограничено управо кроз норме о забрани настањивања на домаћој територији и депортацији чланова породице. Међутим, критика ограничења права на поштовање породичног живота има и своју другу страну. Треба имати у виду да током историје развоја европске правне цивилизације, никада није постојао већи степен права појединца на слободно кретање и настањивање на територији друге државе, имајући у виду правила ЕУ о слободном кретању људи.

3. Вршење кривичних дела

3.1. Непостојање брака и породице учиниоца

Непостојање брака, као ни личних односа са својом ванбрачном децом, не повлаче да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Djaid против Француске*,[1070] ЕСЉП је, најпре, истакао да је трајна депортација довела до мешања у породични живот подносиоца. Ипак, подносилац није био ожењен, није био у стабилној заједници са неком особом у Француској, нити постоје докази да је одржавао емотивну везу са својом децом. У време зачећа првог детета подносилац је био свестан да ће бити депортован. Такође, он се није одрекао алжирског држављанства, нити је захтевао добијање француског, иако је

основних хипотеза рада да право на поштовање породичног живота постоји између родитеља и деце која су зависна од родитеља, тачније, деце у односу на коју родитељи врше родитељско право. Овај услов није испуњен уколико је дете пунолетно и родитељ не врши родитељско право.

[1070] *Djaid v. France*, пред. бр. 38687/97, пресуда од 9. марта 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је дошао у Француску напосредно након рођења када је имао неколико месеци, са својим родитељима, браћом и сестрама и од тада је стално живео у Француској. Он је 1994. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на затворску казну и доживотну депортацију из Француске. Подносилац је постао отац два детета 1996. и 1998. године, чије је очинство признао. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота. Француске власти одбиле су његову жалбу. Подносилац се жалио ЕСЉП да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

4.1. Dolazak članova porodice iz strane države u državu prebivališta člana porodice

Kada se jedan član porodice nastani na teritoriji domaće države čiji on nije državljanin, on može podneti zahtev da mu se pridruži supružnik koji se nalazi u državi porekla, ili sam, ili sa njihovom zajedničkom decom.

4.1.1. Dolazak supružnika u državu prebivališta drugog supružnika

Postojanje slabih veza supružnika sa domaćom državom i nepostojanje zajedničke dece, povlače da zabrana ulaska u državu prebivališta drugog supružnika ne predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Shebasov protiv Letonije*[10] podnosilac je bio ruski državljanin koji je od 1993. godine posećivao u Letoniji ženu sa kojom je bio u emotivnoj vezi, državljanku bivšeg SSSR. On je 1996. godine uhapšen s obzirom na to da je ušao u Letoniju bez odgovarajuće dozvole i izrečena mu je mera deportacije i zabrane ulaska u ovu državu u periodu od pet godina. Par je zaključio brak 1997. godine u Rusiji. Letonske vlasti su u međuvremenu ukinile meru zabrane ulaska podnosioca. On je tokom ponovnog boravka u Letoniji zatražio trajnu dozvolu boravka, ali su vlasti to odbile i ponovo donele meru deportacije, tako je podnosilac ponovo napustio Letoniju. Sud je ukinuo ovakvu meru, sa obrazloženjem da supruga kao letonska državljanka ima pravo da njen suprug živi zajedno sa njom. Međutim, viši sud je opozvao ovu odluku i vratio na snagu zabranu ulaska podnosioca. Podnosilac se žalio da je odluka domaćih vlasti o zabrani dolaska kod supruge povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je naveo da je podnosilac državljanin Rusije i da je tamo proveo ceo svoj život, samo nekoliko puta privremeno posećujući Letoniju. Dalje, on nije imao decu u Letoniji što je snažan indikator nepostojanja čvrstih porodičnih veza i porodičnog života u domaćoj državi. Štaviše, podnosilac je bio svestan da u vreme zaključenja braka postoji mera zabrane ulaska u Letoniju. Prema nalazu ESLJP, Letonija nije bila jedina sredina u kojoj je podnosilac mogao da uživa normalan porodični život sa svojom suprugom, posebno s obzirom na to da je ceremonija venčanja obavljena u Rusiji, a i maternji jezik njegove supruge je ruski. Na osnovu toga, ESLJP je našao da porodični život između supružnika može da se odvija i u Rusiji, te je Sud konstatovao da nije povređeno pravo na poštovanje porodičnog života.

Slično je ESLJP odlučio i u slučaju *Biao protiv Danske*[11] u kom je podnosilac bio danski državljanin rođen 1971. godine, poreklom iz Gane, koji je od 1993. godine neprekidno živeo u Danskoj i 2002. godine stekao dansko državljanstvo. On se

10 *Shebasov protiv Letonije*, ECtHR, App. no. 50065/99, presuda od 9. novembra 2000. godine.

11 *Biao protiv Danske*, ECtHR, App. no. 38590/10, presuda od 25. marta 2014. godine.

6. Окупљање породице

6.1. Долазак чланова породице из стране државе у државу пребивалишта породице

6.1.1. Долазак супружника у државу пребивалишта другог супружника

Постојање слабих веза супружника са домаћом државом и непостојање заједничке деце, повлаче да забрана уласка у државу пребивалишта другог супружника не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Shebasov против Летоније,*[1115] Суд је навео да је подносилац држављанин Русије и да је тамо провео цео свој живот, само неколико пута привремено посећујући Летонију. Даље, он није имао децу у Летонији што је снажан индикатор непостојања чврстих породичних веза и породичног живота. Штавише, подносилац је био свестан да у време закључења брака постоји мера забране уласка у Летонију. Према налазу ЕСЉП, Летонија није била једина средина у којој је подносилац могао да ужива нормалан породични живот са својом супругом, посебно с обзиром на то да је церемонија венчања обављена у Русији, а и матерњи језик његове супруге је руски. На основу тога, ЕСЉП је нашао да породични живот између супружника може да се одвија и у Русији. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

1115 *Shebasov v Latvia*, пред. бр. 50065/99, пресуда од 9. новембра 2000. године. Подносилац, руски држављанин, посећивао је од 1993. године у Летонији жену са којом је био у емотивној вези, држављанку бившег СССР. Он је 1996. године ухапшен с обзиром на то да је ушао у Летонију без одговарајуће дозволе и изречена му је мера депортације и забране уласка у ову државу у периоду од пет година. Пар је закључио брак 1997. године у Русији. Летонске власти су у међувремену укиниле меру забране уласка подносиоца. Он је током поновног боравка у Летонији затражио трајну дозволу боравка, али су власти то одбиле и поново донеле меру депортације, тако је подносилац поново напустио Летонију. Суд је укинио овакву меру, са образложењем да супруга као летонска држављанка има право да њен супруг живи заједно са њом. Међутим, виши суд је опозвао ову одлуку и вратио на снагу забрану уласка подносиоца. Подносилац се жалио да је одлука домаћих власти о забрани доласка код супруге повредила право на поштовање породичног живота.

4.1. Dolazak članova porodice iz strane države u državu prebivališta člana porodice

Kada se jedan član porodice nastani na teritoriji domaće države čiji on nije državljanin, on može podneti zahtev da mu se pridruži supružnik koji se nalazi u državi porekla, ili sam, ili sa njihovom zajedničkom decom.

4.1.1. Dolazak supružnika u državu prebivališta drugog supružnika

Postojanje slabih veza supružnika sa domaćom državom i nepostojanje zajedničke dece, povlače da zabrana ulaska u državu prebivališta drugog supružnika ne predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

> U slučaju *Shebasov protiv Letonije*[10] podnosilac je bio ruski državljanin koji je od 1993. godine posećivao u Letoniji ženu sa kojom je bio u emotivnoj vezi, državljanku bivšeg SSSR. On je 1996. godine uhapšen s obzirom na to da je ušao u Letoniju bez odgovarajuće dozvole i izrečena mu je mera deportacije i zabrane ulaska u ovu državu u periodu od pet godina. Par je zaključio brak 1997. godine u Rusiji. Letonske vlasti su u međuvremenu ukinile meru zabrane ulaska podnosioca. On je tokom ponovnog boravka u Letoniji zatražio trajnu dozvolu boravka, ali su vlasti to odbile i ponovo donele meru deportacije, tako je podnosilac ponovo napustio Letoniju. Sud je ukinuo ovakvu meru, sa obrazloženjem da supruga kao letonska državljanka ima pravo da njen suprug živi zajedno sa njom. Međutim, viši sud je opozvao ovu odluku i vratio na snagu zabranu ulaska podnosioca. Podnosilac se žalio da je odluka domaćih vlasti o zabrani dolaska kod supruge povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je naveo da je podnosilac državljanin Rusije i da je tamo proveo ceo svoj život, samo nekoliko puta privremeno posećujući Letoniju. Dalje, on nije imao decu u Letoniji što je snažan indikator nepostojanja čvrstih porodičnih veza i porodičnog života u domaćoj državi. Štaviše, podnosilac je bio svestan da u vreme zaključenja braka postoji mera zabrane ulaska u Letoniju. Prema nalazu ESLJP, Letonija nije bila jedina sredina u kojoj je podnosilac mogao da uživa normalan porodični život sa svojom suprugom, posebno s obzirom na to da je ceremonija venčanja obavljena u Rusiji, a i maternji jezik njegove supruge je ruski. Na osnovu toga, ESLJP je našao da porodični život između supružnika može da se odvija i u Rusiji, te je Sud konstatovao da nije povređeno pravo na poštovanje porodičnog života.

> Slično je ESLJP odlučio i u slučaju *Biao protiv Danske*[11] u kom je podnosilac bio danski državljanin rođen 1971. godine, poreklom iz Gane, koji je od 1993. godine neprekidno živeo u Danskoj i 2002. godine stekao dansko državljanstvo. On se

10 *Shebasov protiv Letonije*, ECtHR, App. no. 50065/99, presuda od 9. novembra 2000. godine.

11 *Biao protiv Danske*, ECtHR, App. no. 38590/10, presuda od 25. marta 2014. godine.

Слично је ЕСЉП одлучио у случају *Biao против Данске*.[1116] ЕСЉП је навео да за разлику од супруга који је имао јаке везе и са домаћом државом и са државом порекла, његова супруга је имала повезаност само са својом државом порекла. Супружницима никада није предочено да ће обоје моћи да добију дозволу боравка у домаћој држави. Одредбе Имиграционог закона донете су 2002. године, пре него што су супружници закључили брак, тако да се они не могу позивати да нису били упознати захтевима из овог закона. Одбијање дозволе боравка супруге није спречавало да супружници развијају породични живот у држави порекла, посебно ценећи изјаву супруга да би уз проналажење плаћеног посла у Гани, он живео у тој држави. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота.

Одбијање трајног повратка супружника у државу у којој има целокупну породицу, социјалне и културне везе, где је живео преко двадесет година, а из које је отишао својом вољом, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hasanbasic против Швајцарске*,[1117] Суд је навео да се овај случај разликује од случаја *Üner, Maslov u Emre,* по томе што су кривични прекршаји били секундарни разлог за одбијање дозволе подносиоцу да се придружи породици. Супружници су, пре одласка супруга, непрекидно живели у домаћој држави четрдесет, односно двадесет три године. У складу са тиме, Швајцарска је била центар њиховог приватног и породичног живота. Супруг је био осуђиван неколико пута за мање преступе, саобраћајне прекршаје и новчане казне, не већег

1116 *Biao v Denmark*, пред. бр. 38590/10, пресуда од 25. марта 2014. године. Подносилац је супруг, дански држављанин рођен 1971. године, пореклом из Гане, који је од 1993. године непрекидно живео у Данској и 2002. године стекао данско држављанство. Он се оженио 2003. године у Гани држављанком те земље која никада није била у Данској, нити је говорила дански језик. Након закључења брака супруга је захтевала да добије дозволу боравка у Данској, али је њен захтев одбијен позивањем на одредбе Имиграционог закона из 2002. године, да је потребно да супружници који захтевају придруживање у домаћој држави имају јаче везе са домаћом државом него са државом порекла. Подносилац се жалио да је ова одлука довела до повреде права на поштовање породичног живота.

1117 *Hasanbasic v Switzerland*, пред. бр. 52166/09, пресуда од 11 јуна 2013. године. Подносиоци су супружници, пореклом из БиХ, родитељи двоје деце. Супруга живи у Швајцарској од 1969. године, а супруг од 1986. године. Супруг је обавестио домаће власти да се 2004. године трајно враћа у државу порекла, на основу чега му је укинута дозвола боравка. Међутим, он се након четири месеца вратио у Швајцарску и на основу програма окупљања породице, тражио дозволу боравка. Захтев подносиоца је одбијен са наводом да је он од 1995. до 2002. године починио девет кривичних прекршаја, да има велике дугове у износу од 133 300 ЕУР и да живи од социјалне помоћи. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању придруживања породици повредила право на поштовање породичног живота.

oženio 2003. godine u Gani državljankom te zemlje koja nikada nije bila u Danskoj niti je govorila danski jezik. Nakon zaključenja braka supruga je zahtevala da dobije dozvolu boravka u Danskoj i da se preseljenjem u Dansku ostvari porodični život sa svojim suprugom, ali je njen zahtev odbijen pozivanjem na odredbe Imigracionog zakona iz 2002. godine, da je potrebno da supružnici koji zahtevaju pridruživanje u domaćoj državi imaju jače veze sa domaćom državom nego sa državom porekla. Podnosilac se žalio da je ova odluka dovela do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je naveo da je, za razliku od supruga koji je imao jake veze i sa domaćom državom i sa državom porekla, njegova supruga imala povezanost samo sa svojom državom porekla. Supružnicima nikada nije predočeno da će oboje moći da dobiju dozvolu boravka u domaćoj državi. Odredbe Imigracionog zakona donete su 2002. godine, pre nego što su supružnici zaključili brak, tako da se oni ne mogu pozivati da nisu bili upoznati sa odredbama ovog zakona. Odbijanje dozvole boravka supruge nije sprečavalo da supružnici razvijaju porodični život u državi porekla, posebno ceneći izjavu supruga da bi uz pronalaženje plaćenog posla u Gani, on živeo u toj državi, te je Sud presudio da ne postoji povreda prava na poštovanje porodičnog života.[12]

Odbijanje trajnog povratka supružnika u državu u kojoj ima celokupnu porodicu, socijalne i kulturne veze, gde je živeo preko dvadeset godina, a iz koje je otišao svojom voljom, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Hasanbasić protiv Švajcarske*,[13] podnosioci su supružnici, poreklom iz BiH, roditelji dvoje dece. Supruga živi u Švajcarskoj od 1969. godine, a suprug od 1986. godine. Suprug je obavestio domaće vlasti da se 2004. godine trajno vraća u državu porekla na osnovu čega mu je ukinuta dozvola boravka. Međutim, on se nakon četiri meseca vratio u Švajcarsku i na osnovu programa okupljanja porodice, tražio dozvolu boravka. Zahtev podnosioca je odbijen sa navodom da je on od 1995. do 2002. godine počinio devet krivičnih prekršaja, da ima velike dugove u iznosu od 133.300 EUR i da živi od socijalne pomoći. Podnosilac se žalio da je odluka o odbijanju pridruživanja porodici povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

Evropski sud je naveo da se ovaj slučaj razlikuje od slučajeva *Üner*,[14] *Maslov*[15] *i Emre*[16] po tome što su krivični prekršaji bili sekundarni razlog za od-

12 O ovom slučaju videti, Council of Europe, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration* (Strasbourg, 2020), p. 186.

