

Branka Rešetar (ur.)

Dijete i pravo



Pravni fakultet u Osijeku

Osijek, 2009

Pravni fakultet u Osijeku

Dijete i pravo
Branka Rešetar (ur.)

Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera

Copyright 2009

Slađana Aras, Josip Berdica, Anica Čulo, Dubravka Klasiček,
Marko Petrak, Tunjica Petrašević, Davorin Pichler, Branka Rešetar,
Nevenka Šernhorst, Ivana Tucak, Alan Uzelac, Nikol Žiha, Mirela Župan

Izdavač

Pravni fakultet u Osijeku

Urednica

Branka Rešetar

Recenzentice

prof. dr. sc. Dijana Jakovac-Lozić
prof. dr. sc. Aleksandra Korac Graovac

Tisak

Grafika, Osijek

Naklada

150 komada

Obiteljskoppravna biblioteka: 1

ISBN 978-953-6072-45-3

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Gradske i sveučilišne
knjižnice Osijek pod brojem 120902085

Izdavanje knjige je odobrio Senat Sveučilišta Josipa Jurja
Strossmayera u Osijeku na Drugoj sjednici u akademskoj
godini 2009./2010., održanoj 21. 12. 2009. godine

Procesni položaj i zastupanje djeteta u sudskom postupku prema hrvatskom i komparativnom pravu – neka otvorena pitanja*

Alan Uzelac i Branka Rešetar**

I. Uvod

U kontekstu reforme hrvatskog sudskog procesnog obiteljskog prava nerijetko se tvrdi da bi posebnu pozornost trebalo posvetiti procesnom položaju djeteta, kojeg bi trebalo ojačati u svrhu poboljšanja zaštite djetetovih prava. Između ostaloga, smatra se da bi trebalo snažnije afirmirati pravni subjektivitet djeteta, u smislu da se djetetu što više omogući aktivno sudjelovanje i autonomno odlučivanje u postupcima koji se njega tiču.¹ Zaista, moderni trendovi razvoja obiteljskog prava, koji se osobito manifestiraju u nizu međunarodnih dokumenata od UN Konvencije o pravima djeteta (1989) do najnovijih akata donesenih u okviru raznih organizacija, osobito na europskom području² unisono nastoje učiniti korak dalje u promicanju i zaštiti prava djeteta, što uključuje i davanje većeg značenja volji samog djeteta. Djetetu bi se tako, unatoč tome što nije punoljetno, trebalo omogućiti adekvatno izražavanje njegove volje u pitanjima koja se na njega odnose. Pravo na izražavanje vlastitog mišljenja impliciralo bi i pravo da se to mišljenje sasluša i na odgovarajući način uvaži. Problem se, međutim, pojavljuje kada takvo, svakako prihvatljivo sta-

* Neki dijelovi ovoga rada zasnivaju se na rezultatima istraživanja kojeg je koautorica provela pod mentorstvom koautora, te predstavila u svojoj disertaciji „Pravna zaštita prava na susrete i druženja u obiteljskom pravu“ obranjenoj na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

** Prof. dr. sc. Alan Uzelac, redoviti profesor na Katedri za građansko procesno pravo Sveučilišta u Zagrebu; doc. dr. sc. Branka Rešetar, docentica na Katedri za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku.

¹ Usp. Hrabar (2002), str. 46-47.

² Iako u ovom trenutku ne čine dio unutrašnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske v. između ostaloga: Konvenciju Vijeća Europe o ostvarivanju prava djeteta (1996); Uredbu Bruxelles II bis o nadležnosti, priznanju i ovrši sudskih odluka u bračnim stvarima, te stvarima iz područja roditeljske skrbi EU iz 2003. godine; Konvenciju Vijeća Europe o kontaktima (2003); te Načela o roditeljskoj skrbi Europske komisije za obiteljsko pravo (2007).

jalište, želimo transformirati u precizne procesne instrumente, i to pogotovo one koji djeluju unutar formaliziranih sudskih postupaka koji imaju potrebu za jasnim i strogim određenjima i djeluju prema načelima postavljenim još krajem devetnaestog stoljeća. Drugi dio problema pojavljuje se zbog okolnosti da procesni položaj pojedinoga subjekta u pravnom poretku ne ovisi samo od (kazнено- i građansko-) procesnih normi i principa. On se definira kroz međuodnos mnogih pravnih disciplina koje pretežno pripadaju materijalnom pravu, ali su također uzajamno odvojene i razgraničene. U takve discipline se uz obiteljsko pravo ubrajaju i ustavno, kazнено, materijalno građansko pravo, radno i socijalno pravo itd. Zbog toga svaka promjena potencijalno utječe na mnoga pitanja i područja, a sustavan pristup tražio bi koordiniranu i dobro promišljenu akciju, jer se u protivnom javlja opasnost od neharmoničnih, pa i proturječnih rješenja.

