

Доц. др Милош П. Станковић
Проф. др Слободан И. Панов

Правни факултет Универзитета у Београду

НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА У ПОРОДИЧНОМ И НАСЛЕДНОМ ПРАВУ*

Српски правни круг и у њему (модерна) звезда: начело најбољег интереса детета. Начело које, prima facie, је неподобно за било који приговор. Ипак, све је у речи јер је реч „логос који Бог удахњује тварима да би достигли пуноћу Божијег смисла“: Најбољи интерес детета, у анализи prima facie, је начело које има имлицитну апсолутност, начело које је аксиом племенитости, начело неизбежне, монистичке дијалектике... Ипак, истина није вредност која за савез има духовну лењост која се очитује у „лахганом“ сазнању на „први поглед“. Истина, научна и животна, захтевају свеколику жртву, истина је у духовном савезу са мартиреоном – сведочењем жртвом и са мукотрпним сазнавањем и сазнањем појма, значења, меандрирања, лоцирања у Пантеону (свих боговских) правних вредности или Партенону (морално неспорним, девичанским, невиним вредностима и праксама), степеновању примене, осцилирању релације универзалног и ендемског... У српском правном кругу начело најбољег интереса детета је „добровољни“ импорт са суспектним смислом и конкретизацијом.

Почетна суспектност начела најбољег интереса детета је у привиду оригиналности, односно негованој/дизајнираној илузији новума. Суштински, најбољи интерес детета има снагу природног закона. То је имлицитно невербализовано, не само правило, већ и свевременско искуство, не само правних, већ и свих других субјеката. То је услов живота у презенту и услов комфорне будућности. Као што закон земљине теже искључује демократско одлучивање, посебно етаблираних неталената са хронично рђавим резултатима који су веома оснажили модерну обитељ – како би рекли у књигама Хиландарским.

Милош Станковић, milos.stankovic@ius.bg.ac.rs,

Слободан Панов, panov@ius.bg.ac.rs.

* Чланак је настао као резултат рада на пројекту „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

Писали смо да Исидора Секулић вели да је спас у изохимени (средњишој линији), у панорами културних традиција и филозофије читавог света. Милан Кашианин то зове традицијом српског духовног синтетизма, а Момчило Настасијевић тежи матерњој мелодији („Опитечовечанско колико је цветом изнад, толико је кореном испод националног...“) и говори о опасности „да се цео глобус сведе на неколико емисионих врела, а сав остали свет буде уклет у вечитој пасивности примања. Нешто до језивости апсурдно.“

Начело најбољег интереса детета у овом раду јесте мисаони мотив анализа неких установа у Породичном праву и у Наследном праву (осцилирања правне природе нужног дела, лишења права на нужни део, смањења наследног дела супружника у првом наследном реду, услова за извршење решења о наслеђивању када је дете наследник, давања наследничке изјаве, специфичности реконструкције завештања...).

Кључне речи: Најбољи интерес детета; Номотехника; Законско наслеђивање; Смањење наследног дела супружника до два пута; Промена правне природе права на нужни део; Лишење права на нужни део; Реконструкција завештања; Наследна изјава; Извршење оставинског решења.

1. РЕЧ/ТЕРМИН

На почетку би реч, вели Свето Писмо. У православним духовним књигама, реч се схвата као Логос који Бог даје тварима да би постигле пуноћу Божије благодети. Иако наизглед непримерен след, подсећамо да у одличној збирци есеја, *Горопадни ерос*, чији су аутори, можда, /одлични/познати европски интелектуалци, по нашем мненију, у најбољем есеју, у ауторству Милана Комненића, реч се дефинише као *пена бивства*. Ова одважна сажетост, продор у суштаство, не сиромаша појам, већ га јасноћом, незаустављивим таласом асоцијација примерено богати и, импликацијама и уз полиаспектност, савршено слика. Реч код талентованих је сликање/слика суштине. Врло кратко, помињемо и колегу-правника Гетеа који је и боје сматрао средством сазнања.

Другачијим а истим уметничким инструментаријумом, реч је и тон живота, тон мисли, осећања, сећања, доживљаја и искустава... Као и сликарство, и мелодија јесте доказно средство¹ истине. Писали смо о мис-

¹ Већ смо писали о нужности јединства, о иманентној сродности/једности, теорије и праксе. Још један пример то потврђује: судски записник није, уз несуспектност добронамерности и минималне писмености (има ли судских записника у којима се латински пише ћирилицом или шаљиво гротескне озбиљне неписмености других *чимбеника* правосудног система у Данској, како би то Шекспир рекао зарад властите безбедности), сведочанство апсолутне, а сигурно ни мање амбициозне, истине. На пример, постоји већ констатација да, као што у књижевности, ликови не *морају* да говоре књижевним језиком, тако ни субјекти судског поступка не (морају да) говоре правним језиком. Занимљив је случај када судија арго/“занатску терминологију“ реформише у класични правнички

ли нашег песника Момчила Настасијевића да је истина мелодија речи. Следствено метафори Комненића о слици истине, по Настасијевићу постоји и озвучење смисла, звук истине, мелодија онтологије живота.²

2. НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА

Занимљива је кратка анализа термина/правног стандарда „најбољег интереса детета“ промовисаног у време правне *постмодерне* (вид. Жељко Симић, *Уликс и пост-постмодерна*). Иако и овај аспект анализе јесте плодносан и сазнајно интригантан, ми ћемо, „кочећи перо“ услед примереног квантума рада, констатовати неке очигледности. Писали смо да за „орден части“ оригиналност није довољна. За аксиос – достојни опстанак, оригиналност мора да буде у савезу са врлином, смислом, логиком, непорецивошћу. Термин/правни стандард/начело „најбољег интереса детета“ има бројне, лако уочљиве „несавршености“. Овај термин *храмље*, одлично је погодан и за стилске и за логичке/искуствене/суштинске примедбе. Најпре, термин „најбољи интерес детета“ исказује синтетизован грех. Његов аутор (етаблирани правни оркестар) је *homo peccator*.

Дијагноза стилске грешности термина најбољег интереса детета је дуална: плеоназам и редунданција.

Постмодерна правна мисао (успавана језичка матрица, како то сјајно дијагностикује проф. др Жељко Симић и неталентована оригиналност) фреквентно сведочи о офанзивни плеоназама. Један од њих, локално и универзално присутан, јесте употреба „стилизиације“ *драги пријатељи*. Као што термин „дијаметрално супротно“ одише/зрачи/контаминира плеоназмом (супротно супротно),³ тако, у мало дубљој а ипак врло стил поништавајући аутентичност казивања. Поврх тога, генератор недостатности записника је у томе да се користи само једно изражајно средство: језик. Ипак, за адекватно разумевање истине, реч је недовољна: потребно је забележити и тон речи, и паузу, и темпо казивања, полисемичност погледа, модулацију/подрхтавање гласа и друге релевантне, макар у дејству индиције, детаље... Наш правни поредак ипак само декларативно, уз повреду равноправности, врло рестриктивно примењује могућност аудио-визуелног снимања изјава.

Аксиом је да све казано има посебан, и у димензијама и у квантуму, значај када је дете учесник неког поступка.

² Немамо простора да говоримо о песничковој мелодији истине и бројним сведочанствима те истине: да је свака песма Момчилова икона нашег језика (Васко Попа); свилени тон бића и света (Станислав Винавер); да говори о суштини језиком суштине (Миодраг Павловић); да је завереник мистике сав од слуха (Михиз)... Захваљујемо полихистору проф. др Жељку Симићу који је иницирао ову палету звукова о песнику.

³ Реч различито и реч супротно сасвим лако илустрју ову стилску бесмисленост. Занимљив је и плеоназам присутности посебним одељком текстова чувене агенције ААБ у листу *Луче*.

површној, лако уочљивој тачности, атрибуција/квалификатив драгости пријатеља је, осим плеонастичности, и карикатурална у искреној, логичној комуникацији. Зар постоји недраги пријатељ или, у сазвезђу пароксизма, да ли, по *дијалектичкој логици* овог термина, постоји драги непријатељ?⁴ Узгред, подсећање да је све могуће: познат је Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. 4. 1941. и за време *непријатељске окупације*. Да ли постоји и пријатељска окупација? Вероватно/сигурно има оних, оригинарно или деривативно склоних колаборацији одбране *врлине*, који одговарају потврдно. Ипак, то није став, већ дијагноза.

Бесмисленост модерних правних синтагми је богата примерима. Наводимо још само један: родитељи своје право врше заједнички и споразумно, vele Породични закони Република Србије и Српске.⁵

Греховност модерног законског „писатеља“ (у следу ознака писца Породичног закона Србије гледе усвојитеља, старатеља, не и поверитеља или јавног тужитеља...) поводом језичке форме „најбољег интереса детета“ је и у *редунданцији*. Овај грех редунданције се дефинише и као сувишност, непотребност речи, бесмисао придевне конкретизације... Језичка конструкција „најбољег интереса детета“ је стилска експресија најновије правне цивилизације. Ово начело није, по природи ствари, сазнајни новум или оригинални *изум* (из-ума) актуелне правне цивилизације, не и културе.⁶ Неоригиналност, и њена непотребност, је евидентна и непорецива и у пракси и у сазнајној сфери. Са оба аспекта, најбољи интерес детета је константа у сфери биологије/биофилије човека. Најбољи интерес детета нема оригиналност у сфери фактицитета живота и аксиологије друштва или правне културе. Најбољи интерес детета је не сазнајни, већ животни императив. Најбољи интерес детета је природни закон, а не правно начело. Најбољи интерес детета је нужни животни императив, то је иманенција животне (и биолошке) логике... Право је карикатуралне амбиције, а свакако без ефекта, ако природне законе језич-

⁴ Овај стилски грех је присутан, тачније, овај стилски грех је доминанта официјелне комуникације и на нелокалном нивоу. Било је званичника, без индивидуалне, односно личносне конкретизације, и то у прошлом веку, који су знали да тачно, *једнословно* користе термин пријатељи.

⁵ О рђавости синтагме, о довољности и смислености термина споразумно, вид. С. И. Панов, *Породично право*, Београд 2018, 228.

⁶ Подсећамо на различиту, може се без повреде мере, без огрешења о опрезност, рећи и супротну архитектуру, супротну онтологију, супротну мелодију, супротну духовност ова два термина. Писали смо да цивилизацију схватамо као скуп техничких постигнућа, скуп „сокоћала“ нереферентних за суштаство бића и света, а да културу разумемо да скуп духовних постигнућа које радују онтологију и есхатологију бића и света. Субјективизација ове наше тезе о разлици: један врло угледан сенатор цивилизације пре десетак година позива Гетеа да дође на неки скуп, док један слуга културе са Чајковским расправља о уметничком делу.