13 *Hasanbasic protiv Švajcarske*, ECtHR, App. no. 52166/09, presuda od 11. juna 2013. godine.

14 *Üner protiv Holandije*, App. no. 46410/99, presuda od 18. oktobra 2006. godine.

15 *Maslov protiv Austrije*, App. no. 1638/03, presuda od 23. juna 2008. godine.

16 *Emre protiv Švajcarske*, App. no. 5056/10, presuda od 11. oktobra 2011. godine.

Слично је ЕСЉП одлучио у случају *Biao против Данске*.[1116] ЕСЉП је навео да за разлику од супруга који је имао јаке везе и са домаћом државом и са државом порекла, његова супруга је имала повезаност само са својом државом порекла. Супружницима никада није предочено да ће обоје моћи да добију дозволу боравка у домаћој држави. Одредбе Имиграционог закона донете су 2002. године, пре него што су супружници закључили брак, тако да се они не могу позивати да нису били упознати захтевима из овог закона. Одбијање дозволе боравка супруге није спречавало да супружници развијају породични живот у држави порекла, посебно ценећи изјаву супруга да би уз проналажење плаћеног посла у Гани, он живео у тој држави. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота.

Одбијање трајног повратка супружника у државу у којој има целокупну породицу, социјалне и културне везе, где је живео преко двадесет година, а из које је отишао својом вољом, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hasanbasic против Швајцарске*,[1117] Суд је навео да се овај случај разликује од случаја *Üner, Maslov u Emre,* по томе што су кривични прекршаји били секундарни разлог за одбијање дозволе подносиоцу да се придружи породици. Супружници су, пре одласка супруга, непрекидно живели у домаћој држави четрдесет, односно двадесет три године. У складу са тиме, Швајцарска је била центар њиховог приватног и породичног живота. Супруг је био осуђиван неколико пута за мање преступе, саобраћајне прекршаје и новчане казне, не већег

1116 *Biao v Denmark*, пред. бр. 38590/10, пресуда од 25. марта 2014. године. Подносилац је супруг, дански држављанин рођен 1971. године, пореклом из Гане, који је од 1993. године непрекидно живео у Данској и 2002. године стекао данско држављанство. Он се оженио 2003. године у Гани држављанком те земље која никада није била у Данској, нити је говорила дански језик. Након закључења брака супруга је захтевала да добије дозволу боравка у Данској, али је њен захтев одбијен позивањем на одредбе Имиграционог закона из 2002. године, да је потребно да супружници који захтевају придруживање у домаћој држави имају јаче везе са домаћом државом него са државом порекла. Подносилац се жалио да је ова одлука довела до повреде права на поштовање породичног живота.

1117 *Hasanbasic v Switzerland*, пред. бр. 52166/09, пресуда од 11 јуна 2013. године. Подносиоци су супружници, пореклом из БиХ, родитељи двоје деце. Супруга живи у Швајцарској од 1969. године, а супруг од 1986. године. Супруг је обавестио домаће власти да се 2004. године трајно враћа у државу порекла, на основу чега му је укинута дозвола боравка. Међутим, он се након четири месеца вратио у Швајцарску и на основу програма окупљања породице, тражио дозволу боравка. Захтев подносиоца је одбијен са наводом да је он од 1995. до 2002. године починио девет кривичних прекршаја, да има велике дугове у износу од 133 300 EUR и да живи од социјалне помоћи. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању придруживања породици повредила право на поштовање породичног живота.

bijanje dozvole podnosiocu da se pridruži porodici. Supružnici su, pre odlaska supruga, neprekidno živeli u domaćoj državi četrdeset, odnosno dvadeset tri godine. U skladu sa tim, Švajcarska je bila centar njihovog privatnog i porodičnog života. Suprug je bio osuđivan nekoliko puta za manje prestupe, saobraćajne prekršaje i novčane kazne, ne većeg iznosa od 400 CHF. On nije činio ozbiljna krivična dela, te se ne može smatrati da je predstavljao opasnost za javni poredak i bezbednost. U pogledu porodičnih veza sa decom, Sud navodi da se član 8 ne može primeniti, s obzirom na to da deca više nisu zavisna od podnosilaca. Mogućnost koja je data podnosiocu da povremeno posećuje domaću državu ne može zameniti pravo supružnika da žive zajedno. Podnosilac ima široku mrežu socijalnih veza u domaćoj državi. Činjenicu da je on samostalno odlučio da se vrati u državu porekla treba ceniti i u svetlu naknadnih događaja – pogoršanja njegovog zdravstvenog stanja. Iako ekonomsko blagostanje domaće države može biti razlog za odbijanje dozvole potrebno je ceniti dužinu boravka podnosioca i njegove socijalne veze sa domaćom državom. U navedenim okolnostima upravo se ogleda propust domaćih vlasti koje ESLJP smatra povredom prava na poštovanje porodičnog života.

4.1.2. Dolazak dece u državu prebivališta roditelja

Mogućnost roditelja da razviju porodični život sa decom u državi porekla, dovodi do toga da odluka o zabrani dolaska dece u državu prebivališta roditelja ne predstavlja povredu člana 8 Konvencije.

> U slučaju *Gül protiv Švajcarske*,[17] Sudu se žalio turski državljanin rođen 1947. godine, koji je nakon što se 1983. godine nastanio u Švajcarskoj, zatražio politički azil. Pet godina kasnije njegova žena je došla u Švajcarsku. Iste godine ona je usled opekotina primljena u bolnicu, a nedugo zatim se porodila u švajcarskom porodilištu. Zahtev podnosioca za azilom odbijen je 1989. godine, dok su njegova žena i novorođena ćerka dobile humanitarnu dozvolu boravka. Majka deteta je usled bolesti smeštena u socijalnu ustanovu, a podnosilac je bio korisnik socijalne pomoći za osobe sa invaliditetom. On je naknadno, 1990. godine, podneo zahtev da se porodici pridruže njihova dva deteta (starosti devetnaest i sedam godina) koja su živela u Turskoj. Švajcarske vlasti nisu prihvatile ovaj zahtev. Podnosilac se žalio da je odluka o odbijanju dolaska dece u domaću državu povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

U ovom slučaju ESLJP je nastojao da utvrdi da li bi nastanjivanje mlađeg deteta (uzrasta sedam godina)[18] na domaćoj teritoriji bio jedini način da se razvije porodični život deteta sa članovima njegove porodice. ESLJP je našao da

17 *Gül protiv Švajcarske*, App. no. 23218/94, presuda od 19. februara 1996. godine.

18 Za kriterijum uzrasta deteta pri proceni spajanja porodice videti slučajeve *El Ghatet protiv Švajcarske,* App. no. 56971/10, presuda od 8. novembra 2016. godine; *IAA and others protiv*

износа од 400 CHF. Он није чинио озбиљна кривична дела, те се не може сматрати да је представљао опасност за јавни поредак и безбедност. У погледу породичних веза са децом, Суд наводи да се члан 8. не може применити, с обзиром на то да деца више нису зависна од подносилаца. На тај начин, још једном је потврђена хипотеза да право на поштовање породичног живота детета и родитеља постоји само док родитељи врше родитељско право и док је дете зависно од родитеља. Могућност да супруг повремено посећује домаћу државу не може заменити право супружника да живе заједно. Подносилац има широку мрежу социјалних веза у домаћој држави. Чињеницу да је он самостално одлучио да се врати у државу порекла, треба ценити и у светлу накнадних догађаја - погоршања његовог здравља. Иако економско благостање домаће државе може бити разлог за одбијање дозволе, потребно је ценити дужину боравка подносиоца и његове социјалне везе са домаћом државом. У наведеним околностима, управо се огледа пропуст домаћих власти, које ЕСЉП сматра повредом права на поштовање породичног живота.

6.1.2. Долазак деце у државу пребивалишта родитеља

Могућност родитеља да развију породични живот са децом у држави порекла, повлачи да одлука о забрани доласка деце у државу пребивалишта родитеља не представља повреду члана 8. Конвенције.

У случају *Gül против Швајцарске*,[1118] ЕСЉП је настојао да утврди да ли би настањивање млађег детета (узраста седам година) на домаћој територији био једини начин да се развије породични живот детета са члановима његове породице. ЕСЉП налази да је млађе дете цео свој живот провело у Турској, да га

1118 *Gül v Switzerland*, пред. бр. 23218/94, пресуда од 19. фебруара 1996. године. Подносилац је турски држављанин рођен 1947. године, који је након што се 1983. године настанио у Швајцарској, затражио политички азил. Пет година касније његова жена је дошла у Швајцарску. Исте године она је услед опекотина примљена у болницу, а недуго затим се породила у швајцарском породилишту. Захтев подносиоца за азилом одбијен је 1989. године, док су његова жена и новорођена ћерка добиле хуманитарну дозволу боравка. Мајка детета је услед болести смештена у социјалну установу, а подносилац је био корисник социјалне помоћи за особе са инвалидитетом. Он је накнадно, 1990. године, поднео захтев да се породици придруже њихова два детета (старости деветнаест и седам година) која су живела у Турској. Швајцарске власти нису прихватиле овај захтев. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању доласка деце у домаћу државу повредила право на поштовање породичног живота.

je mlađe dete ceo svoj život provelo u Turskoj, da ga je otac tokom poslednjih godina više puta posećivao i da nema dokaza da otac ne bi mogao da prima medicinsku negu u Turskoj. Mogućnost da se porodica vrati kod deteta u Tursku i tamo razvije porodični život uzeta je kao presudna okolnost.[19] ESLJP je našao da nije bilo prepreka da se porodični život razvije u Turskoj.[20] Utvrđeno je da odbijanje javnih vlasti da dozvole mlađem detetu da se pridruži ocu i majci nije dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.[21] Ipak, ESLJP uopšte nije razmatrao princip najboljeg interesa deteta.

Pravo na poštovanje porodičnog života između roditelja i deteta postoji samo dok traje roditeljsko pravo. Sa punoletstvom deteta, prestaje roditeljsko pravo a samim tim i pravo na poštovanje porodičnog života. Imajući u vidu činjenicu da je starije dete uzrasta 19 godina, ESLJP je naveo da se nije upuštao u razmatranje povrede prava na poštovanje porodičnog života.

Čvrstina veza deteta sa državom porekla i postojanje osoba koje se o njemu mogu starati u državi porekla impliciraju da odluka o odbijanju pridruživanja deteta roditelju ne predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Ahmut protiv Holandije,*[22] žalio se marokanski državljanin rođen 1945. godine. On se nastanio 1986. godine u Holandiji. Podnosilac se oženio u Maroku 1960. godine i dobio petoro dece. Njegov brak razveden je 1984. godine, a njegova bivša supruga preminula je 1987. godine. Podnosilac se oženio drugi put u Holandiji 1986. godine, ali je taj brak razveden 1990. godine neposredno nakon što je dobio holandsko državljanstvo. Nakon toga, on se treći put oženio, ovoga puta, marokanskom državljankom. Njegova supruga je dobila dozvolu boravka u Holandiji. U proleće 1990. godine, njegov najmlađi sin je došao u Holandiju i podnosilac je uputio zahtev da dete ostane da živi sa njim, što su holandske vlasti odbile. Podnosilac se žalio da je odluka o odbijanju pridruživanja njegovog deteta povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je stao na stanovište da član 8 EKLJP ne garantuje pravo na izbor najpogodnijeg mesta za razvoj porodičnog života.[23] ESLJP je cenio da jezičke

Ujedinjenog Kraljevstva, App. no. 25960/13, presuda od 8. marta 2016. godine; *Berisha protiv Švajcarske*, App. no. 948/12, presuda od 30. jula 2013. godine.

19 L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention* (London, 1999), p. 179.

20 G. V. Bueren, *Child rights in Europe* (Strasbourg, 2007), p. 124; M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials* (Oxford, 2000), p. 264.

21 B. Hale, „Families and the Law: The Forgotten International Dimension", *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 21, No. 1 (Bristol, 2009), p. 416.

22 *Ahmut protiv Holandije*, App. no. 21702/93, presuda od 28. novembra 1996. godine.

23 U. Kilkelly, *The Right to respect for private and family life* (Strasbourg, 2003), p. 57. Isto i C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary* (Münich, 2014), p. 233; G. V. Bueren, *Child rights in Europe* (Strasbourg, 2007), p. 125.

је отац током последњих година више пута посећивао и да нема доказа да отац не би могао да прима медицинску негу у Турској. Могућност да се породица врати код детета у Турску и тамо развије породични живот узета је као пресудна околност.[1119] ЕСЉП је нашао да није било препрека да се породични живот развије у Турској.[1120] Утврђено је да одбијање јавних власти да дозволе млађем детету да се придружи оцу и мајци није довело до повреде права на поштовање породичног живота.[1121]

Ова пресуда је значајна стога што говори у прилог наше хипотезе да право на поштовање породичног живота између родитеља и детета постоји само док траје родитељско право. Са пунолетством детета, престаје родитељско право а самим тим и право на поштовање породичног живота. Имајући у виду чињеницу да је старије дете узраста 19. година, ЕСЉП је навео да се није упуштао у разматрање повреде права на поштовање породичног живота у вези њега.