U ovom radu ispitat ćemo kakav položaj ima dijete u sudskom postupku prema aktualnom hrvatskom pravu te, usporedbe radi, navesti pojedine primjere uređenja procesnog položaja djeteta u nekim drugim, odabranim pravnim sustavima. U kontekstu hrvatskog prava koncentrirat ćemo se na građansko-pravne aspekte u širem smislu, uzimajući u obzir i relevantne elemente iz obiteljsko-pravnog i radno-pravnog zakonodavstva. Posebno će se upozoriti na otvorena pitanja, a temeljem toga u zaključnom dijelu rada nastojati dati i neke prijedloge i teze oko moguće reforme, kao i uputiti na poželjan pravac budućeg istraživanja.

II. Procesni položaj djeteta u hrvatskom pravu

Za razliku od razmjerno dinamičnog razvoja obiteljsko-pravnog poimanja položaja i statusa djeteta, procesna doktrina o statusu djeteta u sudskom postupku nije se mijenjala desetljećima. Osnovne kategorije koje u građanskom procesnom pravu definiraju procesno-pravni položaj jesu kategorije stranačke i parnične sposobnosti, a na njih se nadovezuje pitanje zastupanja i procesne legitimacije.

1. Stranačka sposobnost djeteta

Stranačka sposobnost odgovara na pitanje o tome tko može biti stranka u postupku. Stranačka sposobnost definira prvu crtu procesno-pravnog subjektiviteta; samo onaj tko je ima, može biti subjekt sudskog postupka. Onaj tko nema stranačku sposobnost ne može pred sudom ni tužiti, niti biti tužen. Ako se pokrene sudski postupak u odnosu na entitet koji nema stranačku sposobnost, takav postupak u načelu ne će biti moguće nastaviti i meritorno okončati. Su-

protno, onaj tko ima stranačku sposobnost ima i procesno-pravnu osobnost – *ius standi in iudicio* (pravo stajanja pred sudom). Utoliko, on je potencijalni punopravni nositelj svih procesnih ovlaštenja i tereta.³ U odnosu na aktivnu stranku, stranačka sposobnost znači potencijalnu kvalitetu (u iznimnim slučajevima čak i neovisnu o materijalnoj pravnoj sposobnosti) koja njenog nositelja načelno ovlašćuje na isticanje zahtjeva određenog sadržaja. U odnosu na pasivnu stranku, stranačka sposobnost omogućuje da se postupak u odnosu na njenog nositelja vodi.⁴ U odnosu na obje stranke, stranačka je sposobnost pretpostavka za to da ih se neposredno obveže učinkom donesene odluke.

Što se tiče djeteta, njegova stranačka sposobnost proizlazi neposredno iz procesnog zakona, jer Zakon o parničnom postupku propisuje u čl. 77. st. 1. da stranka u postupku može biti svaka fizička osoba, bez obzira na svoju dob. Funkcionalno i teleološki, stranačka sposobnost je u uskoj uzajamnoj vezi s pravnim subjektivitetom kojeg priznaju materijalnopravne discipline, u prvom redu opći dio građanskog prava. Procesno-pravni subjektivitet se u pravilu i daje samo onima kojima je pravni poredak priznao sposobnost da budu nositelji (materijalno-pravnih) prava i obveza, i to radi toga da im se omogući da iskoriste svoje ustavno i zakonsko pravo na sudsku zaštitu. Premda se iz pravno-političkih razloga ponekad iznimno pokretanje građanskih sudskih postupaka omogućava i entitetima bez pravne sposobnosti (npr. pojedinim državnim tijelima), osnovna je ustavna zadaća građanskog postupka zaštita subjektivnih prava. Svatko kome pravni poredak priznaje pojedino subjektivno pravo, mora u konačnici imati i mogućnost da to svoje pravo zaštiti pred sudom.⁵ Zbog tog načelnog paralelizma između priznanja subjektivnih prava (pravne sposobnosti) i prava da se ta prava štite pred sudom, stranačka sposobnost se još ponekad i naziva procesnom pravnom sposobnošću. Nemogućnost da se ostvari pravo na zaštitu prava koje pravni poredak priznaje bilo bi uskrata pravosuđa – *dení de justice, denial of justice* – koja je protivna pravu na pristup sudu iz čl. 29. st. 1. Ustava i čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Upravo zato što građansko pravo kondicionalni pravni subjektivitet daje i još nerođenom djetetu⁶ procesna teorija smatra da bi i zametak (*nasciturus*) imao (kondicionalni) procesni subjektivitet. U

³ Usp. Triva/Dika (2004), str. 303 i d.

⁴ V. *mutatis mutandis* procesnu definiciju stranke kod Dika (2008), str. 14.