ки рестилизује у правна „оригинална“ „хумана“ начела. Можда најкраће речено, начело најбољег интереса детета је сувишна, бесмислена вербализација нужности. Зашто? Суштина, и са аспекта историјата животне праксе, јесте да је живот савез предака и потомака, презентни сојуз перфекта и футура.⁷ Животна визија, животни ток је један: и издан и исход, и извор и утока. Монизам животног репертоара поступања предака јесте да се о потомцима брину најбоље што знају (то је код човека монизам саздан и од морално-духовних супстанцијалности, а код животиња од, искључиво или доминантно, нагонских компоненти). Преци, следствено свом разумевању интереса потомака у хоризонту своје повесности, тако и поступају према деци/потомцима. Без таквог поступања нема им живота у блиском футуру.⁸ Рђаво поступање предака према свом потомству без дилеме и алеаторности им гарантује *фрактурисани футур*. Фрактурисани футур који им не увећава комодитет, ни духовни, а свакако, још јасније, живот им не чини дужим.

Дакле, поступање предака у добром/најбољем⁹ интересу детета је на ползу и претку и потомку. Разумевање мере родитељске пажње/

⁷ Да само подсетимо на мисао Светог Јустина Поповића да будућност одређује историју, да наша аксиологија личносног есхатона дефинише наше поступање које већ идуће секунде је и прошлост и наша заслужена будућност.

⁸ „Срце родитељско је природно на љубав према дјетету... Да није тога нестала би људска врста... самилост према дјечи је Алахов дар људима“, вид. А. Н. Улван, *Одгој дјеце у Исламу*, Сарајево 2003, 42–46.

⁹ Стилизација актуелних правних времена није коначно решење. Иако одише максимумом хуманитета, термин „најбољег интереса детета“ може да буде отворен за *реформацију*: на пример, у правцу „начела најбољих интереса детета“ (богаћење у пољу плуралитета интереса) или у правцу „начела савршених интереса детета“ (може да постоји начело добрих интереса, али по градацији може да буде и респект најбољег, а по даљој градацији и начело респекта савршеног интереса детета) – богаћење стандарда по степену, по задатој градацији...

На први поглед, који није синоним истине (истина није за духовно лење који практикују само први поглед, а не и поглед који гледа у истину), чини се да је стилизација о најбољем интересу детета врх или крај доброте. Има ли боље од најбољег? На ово логички заводљиво питање, подсећамо на мисао спасиоца православља од Фирентинске уније, епископа Марка Ефеског који је питао да ли постоји мање од ништа. Иако је мера идентична, уз разлику смера – од силазног до узлазног – одговор је позитиван/могућ са аспекта права: ако је ништа одраз рђавости етаблираног оркестра правосочинилаца, ако је ништа неуспех закона да лечи друштвену патологију, мање од ништа је модерни ефекат закона који не само да не лечи патологију, већ је, бројем и грозоморношћу, увећава. Користили смо у нашим радовима метафору о лекарима/правницима који не лече, већ шире болест.

Утемељење у правном језику за ову метафоричку могућност налазимо у *Obiteljski zakon* – ПЗ Хрватске 2015, *Narodne novine RH*, br. 103/15, чл. 5, ст. 1 (вид. Обитељски и наследноправни односи у пракси – 2014, приредила Ана Кристофић, Загреб 2014, 80). Овај члан закона има специфичну стилизацију: Судови и јавноправна тела која воде поступке у којима се (не)посредно одлучује о правима детета морају *понајпре* штитити права детета и његову *добробит*.

топлине и других лепих атрибуција јесте у обзорју/хоризонту мисли и осећања конкретног историјског стања. Свако време има своје мере лепоте, доброте, смисла..., као што постоје и надвремена, ванвремена филозофија и аксиологија живота. *Можда* су у ранијим временима чинодејствовали мудраци који у поређењу са актуелним мислиоцима не би осећали некомпетенцију. Рецимо, Платон, Аристотел, Христос... Подсећамо на констатацију Ничеа о илузији прогреса, о илузији да је наше време ближе врлини, истини... од ранијих времена. Лако је бити најбољи у монотону или монологу цивилизације и субјеката.

Констатација о греху редунације, о евидентној, историјски показаној нужности старања о детету/потомству, није без могућности приговора. Иако је право онтолошки слабашно/немоћно, неделатно, безефектно када за тему има природне законе, ипак је са аспекта животне педагогије, животне праксе корисно знати те законе. У сфери начела најбољег интереса, ова иманентност се зна и без читања закона (вера се, на пример, дефинише као сазнање без доказивања, као сазнање без знања/књига, речи, вера је мисао срца), али је можда корисно да се човек, не подсети (јер човек/човечица/субјекат и субјектица права, бригу о детету не да не заборављају, већ, као дисање, не могу да забораве), већ да има помоћника/компас у животу. Чини нам се, а не само да нам се чини, адекватном метафора о оправданости сврхе компаса у људском животу. Наиме, фарисеји су сматрали норму о греховности погледа према другој жени као дисонантну природи човека, па су ту заповест Бога сматрали неизвршивом. Узгред, иако им то није била намера, нема боље похвале од ове: само велике идеје захтевају сталну жртву

Овај закон неснабдевен идеалистичким лексичким амбицијама за најбољи или савршени интерес детета, сматра сасвим довољним и реалним да се води рачуна о добру/добробити детета. Дакле, не користи се максимум (савршени) или блиски максимуму (најбољи) термин. Уочавамо још једну, не само језичку, специфичност. Законописац налаже временски приоритет евиденције и поступања у интересу детета („понајпре“). Из ове језичке матрице добијамо још један сигнал поимања: интерес детета није јединовредан, није монистичка, а није ни дивинизирана, апсолутно фаворизирана категорија. Интерес детета се тачно, и скоро саморазумљиво, поима не у ескајпистичком модулу, већ у реално животном модулу неизбежности, мање или више референтних, интереса и других субјеката (рецимо, браће и сестара, родитеља...).

Не на крају, још једна констатација: у сфери бонтона, стилизованих манира, критеријум редоследа навођења има своје значење. Евидентирамо да се у чл. 5 Породичног закона Хрватске говори о начелу првенствене заштите добробити и права детета, а у чл. 4, дакле претходном члану, можемо слободно рећи не мање важном, се говори о начелу солидарности, поштовања и помагања свих чланова породице/обитељи, док се у чл. 6 говори о начелу првенства права родитеља да се брину о детету и о дужности органа да им се у томе пружи помоћ. Неспорно је да је оваквим примењеним концептом законописац послао поруку/наложио да се добробит детета тумачи у контексту других наведених начела и да добробит детета није монистичко, „дивинизирано“ начело у актуелној правној цивилизацији.

испуњења у вери, док се рђаве идеје лако остваре (план о криминалу се лако оствари, а идеја Бога се стално, и чешће, у жртви остварује као неперфектуирани глагол). Грешка је двојака: Реч Новог Завета Исуса дефинише, не као судију, већ као лекара. Поврх тога, проф. Сергије Троицки каже да је компас потребан иако ниједна лађа (човек) не плови апсолутно по правој линији.¹⁰

У правној сфери, са аспекта сигурности/сигурније правне праксе, тачна је констатација, у духу германске правне казуистике, да се најбоље подразумева када се изричито каже. Дакле, ради умањења непрецизности, неспоразума у нивоу правне праксе – педагошки, и психолошки, има одређене користи да се понови сазнање основних принципа живота.

3. ЈЕДАН ПРИМЕР ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Изостављајући генералије, чињенична конструкција овог правног (и још више животног) случаја је следећа: брачни пар има дете. Наравно, мајка детета *јесте* жена која га је родила (супруга), а оцем се *сматра*¹¹ муж мајке детета. У поступку развода брака констатују се следеће чињенице: у релевантном периоду, вишегодишњем периоду пре концепције детета, нема ниједног сексуалног односа супружника-родитеља; мајка детета дуго, па и у време концепције детета је у заједници, и сексуалној, са другим мушкарцем о чијем очинству сведоче две ДНК анализе, а муж мајке детета тј. корисник обориве законске претпоставке приговара да је дете зачето медицински потпомогнутом оплодњом, без навода о конкретизацији медицинске установе, његовим концепцијским материјалом а и о томе нема никаквог доказа.

Питање је како уредити однос/контакт детета са инволвираним субјектима док траје, а и након тога, овај судски поступак?

У врло кратком року постигнута је бесмислено богата фактографија: *брдо* папира, поднесака, контраподнесака, правних и есејистичких запажања, реакција, реплика, дуплика...

И овај правни предмет/животни догађај ствара/потврђује сазнање о посебности Породичног права тј. породичноправних судских предмета. Размена правних аргумената у другим, непородично-правним, споровима *оштри*, кристализује правну слику и чини судски предмет погоднијим/

¹⁰ Вид. С. Троицки, „Чистота и нечистота полног живота у браку“, у књизи *Православни брак и породица*, Светигора, Цетиње 2000, 211.

¹¹ Уочљива је разлика у степену аподиктичности у означавању родитељских *титула*. Занимљива је ова различитост за анализу равноправности. Лако уочљив неједнак третман (на пример, овај човек јесте Петар, а овог сматрамо Петром или, у ширем контексту: волим те или сматрам да те волим) није до сада уочен и није био предмет вулнерабилних глобално иницираних па и интонираних анализа.

лакшим за пресуђење. Размена правних, и других, аргумената у породичноправним предметима, увек а и чешће, ствара правни *сфумато*/замагљује сазнање, *заоштрава* правну и животну атмосферу/ситуацију, конфликт добија облик хиперболе, моралне и вредносне теме се компликују и предмет постаје све тежи за пресуђење. У другим правним предметима правни дуели учесника у поступку приближавају истини и правди, док у породичноправним предметима, као овом, ови правни дуели могу да умноже патологију, која има још елегичнију ноту ако је дете субјект у поступку и која може да постане, не само у потенцијалу, рђава бесконачност. Спас је у мисли чувеног правника, професора Јована Стерије Поповића који је разликовао правника правословца (оног који зна норму) и правника правозналца – оног ко зна норму и њен смисао и пут до благодети правом. Нашом терминологијом казано: правник занатлија и правник интелектуалац. Основни, почетни стил правословца је нижеразредан и нужан, али и недовољан. Правозналац може да правом постигне благостање, праведно и истинито и корисно финале/решење које једино даје легитимитет правној интервенцији и пресуди, доноси професионалну радост правницима и улепшава животе субјектима спора. И стручни таленат је битан: таленат за апстраховање, за разликовање релевантних околности...

Почетна реченица нашег уџбеника јесте да је Породично право предмет о правним последицама љубави. Породично право није најважнији испит на факултету а јесте у животу, јер ко успешно положи овај испит у животу ниједна невоља му неће бити тешка а ниједна радост непозната. Корисна интонација (и) за овај судски предмет.