Чврстина веза детета са државом порекла и постојање особа које се о њему могу старати у држави порекла, имплицирају да одлука о одбијању придруживања детета родитељу не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Ahmut против Холандије,*[1122] према ставу ЕСЉП, члан 8. не гарантује право на избор најпогоднијег места за развој породичног живота.[1123] ЕСЉП је ценио да језичке везе детета са Мароком, боравак детета током целог живота у Мароку, постојање рођака који о њему могу да се брину у држави

[1119] L. Clements, N. Mole, A. Simmons, European Human Rights: Taking a Case Under the Convention, London, 1999, стр. 179.

[1120] G. Van Bueren, Child Rights in Europe, Strasbourg, 2007, стр. 124; M. Janis, R. Kay, A. Bradley, European Human Rights Law Text and Materials, Oxford, 2000, стр. 264.

[1121] B. Hale, Families and the Law: the Forgotten International Dimension, Child and Family Law Quarterly, Vol. 21, No. 1, 2009, Bristol, стр. 416.

[1122] *Ahmut v Netherlands*, пред. бр. 21702/93, пресуда од 28. новембра 1996. године. Подносилац је марокански држављанин рођен 1945. године. Он се настанио 1986. године у Холандији. Подносилац се оженио у Мароку 1960. године и добио петоро деце. Његов брак разведен је 1984. године, а његова бивша супруга преминула је 1987. године. Подносилац се оженио други пут у Холандији 1986. године, али је тај брак разведен 1990. године, непосредно након што је добио холандско држављанство. Након тога, он се трећи пут оженио, овога пута, марокански држављанком. Његова супруга је добила дозволу боравка у Холандији. У пролеће 1990. године, његов најмлађи син је дошао у Холандију и подносилац је упутио захтев да дете остане да живи са њим, што су холандске власти одбиле. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању придруживања његовог детета повредила право на поштовање породичног живота.

[1123] U. Kilkelly, The Right to Respect for Private and Family Life, Strasbourg, 2003, стр. 57. Исто и C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, Münich, 2014, стр. 233; G. Van Bueren, Child Rights in Europe, Strasbourg, 2007, стр. 125.

veze deteta sa Marokom, boravak deteta tokom celog života u Maroku, postojanje rođaka koji o njemu mogu da se brinu u državi porekla i trajna odluka oca da se nastani u Holandiji,[24] uslovljavaju da nije došlo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.[25]

Zabrana pridruživanja deteta porodici, ukoliko celokupna njegova porodica živi u domaćoj državi i nema povezanost sa državom porekla, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Sen protiv Holandije*,[26] u kom su podnosioci turski državljani, bračni par i dete. Otac se doselio u Holandiju 1977. godine. On je zaključio brak sa suprugom u Turskoj 1982. godine i supružnici su dobili dete 1983. godine. Majka je 1986. godine dobila dozvolu boravka u Holandiji i otišla da se pridruži svom suprugu, ostavljajući dete na čuvanje tetki u Turskoj. Supružnici su 1990. i 1994. godine dobili još dvoje dece u Holandiji. Otac je 1992. godine zatražio od holandskih vlasti da dozvole da im se najstarije dete pridruži. Vlasti su to odbile, sa obrazloženjem da je odlaskom majke dete dobilo novu porodicu u državi porekla. Podnosioci su se žalili da je odluka o odbijanju dolaska deteta povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

U svojoj presudi ESLJP je naveo da obaveza domaće države da primi strane državljane na svoju teritoriju zavisi od opšteg interesa i okolnosti osobe koja traži dozvolu. Član 8 ne podrazumeva obavezu države da omogući okupljanje porodice u zemlji prebivališta jednog ili oba supružnika. U razmatranje se uzimaju i faktori poput: uzrasta dece, stepena zavisnosti dece od roditelja, porodične situacije u zemlji porekla deteta. U ovom slučaju odvojeni porodični život rezultat je sopstvenog izbora, kako majke, tako i oca deteta. Dete koje je ostavljeno kod rođaka, ceo svoj život je provelo u Turskoj, ima snažne veze sa tom zemljom – kulturne, porodične i jezičke. Sa druge strane, postoje ozbiljne prepreke povratku supružnika u Tursku – oni su osnovali porodične odnose u Holandiji, zakonito borave i rade dugi niz godina i dobili su decu u toj državi. Mlađa deca imaju nizak stepen povezanosti sa Turskom, pohađaju školu u Holandiji i ceo svoj život su proveli u toj državi. Odluka majke da ostavi dete u Turskoj 1986.

24 H. Danelius, „Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life", u P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights* (Oslo, 2004), str. 160. Videti slučajeve, *Lupsa protiv Rumunije*, App. no. 10337/04, presuda od 8. juna 2006. godine i *Hunt protiv Ukrajine*, App. no. 31111/04, presuda od 7. decembra 2006. godine.

25 U izdvojenom mišljenju sudije *Valticos* i *Morenilla* istakli su da je državljanin određene države uvek ovlašćen da mu se dete, čak i ako nije istog državljanstva, pridruži radi uspostavljanja porodičnog života. Zanimljivo istraživanje govori o uticaju nacionalnosti sudija na davanje izdvojenih mišljenja u slučajevima vezanim za član 8 Konvencije, N-L. Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights* (Leiden-Boston, 2007), p. 104.

26 *Sen protiv Holandije*, App. no. 31456/96, presuda od 21. decembra 2001. godine.

порекла и трајна одлука оца да се настани у Холандији,[1124] условљавају да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.[1125]

Забрана придруживања детета породици, уколико целокупна његова породица живи у домаћој држави и нема повезаност са државом порекла, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Sen против Холандије*,[1126] ЕСЉП је навео да обавеза домаће државе да прими стране држављане на своју територију зависи од општег интереса и околности особе која тражи дозволу. Члан 8. не подразумева обавезу државе да омогући окупљање породице у земљи пребивалишта једног или оба супружника. У разматрање се узимају и фактори попут: узраста деце, степена зависности деце од родитеља, породичне ситуације у земљи порекла детета. У овом случају одвојени породични живот резултат је сопственог избора, како мајке, тако и оца детета. Дете које је остављено код рођака, цео живот је провело у Турској, има снажне везе са том земљом - културне, породичне и језичке. Са друге стране, постоје озбиљне препреке повратку супружника у Турску - они су основали породичне односе у Холандији, законито бораве и раде дуги низ година, добили су децу у тој држави. Млађа деца имају низак степен повезаности са Турском, похађају школу у Холандији и цео свој живот су провели у тој држави. Одлука мајке да остави дете у Турској 1986. године и придружи се супругу, не може се тумачити као трајно остављање детета и одустајање од намере да се породица поново окупи. Стога, према ЕСЉП, најадекватнији начин за успостављање породичног живота био би одлазак најстаријег детета у Холандију. Утврђена је

1124 H. Danelius, Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life, у P. Lodrup, E. Modvar, Family Life and Human Rights, Oslo, 2004, стр. 160. Видети случајеве, *Lupsa v Romania*, пред. бр. 10337/04, пресуда од 8. јуна 2006. године и *Hunt v Ukraine*, пред. бр. 31111/04, пресуда од 7. децембра 2006. године.

1125 У издвојеном мишљењу судије *Valticos* и *Morenilla* истакли су да је држављанин одређене државе увек овлашћен да му се дете, чак и ако није истог држављанства, придружи ради успостављања породичног живота. Занимљиво истраживање говори о утицају националности судија на давање издвојених мишљења у случајевима везаним за члан 8. Конвенције, N-L. Arold, The Legal Culture of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2007, стр. 104.

1126 *Sen v Netherlands*, пред. бр. 31456/96, пресуда од 21. децембра 2001. године. Подносиоци су турски држављани, брачни пар и дете. Отац се доселио у Холандију 1977. године. Он је закључио брак са супругом у Турској 1982. године и супружници су добили дете 1983. године. Мајка је 1986. године добила дозволу боравка у Холандији и отишла да се придружи свом супругу, остављајући дете на чување тетки у Турској. Супружници су 1990. и 1994. године добили још двоје деце у Холандији. Отац је 1992. године затражио од холандских власти да дозволе да им се најстарије дете придружи. Власти су то одбиле, са образложењем да је одласком мајке дете добило нову породицу у држави порекла. Подносиоци су се жалили да је одлука о одбијању доласка детета повредила право на поштовање породичног живота.

godine i pridruži se suprugu, ne može se tumačiti kao trajno ostavljanje deteta i odustajanje od namere da se porodica ponovo spoji. Stoga, prema ESLJP, najadekvatniji način za uspostavljanje porodičnog života bio bi odlazak najstarijeg deteta u Holandiju. Utvrđena je povreda prava na poštovanje porodičnog života.[27] ESLJP je u ovoj presudi ustanovio kriterijum najpogodnijeg načina za nastavljanje porodičnog života.[28]

Zabrana da se dete koje je poslato u državu porekla protiv svoje volje, ponovo pridruži celokupnoj svojoj porodici u domaćoj državi, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života. Sličan stav kao u slučaju *Sen protiv Holandije* ESLJP je zauzeo i u slučaju

> *Osman protiv Danske*,[29] u kom se sudu obratio somalijski državljanin rođen 1987. godine, koji se od 1994. godine sa roditeljima, braćom i sestrama doselio u Dansku. On je sa 15 godina protiv svoje volje poslat od strane oca u kenijski izbeglički kamp da se stara o očevoj majci (babi po ocu). Dve godine kasnije podnosilac je zahtevao da se vrati kod svoje porodice u Dansku, ali je zahtev odbijen s obzirom na to da mu je istekla dozvola boravka, odnosno period od dvanaest meseci u okviru kog je on bio dužan da neprekidno boravi u Danskoj. Takođe, dete nije imalo pravo na povratak s obzirom na to da je u međuvremenu stupio na snagu novi zakon koji onemogućava da deca imigranti iznad 15 godina mogu tražiti povratak u svoju porodicu koja se nalazi u Danskoj. Cilj pravila bio je sprečavanje roditelja da šalju svoju decu u zemlju porekla radi podizanja i vaspitavanja dece u tradicionalnim uslovima. Domaće vlasti su smatrale da nema posebnih okolnosti za povratak deteta, navodeći da se majka deteta složila sa njegovim odlaskom, da dete nije videlo majku četiri godine, kao i da je dete nastavilo da živi u Keniji sa babom i babinom porodicom. Podnosilac se žalio da su uskraćivanje dozvole boravka i povratka kod porodice povredili njegovo pravo na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je u presudi naveo da je podnosilac u vreme podnošenja zahteva za pridruživanjem svojoj porodici bio još maloletan. Za mlade osobe koje još nisu zasnovale svoju porodicu, njihov odnos sa svojim roditeljima i drugim bliskim članovima porodice predstavlja porodični život. Utvrđeno je da je podnosilac proveo dugi niz godina u Danskoj, da govori danski jezik, da je stekao obrazovanje u toj državi, da se u Danskoj nalazi njegova celokupna bliska porodica. Na osnovu toga, podnosilac je smatran naseljenim migrantom koji je zakonito proveo celokupan ili pretežni deo detinjstva u toj državi. Pri takvom činjeničnom stanju, potrebno je postojanje naročito opravdanih okolnosti za odbijanje

27 O ovom slučaju vidi više u: C. Fenton-Glynn, *Children and The European Court of Human Rights* (Oxford, 2021), p. 131.

28 C. Forder, „Family Rights and Immigration Law: a European Perspective", *Irish Journal of Family Law* (4/2003, Dublin), p. 16.

29 *Osman protiv Danske*, App. no. 38058/09, presuda od 14. juna 2011. godine.

порекла и трајна одлука оца да се настани у Холандији,[1124] условљавају да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.[1125]

Забрана придруживања детета породици, уколико целокупна његова породица живи у домаћој држави и нема повезаност са државом порекла, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Sen против Холандије*,[1126] ЕСЉП је навео да обавеза домаће државе да прими стране држављане на своју територију зависи од општег интереса и околности особе која тражи дозволу. Члан 8. не подразумева обавезу државе да омогући окупљање породице у земљи пребивалишта једног или оба супружника. У разматрање се узимају и фактори попут: узраста деце, степена зависности деце од родитеља, породичне ситуације у земљи порекла детета. У овом случају одвојени породични живот резултат је сопственог избора, како мајке, тако и оца детета. Дете које је остављено код рођака, цео живот је провело у Турској, има снажне везе са том земљом - културне, породичне и језичке. Са друге стране, постоје озбиљне препреке повратку супружника у Турску - они су основали породичне односе у Холандији, законито бораве и раде дуги низ година, добили су децу у тој држави. Млађа деца имају низак степен повезаности са Турском, похађају школу у Холандији и цео свој живот су провели у тој држави. Одлука мајке да остави дете у Турској 1986. године и придружи се супругу, не може се тумачити као трајно остављање детета и одустајање од намере да се породица поново окупи. Стога, према ЕСЉП, најадекватнији начин за успостављање породичног живота био би одлазак најстаријег детета у Холандију. Утврђена је

1124 H. Danelius, Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life, у P. Lodrup, E. Modvar, Family Life and Human Rights, Oslo, 2004, стр. 160. Видети случајеве, *Lupsa v Romania*, пред. бр. 10337/04, пресуда од 8. јуна 2006. године и *Hunt v Ukraine*, пред. бр. 31111/04, пресуда од 7. децембра 2006. године.

1125 У издвојеном мишљењу судије *Valticos* и *Morenilla* истакли су да је држављанин одређене државе увек овлашћен да му се дете, чак и ако није истог држављанства, придружи ради успостављања породичног живота. Занимљиво истраживање говори о утицају националности судија на давање издвојених мишљења у случајевима везаним за члан 8. Конвенције, N-L. Arold, The Legal Culture of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2007, стр. 104.