⁵ V. Triva/Dika (2004), *ibid.*

⁶ Usp. čl. 17. st. 2. Zakona o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu ZOO). NN 35/05 i 41/08. („Uzima se da je začeto dijete rođeno, kadgod se radi o njegovim probicima, pod uvjetom da se rodi živo.“).

slučaju da se ne rodi živ, postupak bi se vodio s nepostojećom strankom i stoga bi bio bez učinka.⁷

Zato, ako se pitanje procesno-pravnog subjektiviteta djeteta promatra iz perspektive stranačke sposobnosti, problema uopće nema. Dijete je po hrvatskom pravu imalo stranačku sposobnost od prvih početaka modernog procesnog zakonodavstva na ovom području.⁸ U tom smislu, nije upitno pravo djeteta da tuži ili bude tuženo – dijete u svakom slučaju ima *ius standi in iudicio*.

2. Parnična sposobnost djeteta

Stvari su složenije s drugim subjektivnim uvjetom za dopustivost vođenja sudskog postupka – s parničnom sposobnošću. Parnična sposobnost je sposobnost osobe da može utjecati na tijek građanskog sudskog postupka vlastitim (svjesnim) očitovanjima volje.⁹ Prema uobičajenom shvaćanju, osoba koja nije parnično sposobna nema procesno-pravno relevantnu volju, tj. njena očitovanja (iako eventualno mogu biti činjenično relevantna) ne mogu proizvoditi procesno-pravne učinke. Nedostatak procesno-pravno relevantne volje za parnično nesposobnu stranku supstituira njen zakonski zastupnik, koji će u postupku poduzimati sve radnje u ime i za račun takve stranke. Parnično nesposobna stranka ne može utjecati na izbor svoga zastupnika, a vođenje postupka u kojem sudjeluje parnično nesposobna stranka bez adekvatnog zakonskog zastupnika nije dopušteno. *A contrario*, parnično sposobna osoba može u postupku sudjelovati samostalno poduzimajući radnje (ako je to u suglasnosti s relevantnim odredbama o zastupanju, tj. ako joj je po mjerodavnom pravu dopušteno da u sudskom postupku nastupa bez punomoćnika)¹⁰ ili pak radnje može poduzimati posredstvom zastupnika kojeg sama određuje. Mogućnost

⁷ Dika (2008), str. 30.

⁸ Još je § 102. Zakona o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. (koji je odgovarao § 1. austrijskog Zivilprozessordnung (u daljnjem tekstu ZPO iz 1895) propisivao da „parničnom strankom može biti svaka fizička osoba“.

⁹ Hrvatski izraz „parnična sposobnost“ sadrži donekle pogrešnu konotaciju prema kojoj bi se ovo svojstvo odnosilo samo na parnični postupak. Kategorija parnične sposobnosti primjenjuje se supsidijarno (kao uostalom i većina drugih temeljnih kategorija parničnog procesnog prava) i na druge građanske sudske postupke – izvanparnični, ovršni i stečajni. Utoliko je ekvivalentni njemački izraz *Prozessfähigkeit* (doslovno: procesna sposobnost) u pogledu opsega postupaka na koje se odnosi prikladniji, no s druge je strane po sadržaju preširok, jer bi pogrešno implicirao da obuhvaća i neke druge sposobnosti (stranačku, postulacijsku) koje su također po svojoj naravi procesne sposobnosti.

¹⁰ Svojstvo stranke da u postupku može nastupati neposredno, bez punomoćnika koji zadovoljava propisane zakonske uvjete, naziva se još i postulacijska sposobnost. Usp. Triva/Dika (2004), str. 311.

da osoba vlastitom voljom ugovori zastupanje i izda punomoć ugovornom zastupniku (odvjetniku ili drugoj kvalificiranoj osobi) također je implicirana u pojmovima poslovne i parnične sposobnosti, i ima ju samo parnično sposobna osoba.

Kategorija parnične sposobnosti u uskoj je korelaciji s pojmom poslovne sposobnosti, tako da se i sama parnična sposobnost ponekad naziva procesnom poslovnom sposobnošću. Poslovna sposobnost definirana je u čl. 18. ZOO kao sposobnost osobe da može vlastitim očitovanjima volje stvarati pravne učinke. Logika procesnog instituta parnične sposobnosti prati mogućnost osobe da se samostalno obvezuje u domeni građanskog prava: ako određena osoba može na temelju vlastitoga voljnoga djelovanja stjecati prava i obveze, ona bi trebala biti u mogućnosti i samostalno pokretati postupak koji se na ta prava odnosi, braniti se od postupaka koje druge osobe pokreću i davati odnosno primati druga očitovanja koja će na ta prava i obveze utjecati u slučaju da se o njima odlučuje pred sudom. Za parničnu sposobnost nije međutim relevantna svaka mogućnost stjecanja prava i obveza samostalnim djelovanjem. Nije mjero-davno je li neka osoba sposobna stjecati obveze temeljem svoga protupravnog djelovanja (tj. njena deliktna sposobnost), pa čak niti mogućnost da se prava stječu po pravilima o stjecanju bez osnove – važno je da se osoba može samostalno ugovorno obvezivati.¹¹