Конкретније: евидентно, овај предмет карактерише механизам да сваки животни догађај има своју интерпретацију (правну и метаправну) и своју реплику, правну и неправну/емотивну реакцију... Овај судски предмет показује да свака и све релације детета и активираних субјеката (мајке, *оца* и *кандидата* за оца), сваки минут виђења, свака реч, свака играчка... може да постане предмет правног есеја који челичном/безизузетном дијалектиком увећава обим предмета и референтним и баналним, ирелевантним подацима. Овај механизам фактографију спора увећава, и релевантним и неважним подацима, у *космичким* димензијама. Постоји опасност да сви субјекти судског поступка постану Одисеји који безнадежно лутају овом океанском фактографијом. Спас је једноставан: уз респект сваког правног института и начела, основни принцип јесте, мора да буде истина, тј. *најбољи* интерес детета. Анализа овог предмета са такве сазнајне, правно-практичне, судске и људске позиције јесте светионик који води ка смисленој, праведној, истинитој пресуди.

Овај предмет, осим непрестаног богађења фактографијом, има још једну посебност лаку за евиденцију. Поступци су једноставни (посту-

пак развода брака је правно једноставан, са извесним финалом због законског модела лаког развода, посебно у случају када је иницијални акт тужба за развод брака, док је патернитетски спор једноставан услед ефикасности био-медицинског доказивања). Уз ову једноставност постоји и елемент који потенцијално и реално компликује одлучивање (непостојање споразума о обиму, фреквенцији, моделу личних односа детета са родитељем коме дете није поверено). Суд мора у најбољем интересу детета да не дозволи увећавање непотребних контроверзи и компликација и да у разумном року одлучи о овом питању. Законски основ ове поменуте вредносне компоненте јесте чл. 204 о хитности поступка и чл. 205 Породичног закона Србије о истражном начелу у овој врсти спора.

4. ПОЈАМ И ПРИМЕНА НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА *IN CONCRETO*. СИНТЕЗА ТЕОРИЈЕ И ПРАКСЕ

Појам најбољег интереса детета има два нивоа/елемента: сазнавање појма, евиденција елемената/аспеката појма и конкретизација овог правног стандарда у правној пракси. Једном речју, анализа појма овог института захтева образовани разум: теоријско сазнавање појма и вештину његове интерпретације и корисне, племените примене.

Појам¹² најбољег интереса детета је садржајно¹³ богат и контроверзан.¹⁴ Овај институт је и модеран и вечит: први пут код нас промовисан је новим ПЗС, али је имплицитно увек постојао (и наши преци/*преткиње* су, наравно, увек бринули о најбољем за дете, и, дипломат-

¹² И историјат настанка и значења овог принципа је контроверзан, акварелан. Почетак овог стандарда може да се пронађе у идеји Џона Лока да легитимност краљеве власти мора да буде заснована на интересу поданика. Ова идеја пренета је и на ограничење, осим краљевске, и очинске власти у смислу интервенције државе. Код Наполеоновог кодекса, најбољи интерес детета се, на почетку, примењивао код поверавања детета код развода брака, вид. В. Влашковић, *Начело најбољег интереса детета у Породичном праву*, докторска дисертација, Крагујевац 2014, 134–135.

¹³ Принцип најбољег интереса детета има и своју имовинскоправну димензију: у међународном породичном праву констатује се и принцип доприноса потребама породице: 1. Сваки супружник треба да допринесе потребама породице у складу са својим способностима; 2. Допринос потребама породице обухвата доприносе у вођењу домаћинства, подмирење личних потреба супружника и одржавање домаћинства, као и васпитање и образовање деце, вид. К. Boele-Woelki, F. Ferrand, С. Gonzalez-Beilfuss, М. Jantera-Jareborg...; *Principles of European Family Law regarding Property Relations Between Spouses*, Cambridge–Antwerp 2013, 47.

Једном речју, разумевање овог принципа је као *хватање сенке* која стално измиче и мења се, вид. В. Влашковић, 401.

¹⁴ Породични закон – ПЗ ЦГ, *Службени лист РЦГ*, бр. 1/07 и 53/16. Има у формулацији овог начела велику сличност закону Хрватске, с тим да конкретизује супстанцу овог начела. Наиме, ПЗ ЦГ, чл. 56 каже:

ски речено, нису мање постигли од модерних генерација и за своју породицу и за своју државу). Атрибути овог појма јесу и да је он основни, темељни и врхунски, завршни¹⁵ принцип, и да је то општи и посебан принцип, и да је статичан (у конкретном временском¹⁶ тренутку) и да је динамичан (временски свеобухватан за дете), и да је поливалентан (да обухвата сваку димензију бића детета: од физичке, емотивне, душевне, духовне...),¹⁷ и да постоји у сингулару и у плуралу (постоје и најбољи интерес и најбољи интереси детета)... Овај појам захтева холистички, свеобухватан приступ тј. респект свих реалних¹⁸ и релевантних окол-

Svako je dužan da se rukovodi najboljim interesom djeteta u svim aktivnostima koje se direktno ili indirektno tiču djeteta. Najbolji interes djeteta ima prioritet i utvrđuje se polazeći od:

- права djeteta;
- mišljenja i želje djeteta;
- uzrasta, razvojnih sposobnosti i drugih ličnih svojstava djeteta;
- potrebe zaštite života i zdravlja djeteta;
- potrebe osiguranja bezbjednosti djeteta;
- potrebe fizičkog, emocionalnog, obrazovnog, socijalnog i drugog razvoja djeteta;
- prethodnog iskustva i okolnosti u kojima dijete živi;
- potrebe očuvanja stabilnosti i kontinuiteta odnosa sa roditeljima, porodicom i sredinom iz koje dijete potiče ili u kojoj boravi i uticaja promjene sredine;
- kvaliteta odnosa koje je dijete uspostavilo sa roditeljima, članovima porodice ili drugim licima i neposrednih i dugoročnih posljedica održavanja tih odnosa;
- potrebe očuvanja porodičnih odnosa, a naročito odnosa sa braćom i sestrama;
- uticaja odvajanja od roditelja, drugih članova porodice, a naročito od braće i sestara;
- potrebe očuvanja ličnog i porodičnog identiteta;
- kulturne, nacionalne, etničke, vjerske i jezičke pripadnosti, odnosno porijekla djeteta; i
- drugih okolnosti i stanja koja mogu da utiču na dobrobit djeteta.

Ови оријентери могу бити корисни у архитектури појма, садржаја начела најбољег интереса детета. Примећујемо да су примери дати *exempli causa* а да остаје питање валоризовања појединачних елемената и питање синхронизовања/симфоније свих релевантних елемената у конкретном случају.

¹⁵ Принцип *welfare* је први и највиши принцип / *first and paramount* (у *the Guardianship of Infants Act 1925*), тј. овим принципом почиње и завршава се анализа шта је благостање детета у конкретном случају, првенствено код теме његовог васпитавања и његових имовинских права, вид. J. Herring, *Family Law*, Edinburgh 2017, 456–459.

¹⁶ И пренатални тренутак је важан, вид. Н. Тешић, „Људски живот *in statu nascendi*“, *Зборник радова „Ново породично законодавство“*, Крагујевац 2006.

¹⁷ Поливалентан значај начела најбољег интереса детета видљив је у целокупној конструкцији Породичног права. Рецимо, код статуса детета приликом лошег функционисања брака или код развода брака. Студије показују рањивост деце (чак 25 %) из домова високог конфликта: екстернализују се поремећаји у понашању детета (претерана агресивност, неприхватљиво понашање, вандализам и делинквенција), вид. E. M. Cummings, P. T. Davies, *Marital conflict and children-an emotional Security perspective*, The Guilford Press, New York 2011, 11.

¹⁸ Принцип *индивидуализације*, уважавања посебности сваке обитељи (како се вели у српским књигама које се печате на Светој гори), чини деликатнијим сазнавање посебне реалности конкретне породице/брака и сазнавање најбољег интереса детета, вид. J. Herring, (2017), 4.

ности¹⁹ које у животном контексту могу бити и бескрајне и у непрестаној дијалектици²⁰ – у сталном осцилирању значаја и неког аспекта и неке околности – као породичноправни *rebus sic stantibus*...²¹

Суд је обавезан да у сазнавању најбољег интереса детета буде мудар, тј. да, макар, за почетак примени мудар темпо сазнања по дефиницији академика Јеротића. Суд мора да буде стрпљив, да избегне искушење лаког сазнања, искушење привида...²² Рецимо, раритетан би

¹⁹ Конкретизација добробити детета одређена је и фактором доминантне културе (амплитуда родитељског стила емотивне топлине и степена критичности оцењивања поступања детета), вид. J. M. Masson, R. Bailey-Harris, R. J. Probert, *Principles of Family Law*, London 2008, 672.

²⁰ Нужно је посматрати и нову *реалност* (када се пореде подаци из 1961. и 1997. године, проценат деце рођене ван брака је 1961. године био 5 %, а 1997. године је 37 %; дуплиран је проценат жена које живе у ванбрачним заједницама од 1981. до 1996. године, а број једночланих домаћинства је са 11 % порастао до 28 %, уз масовни пораст криминала. Сматрамо дозвољеним питање како ови подаци кореспондирају са најбољим интересом детета (С. П.), вид. J. Eekelaar, “Personal Obligations“, у књизи *Family Law and Family Values*, Edited by Mavis Maclean, Oxford – Portland 2005, 9) и нову *емуку* (*new ethic of interpersonal relations* кроз секуларизацију, индивидуализацију..., вид. W. Voegeli, “Basic values and Family Law in Recent Judgment of the Federal Constitutional Court of Germany“, у књизи *Family Law and Family Values*, Edited by Mavis Maclean, Oxford – Portland 2005, 16–27.

Постоје и у оквиру истог модела културе, неке посебности (дијалектика у разумевању *way personal relationship are arranged are manifest throughout Western culture*. Некада идеали, компонентне брака јесу и религиозно, културолошки, национално посебни: према истраживању из 2001. године, језгро брака чине, према анкетиранима, *sexual and erotic experience* – 64 %, *love* – 51 %, *permanence and indissolubility* – 32 %, *family relationship* – 19 % и *economic community* – 7 %, вид. M. Fuszara, J. Kurczewski, “Family Values, Friendship Values: Opposition or Continuity?“, у књизи *Family Law and Family Values*, Edited by Mavis Maclean, Oxford – Portland 2005, 45–50–51. У Исламу се помињу делотворна педагошка средства ка детету (лични пример, утицај околине, савети, надзор и кажњавање детета) и правила васпитања (искреност, богобојазност, наука, благод, осећај одговорности), опширније вид. А. Н. Улван, 440 и даље.

²¹ Правно правило најбољег интереса детета има три функције: интерпретативну, лимитативну и креативну, вид. В. Влашковић, 23–26. О лимитативној функцији код тзв. педоцентризма вид. Д. Теранић, „Права дјетета у Републици Српској“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног“*, Источно Сарајево 2012, 159.