1126 *Sen v Netherlands*, пред. бр. 31456/96, пресуда од 21. децембра 2001. године. Подносиоци су турски држављани, брачни пар и дете. Отац се доселио у Холандију 1977. године. Он је закључио брак са супругом у Турској 1982. године и супружници су добили дете 1983. године. Мајка је 1986. године добила дозволу боравка у Холандији и отишла да се придружи свом супругу, остављајући дете на чување тетки у Турској. Супружници су 1990. и 1994. године добили још двоје деце у Холандији. Отац је 1992. године затражио од холандских власти да дозволе да им се најстарије дете придружи. Власти су то одбиле, са образложењем да је одласком мајке дете добило нову породицу у држави порекла. Подносиоци су се жалили да је одлука о одбијању доласка детета повредила право на поштовање породичног живота.

godine i pridruži se suprugu, ne može se tumačiti kao trajno ostavljanje deteta i odustajanje od namere da se porodica ponovo spoji. Stoga, prema ESLJP, najadekvatniji način za uspostavljanje porodičnog života bio bi odlazak najstarijeg deteta u Holandiju. Utvrđena je povreda prava na poštovanje porodičnog života.[27] ESLJP je u ovoj presudi ustanovio kriterijum najpogodnijeg načina za nastavljanje porodičnog života.[28]

Zabrana da se dete koje je poslato u državu porekla protiv svoje volje, ponovo pridruži celokupnoj svojoj porodici u domaćoj državi, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života. Sličan stav kao u slučaju *Sen protiv Holandije* ESLJP je zauzeo i u slučaju

> *Osman protiv Danske*,[29] u kom se sudu obratio somalijski državljanin rođen 1987. godine, koji se od 1994. godine sa roditeljima, braćom i sestrama doselio u Dansku. On je sa 15 godina protiv svoje volje poslat od strane oca u kenijski izbeglički kamp da se stara o očevoj majci (babi po ocu). Dve godine kasnije podnosilac je zahtevao da se vrati kod svoje porodice u Dansku, ali je zahtev odbijen s obzirom na to da mu je istekla dozvola boravka, odnosno period od dvanaest meseci u okviru kog je on bio dužan da neprekidno boravi u Danskoj. Takođe, dete nije imalo pravo na povratak s obzirom na to da je u meduvremenu stupio na snagu novi zakon koji onemogućava da deca imigranti iznad 15 godina mogu tražiti povratak u svoju porodicu koja se nalazi u Danskoj. Cilj pravila bio je sprečavanje roditelja da šalju svoju decu u zemlju porekla radi podizanja i vaspitavanja dece u tradicionalnim uslovima. Domaće vlasti su smatrale da nema posebnih okolnosti za povratak deteta, navodeći da se majka deteta složila sa njegovim odlaskom, da dete nije videlo majku četiri godine, kao i da je dete nastavilo da živi u Keniji sa babom i babinom porodicom. Podnosilac se žalio da su uskraćivanje dozvole boravka i povratka kod porodice povredili njegovo pravo na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je u presudi naveo da je podnosilac u vreme podnošenja zahteva za pridruživanjem svojoj porodici bio još maloletan. Za mlade osobe koje još nisu zasnovale svoju porodicu, njihov odnos sa svojim roditeljima i drugim bliskim članovima porodice predstavlja porodični život. Utvrđeno je da je podnosilac proveo dugi niz godina u Danskoj, da govori danski jezik, da je stekao obrazovanje u toj državi, da se u Danskoj nalazi njegova celokupna bliska porodica. Na osnovu toga, podnosilac je smatran naseljenim migrantom koji je zakonito proveo celokupan ili pretežni deo detinjstva u toj državi. Pri takvom činjeničnom stanju, potrebno je postojanje naročito opravdanih okolnosti za odbijanje

27 O ovom slučaju vidi više u: C. Fenton-Glynn, *Children and The European Court of Human Rights* (Oxford, 2021), p. 131.

28 C. Forder, „Family Rights and Immigration Law: a European Perspective", *Irish Journal of Family Law* (4/2003, Dublin), p. 16.

29 *Osman protiv Danske*, App. no. 38058/09, presuda od 14. juna 2011. godine.

повреда права на поштовање породичног живота. ЕСЉП је у овој пресуди установио критеријум најпогоднијег начина за настављање породичног живота.[1127]

Забрана да се дете које је послато у државу порекла против своје воље, поново придружи целокупној својој породици у домаћој држави, представља повреду права на поштовање породичног живота.

Слично став заузео је ЕСЉП у случају *Osman против Данске*.[1128] ЕСЉП је навео да је подносилац у време подношења захтева за придруживањем својој породици био још малолетан. За младе особе које још нису засновале своју породицу, њихов однос са својом родитељима и другим блиским члановима породице представља породични живот. Утврђено је да је подносилац провео дуги низ година у Данској, да говори дански језик, да је стекао образовање у тој држави, да се у Данској налази његова целокупна блиска породица. На основу тога, подносилац је сматран насељеним имигрантом који је законито провео целокупан или претежни део детињства у тој држави. При таквом чињеничном стању, потребно је постојање нарочито оправданих околности за одбијање продужења дозволе боравка. Домаће власти посебно су пропустиле да размотре чињеницу да је дете послато у Кенију на основу одлуке оца, против његове воље, што никако није било у најбољем интересу детета. Иако се ЕСЉП слаже да је вршење родитељског права фундаментални елемент породичног живота, и да је на родитељима одлука како ће васпитавати дете и где ће оно живети, то не значи да су домаће власти ослобођене одговорности за дете и да могу игнорисати интересе

1127 C. Forder, Family Rights and Immigration Law: a European Perspective, Irish Journal of Family Law, 4/2003, Dublin, стр. 16.

1128 *Osman v Denmark*, пред. бр. 38058/09, пресуда од 14. јуна 2011. године. Подносилац је сомалијски држављанин рођен 1987. године, који се од 1994. године са родитељима, браћом и сестрама доселио у Данску. Он је са 15 година против своје воље послат од стране оца у кенијски избеглички камп да се стара о очевој мајци (баби по оцу). Две године касније подносилац је захтевао да се врати код своје породице у Данску, али је захтев одбијен с обзиром на то да му је истекла дозвола боравка, односно период од дванаест месеци у оквиру ког је он био дужан да непрекидно борави у Данској. Такође, дете није имало право на повратак, с обзиром на то да је у међувремену ступио на снагу нови закон који онемогућава да деца имигранти изнад 15 година могу тражити повратак у своју породицу која се налази у Данској. Циљ правила био је спречавање родитеља да шаљу своју децу у земљу порекла ради подизања и васпитавања деце у традиционалним условима. Домаће власти су сматрале да нема посебних околности за повратак детета, наводећи да се мајка детета сложила са његовим одласком, да дете није видело мајку четири године, као и да је дете наставило да живи у Кенији са бабом и бабином породицом. Подносилац се жалио да су ускраћивање дозволе боравка и повратка код породице повредили његово право на поштовање породичног живота.

produženja dozvole boravka. Domaće vlasti posebno su propustile da razmotre činjenicu da je dete poslato u Keniju na osnovu odluke oca, protiv njegove volje, što nikako nije bilo u najboljem interesu deteta. Iako se ESLJP slaže da je vršenje roditeljskog prava fundamentalni element porodičnog života i da je na roditeljima odluka kako će vaspitavati svoju decu i gde će ona živeti, to ne znači da su domaće vlasti oslobođene odgovornosti za dete i da mogu ignorisati interese deteta. Činjenica da se tokom četiri godine kontakt majke i deteta umanjio, pre je rezultat praktičnih i finansijskih prepreka nego nepostojanja namere majke i deteta za održavanjem porodičnih odnosa. Zakonska ograničenja po pitanju uzrasta dece koja se nalaze u drugoj državi i mogu tražiti povratak u svoju porodicu nije bilo moguće predvideti u trenutku slanja podnosioca u Keniju. ESLJP je na osnovu svih okolnosti našao da je postojala povreda prava na poštovanje porodičnog života.

S druge strane, mogućnost da se porodični život između roditelja i deteta razvije u državi porekla roditelja i odluka roditelja da napusti decu, usled čega je doneta odluka o zabrani dolaska dece kod roditelja, ne predstavlja povredu člana 8 Konvencije.

> U slučaju *P. R. protiv Holandije*,[30] podnositeljka predstavke koja je rođena 1959. godine na Kapa Verde ostrvima i napustila ovu državu 1989. godine u kojoj je imala svoju decu i doselila se u Holandiju gde se udala za holandskog državljanina. Na osnovu zaključenog braka ona je dobila dozvolu boravka. Podnositeljka je 1995. godine dobila holandsko državljanstvo i zatražila da joj se u cilju ponovnog okupljanja porodice pridruže deca iz Kapa Verde. Njen zahtev je odbijen. Podnositeljka se žalila da je odbijanje da joj se deca pridruže, dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je naveo da je podnositeljka odvojena od svoje dece od 1989. do 1995. godine svojom odlukom da se doseli u Holandiju. Ona je mogla da zatraži da joj se deca pridruže i ranije, a ne tek 1995. godine. ESLJP je u svojoj presudi konstatovao da podnositeljka predstavke nije bila sprečena da održava porodični život sa decom u državi porekla, kao i da član 8 EKLJP ne garantuje pravo na izbor odgovarajuće sredine za razvijanje porodičnog života, te stoga, nije došlo do povrede prava na poštovanje porodičnog života. Takođe je navedeno da nepostojanje kontakta između roditelja i deteta u dužem vremenskom periodu, kao i čvrstina veza dece sa državom porekla, ne podrazumevaju da je odluka o zabrani dolaska dece povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

> Slučaj *Dufie-Kwakyenti protiv Holandije*,[31] su pred ESLJP podneli državljani Gane koji su kao humanitarne izbeglice došli u Holandiju 1987. godine. Oni su ostavili

30 *P. R. protiv Holandije*, App. no. 39391/98, presuda od 7. novembra 2000. godine.

31 *Dufie-Kwakyenti protiv Holandije*, App. no. 31519/96, presuda od 7. novembra 2000. godine.

повреда права на поштовање породичног живота. ЕСЉП је у овој пресуди установио критеријум најпогоднијег начина за настављање породичног живота.[1127]

Забрана да се дете које је послато у државу порекла против своје воље, поново придружи целокупној својој породици у домаћој држави, представља повреду права на поштовање породичног живота.

Слично став заузео је ЕСЉП у случају *Osman против Данске*.[1128] ЕСЉП је навео да је подносилац у време подношења захтева за придруживањем својој породици био још малолетан. За младе особе које још нису засновале своју породицу, њихов однос са својом родитељима и другим блиским члановима породице представља породични живот. Утврђено је да је подносилац провео дуги низ година у Данској, да говори дански језик, да је стекао образовање у тој држави, да се у Данској налази његова целокупна блиска породица. На основу тога, подносилац је сматран насељеним имигрантом који је законито провео целокупан или претежни део детињства у тој држави. При таквом чињеничном стању, потребно је постојање нарочито оправданих околности за одбијање продужења дозволе боравка. Домаће власти посебно су пропустиле да размотре чињеницу да је дете послато у Кенију на основу одлуке оца, против његове воље, што никако није било у најбољем интересу детета. Иако се ЕСЉП слаже да је вршење родитељског права фундаментални елемент породичног живота, и да је на родитељима одлука како ће васпитавати дете и где ће оно живети, то не значи да су домаће власти ослобођене одговорности за дете и да могу игнорисати интересе

1127 C. Forder, Family Rights and Immigration Law: a European Perspective, Irish Journal of Family Law, 4/2003, Dublin, стр. 16.

1128 *Osman v Denmark*, пред. бр. 38058/09, пресуда од 14. јуна 2011. године. Подносилац је сомалијски држављанин рођен 1987. године, који се од 1994. године са родитељима, браћом и сестрама доселио у Данску. Он је са 15 година против своје воље послат од стране оца у кенијски избеглички камп да се стара о очевој мајци (баби по оцу). Две године касније подносилац је захтевао да се врати код своје породице у Данску, али је захтев одбијен с обзиром на то да му је истекла дозвола боравка, односно период од дванаест месеци у оквиру ког је он био дужан да непрекидно борави у Данској. Такође, дете није имало право на повратак, с обзиром на то да је у међувремену ступио на снагу нови закон који онемогућава да деца имигранти изнад 15 година могу тражити повратак у своју породицу која се налази у Данској. Циљ правила био је спречавање родитеља да шаљу своју децу у земљу порекла ради подизања и васпитавања деце у традиционалним условима. Домаће власти су сматрале да нема посебних околности за повратак детета, наводећи да се мајка детета сложила са његовим одласком, да дете није видело мајку четири године, као и да је дете наставило да живи у Кенији са бабом и бабином породицом. Подносилац се жалио да су ускраћивање дозволе боравка и повратка код породице повредили његово право на поштовање породичног живота.

produženja dozvole boravka. Domaće vlasti posebno su propustile da razmotre činjenicu da je dete poslato u Keniju na osnovu odluke oca, protiv njegove volje, što nikako nije bilo u najboljem interesu deteta. Iako se ESLJP slaže da je vršenje roditeljskog prava fundamentalni element porodičnog života i da je na roditeljima odluka kako će vaspitavati svoju decu i gde će ona živeti, to ne znači da su domaće vlasti oslobođene odgovornosti za dete i da mogu ignorisati interese deteta. Cinjenica da se tokom četiri godine kontakt majke i deteta umanjio, pre je rezultat praktičnih i finansijskih prepreka nego nepostojanja namere majke i deteta za održavanjem porodičnih odnosa. Zakonska ograničenja po pitanju uzrasta dece koja se nalaze u drugoj državi i mogu tražiti povratak u svoju porodicu nije bilo moguće predvideti u trenutku slanja podnosioca u Keniju. ESLJP je na osnovu svih okolnosti našao da je postojala povreda prava na poštovanje porodičnog života.

S druge strane, mogućnost da se porodični život između roditelja i deteta razvije u državi porekla roditelja i odluka roditelja da napusti decu, usled čega je doneta odluka o zabrani dolaska dece kod roditelja, ne predstavlja povredu člana 8 Konvencije.