Poslovna sposobnost može biti ili potpuna i neograničena, ili djelomična tj. ograničena¹², ovisno o tome priznaje li se osobi pravo da vlastitom voljom skla-pa sve vrste pravnih poslova, ili joj se u pogledu pojedinih poslova za valjanost izjave volje postavljaju pojedina ograničenja. U hrvatskom pravu ograničena poslovna sposobnost pojavljuje se kod lišavanja poslovne sposobnosti osoba koje zbog duševnih smetnji ili drugih uzroka nisu sposobni brinuti se o svojim pravima i interesima. Takvo lišavanje može biti potpuno (u kojem slučaju osoba gubi u cijelosti poslovnu sposobnost) ili djelomično. Kod djelomičnog lišavanja poslovne sposobnosti sud u izvanparničnom postupku određuje koje poslove i radnje osoba ne može samostalno poduzimati. Među zakonskim primjerima poslova i radnji čije se poduzimanje može ograničiti navodi se nekoliko vrsta disponiranja imovinskim pravima (raspolaganje imovinom, plaćom

¹¹ Na taj način parnična se sposobnost kontinuirano tumači od starije teorije, v. npr. kod Najman (1935), str. 218 i d. Za noviju njemačku teoriju v. Rosenberg/Schwab/Gottwald (2004), str. 262.

¹² Pojam „ograničene poslovna sposobnosti“ uvodi se u čl. 276. st. 2. ZOO, gdje se uređuje važenje ugovora poslovno nesposobnih osoba; u ZPP-u se koristi izraz „djelomično ograničena poslovna sposobnost“ (v. čl. 79. st. 2.). Izraze „djelomično i potpuno lišenje poslovne sposobnosti“ koristi i ObZ, v. infra bilj. 13.

ili drugim stalnim novčanim primanjima, upravljanje imovinom), neka disponiranja radno-pravnog karaktera (odlučivanje o zapošljavanju) te pojedine dispozicije u pogledu obiteljskog statusa (davanje izjava i poduzimanje radnji koje se odnose na brak, roditeljsku skrb i druga osobna stanja). Sve poslove i radnje koji nisu taksativno nabrojani u sudskoj odluci osoba djelomice lišena poslovne sposobnosti može samostalno poduzimati.¹³ Što se pak tiče poslova za koje je određeno da ih osoba ne može samostalno poduzimati, u pogledu zaključenja takvih poslova volja ograničeno poslovno sposobne osobe nije dostatna, ali nije ni apsolutno irelevantna. Ona je nužna za pravovaljanost pravnog posla, no uz nju je potrebno dobiti odobrenje zakonskog zastupnika. U protivnom, ugovor koji je ograničeno poslovno sposobna osoba sklopila bit će pobojan, ali može biti osnažen naknadnim odobrenjem zakonskog zastupnika.¹⁴ Zbog potrebe da se pravno-relevantna volja osobe nadopuni odobrenjem u svrhu potpune pravne valjanosti ovakvi se poslovi u pravnoj doktrini nazivaju „šepavim pravnim poslovima“ (*negotia claudicantia*).

Za parničnu sposobnost smatra se, naprotiv, da može biti samo potpuna (neograničena) i bezuvjetna. Stranka koja ima parničnu sposobnost ovlaštena je poduzimati sve parnične radnje u određenoj parnici¹⁵; u protivnom, sve će radnje za nju poduzimati njen zakonski zastupnik. Istina, s obzirom na to da se nekim subjektima samo u određenim slučajevima priznaje pravo na samostalno vođenje postupka, kauzalno ograničavanje parnične sposobnosti nije suprotno biti ovoga instituta.¹⁶ Primjera radi, upravo ograničeno poslovno sposobne osobe u pogledu prava za koja im sud nije ograničio raspolaganja imaju (potpunu) parničnu sposobnost, dok su u pogledu postupaka koji se tiču ostalih prava – onih kojima mogu raspolagati samo uz odobrenje zakonskog zastupnika – (potpuno) parnično nesposobne.¹⁷ Bit teze o nužnoj nedjeljivosti i bezuvjetnosti parnične sposobnosti jest, dakle, u tezi da je uvjetovanje učinaka pravno-relevantne volje stranke naknadnim eventualnim odobrenjem zakonskog zastupnika protivno kako procesnoj ekonomiji, tako i temeljnim načelima procesne ravnopravnosti i poštenog suđenja. Uz to, imperativ potpunosti parnične sposobnosti valjalo bi cijeliti iz perspektive individualne parni-

¹³ Usp. čl. 159. st. 2. i 3. ObZ.

¹⁴ Usp. čl. 276. st. 2. i 3. ZOO.

¹⁵ Triva/Dika (2004), str. 308.