²² Лакоћа привида/лењост истраге истине је заводљива, врло честа. Рецимо, комплимент да су студенти елита друштва, у себи има две занимљивости: да је то плурал (нужан род за социјално делање) и да је то недобронамерни комплимент јер статус елите постоји само док траје статус студента, другачије речено комплимент има у себи недобронамерност да студент не заврши школу (Дисфункција брака и породице одражава се и на школски неуспех, вид. Е. М. Cummings, Р. Т. Davies, 104–105. Разарање породице, смрћу, разводом, свађом, „најчешће је извор“ морално дефектних личности“, каже академик Р. Д. Лукић, *Социологија морала*, Београд 2011, 530), јер се дипломирањем губи статус студента, а тиме и статус елите. Или комплимент једног супружника да је његов супружник најбољи у лирици крије у себи да похвала за прво место значи да постоје субјекти и за сребрну, бронзану... медаљу). Свети Николај је говорио да се чувамо крајњих похвала да не би полетели без крила.

био суд који у стиху о племенитом бесу који расте као талас (*Пусть ярость благородная Вскипает, как волна / Нека благородни бес Расте као талас*) не би видео нешто лоше казано. Ипак, брзина сазнања није синоним истине јер контекст/стихови оправдавају овај глас борбе за слободу: *Вставай, страна огромная, Вставай на смертний бой С фашистской силой темною, С проклятою ордой! Пусть ярость благородная Вскипает, как волна, - Идет война народная, Священная война!* Најкраће речено, суд треба у овим тематским споровима да примени истражно начело *с восторгом чувств/са узвишеним осећањем*.²³

Осим овог темпа сазнавања, суд треба да посебно води рачуна о деликатности утврђивања чињеница које имају реалну и мистичну тежину тачног сазнавања. Занимљиво је некад поступање у пољу непријатне контрадикције код развода брака. Увек, а и чешће, постоји потреба уважавања интереса детета у одређеном квантуму. Развод, неслагасје родитеља у браку, свакако није у најбољем интересу детета. По логици идеје и праксе развода брака, абдицира се од максималне амбиције (најбољег интереса) и амбиција се своди на респект доброг интереса детета или интереса који је најмање лош.²⁴ Неспорно је да се и сазнање и примена начела најбољег интереса детета дешава у контексту „реалног времена“ када се плеше валцер на Титанику.²⁵

²³ Скоро сваки суд/судија би утврдио непријатан тон у изјави да неко има лице телета. А то није увредљиво. Подсећамо: серафими су огњена, неугасива бића блиска Богу која могу да ниже анђелске чинове узводе на више, да чисте, воздижу клонуле. Серафими имају четири лица која гледају на све стране: лице човека (верник); лице телета (монах); лице лава (након општежитија, монах који се подвизава у усамљености – инок) и лице орла (највоздигнутији у подвизавању и сазнавању). Или привид комплимента да неко лирски дела као лав, а не као зец.

²⁴ Једно истраживање показује да су само 34 % родитеља разговарали о постбрачном аранжману са својом децом, вид. J. Herring, (2017), 165–166.

²⁵ Портрет савременог детињства (са којим нас упознаје проф. Д. Мицковић) даћемо у форми социо-психолошке скице: врло редуковано, уз неке наше атрибуције. Док време модерне породице обликује љубав родитеља и њихова жртва за децу (па и суспензију развода због интереса деце), време постмодерне је време еуфорије сновиња личне среће која екскулпира родитеље да своје жеље умањују због интереса деце. Деца постмодерне, у стресу, без скривања ружних информација и ван капацитета да умире све повестарце и олује породичног живота, добијају обавезу да се суоче са свим „несавршеностима постмодерне“. Образовни систем својој сериозношћу, пре административном него суштинском, укида нужну радосну кондицију учења и све своди на „контеципију за бесмислено међународно и домаће тржиште“. Детињство губи невиност/неоптерећеност, игру као радосно сазнање замењује притисак, оптерећеност и стрес, а и спорт губи радосну компоненту и постаје инструмент лечења неостварености родитеља и бекства од сиромаштва/финансијске несигурности као правде капитализма. Деца разведених родитеља имају психо-соматске проблеме, учесници су криминалних догађаја, конзумирају штетне супстанце, озбиљни су кандидати за наследивост проживљене породичне патологије (а и разведени родитељи су обогаћени несавршеностима: увећан

4.1. Примена овог принципа у конкретном предмету:

Компликовани елемент у одлучивању (о личном односу детета са родитељем коме дете није поверено, или како би закон нестилски рекао „са којим дете не живи“) може да се разматра и о њему одлучи на следећи начин:

1. Оборива претпоставка очинства (у литератури се и без намере шале понекад назива и фикцијом очинства), има, по природи ствари, двоструку природу: и елемент извесности (разумне извесности због животног функционисања) и елемент неизвесности (следствено могућности другачије истине и следствено праву детета да зна своје истинито порекло). Иако је оптерећена потенцијалом да се оспори тј. изгуби титула/статус родитеља-оца, ова претпоставка да је муж мајке отац детета ипак дејствује, до тренутка правноснажности судске пресуде о оспоравању, без сенке, апсолутно у правном капацитету. Дакле, у временски једнокомпонентном сазнању, муж мајке детета је отац детета, осим ако се докаже²⁶ другачије. То одговара и животној потреби неспорности функционисања до тренутка евентуалног оспоравања и таква правна конструкција је целисходна са практичног аспекта вршења родитељских права и дужности. Ипак, (правни) живот својом непредвидивом инвенцијом уноси и неке спецификације, деривације овог апсолута у правној конструкцији. У конкретном судском предмету, на основу законске дозволе да се оспорава ова претпоставка, ова релативизација апсолута је присутна услед суптилно речено, доказа одређене снаге, које имликују могућност и другачијег чињеничног стања о конципијенту детета.

Та конкретна релативизација (осим поменуте опште полне релативизације јер закон каже да се оцем детета *сматра* муж мајке, а мајка *јесте* жена која роди дете. Реч *сматра* има ноту релативизације, алеаторности, док реч *јесте* има ноту непорецивости, аподиктичности) је у следећем:

- Одсуство, у дугом референтном периоду пре зачећа, полног односа мајке и претпостављеног оца који, најчешће, *id quod plerumque fit*-а и увек, има потенцијалну моћ прокреације;

им је стрес, депресија, незнање, а приходи и време и организованост су умањени...). *Лепоти* живота доприносе и медији: до 18. године просечно дете у САД у медијима види 18.000 убистава и 650.000 реклама. Постоји једна земља, Данска – како би рекао Шекспир, где се може проверити да ли на телевизији са националном фреквенцијом постоји и један дан без филма, не са сценама, већ, са фабулом/идејом насиља. А тек телевизије које за верске празнике емитују филмове о дневницима вампира. Случајно? А да ли је све то у најбољем интересу деце? Свакако да јесте, јер да није *зли хуманисти*, *профитабилни алтруисти*, *позери врлине* би се *ангажирани*, опширније вид. Д. Мицковик, *Семејството во Европа XVI–XXI век*, Скопје 2008, 268–277.

²⁶ Законописатељ би рекао ако се *не докаже* другачије. Ако се не докаже другачије, муж мајке детета је и даље отац. Тачно је да треба *доказати* да муж није отац, а ако се то не докаже – муж мајке детета је и надаље отац тог детета.

- Непостојање доказане, судски верификоване чињенице о алтернативној техници прокреације - МАЗ/медицински асистираним, потпомогнутом зачећу/оплодњи или *AiH/AID artificial insemination with/by husband/donor*;
- Потврде о ДНК методу који је са релевантном извесношћу дефинисао биолошког оца детета: не мужа, већ партнера мајке детета.

Савез тих свих околности одражава се и на степен савесности или несавесности у вршењу свог права *bona fidei*, следствено начелу савесности и поштења – чл. 12 Закона о облигационим односима. Породично право је, у одређеном степену, у корпусу Грађанског права. Чињеница несавесности (знање/ информисаност о, дуготрајном а посебно дуготрајном у релевантном периоду од зачећа, непостојању полног односа између брачника, информисаност о резултатима две ДНК анализе, непостојање доказа о примени у конкретном случају АИН или АИД – тј. непостојање доказа о *писменом* пристанку, како каже закон у чл. 58 ПЗС, мада је довољан и писани пристанак, мужа мајке детета) узрокује у Грађанском праву последице за несавесно лице и то од тренутка његове несавесности. Према ПЗС се, на одређене имовинске теме, сходно²⁷ примењују норме којима се уређују својинскоправни и облигациони односи. Према чл. 25, ст. 1 Закона о облигационим односима, одредбе овог закона се примењују на све врсте уговора (осим уговора у привреди). Сексулни однос (као неформални, неименовани уговор) је стално консензуалан однос.²⁸ Родитељски однос је доминантно у својој правној природи личноправни однос, али има и имовинску компоненту, посебно код накнаде (не)материјалне штете због свесног а несавесног ускраћивања родитељског права: и за дете и за лице које је постало отац.

2. Констатујемо и следеће питање: право на одржавање личног односа детета и других инволвираних лица према чл. 61 ПЗС док траје правни интермецо – тачније: до тренутка правноснажности пресуде о оспореном очинству.

Ко и на који начин има право на контакт/право да одржава личне односе са дететом?

Анализа правне/животне позиције инволвираних субјеката показује следеће:

- Позиција *мајке*, правно и животни типична, је неоспорена. Она своје родитељско право може да врши у уобичајеном, пуном капацитету.

²⁷ О деликатностима примене речи *сходно* вид. Д. Теранић, (2012), 161.

²⁸ Вид. опширније С. Панов, *Право на родитељство*, докторска дисертација, Београд 1998.

- Што се тиче позиције *оца*, одговор на ово питање, према ПЗС је дуалан, тј. има неколико суптилних елемената. Најпре, по правилу, одговор на питање субјеката контакта са дететом је у томе да је релевантно ко је (мушки) родитељ детета јер је између родитеља, по правилу, подељен капацитет вршења родитељских дужности и права: у форми самосталног или заједничког вршења.
- Ипак, у овом конкретном случају треба анализовати и правну позицију *лица које себе сматра оцем детета*. Ова анализа је посебно нужна ако је та *кандидатура/претензија* утемељена на озбиљним чињеницама сведочења мајке, као најбоље информисаног субјекта/субјектице на ову тему и, такође, заснована на двострукој потврди ДНК анализе којом се за оца детета титулише, не муж, већ партнер мајке детета. Иако без правноформално дефинисаног, утврђеног родитељског статуса, занимљиво је питање да ли ово лице може да буде третирано, ефемерно или не, на основу постојећих животних факата и као лице посебне блискости по чл. 61, ст. 5 ПЗС? У енглеском праву²⁹ постоји и конструкција која не фаворизује апсолутно биолошког родитеља код одлуке о томе коме се дете поверава, већ омогућава и тазбинском сроднику, очуху (како би Т. Парсонс рекао – чика тати) или маћехи, да партиципира или да самостално врши родитељско право, ако његове круцијалне особине, дигнитет, у самосталној опсервацији или у поређењу са дигнитетом биолошког родитеља, неспорно оправдавају да *step parent* има доминантну улогу или искључиви капацитет у вршењу родитељских дужности и права. На пример, ако је биолошки родитељ љубитељ хемије, не као школског предмета, ако је шампион неодговорности, ако је боем, космонаут на земљи, неспорно је да је у бољем или најбољем интересу детета да очух или маћеха врши родитељске дужности и право. Нећемо овом приликом да детаљније анализујемо ову дилему.