U slučaju *P. R. protiv Holandije*,[30] podnositeljka predstavke koja je rođena 1959. godine na Kapa Verde ostrvima i napustila ovu državu 1989. godine u kojoj je imala svoju decu i doselila se u Holandiju gde se udala za holandskog državljanina. Na osnovu zaključenog braka ona je dobila dozvolu boravka. Podnositeljka je 1995. godine dobila holandsko državljanstvo i zatražila da joj se u cilju ponovnog okupljanja porodice pridruže deca iz Kapa Verde. Njen zahtev je odbijen. Podnositeljka se žalila da je odbijanje da joj se deca pridruže, dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je naveo da je podnositeljka odvojena od svoje dece od 1989. do 1995. godine svojom odlukom da se doseli u Holandiju. Ona je mogla da zatraži da joj se deca pridruže i ranije, a ne tek 1995. godine. ESLJP je u svojoj presudi konstatovao da podnositeljka predstavke nije bila sprečena da održava porodični život sa decom u državi porekla, kao i da član 8 EKLJP ne garantuje pravo na izbor odgovarajuće sredine za razvijanje porodičnog života, te stoga, nije došlo do povrede prava na poštovanje porodičnog života. Takođe je navedeno da nepostojanje kontakta između roditelja i deteta u dužem vremenskom periodu, kao i čvrstina veza dece sa državom porekla, ne podrazumevaju da je odluka o zabrani dolaska dece povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

Slučaj *Dufie-Kwakyenti protiv Holandije*,[31] su pred ESLJP podneli državljani Gane koji su kao humanitarne izbeglice došli u Holandiju 1987. godine. Oni su ostavili

30 *P. R. protiv Holandije*, App. no. 39391/98, presuda od 7. novembra 2000. godine.

31 *Dufie-Kwakyenti protiv Holandije*, App. no. 31519/96, presuda od 7. novembra 2000. godine.

детета. Чињеница да се током четири године контакт мајке и детета умањио, пре је резултат практичних и финансијских препрека него непостојања намере мајке и детета за одржавањем породичних односа. Законска ограничења по питању узраста деце која се налазе у другој држави и могу тражити повратак у своју породицу није било могуће предвидети у тренутку слања подносиоца у Кенију. ЕСЉП је на основу свих околности нашао да је постојала повреда права на поштовање породичног живота.

Могућност да се породични живот између родитеља и детета развије у држави порекла родитеља и одлука родитеља да напусти децу, услед чега је донета одлука о забрани доласка деце код родитеља, не представља повреду члана 8. Конвенције.

У случају *P. R. против Холандије*,[1129] ЕСЉП је навео да је подноситељка одвојена од своје деце од 1989. до 1995. године својом одлуком да се досели у Холандију.Она је могла да затражи да јој се деца придруже и раније, а не тек 1995. године. Подноситељка ничим није била спречена да одржава породични живот са децом у држави порекла. Члан 8. ЕКЉП не гарантује право на избор одговарајуће средине за развијање породичног живота, те стога, није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање контакта између родитеља и детета у дужем временском периоду, као и чврстина веза деце са државом порекла, не подразумевају да је одлука о забрани доласка деце повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Dufie-Kwakyenti против Холандије*,[1130] ЕСЉП је утврдио да подносиоци нису имали никакву материјалну или моралну одговорност према

1129 *P. R. v Netherlands*, пред. бр. 39391/98, пресуда од 7. новембра 2000. године. Подноситељска представке је рођена 1959. године на Капа Верде острвима. Она је напустила 1989. године ову државу у којој је имала своју децу и доселила се у Холандију где се удала за холандског држављанина. На основу закљученог брака она је добила дозволу боравка. Подноситељка је 1995. године добила холандско држављанство и затражила да јој се у циљу поновног окупљања породице придруже деца из Капа Верде. Њен захтев је одбијен. Подноситељка се жалила да је одбијање да јој се деца придруже довело до повреде права на поштовање породичног живота.

1130 *Dufie-Kwakyenti v Netherlands*, пред. бр. 31519/96, пресуда од 7. новембра 2000. године. Подносиоци представке, држављани Гане, дошли су као хуманитарне избеглице у Холандију 1987. године. Они су оставили код тетке у Гани троје деце, рођене 1972. 1974. и 1977. године. Подносиоци су 1992. године захтевали да им се њихова деца придруже у Холандији, али је такав захтев одбијен. Исти епилог имао је и њихов захтев из 1993. године, након што су добили холандско држављанство. Подносиоци су се жалили да је одбијање придруживања њихове деце у домаћој држави повредило право на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

kod tetke u Gani troje dece rođene 1972, 1974. i 1977. godine. Podnosioci su 1992. godine zahtevali da im se njihova deca pridruže u Holandiji, ali je takav zahtev odbijen. Isti epilog imao je i njihov zahtev iz 1993. godine, nakon što su dobili holandsko državljanstvo. Podnosioci su se žalili da je odbijanje pridruživanja njihove dece u domaćoj državi povredilo pravo na poštovanje porodičnog života iz člana 8 EKLJP.

Sud je doneo presudu u kojoj je konstatovao da nije prekršen član 8 EKLJP i utvrdio da podnosioci nisu imali nikakvu materijalnu ili moralnu odgovornost prema deci pre 1992. godine. Dva starija deteta imala su veze samo sa svojom zemljom porekla u kojoj su živeli čitav svoj život. ESLJP je ponovio da član 8 EKLJP ne garantuje pravo na izbor odgovarajuće sredine za razvijanje porodičnog života i nije utvrdio povredu ovog člana.

Odbijanje pridruživanja dece roditelju, ukoliko taj roditelj u dužem periodu vremena ne vrši roditeljsko pravo i ukoliko deca imaju snažne veze sa državom porekla, ne dovodi do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Chandra i Tjonadi protiv Holandije*,[32] u kom je podnositeljka, holandska državljanka indonežanskog porekla, 1992. godine napustila Indoneziju i doselila se u Holandiju. Ona je u Indoneziji podnela tužbu za razvod braka od svog supruga, oca četvoro njene dece koja su ostala sa ocem u Indoneziji. U toku 1995. godine, njoj je dodeljeno da vrši roditeljsko pravo nad decom. Nakon što je dobila holandsko državljanstvo 1996. godine, deca su 1997. godine došla u Holandiju uz posedovanje turističke vize i ostala tu da žive sa majkom. Zahtev dece za dobijanjem boravišne dozvole je odbijen, kao i žalba na navedenu odluku. Domaći sud je naveo da je majka pokazala interesovanje za dolazak dece tek 1997. godine, a da je još od 1995. godine dobila vršenje roditeljskog prava. Dalje je navedeno da nije bilo dodatnih razloga, kao što su međunarodne obaveze, humanitarni ili politički razlozi, da bi se dozvolilo deci da se pridruže majci u Holandiji. Podnosioci su se žalili da je odbijanje davanja dozvole pridruživanja deci, dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je u svojoj presudi konstatovao da iz činjeničnog stanja presude koju je doneo nacionalni sud nije bilo moguće utvrditi na koji način je majka vršila roditeljsko pravo od 1993. do 1997. godine, što je od suštinske važnosti, kao i na osnovu čega je indonežanski sud doneo odluku o dodeljivanju vršenja roditeljskog prava majci, imajući u vidu činjenicu njene trajne odsutnosti. ESLJP je utvrdio da je majka živela odvojeno od svoje dece pet godina pre nego što su ona došla kod nje u Holandiju. Pre toga, deca su ceo svoj život provela u Indoneziji, stekla u toj državi snažne kulturne i jezičke veze, imala druge rođake u zemlji porekla i bila su odgajana i vaspitavana od strane oca. U vreme odlučivanja ESLJP dvoje dece postalo je punoletno. Uprkos tome što su deca izrazila želju

32 *Chandra and Tjonadi protiv Holandije*, App. no. 53102/99, presuda od 13. maja 2003. godine.

детета. Чињеница да се током четири године контакт мајке и детета умањио, пре је резултат практичних и финансијских препрека него непостојања намере мајке и детета за одржавањем породичних односа. Законска ограничења по питању узраста деце која се налазе у другој држави и могу тражити повратак у своју породицу није било могуће предвидети у тренутку слања подносиоца у Кенију. ЕСЉП је на основу свих околности нашао да је постојала повреда права на поштовање породичног живота.

Могућност да се породични живот између родитеља и детета развије у држави порекла родитеља и одлука родитеља да напусти децу, услед чега је донета одлука о забрани доласка деце код родитеља, не представља повреду члана 8. Конвенције.

У случају *P. R. против Холандије*,[1129] ЕСЉП је навео да је подноситељка одвојена од своје деце од 1989. до 1995. године својом одлуком да се досели у Холандију.Она је могла да затражи да јој се деца придруже и раније, а не тек 1995. године. Подноситељка ничим није била спречена да одржава породични живот са децом у држави порекла. Члан 8. ЕКЉП не гарантује право на избор одговарајуће средине за развијање породичног живота, те стога, није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање контакта између родитеља и детета у дужем временском периоду, као и чврстина веза деце са државом порекла, не подразумевају да је одлука о забрани доласка деце повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Dufie-Kwakyenti против Холандије*,[1130] ЕСЉП је утврдио да подносиоци нису имали никакву материјалну или моралну одговорност према

1129 *P. R. v Netherlands*, пред. бр. 39391/98, пресуда од 7. новембра 2000. године. Подноситељска представке је рођена 1959. године на Капа Верде острвима. Она је напустила 1989. године ову државу у којој је имала своју децу и доселила се у Холандију где се удала за холандског држављанина. На основу закљученог брака она је добила дозволу боравка. Подноситељка је 1995. године добила холандско држављанство и затражила да јој се у циљу поновног окупљања породице придруже деца из Капа Верде. Њен захтев је одбијен. Подноситељка се жалила да је одбијање да јој се деца придруже довело до повреде права на поштовање породичног живота.

1130 *Dufie-Kwakyenti v Netherlands*, пред. бр. 31519/96, пресуда од 7. новембра 2000. године. Подносиоци представке, држављани Гане, дошли су као хуманитарне избеглице у Холандију 1987. године. Они су оставили код тетке у Гани троје деце, рођене 1972. 1974. и 1977. године. Подносиоци су 1992. године захтевали да им се њихова деца придруже у Холандији, али је такав захтев одбијен. Исти епилог имао је и њихов захтев из 1993. године, након што су добили холандско држављанство. Подносиоци су се жалили да је одбијање придруживања њихове деце у домаћој држави повредило право на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

kod tetke u Gani troje dece rođene 1972, 1974. i 1977. godine. Podnosioci su 1992. godine zahtevali da im se njihova deca pridruže u Holandiji, ali je takav zahtev odbijen. Isti epilog imao je i njihov zahtev iz 1993. godine, nakon što su dobili holandsko državljanstvo. Podnosioci su se žalili da je odbijanje pridruživanja njihove dece u domaćoj državi povredilo pravo na poštovanje porodičnog života iz člana 8 EKLJP.

Sud je doneo presudu u kojoj je konstatovao da nije prekršen član 8 EKLJP i utvrdio da podnosioci nisu imali nikakvu materijalnu ili moralnu odgovornost prema deci pre 1992. godine. Dva starija deteta imala su veze samo sa svojom zemljom porekla u kojoj su živeli čitav svoj život. ESLJP je ponovio da član 8 EKLJP ne garantuje pravo na izbor odgovarajuće sredine za razvijanje porodičnog života i nije utvrdio povredu ovog člana.

Odbijanje pridruživanja dece roditelju, ukoliko taj roditelj u dužem periodu vremena ne vrši roditeljsko pravo i ukoliko deca imaju snažne veze sa državom porekla, ne dovodi do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Chandra i Tjonadi protiv Holandije*,[32] u kom je podnositeljka, holandska državljanka indonežanskog porekla, 1992. godine napustila Indoneziju i doselila se u Holandiju. Ona je u Indoneziji podnela tužbu za razvod braka od svog supruga, oca četvoro njene dece koja su ostala sa ocem u Indoneziji. U toku 1995. godine, njoj je dodeljeno da vrši roditeljsko pravo nad decom. Nakon što je dobila holandsko državljanstvo 1996. godine, deca su 1997. godine došla u Holandiju uz posedovanje turističke vize i ostala tu da žive sa majkom. Zahtev dece za dobijanjem boravišne dozvole je odbijen, kao i žalba na navedenu odluku. Domaći sud je naveo da je majka pokazala interesovanje za dolazak dece tek 1997. godine, a da je još od 1995. godine dobila vršenje roditeljskog prava. Dalje je navedeno da nije bilo dodatnih razloga, kao što su međunarodne obaveze, humanitarni ili politički razlozi, da bi se dozvolilo deci da se pridruže majci u Holandiji. Podnosioci su se žalili da je odbijanje davanja dozvole pridruživanja deci, dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je u svojoj presudi konstatovao da iz činjeničnog stanja presude koju je doneo nacionalni sud nije bilo moguće utvrditi na koji način je majka vršila roditeljsko pravo od 1993. do 1997. godine, što je od suštinske važnosti, kao i na osnovu čega je indonežanski sud doneo odluku o dodeljivanju vršenja roditeljskog prava majci, imajući u vidu činjenicu njene trajne odsutnosti. ESLJP je utvrdio da je majka živela odvojeno od svoje dece pet godina pre nego što su ona došla kod nje u Holandiju. Pre toga, deca su ceo svoj život provela u Indoneziji, stekla u toj državi snažne kulturne i jezičke veze, imala druge rođake u zemlji porekla i bila su odgajana i vaspitavana od strane oca. U vreme odlučivanja ESLJP dvoje dece postalo je punoletno. Uprkos tome što su deca izrazila želju

32 *Chandra and Tjonadi protiv Holandije*, App. no. 53102/99, presuda od 13. maja 2003. godine.

деци пре 1992. године. Два старија детета имала су везу само са својом земљом порекла у којој су живели читав свој живот. ЕСЉП је поновио да члан 8. ЕКЉП не гарантује право на избор одговарајуће средине за развијање породичног живота и није утврдио повреду истог.

Одбијање придруживања деце родитељу, уколико тај родитељ у дужем периоду времена не врши родитељско право и уколико деца имају снажне везе са државом порекла, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Chandra u Tjonadi против Холандије*,[1131] ЕСЉП је утврдио да је мајка живела одвојено од своје деце пет година пре него што су она дошла код ње у Холандију. Пре тога, деца су цео свој живот провела у Индонезији, стекла у тој држави снажне културне и језичке везе, имала друге рођаке у земљи порекла и била су одгајана и васпитавана од стране оца. У време одлучивања Суда двоје деце постало је пунолетно. Упркос томе што су деца изразила жељу да остану у Холандији, члан 8. ЕКЉП не подразумева право избора одговарајуће средине за развијање породичног живота. Није утврђено да постоје препреке да се подноситељка са својом децом врати у Индонезију и тамо оствари породични живот. На основу тога, није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. У овој пресуди, поново имамо потврду хипотезе да право на поштовање породичног живота постоји само док родитељ врши родитељско право - до пунолетства детета.