¹⁶ U tom smislu i njemačka teorija koristi izraz „*sachlich beschränkte Prozessfähigkeit*“, v. Rosenberg/Schwab/Gottwald (2004), str. 264. V. o prihvaćanju takvog koncepta i u novijoj hrvatskoj doktrini v. *infra* u bilj. 24.

¹⁷ U tom se smislu tumači i odredba čl. 79. st. 2. ZPP - usp. Dika (2008), str. 47; Aras (2009), str. 201.

ce, u kojoj su sve procesne radnje funkcionalno povezane istim ciljem – odlučivanjem o pravo-zaštitnom zahtjevu, pa je zbog toga nelogično i neprirодно omogućavati stranci da u pogledu jednog dijela radnji u postupku samostalno djeluje, a u pogledu drugoga nema pravno relevantnu volju, već ovisi o radnjama svojega zakonskog zastupnika. Takvo rješenje uz to bi moglo dovesti do neopravdane diskriminacije u pogledu načina ostvarivanja prava na pravnu zaštitu, jer bi osoba koja u postupku može samostalno poduzimati samo neke radnje bila u bitno različitom položaju u odnosu na druge subjekte u postupku. Prema tome, parnična sposobnost ne bi mogla biti vertikalno (funkcionalno) ograničena, premda bi njeno horizontalno (kauzalno) ograničavanje bilo moguće i dopustivo.¹⁸

U odnosu na maloljetnu djecu, važno je napomenuti da ona po važećim hrvatskim propisima, barem kada se radi o njihovim imovinskim pravima, nisu sve do svoje punoljetnosti ni ograničeno poslovno sposobna, jer se ograničena poslovna sposobnost pojavljuje samo u kontekstu oduzimanja poslovne sposobnosti, do čega može doći samo nakon njenog stjecanja. Utoliko, djeca su u pravilu¹⁹ do punoljetnosti materijalno-pravno potpuno poslovno nesposobna²⁰ pa i pravne radnje koje ona poduzimaju nisu ni valjane niti šepave – one su pravno nevaljane i kao takve ne proizvode nikakav učinak.²¹ Ovoj kategoriji

¹⁸ U komparativnom pravu nailazi se u posljednje vrijeme i na institute koji dovode u pitanje ovo pravilo, npr. pravo maloljetnika starijeg od 14 godina da izjavljuje samostalnu žalbu u postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima po njemačkom pravu. Usp. *infra* pod 3.b. Ova je iznimka međutim u njemačkom pravu usko postavljena, jer se odnosi samo na izvanparnični postupak, gdje predstavlja jedno od svjesnih odstupanja od postulata parničnog postupka. Uz to, valja voditi računa o tome da ovako postavljena (ograničena) parnična sposobnost maloljetnika u njemačkom pravu ima svojevrsan korelat u (ograničenoj) poslovnoj sposobnosti maloljetnika, jer su po njemačkom pravu, maloljetnici već od 7 godina ograničeno poslovno sposobni (usp. § 106 u vezi s §§ 107 do 113 BGB).

¹⁹ Tj. u svim slučajevima osim u praksi rijetkih slučajeva stjecanja poslovne sposobnosti prije punoljetnosti na temelju braka i roditeljstva, te ograničenih iznimki po Zakonu o radu. O tome v. više *infra*.

²⁰ Hipotetički, maloljetniku koji je stekao potpunu poslovnu sposobnost prije punoljetnosti mogla bi se naknadno sudskom odlukom ograničiti poslovna sposobnost, no izvan tog slučaja maloljetnici ne bi mogli biti ograničeno poslovno sposobni.

²¹ Utoliko, valjalo bi uzeti da ugovor koji je sklopilo dijete prije punoljetnosti nije ni zaključen, jer za njegovo zaključenje nedostaje pravno-relevantna volja. ZOO, međutim, izaziva poneke dvojbe jer u čl. 277. umjesto o ograničeno poslovno sposobnim osobama govori o poslovno nesposobnim osobama, iako je odobrenje zakonskog zastupnika za sklapanje ugovora moguće i potrebno samo kod ograničeno poslovno sposobnih osoba (kod potpuno poslovno nesposobnih osoba zakonski zastupnik ne odobrava pravne radnje osobe, nego ih sam poduzima u njeno ime i za njen račun).

djece ne pripadaju ona maloljetna djeca koja su sa navršениh 16 godina sklopila brak ili postala roditeljima, temeljem čega mogu steći potpunu poslovnu sposobnost.

Veza između poslovne sposobnosti i parnične sposobnosti definirana je u čl. 79. ZPP, gdje se istovremeno uvodi i dodatan element opsega poslovne sposobnosti, budući da se posebno razlučuje parnična sposobnost potpuno poslovno sposobnih osoba (st. 1.) i sposobnost osoba kojima je djelomično ograničena poslovna sposobnost (st. 2.). Potpuno poslovno sposobne osobe mogu same obavljati sve radnje u postupku, dok osobe djelomično ograničene poslovne sposobnosti imaju parničnu sposobnost u granicama svoje poslovne sposobnosti.