Правна позиција оца – *мужа мајке детета* је таква да његов статус има елементе апсолутности, до евентуалне другачије правноснажне пресуде. Овај статус апсолутности је ефемеран, временски упитан до правноснажности судске одлуке. Иако је ова статусна титула оца-мужа мајке детета, неосенчена, ипак савез поменутих чињеница (изјава мајке детета, ДНК анализе, непостојање писаног пристанка код медицински потпомогнуте оплодње...) ову позицију *pro futuro* релативизује, макар у реалном потенцијалу. Правна позиција мужа мајке детета је дуална:

²⁹ Вид. J. Herring, *Family Law*, Exeter College Oxford University, Second edition, 2004, 448–458.

она је у презенту апсолутна јер нема правноснажне пресуде којом (му) је оспорен статус оца детета, али је у футуру релативизована/релативна следствено законском процесном капацитету доказивања супротног: посебно, у конкретном случају, доказној снази савеза чињеница које оспоравају тај статус. Било би неправично суђење и злоупотреба правних амбиција на основу процесне неперфектуираности (слично већ дејствујућој логици претходног питања – мора се водити рачуна и о будућем неизбежном правном/животном питању), ако се не уваже, неспорне или не баш лако оспориве, релевантне чињенице у својој одређеној доказној снази које указују на суспекцију те тренутне процесне ситуације или статуса, уз радикалну (реалну?) могућност губитка статуса/привилегије обориве претпоставке очинства.

Начелно говорећи, постојећи/дејствујући а(ли) оспорен статус оца мужу мајке детета, обавезује на логичну и нужну суптилност поступања. Статус родитеља има ексклузивну вредност и осећање. Наравно да правни и животни атак на ту ексклузивност, смисао и лепоту људске егзистенције није нимало пријатан догађај. Али, невоље не служе за капитулацију људскости, за уницију, већ невоље инспиришу борбу за племенито. Претпостављени отац-муж мајке детета зато мора да нађе снаге да правилно схвати и конструише модел понашања у најбољем интересу детета и у свом оправданом интересу. Непостојање правноснажне пресуде којом се оспорава његово очинство, уз информацију и на основу властитих проживљених сазнања и на основу поменутог савеза чињеница, не екскулпира га за евентуалну квалификацију за несавесно вршење родитељског права, које ако је временски стабилно, ако узрокује знатну штету детету, и сада и убудуће, и ако нема воље за корекцијом таквог недовољно адекватног понашања може да резултира разматрањем кандидатуре за тежи облик лошег вршења родитељског права.

Свако, па и отац-муж мајке детета, мора/треба да се понаша хармонизовано (породица је музичком терминологијом речено, филхармонија – љубав према складу или акорд – пријатна усклађеност три или више тонова/субјеката)³⁰ са свим, па и временским, аспектима егзистенције детета, сада и у перспективи, са свим стварно и потенцијално присутним субјектима у егзистенцији детета. Стил понашања сваког субјекта који дечји амбијент и атмосферу не релаксира напетости, не увећава емотивно, духовно, социјално, индивидуално благостање... који ствара конфликтност – не препоручују га ни у презенту ни у футуру за контакт са дететом.

³⁰ Европски суд за људска права овај интерес тумачи у контексту права на породични живот, у правичној равнотежи интереса чланова породице, вид. В. Влашковић, 401.

Суспектни апсолут правног капацитета оца-мужа мајке детета мора бити стављен у контекст установе превентивног или корективног надзора и(ли) у контекст редукције, или (не)привременог, у одређеном степену, укидања/ограничења родитељске компетенције.

Најбољи интерес детета се садржајно дефинише и са аспекта апсолутности родитељског статуса, непорецивости, ексклузивности тог статуса. Ипак, ако та чињеница није петрифицирана, окамењена у истини, ако је релевантним наводима релативизирана, у степену вероватноће или извесности, онда најбољи интерес детета налаже респект и оваквих околности. Чак и за време одсуства објективизације у форми правноснажне пресуде, аспект најбољег интереса детета, налаже у ваљаном, адекватном степену примену мера у психолошком, социјалном, интимном, педагошком ... смислу. Суд не сме да има статички приступ, већ мора да буде отворен за читаву палету могућности: и да је муж мајке детета дефинитно отац, али и да је могући отац детета и мушкарац који оспорава то очинство и тражи да се утврди његово очинство. Следствено овом дијалектичком приступу суд треба да изабере онај степен и начин виђења који ће да урокује детету најмању штету у било ком финалу.

Детињство је временска и садржајна дефиниција живота личности. Дете је отац човека (кажу психоаналитичари), дете је народ (са значењем саборности и са аспекта футура, каже Никита Михалков). Важно је да суд анализује све могућности. Прва могућност је да је муж мајке детета дефинитивно отац детета, након неуспеха тужбе у патернитетском спору. Контакт детета са оцем-мужем мајке детета је остварен, иако је током судског поступка оптерећен експлицитним или имплицитним непријатностима. Та непријатна историја може да се санира током будућности, уз одређену дозу (не)заборава тих „несавршености“.

Кандидујемо још једну, на основу предочених доказа, у одређеном степену, извесну или реалну, могућност. Шта ако оцем детета на основу правноснажне пресуде буде означен сексуални, емотивни партнер мајке – лице које оспорава очинство мужа мајке детета? Ако суд, сходно правноформалној логици, фаворизује мужа мајке детета, а уз дуго трајање овог патернитетског спора, тј. нехитног одлучивања, онда ће одсуство контакта детета са оцем – емотивним/сексуалним партнером/саучесником мајке, уз форсирање контакта са другим лицем, оставити можда непоправљив и неодговарајући печат на личност детета. Тим пре што докази имају већ наведену доказну атрибуцију – неформално крунску доказну снагу. Респект свих околности и свих аспеката овог предмета захтева сталну будност суда/озбиљну суптилност суда. Посебно је штетна логика петрифицираности – укочености тренутка, окамењености аспеката, тј. одсуство холистичког приступа о степенима могућности различитог

финала патернитетског спора. Фер баланс могућности и интереса³¹ је нужан и треба да буде адекватно степенован. Избор адекватног начина и степена контакта детета са другим лицима могла би да значи и привремену редукцију, привремену суспензију пуног капацитета мужа мајке – на основу обориве претпоставке о оцу детета. Ако претпоставка очинства не буде правноснажном пресудом оборена, тада се лични однос (скоро) безболно обнавља у претходном, пуном капацитету. Ово јесте суптилно сазнање о најбољем интересу детета *in concreto*.

Решење у најбољем интересу детету у овој процесној и животној ситуацији, у процесном интермецу док се не одлучи о претходном питању – оспореном очинству, може да буде и степенована суптилна корекција овлашћења мајке и оца – мужа мајке детета који ће временски суспендовати а садржајно смањити свој ентузијазам „правног солипсизма“ да детету говоре своје „субјективне истине“³² о томе ко је отац детета. То је најбоље решење које је резултат универзалне логике и правде, оправдане/истините корекције за сваког, међусобног попуштања због љубави и за добробит детета. Подсећамо и на чл. 70 ПЗ Србије који говори о садржају односа родитеља према детету и који помиње љубав и усмеравање детета према вредности емоционалног и ет(н)ичког идентитета своје породице и друштва. Емоционално благостање детета захтева овакво суптилно понашавање и привремено одустајање од непријатних тема које су предмет судске расправе или њихов разуман, суптилан и за дете користан редуковани третман. Истина је део етике породице и друштва. Нико не може да гарантује садржину судске пресуде док траје поступак и док та чињеница не буде утврђена у форми правноснажне пресуде. Зато савез минималне логике и племенитости, а камоли најбољи интерес детета, захтева привремену паузу, на mudar и суптилан начин, говора пред дететом / са дететом на ту тему, на тему његовог мушког конципијента.

Потребно је, дакле, да се паузира у правним, животним офанзивама приватних истина на тему биолошког очинства. Правни комодитет

³¹ Често у актуелном стилу писања се промовише принцип фер баланса. У Породичном праву, у његовој истинској компоненти, а и другим областима права, фер баланс је немогућ/непотребан. Зашто би, на пример у Кривичном праву, требало да се трага за фер балансом између лопова и власника ствари. Или у Породичном праву, у, на пример, патернитетском поступку: или кандидат за оца детета јесте или није његов родитељ. Исто важи и за мужа мајке детета. Истина не подразумева споразум заинтересованих лица. Фер баланс је могућ, у начелу, ван меритума ствари – у меандрама случаја, или је могућ у временској транзицији или у неким корисним психолошким или социјалним аспектима/стилу испуњења судске пресуде...

³² Није нимало пријатно, односно без дипломатског еуфемизма речено, врло је штетно по душевно, а и свеукупно, благостање детета да буде изложено *пропаганди* инволвираних субјеката на тему ко је отац детета.

мужа мајке детета, који извире из правноформалне, са нотом ефемерности, дефиниције мужа мајке као оца детета, не сме да буде нетачно апсолутизован. С друге стране, жеља и правни интерес мушкарца који себе сматра оцем детета не сме да се багателише и дискриминише, тим пре због потенцијалне подобности предочених доказа да се утврди истина о биолошком пореклу детета. Фаворизовање нечијег интереса, актуелног или потенцијалног фаворита за статус оца детета, јасно или из сенке, дислоцира најбољи интерес детета из овог судског спора.

Боље је, пред дететом, привремено суспендовати тему очинства него формирати непролазну или тешко отклоњиву болну конфузију, нездраву амбиваленцију код детета која је у одређеном степену можда и неминовна како год да се заврши поступак оспоравања/утврђења очинства. Привремена суспензија ове теме до дефинитивног правног сазнања ко је отац је минимум штете за дете, ако је већ немогућ максимум благостања због околности које дете не чине савршено срећним. Све и да заборави ове животне догађаје, дете је у не баш идеалној позицији болне амбиваленције, тужне конфузије на суштинску тему. Треба бити суптилан и у композицији мера (наставити тренд редукције виђења, а овај тренд већ постоји и по захтеву мужа, и тренд суспензије теме очинства за све инволвиране субјекте, па и мајку детета). Поврх тога, истина је важна, али је и стил говорења истине важан, јер форма је сведочанство суштине. Не само због узраста детета, већ и зато што је то тема која снагом непријатности може да декомпонује и одрасле, зреле особе.