Тазбинско сродство представља основ за постојање породичног живота. Однос између таста и зета сматра се породичним животом. Осуда таста на

1131 *Chandra and Tjonadi v Netherlands*, пред. бр. 53102/99, пресуда од 13. маја 2003. године. Подноситељка, холандска држављанка индонежанског порекла, 1992. године је напустила Индонезију и доселила се у Холандију. Она је у Индонезији поднела тужбу за развод брака од свог супруга, оца четворо њене деце која су остала са оцем у Индонезији. У току 1995. године, њој је додељено да врши родитељско право над децом. Након што је добила холандско држављанство 1996. године, деца су 1997. године дошла у Холандију уз поседовање туристичке визе и остала ту да живе са мајком. Захтев деце за добијањем боравишне дозволе је одбијен, као и жалба на наведену одлуку. Домаћи суд је навео да је мајка показала интересовање за долазак деце тек 1997. године, а да је још од 1995. године добила вршење родитељског права. Даље је наведено да није било додатних разлога, као што су међународне обавезе, хуманитарни или политички разлози, да би се дозволило деци да се придруже мајци у Холандији. Подносиоци су се жалили да је одбијање давања дозволе придруживања деци, довело до повреде права на поштовање породичног живота.

Из чињеничног стања пресуде нисмо могли да утврдимо, што је од суштинске важности, на који начин је мајка вршила родитељско право од 1993. до 1997. године, као и на основу чега је индонежански суд донео одлуку о додељивању вршења родитељског права мајци, имајући у виду чињеницу њене трајне одсутности.

da ostanu u Holandiji, član 8 EKLJP ne podrazumeva pravo izbora odgovarajuće sredine za razvijanje porodičnog života. Nije utvrđeno da postoje prepreke da se podnositeljka sa svojom decom vrati u Indoneziju i tamo ostvari porodični život. Na osnovu toga, nije utvrđena povreda prava na poštovanje porodičnog života. I u ovoj presudi je utvrđeno da pravo na poštovanje porodičnog života postoji samo dok roditelj vrši roditeljsko pravo – do punoletstva deteta.

U slučaju *Mallah protiv Francuske*,[33] podnosilac je marokanski državljanin koji zakonito boravi u Francuskoj više od 30 godina zajedno sa suprugom i petoro dece. U avgustu 2003. godine, njegova ćerka se udala za marokanskog državljanina koji živi u Maroku, nakon čega je ona podnela zahtev da se njen suprug, u cilju okupljanja porodice, pridruži u Francuskoj. U decembru 2005. godine zet je došao u Francusku kod podnosioca. Nakon što mu je istekla viza u martu 2006. godine, on je ostao u Francuskoj sa svojom suprugom koja je zatrudnela. U aprilu 2006. godine policija je pritvorila podnosioca i njegovog zeta. U julu 2006. godine podnosilac je izveden pred krivični sud za krivično delo prikrivanja migranata. U avgustu 2006. godine, zet i podnosiočeva ćerka su podneli zahtev za porodičnim ujedinjenjem. Iako je obavešten da se krivični postupak protiv njega obustavlja, podnosilac je u septembru 2006. godine osuđen za skrivanje imigranata, ali je u isto vreme oslobođen izvršenja kazne. U oktobru 2006. godine odobren je zahtev za pridruživanjem zeta podnosiočevoj ćerci. Podnosilac se žalio sudu da je odluka o krivičnom gonjenju povredila njegova prava iz člana 8 EKLJP. Apelacioni sud odbio je njegovu žalbu. Podnosilac je iz istih razloga podneo predstavku ESLJP.

U ovom slučaju ESLJP je zaključio da tazbinsko srodstvo predstavlja osnov za postojanje porodičnog života i konstatovao da se odnos između tasta i zeta smatra porodičnim životom. Osuda tasta na zatvorsku kaznu usled prikrivanja zeta koji nelegalno boravi u domaćoj državi ne dovodi do povrede člana 8 Konvencije. ESLJP je našao da je zet živeo u porodičnom domu tasta, da je bio oženjen njegovom ćerkom dve godine, da je par očekivao rođenje deteta i da je podneo zahtev za ujedinjenjem porodice. Na osnovu toga, odnos između tasta i zeta može se smatrati porodičnim životom. Cilj propisivanja zabrane pomaganja migrantima u dolasku, ostanku i skrivanju u domaćoj zemlji bio je sprečavanje ogranizovanih mreža krijumčara ljudi. Zakonska odredba isključivala je gonjenje bliskih članova porodice: predaka, potomaka, braće, sestara, supružnika i vanbračnih partnera. U skladu sa tim, podnosilac nije spadao u kategoriju navedenih osoba. Na osnovu toga, domaći sud nije mogao drugačije da postupi nego da osudi podnosioca. Ipak, imajući u vidu konkretne okolnosti slučaja, pre svega, da je podnosilac vođen isključivo blagonaklonošću ka svom zetu, on je oslobođen posledica osude. ESLJP je našao da postupkom osude nije došlo do

33 *Mallah protiv Francuske*, App. no. 29681/08, presuda od 10. novembra 2011. godine.

затворску казну услед прикривања зета који нелегално борави у домаћој држави не доводи до повреде члана 8. Конвенције.

У случају *Mallah против Француске*.[1132] ЕСЉП је нашао да је зет живео у породичном дому таста, да је био ожењен његовом ћерком две године, да је пар очекивао рођење детета и да је поднео захтев за уједињењем породице. На основу тога, однос између таста и зета може се сматрати породичним животом. Циљ прописивања забране помагања емигрантима у доласку, останку и скривању у домаћој земљи био је спречавање огранизованих мрежа кријумчара људи. Законска одредба искључивала је гоњење блиских чланова породице: предака, потомака, браће, сестара, супружника и ванбрачних партнера. У складу са тиме, подносилац није спадао у категорију наведених особа. На основу тога, домаћи суд није могао другачије да поступи него да осуди подносиоца. Ипак, имајући у виду конкретне околности случаја, пре свега, да је подносилац вођен искључиво благонаклоношћу ка свом зету, он је ослобођен последица осуде. ЕСЉП је нашао да поступком осуде није дошло до значајнијег угрожавања права на поштовање породичног живота подносиоца и да није утврђена повреда овог права.

Ово је први пут да је ЕСЉП утврдио да породични живот постоји између тазбинских сродника, конкретно између таста и зета, чиме је појам породичног живота (додатно) проширен.

Неразматрање захтева за придруживањем чланова породице од стране домаћих власти у дужем временском периоду, представља повреду права на поштовање породичног живота.

1132 *Mallah v France*, пред. бр. 29681/08, пресуда од 10. новембра 2011. године. Подносилац је марокански држављанин који законито борави у Француској више од 30 година заједно са супругом и петоро деце. У августу 2003. године, његова ћерка се удала за мароканског држављанина који живи у Мароку, након чега је она поднела захтев да се њен супруг, у циљу окупљања породице, придружи њој у Француској. У децембру 2005. године зет је дошао у Француску код подносиоца. Након што му је истекла виза у марту 2006. године, он је остао у Француској са својом супругом која је затруднела. У априлу 2006. године полиција је притворила подносиоца и његовог зета. У јулу 2006. године подносилац је изведен пред кривични суд за кривично дело прикривања имиграната. У августу 2006. године зет и подносиочева ћерка су поднели захтев за породичним уједињењем. Иако је обавештен да се кривични поступак против њега обуставља, подносилац је у септембру 2006. године осуђен за скривање имиграната, али је у исто време ослобођен извршења казне. У октобру 2006. године одобрен је захтев за придруживањем зета подносиочевој ћерци. Подносилац се жалио суду да је одлука о кривичном гоњењу повредила његова права из члана 8. ЕКЉП. Апелациони суд одбио је његову жалбу. Подносилац је из истих разлога поднео представку ЕСЉП.

značajnijeg ugrožavanja prava na poštovanje porodičnog života podnosioca i da nije utvrđena povreda ovog prava. Ovo je bio prvi put da je ESLJP utvrdio da porodični život postoji između tazbinskih srodnika, konkretno između tasta i zeta, čime je pojam porodičnog života dodatno proširen.

Nerazmatranje zahteva za pridruživanjem članova porodice od strane domaćih vlasti u dužem vremenskom periodu, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

> U slučaju *Tanda-Muzinga protiv Francuske*,[34] podnosilac je državljanin Konga, rođen 1970. godine, koji je 2000. godine sa svojom suprugom i decom stekao status izbeglice u Kamerunu. Podnosilac se doselio u Francusku 2003. godine i podneo je zahtev za azil. On je 2007. godine u Francuskoj stekao status izbeglice. Odmah nakon dobijanja statusa izbeglice on je podneo zahtev da mu se pridruže supruga i deca. S obzirom na to da nije dobio odgovor na zahtev, on je u maju 2008. godine pokrenuo sudski postupak. Domaće vlasti su našle da zahtevani izvodi iz matičnih knjiga za decu iz Kameruna nisu verodostojni i da je podnosilac napustio svoju porodicu. Nakon ponovnog zahteva za izdavanjem dokumenata za decu, 2010. godine je utvrđeno da su dokumenti za jedno dete validni, ali da za drugo dete nije moguće izdati tražena dokumenta. Tek u decembru 2010. godine, francuske vlasti su izdale boravišnu vizu sa decu i suprugu. Podnosilac se žalio da su odlaganja u razmatranju zahteva za pridruživanjem porodice povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

Sud je naveo da je porodica podnosioca mogla da se pridruži tek što je nakon tri i po godine od podnošenja zahteva, i šest godina od razdvajanja, izdata boravišna viza. U tom periodu porodica nije mogla da bude zajedno i uživa porodični život. Princip spajanja porodice podrazumeva da se zahtevi za izdavanjem vize razmatraju hitno, studiozno i sa posebnom pažnjom. Suprotno navodima domaćih vlasti, ESLJP smatra da podnosilac ne može biti odgovoran za odvajanje od svoje porodice. Dolazak dece, u vreme podnošenja zahteva, starosti tri, šest i trinaest godina, u domaću državu, imajući u vidu izbeglički status porodice u stranoj državi (Kamerunu), bio je jedini način da se nastavi porodični život. Odgovor na zahtev podnosioca je dat tek nakon 15 meseci od podnošenja zahteva. Dodatno, podnosilac se suočio sa dodatnim teškoćama u postupku, posebno povodom dokazivanja odnosa roditelj-dete (dostavljanje verodostojnih dokumenata). Čak je i UNHCR intervenisao i podneo potrebna dokumenta za decu. Bilo je potrebno više od tri i po godine da domaće vlasti utvrde postojanje pravnog odnosa podnosioca sa svojom decom. Postojanje konstantnih prepreka tokom postupka dobijanja vize dovelo je podnosioca u stanje ozbiljne depresije nakon traumatičnih događaja vezanih za njegov izbeglički status. Domaće vlasti

34 *Tanda-Muzinga protiv Francuske*, App. no. 2260/10, presuda od 10. jula 2014. godine.

затворску казну услед прикривања зета који нелегално борави у домаћој држави не доводи до повреде члана 8. Конвенције.

У случају *Mallah против Француске*,[1132] ЕСЉП је нашао да је зет живео у породичном дому таста, да је био ожењен његовом ћерком две године, да је пар очекивао рођење детета и да је поднео захтев за уједињењем породице. На основу тога, однос између таста и зета може се сматрати породичним животом. Циљ прописивања забране помагања емигрантима у доласку, останку и скривању у домаћој земљи био је спречавање огранизованих мрежа кријумчара људи. Законска одредба искључивала је гоњење блиских чланова породице: предака, потомака, браће, сестара, супружника и ванбрачних партнера. У складу са тиме, подносилац није спадао у категорију наведених особа. На основу тога, домаћи суд није могао другачије да поступи него да осуди подносиоца. Ипак, имајући у виду конкретне околности случаја, пре свега, да је подносилац вођен искључиво благонаклоношћу ка свом зету, он је ослобођен последица осуде. ЕСЉП је нашао да поступком осуде није дошло до значајнијег угрожавања права на поштовање породичног живота подносиоца и да није утврђена повреда овог права.

Ово је први пут да је ЕСЉП утврдио да породични живот постоји између тазбинских сродника, конкретно између таста и зета, чиме је појам породичног живота (додатно) проширен.

Неразматрање захтева за придруживањем чланова породице од стране домаћих власти у дужем временском периоду, представља повреду права на поштовање породичног живота.

1132 *Mallah v France*, пред. бр. 29681/08, пресуда од 10. новембра 2011. године. Подносилац је марокански држављанин који законито борави у Француској више од 30 година заједно са супругом и петоро деце. У августу 2003. године, његова ћерка се удала за мароканског држављанина који живи у Мароку, након чега је она поднела захтев да се њен супруг, у циљу окупљања породице, придружи њој у Француској. У децембру 2005. године зет је дошао у Француску код подносиоца. Након што му је истекла виза у марту 2006. године, он је остао у Француској са својом супругом која је затруднела. У априлу 2006. године полиција је притворила подносиоца и његовог зета. У јулу 2006. године подносилац је изведен пред кривични суд за кривично дело прикривања имиграната. У августу 2006. године зет и подносиочева ћерка су поднели захтев за породичним уједињењем. Иако је обавештен да се кривични поступак против њега обуставља, подносилац је у септембру 2006. године осуђен за скривање имиграната, али је у исто време ослобођен извршења казне. У октобру 2006. године одобрен је захтев за придруживањем зета подносиочевој ћерци. Подносилац се жалио суду да је одлука о кривичном гоњењу повредила његова права из члана 8. ЕКЉП. Апелациони суд одбио је његову жалбу. Подносилац је из истих разлога поднео представку ЕСЉП.

značajnijeg ugrožavanja prava na poštovanje porodičnog života podnosioca i da nije utvrđena povreda ovog prava. Ovo je bio prvi put da je ESLJP utvrdio da porodični život postoji između tazbinskih srodnika, konkretno između tasta i zeta, čime je pojam porodičnog života dodatno proširen.