Prema čl. 18. st. 2. ZOO poslovnu sposobnost fizička osoba stječe punoljetnošću, ako zakonom nije drukčije određeno. Obiteljski zakon ponavlja u čl. 120. ovo određenje, definirajući da se punoljetnost stječe s navršениh osamnaest godina života, ali i nadodajući još dvije osnove za stjecanje poslovne sposobnosti: sklapanje braka prije punoljetnosti (u kojem slučaju se poslovna sposobnost stječe *ex lege*), te roditeljstvo (no u tom slučaju o stjecanju poslovne sposobnosti za maloljetnika starijeg od 16 godina o tome odlučuje na njegov zahtjev sud nakon saslušanja roditelja i uz mišljenje centra za socijalnu skrb, uzimajući u obzir duševnu zrelost maloljetnika). Stjecanjem poslovne sposobnosti maloljetni roditelj odnosno bračni drug ujedno stječu i parničnu sposobnost.

U svim ostalim slučajevima, djeca mlađa od 18 godina nemaju ni poslovnu niti parničnu sposobnost. U pravilu, njihova je volja u pravnom prometu irelevantna, a stvarati mogu samo pravne učinke određene zakonom (čl. 18. st. 3. ZOO). Umjesto poslovno nesposobne osobe, u pravnom prometu svoju volju očituje zakonski zastupnik ili skrbnik (čl. 18. st. 4. ZOO). U pravilu, funkciju zakonskog zastupnika za djecu – što uključuje sklapanje pravnih poslova, upravljanje imovinom i davanje drugih očitovanja u ime i za račun djeteta - obavljaju njihovi roditelji (čl. 98 ObZ). Iznimke od pravila o njihovoj potpunoj materijalnoj i procesnoj poslovnoj nesposobnosti su malobrojne i ograničene.

3. Parnična sposobnost zaposlenog maloljetnika

Jedna od iznimaka odnosi se na stupanje u radni odnos nakon navršene petnaeste godine života.²² U tom slučaju, za sklapanje ugovora o radu maloljetniku

²² Osoba mlađa od petnaest godina smije se zaposliti, no samo iznimno, uz prethodno odobrenje inspektora rada izdanog na temelju zahtjeva zakonskog zastupnika, i to samo u opsegu i na poslovima koji ne ugrožavaju njezino zdravlje, čudorednost, školovanje

će trebati ovlaštenje zakonskog zastupnika, a zakonski će zastupnik biti ovlašten to ovlaštenje u svako doba povući ili ograničiti, odnosno raskinuti ugovor o radu u ime maloljetnika. Temeljem takvog ovlaštenja i sklapanja ugovora o radu, maloljetnik će biti „poslovno sposoban za sklapanje i raskidanje toga ugovora te za poduzimanje svih pravnih radnji u svezi s ispunjenjem prava i obveza iz toga ugovora ili u svezi s tim ugovorom“.²³ Iako naizgled širok, skup slučajeva u kojima će zaposleno dijete starije od 15 godina imati materijalno i procesno relevantnu volju zapravo je razmjerno uzak. On se odnosi samo na prava i obveze iz ZR (sklapanje, izmjenu ili raskid ugovora o radu) te poduzimanje izvan procesnih radnji radi zaštite prava iz radnog odnosa (npr. podnošenje zahtjeva za zaštitu prava radnika, sudjelovanje u postupku mirenja). Što se tiče mogućnosti samostalnog podnošenja tužbe za zaštitu prava iz radnog odnosa (npr. radi isplate plaće ili naknada predviđenih ugovorom o radu ili utvrđenja da je otkaz dan nezakonito), iz dikcije ZR-a čini se da bi poslovna sposobnost maloljetnog zaposlenika u takvim slučajevima implicirala i njegovu procesnu poslovnu sposobnost za podnošenje takvih tužbi (no ne i tužbi koje se ne bi odnosile na zaštitu prava iz ugovora o radu). U tom smislu, zaposleni petnaestogodišnjak imao bi parničnu sposobnost kauzalno ograničenu samo na radno-pravnu zaštitu, dok bi u pogledu zaštite svih svojih drugih prava bio parnično nesposoban.²⁴ Problem koji se ovdje javlja odnosi se na mogućnost da zakonski zastupnik u svako doba ovlaštenje koje je dao povuče²⁵ te sukladno tome izazove novi gubitak parnične sposobnosti i prekid postupka (nakon čega on eventualno može sam preuzeti vođenje parnice). Za takvo rješenje s pravom su iznesene ocjene da ne odgovara elementarnim zahtjevima pravne sigurnosti i smisleno uređene procedure.²⁶

Kao dodatna specifična nelogičnost u uređenju parnične sposobnosti zaposlenog maloljetnika (zbog koje se ova distinkcija često previđa) može se navesti pitanje prava na upravljanje i raspolaganje plaćom i drugom imovinom koju je maloljetnik stekao radom nakon navršene petnaeste godine života. Naime, u st. 2. čl. 259. ObZ-a određeno je da maloljetnikovom imovinom upravljaju

ili razvoj. Usp. čl. 21. Zakona o radu (u daljnjem tekstu ZR); prema novoj numeraciji iz pročišćenog teksta, NN 137/04, ranije čl. 14.