Суд сва финала треба да узме у обзир: ако је отац, правно дефинитивно, муж мајке детета, онда ће он лако обновити апсолутни правни капацитет оца, он ће безболно, безпоследично да компензује паузу. А ако је отац мушкарац које оспорава очинство мужа, онда је суптилна редукција контакта мужа мајке детета у интересу будућности детета. Лајбниц дефинише правду као милосрђе мудраца. Милосрђе у овом случају јесте да и мајка детета и оба мушкарца, због детета, направе паузу у својој интерпетацији истине, која се лако може неефемерно обновити након одговарајуће правноснажне пресуде. Мудрост у овом случају јесте да мушкарац који оспорава очинство мужа уважи разлог постојања вековне правне формуле обориве претпоставке очинства, а муж мајке детета да размисли о чињеницама које оспоравају његов апсолутни статус у уверењу о неизбежности истине. Мудрост стрпљења (у контексту законског начела хитности, следствено корисном животном савету да се пожури полако) доводи до истине шта је најбољи интерес детета у овом случају.

Дакле, сматрамо да је најбољи интерес детета у овом судском предмету да се привремено умањи степен фреквенције одржавања личног односа са оцем-мужем мајке (отац-муж мајке је својим под-

несцима иницирао/показао тренд смањења фреквенције виђења са дететом) и да сва лица (мајка, отац-муж мајке детета и лице које оспорава очинство мужа) привремено, до тренутка доношења правноснажне пресуде о оспореном очинству, суспендују разговор пред дететом/са дететом о субјекту очинства. Ово би било минимално савесно вршење родитељског права, а другачије поступање би могло да се квалификује као несавесно вршење родитељског права и дужности из чл. 61 и 82 Породичног закона Србије.

Спас је у креативном решењу заснованом на закону. Судија мора да буде *homo faber*.

5. НАСЛЕДНОПРАВНИ АСПЕКТ

Иако се начело најбољег интереса детета искључиво или најчешће доводи у везу са његовом применом у Породичном праву, треба истаћи да оно постоји и у другим гранама Грађанског права, а посебно у Наследном праву, и то од самих почетака људске цивилизације.

Још док су у традиционалним породичним заједницама деца живела заједно са оцем, подразумевало се да ће га она наследити, макар само као настављачи породичног култа и као администратори права и обавеза на имовини на којој је, као прва привредна и произвођачка јединица, титулар била цела породица.³³ Међутим, према древним обичајноправним правилима и првим регулама старовековних и средњовековних кодекса, синови не само да су имали приоритет, већ су углавном и искључивали ћерке у наслеђивању њихових очева. Имовинскоправни положај кћери штитио се кроз установу мираза, која је представљала својеврсни супститут за вредност наследног дела који им није припадао. Истина, муж је по правилу управљао, али не и располагао жениним миразом, који је у случају њене смрти припадао њеној деци, а ако она не би имала потомства, мираз „се враћао“ њеној биолошкој породици.³⁴ На тај начин је, сходно вредносним мерилима и степену достигнутог правног развитка у одређеној епохи, остваривана равнотежа између имовинскоправне заштите кћери и имовинскоправних интереса њене породице, која није могла да допусти да генерацијама стицана добра у оквиру једне фамилије припадну тазбинским сродницима. Но, то не значи да се о заштити и о најбољем интересу кћери водило рачуна једино ако би се оне удавале, те је примера ради, Хамурабијев законик посебну заштиту кроз наслеђивање

³³ Б. М. Недељковић, *Породица и наследство*, Београд 1940, 13–14.

³⁴ Вид. на пример С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2015, 74, 118, 174, 205–206; Д. Николић, *Историја права – Стари и Средњи век*, Ниш 2014, 57, 94, 171.

и најширу могућност располагања наслеђеном заоставштином гарантовао свештеницама које су свој брачни живот замениле службом у храму бога Мардука.³⁵

По природи ствари, биле су могуће и животне ситуације у којима отац није имао мушко потомство, што је по тадашњим назорима чинило неизвесним старање о породичном култу, те је отац у таквим околностима прибегавао усвајању мушке деце са дејством међу живима или правним последицама за случај смрти.³⁶ На тај начин је остваривана синтеза најбољег интереса усвојиоца и његове породице, с једне стране, и усвојеника са друге стране. Усвојеник се сматрао усвојичевим биолошким сином, продужавао је његово породично име, а са друге стране је остваривао повољнији животни и наследноправни положај од оног који би имао у биолошкој породици у којој би у најбољем случају делио заоставштину са својом браћом после очеве смрти.

У контексту остваривања најбољег интереса детета у Наследном праву у прошлости, не треба сметнути са ума фикцију *nasciturusa*, која води порекло још из римског права, а према којој се у тренутку очеве смрти зачето дете сматра рођеним ако је то у његовом интересу, што у римском праву, због режима одговорности за дугове оставиоца *ultra vires hereditatis* и није морао бити случај, али је у позитивним правима то скоро правило.³⁷

Најзад, у појединим правима, као што је, примера ради, право Салијских Франака преточено у Салијски законик, посебна заштита деце је остваривана посредно, кроз прописивање нарочито строгих санкција за деликте који би били учињени према трудницама и мајкама.³⁸

6. ПОЗИТИВНОПРАВНИ АСПЕКТ ОСТВАРИВАЊА НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА У НАСЛЕДНОМ ПРАВУ

Позитивно наследно право, па и српски наследноправни поредак, богат је примерима заштите најбољег интереса детета као наследника. Да би се доказала ова основна хипотеза, у наредним редовима ће бити размотрени поједини маркантни институти законског и императивног наслеђивања и поступка за расправљања заоставштине.

³⁵ Вид. детаљније М. Станковић, „Да ли је завештање било нормирано у Хамурабијевом закону?“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2017, 124–152.

³⁶ С. Аврамовић, В. Станимировић, 76, 88, 97–104, 120; Д. Николић, 97.

³⁷ У литератури се истиче да ће у савременим правима у случају постојања зачетка оставински суд одложити почетак оставинске расправе до тренутка рођења детета. О. Антић, *Наследно право*, Београд 2011, 72.

³⁸ Јб. Кандић, „Салијски закон и друштвени односи у Франачкој у доба Меровинга“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1969, 53.

6.1. Најбољи интерес детета као законског наследника.

Смрт, као животна и правна чињеница која представља *conditio sine qua non* за наслеђивање, снагом свог метаправног контекста даје повод за два супротстављена приступа животним и правним последицама до којих доводи. Емотивни прилаз подразумева закључак да у часу смрти родитеља дете (при чему на овом месту појам детета не треба нужно тумачити у породичноправном, већ у биолошком контексту) не само да не може остварити најбољи, већ ни иоле добар интерес. Градација лоших последица делаације дететових родитеља уистину зависи од квалитета и квантитета родитељских релација према детету, као и од узраста детета. С друге стране, и у праву и у животу, познат је случај такозваних „насмејаних наследника“, тј. оне деце код које чињеница родитељске смрти уместо очекиваног осећаја туге изазива супротно осећање, подстакнуто по правилу реализацијом наследне наде према обрачунској и обрачунатој вредности заоставштине.

Но, када се говори о најбољем интересу детета у координатама правила законског наслеђивања не мисли се ни на један од два наведена и супротстављена чињенична склопа. Реч је пре свега о чињеници да се цео систем законског наслеђивања заснива на претпостављеној оставиочевој вољи, заснованој на анализи жеља једног просечног декујуса који је живео у породици у којој је хипотетичка законодавчева анализа односа њених чланова заснована на начелу савесности и поштења.³⁹ Ако се при томе има у виду и да чињеница сродства (биолошког или по усвојењу, што у крајњој правној консеквенци треба изједначити јер *adoptio naturam imitatur*) уз чињеницу брака представља најзначајније правно-релевантне чињенице на којима се темељи законски редослед наслеђивања у српском праву, у коме се при томе наследници кроз наследне редове разврставају према парентеларно-линераном систему, онда је јасно да је привилегован положај деце и њихов најбољи наследноправни интерес гарантован њиховим сврставањем у први наследни ред. Независно од тога да ли конкретни наследноправни систем нормира ужи или шири круг законских наследника и без обзира на најразличитије концепције о правној природи и домаћају ограничења права на наслеђе, постоји сагласност да се интестатско субјективно наследно право увек има признати оставиочевим најближим сродницима, у које свакако спадају и његова деца.⁴⁰ Наведена чињеница може се објасни-

³⁹ Б. Т. Благојевић, „Основ права наслеђа“, *Бранич* 4-5, 13. То је разлог због кога се законски ред наслеђивања назива и „општим, генералним тестаментом за све грађане“. А. Ђорђевић, *Породично право наслеђа у данашњим романским и германским државама*, Београд 1908, 4.

⁴⁰ М. Константиновић, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1952, 351–352.

ти већ традиционалним гледиштима израженим у правној науци да се оваквим конципирањем законског наслеђивања гарантује оставиоцу продужење породице, а да се са друге стране обезбеђује друштвена равнотежа које не би било када смрт једног лица не би пратила сукцесија његове имовине.⁴¹ Стога се наслеђивање оставиоца од стране његове деце и других сродника, назива „породичним наслеђивањем“;⁴² што и симболички и суштински, и појмовно и садржајно додатно подвлачи симбиозу Породичног и Наследног права на задатку заштите најбољег интереса детета. Колико се привилеговани наследноправни положај деце сматрао природним, сведоче и речи Андре Ђорђевића: „И зато, за дуго и дуго, није ни било потребно на случај смрти располагати имовином и постављати наследнике: Бог даје наследника, а не човек; наследници су рођени а не изабрани.“⁴³

У српском праву је припадник првог наследног реда и оставиочев супружник, али је његов наследноправни положај ипак слабији од наследноправног положаја деце преминулог. За разлику од деце и других оставиочевих потомака, који могу самостално наслеђивати у првом наследном реду и искључити из наслеђивања друге декујусове сроднике, оставиочевом супружнику је законодавац то право дао само под условом да оставилац нема (живо и за наслеђивање достојно и способно) потомство, нити друге (живе и за наслеђивање достојне и способне) крвне или адоптивне сроднике из другог наследног реда (отац, мајка, усвојилац, браћа и сестре и њихово потомство). При томе, треба имати у виду и да оставиочевим потомцима, који су са њим живели у заједници и који су му својим трудом, зарадом или иначе помагали у привређивању и увећали његову имовину, добра за која је имовина увећана припадају и мимо наследног дела, односно, не урачунавају се у заоставштину њиховог оца.⁴⁴ Овако повољан однос оставиочеве деце може се објаснити намером српског законодавца да наслеђивању, као преношењу за то подобних ствари и права за случај смрти, да додатни квалитет, а то је материјално обезбеђење наследника, тј. да се реализује фикција о издржавању деце *post mortem*, посебно у случајевима када су деца привремено или трајно неспособна за привређивање.⁴⁵ С друге стране, овако постављен систем законског наслеђивања, који како је показано „указује на колективистичко порекло наследног права“, тј. проистиче из заједничког живота родитеља и деце, уједно доводи до тога да се

⁴¹ Б. Т. Благојевић, 4.

⁴² А. Ђорђевић, 3.

⁴³ А. Ђорђевић, 4.

⁴⁴ Закон о наслеђивању Републике Србије, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 46/95 и 101/03 – одлука УСРС и 6/015, чл. 1, ст. 4.