Nerazmatranje zahteva za pridruživanjem članova porodice od strane domaćih vlasti u dužem vremenskom periodu, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Tanda-Muzinga protiv Francuske*,[34] podnosilac je državljanin Konga, rođen 1970. godine, koji je 2000. godine sa svojom suprugom i decom stekao status izbeglice u Kamerunu. Podnosilac se doselio u Francusku 2003. godine i podneo je zahtev za azil. On je 2007. godine u Francuskoj stekao status izbeglice. Odmah nakon dobijanja statusa izbeglice on je podneo zahtev da mu se pridruže supruga i deca. S obzirom na to da nije dobio odgovor na zahtev, on je u maju 2008. godine pokrenuo sudski postupak. Domaće vlasti su našle da zahtevani izvodi iz matičnih knjiga za decu iz Kameruna nisu verodostojni i da je podnosilac napustio svoju porodicu. Nakon ponovnog zahteva za izdavanjem dokumenata za decu, 2010. godine je utvrđeno da su dokumenti za jedno dete validni, ali da za drugo dete nije moguće izdati tražena dokumenta. Tek u decembru 2010. godine, francuske vlasti su izdale boravišnu vizu sa decu i suprugu. Podnosilac se žalio da su odlaganja u razmatranju zahteva za pridruživanjem porodice povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

Sud je naveo da je porodica podnosioca mogla da se pridruži tek što je nakon tri i po godine od podnošenja zahteva, i šest godina od razdvajanja, izdata boravišna viza. U tom periodu porodica nije mogla da bude zajedno i uživa porodični život. Princip spajanja porodice podrazumeva da se zahtevi za izdavanjem vize razmatraju hitno, studiozno i sa posebnom pažnjom. Suprotno navodima domaćih vlasti, ESLJP smatra da podnosilac ne može biti odgovoran za odvajanje od svoje porodice. Dolazak dece, u vreme podnošenja zahteva, starosti tri, šest i trinaest godina, u domaću državu, imajući u vidu izbeglički status porodice u stranoj državi (Kamerunu), bio je jedini način da se nastavi porodični život. Odgovor na zahtev podnosioca je dat tek nakon 15 meseci od podnošenja zahteva. Dodatno, podnosilac se suočio sa dodatnim teškoćama u postupku, posebno povodom dokazivanja odnosa roditelj-dete (dostavljanje verodostojnih dokumenata). Čak je i UNHCR intervenisao i podneo potrebna dokumenta za decu. Bilo je potrebno više od tri i po godine da domaće vlasti utvrde postojanje pravnog odnosa podnosioca sa svojom decom. Postojanje konstantnih prepreka tokom postupka dobijanja vize dovelo je podnosioca u stanje ozbiljne depresije nakon traumatičnih događaja vezanih za njegov izbeglički status. Domaće vlasti

34 *Tanda-Muzinga protiv Francuske*, App. no. 2260/10, presuda od 10. jula 2014. godine.

У случају *Tanda-Muzinga против Француске*.[1133] Суд је навео да је породица подносиоца могла да се придружи тек што је након три и по године од подношења захтева, и шест година од раздвајања, издата боравишна виза. У том периоду породица није могла да буде заједно. Принцип окупљања породице подразумева да се захтеви за издавањем визе разматрају хитно, студиозно и са посебном пажњом. Супротно наводима домаћих власти, Суд сматра да подносилац не може бити одговоран за одвајање од своје породице. Долазак деце, у време подношења захтева, старости три, шест и тринаест година, у домаћу државу, имајући у виду избеглички статус породице у страној држави (Камеруну), био је једини начин да се настави породични живот. Одговор на захтев подносиоца је дат тек након 15 месеци од подношења захтева. Додатно, подносилац се суочио са додатним тешкоћама у поступку, посебно поводом доказивања односа родитељ-дете (достављање веродостојних докумената). Чак је и *UNHCR* интервенисао и поднео потребна документа за децу. Било је потребно више од три и по године да домаће власти утврде постојање правног односа подносиоца са својом децом. Постојање константних препрека током поступка добијања визе, довело је подносиоца у стање озбиљне депресије након трауматичних догађаја везаних за његов избеглички статус. Домаће власти нису посветиле потребну пажњу специфичној ситуацији подносиоца, нити су деловале у складу са начелом хитности, што је навело ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.[1134]

[1133] *Tanda-Muzinga v France*, пред. бр. 2260/10, пресуда од 10. јула 2014. године. Подносилац је држављанин Конга, рођен 1970. године, који је 2000. године са својом супругом и децом стекао статус избеглице у Камеруну. Подносилац се доселио у Француску 2003. године и поднео је захтев за азил. Он је 2007. године у Француској стекао статус избеглице. Одмах након добијања статуса избеглице он је поднео захтев да му се придруже супруга и деца. С обзиром на то да није добио одговор на захтев, он је у мају 2008. године покренуо судски поступак. Домаће власти су нашле да захтевани изводи из матичних књига за децу из Камеруна нису веродостојни и да је подносилац напустио своју породицу. Након поновног захтева за издавањем докумената за децу, 2010. године је утврђено да су документа за једно дете валидна, али да за друго дете није могуће издати тражена документа. Тек у децембру 2010. године, француске власти су издале боравишну визу за децу и супругу. Подносилац се жалио да су одлагања у разматрању захтева за придруживањем породице повредила право на поштовање породичног живота.

[1134] ЕСЉП је стао на идентично становиште у случајевима *Mugenzi v France*, пред. бр. 52701/09, пресуда од 10. јула 2014. године и *Senigo Longue and others v France*, пред. бр. 19113/09 , пресуда од 10. јула 2014. године.

nisu posvetile potrebnu pažnju specifičnoj situaciji podnosioca niti su delovale u skladu sa načelom hitnosti, što je navelo ESLJP da utvrdi povredu prava na poštovanje porodičnog života.[35]

4.2. Okupljanje članova porodice u okviru iste države

Uskraćivanje zajedničkog života supružnicima azilantima u okviru iste države usled administrativnih prepreka i nemogućnosti deportacije u državu porekla, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

> U slučajevima *Mengensha Kimfe protiv Švajcarske*[36] i *Agraw protiv Švajcarske*,[37] u kojima su podnositeljke dve žene, etiopske državljanke, koje su ilegalno, zajedno sa njihovim partnerima, ušle u Svajcarsku i zatražile azil. Domaće vlasti su ih smestile u različite kantone od onih u kojima su smešteni njihovi partneri. Nakon što su zahtevi za azilom sve četiri osobe odbijeni, doneta je odluka o njihovoj deportaciji. Međutim, oni su ipak ostali u Švajcarskoj, s obzirom na to da su etiopske vlasti odbile njihov povratak. Nakon što su 2002. i 2003. godine zaključile brak sa svojim partnerima, supruge su tražile dozvolu da budu premeštene u kantone gde su živeli njihovi supruzi, ali je njihov zahtev odbijen. Tek 2008. godine suprugama je dozvoljeno da se presele u kantone svojih supružnika. Podnositeljke su se žalile da je odluka domaćih vlasti o odbijanju nastanjenja u kantonima gde su njihovi supružnici živeli, dovela do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je naveo da su podnositeljke bile sprečene da žive sa svojim supruzima u trajanju od oko četiri godine. Kako je jedan od osnovnih elemenata braka zajednički život, to je sprečavanje zajedničkog života supružnika, kao bitnog segmenta porodičnog života, predstavljalo mešanje u porodični život. U prvom slučaju, utvrđeno je da je podnositeljka imala kontakt sa svojim suprugom od zaključenja braka, ali je kontakt onemogućen od trenutka kada je ona pozvana u policiju, suočavajući se sa pokretanjem krivičnog postupka s obzirom na to da se nije nalazila u svom kantonu. Takođe, kao rezultat kršenja pravila o nenapuštanju svog kantona, njoj je moglo biti uskraćeno dalje dopisivanje sa suprugom, zdravstveno osiguranje i socijalna pomoć. U drugom slučaju, ESLJP je našao da iako se podnositeljka nalazila na samo sat i po vremena putovanja vozom od mesta boravka svog supruga, naknadno rođenje deteta i nemogućnost da ona usled toga putuje, doveli su do ozbiljnog mešanja u porodični život usled dugotrajne razdvojenosti. Važna činjenica ogleda se u tome što obe podnositeljke

35 ESLJP je stao na identično stanovište u slučajevima *Mugenzi protiv Holandije*, App. no. 52701/09, presuda od 10. jula 2014. godine i *Senigo Longue and others protiv Holandije*, App. no. 19113/09, presuda od 10. jula 2014. godine.

36 *Mengensha Kimfe protiv Švajcarske,* App. no. 24404/05, presuda od 29. jula 2010.

37 *Agraw protiv Švajcarske*, App. no. 3295/06, presuda od 29. jula 2010. godine.

У случају *Tanda-Muzinga против Француске*,[1133] Суд је навео да је породица подносиоца могла да се придружи тек што је након три и по године од подношења захтева, и шест година од раздвајања, издата боравишна виза. У том периоду породица није могла да буде заједно. Принцип окупљања породице подразумева да се захтеви за издавањем визе разматрају хитно, студиозно и са посебном пажњом. Супротно наводима домаћих власти, Суд сматра да подносилац не може бити одговоран за одвајање од своје породице. Долазак деце, у време подношења захтева, старости три, шест и тринаест година, у домаћу државу, имајући у виду избеглички статус породице у страној држави (Камеруну), био је једини начин да се настави породични живот. Одговор на захтев подносиоца је дат тек након 15 месеци од подношења захтева. Додатно, подносилац се суочио са додатним тешкоћама у поступку, посебно поводом доказивања односа родитељ-дете (достављање веродостојних докумената). Чак је и *UNHCR* интервенисао и поднео потребна документа за децу. Било је потребно више од три и по године да домаће власти утврде постојање правног односа подносиоца са својом децом. Постојање константних препрека током поступка добијања визе, довело је подносиоца у стање озбиљне депресије након трауматичних догађаја везаних за његов избеглички статус. Домаће власти нису посветиле потребну пажњу специфичној ситуацији подносиоца, нити су деловале у складу са начелом хитности, што је навело ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.[1134]

[1133] *Tanda-Muzinga v France*, пред. бр. 2260/10, пресуда од 10. јула 2014. године. Подносилац је држављанин Конга, рођен 1970. године, који је 2000. године са својом супругом и децом стекао статус избеглице у Камеруну. Подносилац се доселио у Француску 2003. године и поднео је захтев за азил. Он је 2007. године у Француској стекао статус избеглице. Одмах након добијања статуса избеглице он је поднео захтев да му се придруже супруга и деца. С обзиром на то да није добио одговор на захтев, он је у мају 2008. године покренуо судски поступак. Домаће власти су нашле да захтевани изводи из матичних књига за децу из Камеруна нису веродостојни и да је подносилац напустио своју породицу. Након поновног захтева за издавањем докумената за децу, 2010. године је утврђено да су документа за једно дете валидна, али да за друго дете није могуће издати тражена документа. Тек у децембру 2010. године, француске власти су издале боравишну визу за децу и супругу. Подносилац се жалио да су одлагања у разматрању захтева за придруживањем породице повредила право на поштовање породичног живота.

[1134] ЕСЉП је стао на идентично становиште у случајевима *Mugenzi v France*, пред. бр. 52701/09, пресуда од 10. јула 2014. године и *Senigo Longue and others v France*, пред. бр. 19113/09 , пресуда од 10. јула 2014. године.

nisu posvetile potrebnu pažnju specifičnoj situaciji podnosioca niti su delovale u skladu sa načelom hitnosti, što je navelo ESLJP da utvrdi povredu prava na poštovanje porodičnog života.[35]

4.2. Okupljanje članova porodice u okviru iste države

Uskraćivanje zajedničkog života supružnicima azilantima u okviru iste države usled administrativnih prepreka i nemogućnosti deportacije u državu porekla, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučajevima *Mengensha Kimfe protiv Švajcarske*[36] i *Agraw protiv Švajcarske*,[37] u kojima su podnositeljke dve žene, etiopske državljanke, koje su ilegalno, zajedno sa njihovim partnerima, ušle u Švajcarsku i zatražile azil. Domaće vlasti su ih smestile u različite kantone od onih u kojima su smešteni njihovi partneri. Nakon što su zahtevi za azilom sve četiri osobe odbijeni, doneta je odluka o njihovoj deportaciji. Međutim, oni su ipak ostali u Švajcarskoj, s obzirom na to da su etiopske vlasti odbile njihov povratak. Nakon što su 2002. i 2003. godine zaključile brak sa svojim partnerima, supruge su tražile dozvolu da budu premeštene u kantone gde su živeli njihovi supruzi, ali je njihov zahtev odbijen. Tek 2008. godine suprugama je dozvoljeno da se presele u kantone svojih supružnika. Podnositeljke su se žalile da je odluka domaćih vlasti o odbijanju nastanjenja u kantonima gde su njihovi supružnici živeli, dovela do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

ESLJP je naveo da su podnositeljke bile sprečene da žive sa svojim supruzima u trajanju od oko četiri godine. Kako je jedan od osnovnih elemenata braka zajednički život, to je sprečavanje zajedničkog života supružnika, kao bitnog segmenta porodičnog života, predstavljalo mešanje u porodični život. U prvom slučaju, utvrđeno je da je podnositeljka imala kontakt sa svojim suprugom od zaključenja braka, ali je kontakt onemogućen od trenutka kada je ona pozvana u policiju, suočavajući se sa pokretanjem krivičnog postupka s obzirom na to da se nije nalazila u svom kantonu. Takođe, kao rezultat kršenja pravila o nenapuštanju svog kantona, njoj je moglo biti uskraćeno dalje dopisivanje sa suprugom, zdravstveno osiguranje i socijalna pomoć. U drugom slučaju, ESLJP je našao da iako se podnositeljka nalazila na samo sat i po vremena putovanja vozom od mesta boravka svog supruga, naknadno rođenje deteta i nemogućnost da ona usled toga putuje, doveli su do ozbiljnog mešanja u porodični život usled dugotrajne razdvojenosti. Važna činjenica ogleda se u tome što obe podnositeljke

35 ESLJP je stao na identično stanovište u slučajevima *Mugenzi protiv Holandije*, App. no. 52701/09, presuda od 10. jula 2014. godine i *Senigo Longue and others protiv Holandije*, App. no. 19113/09, presuda od 10. jula 2014. godine.

36 *Mengensha Kimfe protiv Švajcarske,* App. no. 24404/05, presuda od 29. jula 2010.

37 *Agraw protiv Švajcarske*, App. no. 3295/06, presuda od 29. jula 2010. godine.