²³ Čl. 22. st. 1. ZR (ranije čl. 15. st. 1.).

²⁴ Tako i Dika, relativizirajući na temelju toga primjera tvrdnju o tome da parnična sposobnost može biti samo neograničena i bezuvjetna. Usp. Dika (2008), str. 47.

²⁵ Usp. čl. 15. st. 4. ZR, po kojem zakonski zastupnik može u svako doba raskinuti ugovor o radu i povući ovlaštenje temeljem kojeg maloljetnik može poduzimati radnje u postupku.

²⁶ Dika (2008), str. 51.

njegovi roditelji, *osim* onom koju je maloljetnik stekao radom nakon navršene petnaeste godine života, iz čega bi se lako mogao izvući (pogrešan) zaključak da u pogledu te imovine poslovnu i parničnu sposobnost ima sam maloljetnik. U obiteljskopravnoj teoriji je izraženo tumačenje prema kojem se dužnost i pravo roditelja da upravljaju imovinom djece ne odnosi jedino na imovinu koju je stekao maloljetnik koji je zaposlen nakon petnaeste godine života, te da takva kategorija imovine ne potpada pod upravu roditelja, uslijed čega maloljetnik njome upravlja sam.²⁷ Međutim, s druge strane treba imati u vidu da premda pravo na plaću jest jedno od prava koja proizlaze iz ugovora o radu, sama imovina koja je stečena nakon isplate plaće nije više u radno-pravnom režimu, a raspolaganje tom imovinom nesumnjivo prelazi granice „pravni radnji u svezi s ugovorom o radu“. Povrh toga, u Zakonu o radu izričito je propisano da se poslovna sposobnost zaposlenog maloljetnika ne odnosi na pravne poslove za čije bi zaključenje zakonskom zastupniku bilo potrebno odobrenje centra za socijalnu skrb. Među takve poslove ubrajaju se svi poslovi kojima se otuđuje ili opterećuje imovina maloljetnog djeteta, pa i oni kojima se raspolaže budućim imovinskim pravima djeteta u vezi s njegovim športskim, umjetničkim ili sličnim aktivnostima (čl. 261. st. 1. i 3. ObZ). Utoliko, zaposleni petnaestogodišnjak ne bi mogao samostalno raspolagati svojom plaćom i drugom imovinom stečenom na temelju prava iz radnog odnosa – on za tako što nema ni poslovne ni parnične sposobnosti.²⁸ Kako tom imovinom ne mogu raspolagati ni njegovi roditelji (arg. iz čl. 259. st. 2. ObZ) proizlazi da će maloljetnikovi prihodi iz plaće biti imobilizirani do njegove punoljetnosti.

4. Pravo suda da dopusti poslovno nesposobnoj osobi da poduzima pojedine radnje u postupku iz čl. 269. ObZ

Zakonska norma koja u kontekstu gore prikazanog koncepta parnične (ne) sposobnosti djeteta izaziva niz pitanja jest odredba čl. 269. st. 1. ObZ prema kojoj u statusnim stvarima sud može dopustiti da poslovno nesposobna stranaka poduzima pojedine procesno-pravne radnje, ako je u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnji. Ova odredba u izravnoj je suprotnosti s dosad prevladavajućim procesnim shvaćanjem prema kojem parnična sposobnost može biti samo potpuna (neograničena) i bezuvjetna.²⁹

²⁷ Hrabar (2007), str. 263.

²⁸ Suprotno v. Aras (2009) i bilj. 30.

²⁹ Triva/Dika (2004), str. 308, argumentirajući da osobe koje su ovlaštene poduzimati pravno relevantne djelatnosti samo pod rezolutivnim uvjetom ne mogu biti parnično sposobne. V. i *supra*, pod 2.b.

Čak i novije relativiziranje teze o neograničenosti parnične sposobnosti (uz upućivanje na pojedine primjere iz pozitivnog prava) nije do kraja dovodilo u pitanje ovaj stav, jer se odnosilo u prvom redu na slučajeve u kojima je određena osoba (npr. dijete koje je nakon petnaeste godine života stupilo u radni odnos) stekla poslovnu sposobnost samo u pogledu pojedinih prava – no i tada bi, u parnicama u kojima bi ta osoba imala parničnu sposobnost, ona imala pravo na poduzimanje svih (a ne samo nekih) procesnih radnji.