⁴⁵ М. С. Ступар, „Социјална функција наслеђивања и његово правно регулисање“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1955, 384; Б. Б. Благојевић, 9–14.

кроз старање за судбину деце уједно и старање о експлоатацији предмета имовине (заоставштине) врши на најцелисходнији начин, што опет има одсјај на најбољи интерес деце.⁴⁶

Законом о наслеђивању Србије нормиран је и један специфичан институт, који подразумева да се у првом наследном реду може смањити наследни део декујусовог супружника.⁴⁷ Наиме, свако оставиочево дете може наследити наследни део који је до два пута већи од наследног дела оставиочевог брачног друга ако се испуне три услова: прво, ако постоји макар једно оставиочево дете чији други родитељ није преживели оставиочев супружник; друго, ако је имовина надживелог брачног друга (посебна и она добијена издвајањем из брачне тековине) већа од наследног дела који би му припао поделом заоставштине на једнаке делове; треће, ако суд оцени да је то у конкретном случају оправдано.⁴⁸ Суд је дужан да наведена правила примени по службеној дужности ако је оставиочево дете чији надживели супружник није родитељ малолетно, а ако је дете пунолетно, оно само мора поставити захтев за смањењем наследног дела оставиочевог брачног друга, али је суд дужан да га поучи о правима која му по закону припадају.⁴⁹

Нормирајући ову установу, законодавац је пошао од пресумције да је преживели супружник довољно материјално обезбеђен, јер му осим наслеђивања дела заоставштине у својину, припада и део оставиочеве имовине по основама издвајања из састава заоставштине.⁵⁰ Дакле, смисао овог института је да се заштите имовинска права детета чији је један родитељ умро и које на тај начин може да дође у ситуацију да преживели родитељ испуњавајући своју законску и моралну обавезу издржавања не буде у могућности да детету обезбеди степен постојећег духовног и материјалног благостања. Стало се на становиште да таква могућност није вероватна или је мање вероватна у погледу деце чији надживели оставиочев супружник јесте њихов родитељ, већ и због тога што је предуслов за примену овог института да имовина надживелог брачног друга буде већа од вредности дечјег наследног дела. Међутим, поштујући начело равноправности деце рођене у различитим браковима и деце рођене у браку и у ванбрачној вези, законописац је одредио да ће се повећање наследног дела деце на рачун смањења наследног дела оставиочевог супружника применити на сву оставиочеву децу, па чак и на ону којој је родитељ надживели декујусов брачни друг.⁵¹

⁴⁶ Б. М. Недељковић, 3–13.

⁴⁷ С друге стране, законски наследни део деце не може бити умањен.

⁴⁸ Закон о наслеђивању, чл. 9, ст. 3. Вид. опширније О. Антић (2011), 140–142.

⁴⁹ О. Б. Антић, З. Б. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996, 132–133.

⁵⁰ Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш 2011, 120.

⁵¹ Н. Стојановић, 121.

6.2. Најбољи интерес детета као нужног наследника

Аргументација изречена за положај деце као законских наследника, примењује се *mutatis mutandis* и на њихов положај нужних наследника. Деца су уз оставиочевог супружника припадници првог нужног наследног реда и висина њиховог нужног дела је уз висину нужног дела оставиочевог супружника највећа, тј. износи $\frac{1}{2}$ дела који би им припао применом правила законског наслеђивања.⁵² Међутим, тиме се не исцрпљује анализа најбољег интереса деце у сфери императивног наслеђивања.

У српском праву постоји правна претпоставка о облигационоправној природи (новчаној противвредности) права на нужни део, која се примењује ако завешталац у својој изјави последње воље не предвиди њену наследноправну природу. Међутим, чак и при таквим околностима, суд може на захтев нужних наследника, у које спадају и оставиочева деца, одлучити да им припадне „одређени део ствари и права које чине заоставштину“, чиме се правна природа права на нужни део конвертује у наследноправну (стварноправну) и то са правним дејством *ex tunc*.⁵³ Оваквим законским решењем, уважене су начелне предности облигационоправне природе права на нужни део које проистичу из обавезе оставиоца да издржава нужне наследнике (по правилу своју децу),⁵⁴ те чињенице да се применом ове концепције не поништавају завештајна располагања, олакшава се правни промет и релаксирају односи у наследничкој заједници, а можда и најзначајније, не долази до уситњавања непокретности.⁵⁵ Међутим, водећи рачуна о карактеру добара која улазе у састав заоставштине, постојању, квалитету и дужини заједнице живота између оставиоца и нужног наследника (детета) и личних и имовинских прилика нужног наследника (детета) и осталих лица у чију корист је оставилац располагао неким добротним правним послом, суд на захтев нужних наследника (деце) може да преобрази нужни део из облигационоправне у наследноправну природу. Тиме су у српском праву поводом правне природе права на нужни део помирене врлине облигационоправне и наследноправне природе права на нужни део и уважени интереси оставиочевих нужних наследника, у које спадају и његова деца. Зависно од животних интересовања и занимања његових потомака, њихове преференције могу осцилирати од потребе за добијањем вредности нужног дела *in natura* (на пример

⁵² Закон о наслеђивању, чл. 39 и 40.

⁵³ Закон о наслеђивању, чл. 43; О. Б. Антић, З. Б. Балиновац, 235.

⁵⁴ Љ. Спирковик-Трпеновска, Д. Мицковик, А. Ристов, *Наследовањето во Европа*, Скопје 2011, 247.

⁵⁵ О. Б. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација, Правни факултет, Београд 1983, 271–278, 290–292. О. Б. Антић, З. Б. Балиновац, 231–232.

ако је дете живело у заједници са оставиоцем и заједно се са њим бавило пољопривредом или занатском делатношћу) до исплате новчане противвредности нужног дела (ако се у претходно наведеном примеру друго оставиочево дете бави сасвим другом врстом занимања у односу на декујуса и свог брата или сестру).⁵⁶

Чини се да се најбољи интерес детета у сфери нужног наслеђивања може посматрати и кроз визуру још једног института, чија правна природа на први поглед указује на сасвим супротан закључак. Ако је потомак, који је у конкретном случају оставиочев нужни наследник, а то ће по правилу бити његово дете, презадужен или је расипник, оставилац га у облику потребном за завештање може у потпуности или делимично лишити нужног дела у корист потомака лишеног (детета), тј. у корист својих унука или праунука. Дакле, да би лишење било пуноважно, лице које се лишава нужног дела (дете) у тренутку завештаоачеве смрти мора имати малолетно дете или малолетног унука од раније умрлог детета или пунолетно дете или пунолетног унука од раније умрлог детета који су неспособни за привређивање.⁵⁷ Смисао овог облика разбаштињења нужног наследника, тј. детета, превасходно се исцрпљује у имовинској заштити његових потомака, али и самог лица које се лишава права на нужни део. Будући да је склоно понашању које доводи до неповратног умањења не само његове имовине, већ и имовине коју би требало да сачува за сопствено потомство, било би нецилисно остављати таквом детету било какве материјалне вредности које би могло да потроши за подмиривање сопствених дугова.⁵⁸ На тај начин лишење права на нужни део прераста у делимичну санкцију према немарном детету и супституише лишење пословне способности, макар у оној мери у којој би оваквом детету припала вредност нужног дела. Водећи рачуна о најбољем интересу сопственог детета кроз превенцију његовог расипничког понашања које води трајној несразмери његове активе и пасиве, завешталац уједно води рачуна и о најбољем интересу деце своје деце, односно својих унука и праунука. Ипак, нема сумње да је карактер санкције лишења права на нужни део педагошки, штавише, да може да буде стимулативан за промену понашања детета које је презадужено или је расипник, а које зна или може да очекује да буде лишено права на нужни део. Наиме, чини се да и узрок лишења, као и узрок искључења из права на нужни део мора да постоји у тренутку оставиоачеве смрти,⁵⁹ што значи да лишење не би производило

⁵⁶ О. Антић, (2011), 200.

⁵⁷ Закон о наслеђивању, чл. 64 и 65.

⁵⁸ О. Б. Антић, (1983), 279–314.

⁵⁹ Аргумент из Закона о наслеђивању, чл. 6, ст. 3.

правна дејства ако би у периоду од момента сачињавања завештања до завештаоачеве смрти дете променило своје расипничко понашање и исплатило све или значајан део својих дугова.

6.3. Најбољи интерес детета у поступку расправљања заоставштине

У Републици Србији поступак расправљања заоставштине је регулисан Законом о ванпарничном поступку, који је као једно од својих главних начела прокламовао посебну заштиту права и правних интереса малолетника и других лица која нису у могућности да се сама старају о заштити својих права и интереса.⁶⁰

Овај принцип се најпре може анализирати у поступку реконструкције завештања. Када завешталац сачини изјаву последње воље у писаној форми, па она нестане или буде уништена независно од његове воље, дакле без *animus revocandi*, ако међу заинтересованим лицима нема спора о томе да је овакав тестамент постојао, о његовој садржини и законом прописаном облику у коме је сачињен, али и о начину на који је нестало или је уништен, оставински суд ће саслушати сва заинтересована лица и по њиховим предлозима евентуално извести потребне доказе, па ће о свим предузетим радњама сачинити записник, који ће на крају прогласити у складу са правилима за проглашење тестаментa.⁶¹ Међутим, ако би у одсуству завештања генерални или делимични

⁶⁰ Закон о ванпарничном поступку Републике Србије –ЗВП, *Службени гласник СР Србије*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник Р. Србије*, бр. 46/95, 18/05 – др. закон, 85/12, 45/13 – др. закон, 55/14, 6/15 и 106/15 – др. закон, чл. 4: „У ванпарничном поступку суд по службеној дужности посебно води рачуна и предузима мере ради заштите права и правних интереса малолетника о којима се родитељи не старају, као и других лица која нису у могућности да се сама брину о заштити својих права и интереса.

Кад се у поступку одлучује о правима и правним интересима малолетника и других лица под посебном друштвеном заштитом, суд ће обавестити орган старатељства о покретању поступка, позивати га на рочишта и достављати му поднеске учесника и одлуке против којих је дозвољен правни лек, без обзира да ли орган старатељства учествује у поступку.

Кад сматра да је то потребно, суд ће позвати орган старатељства да учествује у поступку и одредити му рок у коме може пријавити своје учешће. Док не истекне овај рок суд ће застати са поступком, али орган старатељства може своје право да учествује у поступку користити и после протека тог рока.“

ЗВП, чл 5: „Орган старатељства који учествује у поступку, и кад законом није овлашћен да покрене поступак, овлашћен је да предузима све радње у поступку ради заштите права и правних интереса малолетника и других лица под посебном друштвеном заштитом, а нарочито да износи чињенице које учесници нису навели да предлаже извођења доказа и да изјављују правне лекове.“

⁶¹ Ако је нестало или уништено завештање реконструисано у парничном поступку, оно неће бити накнадно проглашено, јер се сматра да је то учињено већ у самој пресуди. Н. Стојановић, Ј. Видић-Трнинић, *Поступак за расправљање заоставштине у Србији*, Ниш 2015, 65.