6.2. Окупљање чланова породице у оквиру исте државе

Ускраћивање заједничког живота супружницима азилантима у оквиру исте државе услед административних препрека и немогућности депортације у државу порекла, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случајевима *Mengensha Kimfe против Швајцарске и Agraw против Швајцарске*,[1135] ЕСЉП је навео да су подноситељке биле спречене да живе са својим супрузима у трајању од око четири године. Како је један од основних елемената брака заједнички живот, то је спречавање заједничког живота супружника, као битног сегмента породичног живота, представљало мешање у исти. У првом случају, утврђено је да је подноситељка имала контакт са својим супругом од закључења брака, али је контакт онемогућен од тренутка када је она позвана у полицију, суочавајући се са покретањем кривичног поступка с обзиром на то да се није налазила у свом кантону. Такође, као резултат кршења правила о ненапуштању свог кантона, њој је могло бити ускраћено даље дописивање са супругом, здравствено осигурање и социјална помоћ. У другом случају, ЕСЉП налази да иако се подноситељка налазила на само сат и по времена путовања возом од места боравка свог супруга, накнадно рођење детета и немогућност да она услед тога путује, довели су до озбиљног мешања у породични живот услед дуготрајне раздвојености. Важна чињеница огледа се у томе што обе подноситељке нису могле бити депортоване у земљу порекла услед противљења етиопских власти њиховом повратку, и на тај начин онемогућене да изграде породични живот изван територије Швајцарске. Премештање подноситељки у кантон њихових супруга не би довело до значајног повећања броја азиланата у том кантону, као ни доласка других азиланата у тај кантон. Упркос

1135 *Mengensha Kimfe v Switzerland*, пред. бр. 24404/05 и *Agraw v Switzerland*, пред. бр. 3295/06, пресуда од 29. јула 2010. године. Подноситељске су две жене, етиопске држављанке, које су илегално, заједно са њиховим партнерима, ушле у Швајцарску и затражиле азил. Домаће власти су их сместиле у различите кантоне од оних у којима су смештени њихови партнери. Након што су захтеви за азилом све четири особе одбијени, донета је одлука о њиховој депортацији. Међутим, они су ипак остали у Швајцарској, с обзиром на то да су етиопске власти одбиле њихов повратак. Након што су 2002. и 2003. године закључиле брак са својим партнерима, супруге су тражиле дозволу да буду премештене у кантоне где су живели њихови супрузи, али је њихов захтев одбијен. Тек 2008. године супругама је дозвољено да се преселе у кантоне својих супружника. Подноситељке су се жалиле да је одлука домаћих власти о одбијању настањивања у кантонима где су њихови супружници живели, довела до повреде права на поштовање породичног живота.

nisu mogle biti deportovane u zemlju porekla usled protivljenja etiopskih vlasti njihovom povratku i na taj način su bile onemogućene da izgrade porodični život izvan teritorije Švajcarske. Premeštanje podnositeljki u kanton njihovih supruga ne bi dovelo do značajnog povećanja broja azilanata u tom kantonu, kao ni dolaska drugih azilanata u taj kanton.[38] Sud je stao na stanovište da uprkos administrativnim troškovima premeštanja podnositeljki u drugi kanton, njihov porodični interes ima prevagu nad javnim interesom države. Uvažavajući okolnosti slučaja i dužinu perioda razdvojenosti supružnika, ESLJP je utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života.

> U slučaju *Moustahi protiv Francuske*,[39] podnosioci su otac i dvoje dece, državljani Komorskih ostrva. Podnosilac je rođen 1982. godine i 1994. godine ušao je na ostrvo Majote (teritorija Francuske) sa privremenom dozvolom boravka koja je od tada redovno obnavljana i njegov boravak je bio zakonit. Njegova žena je državljanka Komora i nije imala legalni status boravka. Dvoje dece je rođeno 2008. i 2010. godine na Majoteu. Usled protivpravnog statusa boravka na Komorima, 2011. godine izdat je nalog za iseljenje iz države za majku i dvoje dece koji su se vratili na Komore, gde je majka ostavila decu kod babe i vratila se u Majote. U novembru 2013. godine dvoje dece su putovali brodom u Majote zajedno sa još 17 odraslih osoba, kada je brod presretnut od strane francuskih vlasti. Svi migranti su pre hitnog iseljavanja pritvoreni zajedno sa ostalim odraslim osobama. Tokom pritvaranja deca su bila smeštena zajedno sa jednom odraslom osobom u odnosu na koju je doneta zajednička mera iseljenja, bez naznačavanja imena dece u nalogu za povratak na Komore. Otac je zahtevao da vidi decu ali mu nije bilo dozvoljeno. Deca su istog dana vraćena na Komore. Nakon toga njihov otac je podneo žalbe administrativnim i sudskim vlastima u Majoteu, ali su žalbe odbijene. Podnosilac je 13. januara 2014. podneo zahtev konzularnim vlastima u Komorima da se sprovede spajanje porodice. U avgustu 2014. godine deci su izdate vize i od septembra 2014. godine deca žive sa svojim ocem. Deca su se žalila da je njihovo pritvaranje bilo protivno članu 3 EKLJP, kao i da je kolektivno iseljenje protivno Protokolu 4 uz EKLJP. Sva tri podnosioca su se žalili da je pritvaranje i odvajanje dece od porodice bilo protivno članu 8 EKLJP.

ESLJP je najpre primetio da su deca prilikom sprovođenja mere iseljenja bila arbitrerno spojena sa odraslom osobom sa kojom nisu bila u srodstvu, kao i da su bila pritvorena na lokaciji i uslovima zajedno sa odraslim osobama. To je dovelo do toga da deca budu izložena stresu i anksioznosti što je uticalo na njihovo mentalno zdravlje, a posebno imajući u vidu uzrast dece i činjenicu da

38 Za odlučivanje ESLJP povodom traženja azila i spajanja porodice usled ratnih dešavanja vidi više *Tuquabo-Tekle and Others protiv Holandije*, App. no. 60665/00, presuda od 1. marta 2006. godine.

39 *Moustahi protiv Francuske*, App. no. 9347/14, presuda od 25. juna 2020. godine.

6.2. Окупљање чланова породице у оквиру исте државе

Ускраћивање заједничког живота супружницима азилантима у оквиру исте државе услед административних препрека и немогућности депортације у државу порекла, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случајевима *Mengensha Kimfe против Швајцарске и Agraw против Швајцарске*,[1135] ЕСЉП је навео да су подноситељке биле спречене да живе са својим супрузима у трајању од око четири године. Како је један од основних елемената брака заједнички живот, то је спречавање заједничког живота супружника, као битног сегмента породичног живота, представљало мешање у исти. У првом случају, утврђено је да је подноситељка имала контакт са својим супругом од закључења брака, али је контакт онемогућен од тренутка када је она позвана у полицију, суочавајући се са покретањем кривичног поступка с обзиром на то да се није налазила у свом кантону. Такође, као резултат кршења правила о ненапуштању свог кантона, њој је могло бити ускраћено даље дописивање са супругом, здравствено осигурање и социјална помоћ. У другом случају, ЕСЉП налази да иако се подноситељка налазила на само сат и по времена путовања возом од места боравка свог супруга, накнадно рођење детета и немогућност да она услед тога путује, довели су до озбиљног мешања у породични живот услед дуготрајне раздвојености. Важна чињеница огледа се у томе што обе подноситељке нису могле бити депортоване у земљу порекла услед противљења етиопских власти њиховом повратку, и на тај начин онемогућене да изграде породични живот изван територије Швајцарске. Премештање подноситељки у кантон њихових супруга не би довело до значајног повећања броја азиланата у том кантону, као ни доласка других азиланата у тај кантон. Упркос

1135 *Mengensha Kimfe v Switzerland*, пред. бр. 24404/05 и *Agraw v Switzerland*, пред. бр. 3295/06, пресуда од 29. јула 2010. године. Подноситељске су две жене, етиопске држављанке, које су илегално, заједно са њиховим партнерима, ушле у Швајцарску и затражиле азил. Домаће власти су их сместиле у различите кантоне од оних у којима су смештени њихови партнери. Након што су захтеви за азилом све четири особе одбијени, донета је одлука о њиховој депортацији. Међутим, они су ипак остали у Швајцарској, с обзиром на то да су етиопске власти одбиле њихов повратак. Након што су 2002. и 2003. године закључиле брак са својим партнерима, супруге су тражиле дозволу да буду премештене у кантоне где су живели њихови супрузи, али је њихов захтев одбијен. Тек 2008. године супругама је дозвољено да се преселе у кантоне својих супружника. Подноситељке су се жалиле да је одлука домаћих власти о одбијању настањивања у кантонима где су њихови супружници живели, довела до повреде права на поштовање породичног живота.

nisu mogle biti deportovane u zemlju porekla usled protivljenja etiopskih vlasti njihovom povratku i na taj način su bile onemogućene da izgrade porodični život izvan teritorije Švajcarske. Premeštanje podnositeljki u kanton njihovih supruga ne bi dovelo do značajnog povećanja broja azilanata u tom kantonu, kao ni dolaska drugih azilanata u taj kanton.[38] Sud je stao na stanovište da uprkos administrativnim troškovima premeštanja podnositeljki u drugi kanton, njihov porodični interes ima prevagu nad javnim interesom države. Uvažavajući okolnosti slučaja i dužinu perioda razdvojenosti supružnika, ESLJP je utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života.

U slučaju *Moustahi protiv Francuske*,[39] podnosioci su otac i dvoje dece, državljani Komorskih ostrva. Podnosilac je rođen 1982. godine i 1994. godine ušao je na ostrvo Majote (teritorija Francuske) sa privremenom dozvolom boravka koja je od tada redovno obnavljana i njegov boravak je bio zakonit. Njegova žena je državljanka Komora i nije imala legalni status boravka. Dvoje dece je rođeno 2008. i 2010. godine na Majoteu. Usled protivpravnog statusa boravka na Komorima, 2011. godine izdat je nalog za iseljenje iz države za majku i dvoje dece koji su se vratili na Komore, gde je majka ostavila decu kod babe i vratila se u Majote. U novembru 2013. godine dvoje dece su putovali brodom u Majote zajedno sa još 17 odraslih osoba, kada je brod presretnut od strane francuskih vlasti. Svi migranti su pre hitnog iseljavanja pritvoreni zajedno sa ostalim odraslim osobama. Tokom pritvaranja deca su bila smeštena zajedno sa jednom odraslom osobom u odnosu na koju je doneta zajednička mera iseljenja, bez naznačavanja imena dece u nalogu za povratak na Komore. Otac je zahtevao da vidi decu ali mu nije bilo dozvoljeno. Deca su istog dana vraćena na Komore. Nakon toga njihov otac je podneo žalbe administrativnim i sudskim vlastima u Majoteu, ali su žalbe odbijene. Podnosilac je 13. januara 2014. podneo zahtev konzularnim vlastima u Komorima da se sprovede spajanje porodice. U avgustu 2014. godine deci su izdate vize i od septembra 2014. godine deca žive sa svojim ocem. Deca su se žalila da je njihovo pritvaranje bilo protivno članu 3 EKLJP, kao i da je kolektivno iseljenje protivno Protokolu 4 uz EKLJP. Sva tri podnosioca su se žalili da je pritvaranje i odvajanje dece od porodice bilo protivno članu 8 EKLJP.

ESLJP je najpre primetio da su deca prilikom sprovođenja mere iseljenja bila arbitrerno spojena sa odraslom osobom sa kojom nisu bila u srodstvu, kao i da su bila pritvorena na lokaciji i uslovima zajedno sa odraslim osobama. To je dovelo do toga da deca budu izložena stresu i anksioznosti što je uticalo na njihovo mentalno zdravlje, a posebno imajući u vidu uzrast dece i činjenicu da

38 Za odlučivanje ESLJP povodom traženja azila i spajanja porodice usled ratnih dešavanja vidi više *Tuquabo-Tekle and Others protiv Holandije*, App. no. 60665/00, presuda od 1. marta 2006. godine.

39 *Moustahi protiv Francuske*, App. no. 9347/14, presuda od 25. juna 2020. godine.

административним трошковима премештања подноситељки у други кантон, њихов породични интерес има превагу над јавним интересом државе. Уважавајући околности случаја и дужину периода раздвојености супружника, ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

7. Право на поштовање породичног живота особа у притвору

Један од начина прекида или престанка породичног живота представља и одлазак члана породице, посебно родитеља, на издржавање затворске казне. Посебна пажња поклања се одржавању породичних односа затвореника и њихових породица у циљу социјалне рехабилитације. У случају одласка родитеља у затвор или притвор, деца могу остати под родитељским старањем другог родитеља или блиског сродника, или бити под заштитом социјалних служби. Деца смештена у социјалне службе готово по правилу губе контакт са родитељем који је у затвору. Наводи се да се различито остварују контакти детета и родитеља у затвору у зависности од пола родитеља.[1136] У отвореним затворима деци се дозвољава да остану са мајком до одређеног узраста.[1137] Географска удаљеност повлачи да родитељи у иностраним затворским установама могу контактирати са децом једино путем телефона, *e-mail*-а и друштвених мрежа. Проблем код остваривања права притвореника на контакт са својом децом огледа се посебно када затвореници имају децу из више заједница или бракова. У том случају они не

1136 За различито третирање мајки и очева као затвореника, видети случај *President of Republic of South Africa v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC).

1137 У Енглеској су у том циљу створене затворске јединице за мајке и децу (*Mother and Babies Units)* где дете може остати са мајком до 18. месеца. У Шпанији и Немачкој деца могу остати до шесте године, у Ирској и Шведској до прве године. О одвајању детета од родитеља у ирском праву у случају избегличког статуса родитеља и деце, S. K. Arnold, The Child in Irish Refugee Law: Points for Consideration for the Immigration, Residence and Protection Bill, Irish Journal of Family Law, Vol. 17, Num. 1, Spring 2014, Dublin, стр. 17. За случајеве контакта у затвору видети: *Birmingham City Council v H* (1994) 1 FLR 224; *R v Secretary of State ex p Hinckling and JH* (1986) 1 FLR 543; *The Queen on the Application of P and Q; Secretary of State for the Home Department and Another* (2001) 2 FLR 1122. У последња два обједињена случаја, суд је утврдио да између мајке и деце постоји породични живот и да је одвајање детета од мајке озбиљна повреда права детета и мајке на породични живот, B. Brooks-Gordon, Contact in Containment, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 327.