наследник постала Република Србија, споразум заинтересованих лица о ранијем постојању завештања, његовом облику и садржини ће бити пуноважан само уз сагласност надлежног јавног правобраниоца.⁶² Ако том приликом међу заинтересованим лицима има малолетника или лица која нису способна да се сама старају о својим пословима, споразум на основу кога би било реконструисано завештање ће бити пуноважан само уз сагласност органа старатељства.⁶³

Најбољи интерес детета је у оставинском поступку обезбеђен и приликом давања негативне наследне изјаве или одрицања од наслеђа у корист одређеног наследника, које се има сматрати уговором о поклону.⁶⁴ Дете се до навршене четрнаесте године живота не може лично одрећи наслеђа, већ би негативну наследну изјаву у његово име требало да да његов законски заступник, који за такво располагање треба да има и одобрење надлежног органа старатељства. Деца након навршене четрнаесте године живота могу лично да се одрекну наслеђа, али да би такво одрицање било пуноважно, потребно је да добију одобрење и законских заступника и надлежног органа старатељства.⁶⁵ Дакле, када је реч о одрицању од наслеђа или одрицању у корист одређеног наследника, обезбеђена је двострука заштита имовинских интереса деце, па чак ни њихови законски заступници не би могли да на овакав начин умање имовину деце без сагласности органа старатељства, који је овлашћен да у сваком конкретном случају процени да ли је овакво располагање учињено у име и за рачун детета уједно у његовом најбољем интересу.⁶⁶

Најзад, најбољи интрес детета је гарантован и приликом извршења решења о наслеђивању. Суд је дужан да по службеној дужности нареди да се у земљишну или другу јавну књигу изврше потребни уписи и да се овлашћеним лицима предају покретне ствари које се налазе на чувању код суда. Међутим, од овог правила постоји изузетак, те суд неће предузети наведене радње све док му не буду поднети докази о извршењу и обезбеђењу обавеза које су наследнику наложене у корист лица која нису способна да се сама старају о својим пословима (у коју категорију треба сврстати и децу) или за постизање неке опште корисне сврхе.⁶⁷

⁶² Закон о ванпарничном поступку, чл 109, ст. 1 и 2

⁶³ Закон о ванпарничном поступку, чл.109, став 3; О. Б. Антић, З. Б. Балиновац, 46–47; Н. Стојановић, 291–292.

⁶⁴ Закон о наслеђивању, чл. 216.

⁶⁵ Н. Стојановић, 65–66.

⁶⁶ Аргумент из Закона о наслеђивању, чл. 216; Породичног закона, чл. 64 и 193, став 3 и Закона о ванпарничном поступку, чл. 118, ст. 1.

⁶⁷ Закон о ванпарничном поступку, чл. 124; О. Б. Антић, З. Б. Балиновац, 63–64; Н. Стојановић, Ј. Видић-Трнинић, 92–93.

7. ЗАКЉУЧАК

У (мета)правном смислу, у начелу најбољег интереса детета евидентира се сенка плеоназма и редунданције, бесмисла придевне конкретизације, тј. непотребне правне стилизације природног императива. Кроз анализу конкретног случаја из правне праксе, аутори дају скицу појма и начин примене овог начела у коме судија не треба да буде *homo peccator*, већ *homo faber*.

Иако се то можда на први поглед не би очекивало, најбољим интересом детета инспириран је и читав низ института у Наследном праву и то од најстаријих правних система, па закључно са позитивноправним порецима. Разуме се да овакав закључак важи и за савремено српско право. Фаворизовани положај деце у оквирима законског и нужног наслеђивања, који је некада проистицао из заједничког живота и привређивања потомака са декујусом, данас се правда претпостављеним жељама и афекцијама оставиоца, као и потребом издржавања деце и након смрти њихових родитеља. Поред материјалноправног аспекта у установама смањења наследног дела супружника до два пута, конверзије правне природе права на нужни део и лишења права на нужни део, начело најбољег интереса детета у Наследном праву има и своју процесну компоненту, изражену у поступку реконструкције завештања, правилима за давање наследне изјаве и приликом извршења решења о наслеђивању.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Аврамовић, Сима, Станимировић, Војислав, *Упоредна правна традиција*, Београд 2015;
2. Антић, Оливер Б., Балиновац, Зоран Б., *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996;
3. Антић, Оливер, *Наследно право*, Београд 2011;
4. Антић, Оливер Б., *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација, Правни факултет, Београд 1983;
5. Благојевић, Борислав Т., „Основ права наслеђа“, *Бранич* 4-5;
6. Boele-Woelki, Katharina, Ferrand, Federique, Gonzalez-Beilfuss, Cristina, Jantera-Jareborg, Maarit...; *Principles of European Family Law regarding Property Relations Between Spouses*, Cambridge – Antwerp 2013;
7. Влашковић, Вељко, *Начело најбољег интереса детета у Породичном праву*, докторска дисертација, Крагујевац 2014;
8. Voegeli, Wolfgang, “Basic values and Family Law in Recent Judgment of the Federal Constitutional Court of Germany“, у књизи *Family Law and Family Values*, Edited by Mavis Maclean, Oxford – Portland 2005;

9. Ђорђевић, Андра, *Породично право наслеђа у данашњим романским и германским државама*, Београд 1908;
10. Eekelaar, John, “Personal Obligations“, у књизи *Family Law and Family Values*, Edited by Mavis Maclean, Oxford –Portland 2005;
11. Кандић, Љубица, „Салијски закон и друштвени односи у Франачкој у доба Меровинга“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1969;
12. Константиновић, Михаило, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1952;
13. Cummings, Mark E., Davies, Patrick T., *Marital conflict and children-an emotional Security perspective*, The Guilford Press, New York 2011;
14. Masson, Judith M., Bailey-Harris, Rebecca, Probert, Rebecca J., *Principles of Family Law*, London 2008;
15. Мицковик, Дејан, *Семејството во Европа XVI-XXI век*, Скопје 2008;
16. Николић, Драган, *Историја права - Стари и Средњи век*, Ниш 2014;
17. Недељковић, Бранислав М., *Породица и наследство*, Београд 1940;
18. Панов, Слободан И., *Породично право*, Београд 2018;
19. Панов, Слободан, *Право на родитељство*, докторска дисертација, Београд 1998;
20. Спирковик-Трпеновска, Љиљана, Мицковик, Дејан, Ристов, Ангел, *Наследувањето во Европа*, Скопје 2011;
21. Станковић, Милош, „Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011;
22. Станковић, Милош, „Да ли је завештање било нормирано у Хамурабијевом закону?“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2017;
23. Стојановић, Наташа, *Наследно право*, Ниш 2011;
24. Стојановић, Наташа, Видић-Трнинић, Јелена, *Поступак за расправљање заоставштине у Србији*, Ниш 2015;
25. Ступар, Михаило С., „Социјална функција наслеђивања и његово правно регулисање“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1955;
26. Троицки, Сергије, „Чистота и нечистота полног живота у браку“, у књизи *Православни брак и породица*, Светигора, Цетиње 2000;
27. Ђеранић, Димитрије, „Права дјетета у Републици Српској“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног“*, Источно Сарајево 2012;
28. Улван, Абдулах - Насих, *Одгој дјете у Исламу*, Сарајево 2003;
29. Fuszara, Malgorzata, Kurczewski, Jacek, “Family Values, Friendship Values: Opposition or Continuity?“, у књизи *Family Law and Family Values*, Edited by Mavis Maclean, Oxford – Portland 2005;
30. Herring, Jonathan, *Family Law*, Edinburgh 2017;
31. Herring, Jonathan, *Family Law*, Exeter College Oxford University, Second edition, 2004;

32. *Обитељски и насљедноправни односи у пракси – 2014*, приредила Кристофић, Ана, Загреб 2014.

Правни прописи

1. *Obiteljski zakon, Narodne novine RH*, br. 103/15;
2. Породични закон, *Службени лист РЦГ*, бр. 1/07 и 53/16;
3. Закон о наслеђивању Републике Србије, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 46/95 и 101/03;
4. Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 46/95.

Assistant Professor Miloš Stanković, LL.D.
Full Professor Slobodan Panov, LL.D.

Faculty of Law, University in Belgrade

THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN THE FAMILY AND INHERITANCE LAW

Summary

The Serbian legal circle and its (modern) star: the principle of the best interest of the child. This principle is, *prima facie*, illsuited for the objection. Yet everything is in words because the word is “the logos which God breathes into substances in order to reach the fullness of God’s meaning”: the best interest of the child, in *prima facie* analysis, is a principle that has implicit absoluteness, a principle that is an axiom of nobility, a principle of the inevitable, monistic dialectic. However, the truth is not a value which for the covenant has a spiritual laziness manifested in “easy” knowledge at a “first glance”. The truth, scientific and in life, requires all sacrifice, the truth is in spiritual union with *martyrion* – witnessing the sacrifice and with painstaking knowledge of the concept, meaning, meandering, locating in the Pantheon of (all godly) legal values or the Parthenon (morally indisputable, virgin, innocent values and practices), degree of application, oscillation of the relation between universal and endemic.

In the Serbian legal circle, the principle of the best interests of the child is the “voluntary” import with suspicious meaning and concretization. The initial suspicion of the principle of the best interest of the child is in the illusion of originality, that is, the cherished/designed illusion of the *novum*. Essentially, the best interest of the child has the power of natural law. It is an implicitly non-verbalized, not just rule, but also a contemporary experience,

not only of legal entities, but of all other entities. It is a condition of life in the present and a condition of a comfortable future. Just as the law of the Earth’s weight tends to exclude democratic decision-making, especially established talents with chronically rusty results that have greatly empowered the modern family – as the Hilandar books say.

We have written that Isidora Sekulić said that salvation was in *isohymena* (central line), in the panorama of cultural traditions and philosophy of the whole world. Milan Kašanin calls it the tradition of the Serbian spiritual *synthetism*, and Momčilo Nastasijević strives for a native melody (“As human as flower is above, so much root is below national ...”), and speaks of the danger “to reduce the whole globe to several emission springs, and all the rest of the world is haunted by the eternal passivity of receiving. Something creepy is absurd.”

The principle of the best interest of the child in this paper is the thoughtful motive for the analysis of some institutions in Family Law and Hereditary Law (oscillation of the legal nature of the necessary part, deprivation of the right to the necessary part, reduction of the hereditary part of the spouse in the first hereditary order, conditions for the execution of the decision on inheritance when child heir, making an inheritance statement, specifics of reconstruction of the will ...).

Key words: *The best interest of the child; Nomotechnics; Legal inheritance; Reduction of the hereditary part of the spouse up to two times; Change of the legal nature of the right to necessary part; Deprivation of the right to necessary part; Reconstruction of the testament; Hereditary statement; Implementation of the legacy rescript.*