U literaturi se odredba čl. 269. st. 1. ObZ tumači na različite načine. S jedne se strane konstatira kako temeljem navedene odredbe, a u skladu s postupovnim pravima iz Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava dijete može poduzimati radnje u postupku.³⁰ Prema takvom shvaćanju, koje se uglavnom može naći u obiteljsko-pravnoj literaturi, sud bi u konkretnom postupku trebao priznati djetetu "specifičnu, odnosno djelomičnu parničnu sposobnost", pravo da se poduzimaju (samo) pojedine radnje u sudskom postupku.³¹ U dijelu procesno-pravne literature navodi se kako bi se parnična sposobnost (djeci) temeljem navedene odredbe mogla priznavati samo odlukom suda u konkretnom postupku i samo za poduzimanje pojedinih radnji,³² pri čemu neki primjenu ove norme sužavaju samo na izvanparnični postupak.³³ Na temelju ove norme razvila se i zanimljiva terminološka diskusija, koja je pokušala nedorečenost zakonskog koncepta pretočiti u niz interesantnih, no ipak pomalo artifičnih i konstruiranih pojmovnih distinkcija između raznih vrsta postupovne (poslovne) sposobnosti.³⁴

³⁰ Hrabar (2002), str. 52; Korać (2003), str. 39. Hrabar i kasnije zadržava svoje stajalište u pogledu parnične sposobnosti djeteta u komentaru odredbe čl. 107. st. 3. ObZ navodeći da u slučajevima u kojima dijete podnosi prijedlog za ostvarivanje susreta i druženja ono ima djelomičnu poslovnu i procesnu sposobnost, jer zakonom nije propisana obveza da ga zastupa roditelj. Nadalje navodi kako podnošenje zahtjeva od strane roditelja ne bi bilo niti moguće jer se radi o tome da upravo roditelj ne želi da se njegovo dijete druži s bakom i djedom. Hrabar (2004), str. 129.

³¹ "Djetetu koje bi izrazilo želju da sudjeluje u postupku, a sud utvrdi da je u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice eventualno poduzetih radnji, sud bi morao priznati specifičnu parničnu sposobnost za poduzimanje pojedinih radnji za taj pojedini postupak ako procjeni da je to za dobrobit djeteta." Korać (2003), str. 39.

³² Dika (2008), str. 50.

³³ Maganić (2008), str. 257. Autorica za ovu priliku iznosi zanimljivu konstrukciju prema kojoj se ovdje uopće ne radi o parničnoj, već o izvanparničnoj sposobnosti koja je pojmovno šira u odnosu na parničnu sposobnost.

³⁴ Usp. Maganić (2008), *ibid.*; Aras (2009), str. 195-197; obje autorice pokušavaju distingvirati parničnu sposobnost i procesnu/postupovnu/izvanparničnu sposobnost, pri čemu nam se čini da rezultat umjesto preciznosti još dodatno pridonosi pojmovnoj konfuziji, jer se kod novokonstruiranih pojmova gubi i konceptualna veza između

Čini se kako ni u procesno-pravnoj niti u obiteljsko-pravnoj teoriji nije sporno treba li djetetu priznati adekvatnu mogućnost da njegova procesna volja dođe do izražaja u sudskim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima, no sporan je način na koji bi se takvo pravno-političko opredjeljenje trebalo realizirati. Povrh općeg teorijskog konsenzusa o potrebi ojačanja djetetovog položaja u postupku pred sudom, neprijeporno je da je odredba čl. 269. st. 1. ObZ neprecizna. Ona ni primjerice ne navodi koje bi to „pojedine parnične radnje“, u kojem obliku i u kojim postupcima sud mogao dopustiti poslovno nesposobnoj stranci, pa čak niti izravno ne eksplicira da takvu radnju poslovno nesposobna stranka može poduzeti sama, bez zakonskog zastupnika (premda bi se to moglo implicirati iz zahtjeva da je stranka „u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice radnji“). Iz sistemskog smještaja u opće odredbe o postupku pred sudom moglo bi se zaključiti da ovu ovlast sud ima i u statusnim parničnim i u statusnim izvanparničnim postupcima (no i to je u literaturi sporno). Može li se iz ove odredbe shvatiti da bi sud bio ovlašten dopustiti da dijete kao poslovno nesposobna osoba samo i u vlastito ime podnese tužbu? To bi se protivilo općim pravilima parničnog prava prema kojem bi sud u takvim slučajevima trebao osigurati adekvatno zastupanje putem centra za socijalnu skrb, a k tome bi se postavilo i pitanje koje bi radnje i kako takav tužitelj (kojem je dopuštena samo „pojedina radnja“) dalje mogao poduzimati u postupku. Jednako je upitno i bi li sud trebao dopustiti radnje samo nezastupanom djetetu, ili (i) onda kada zastupnik djeteta u postupku poduzima radnje, no takvim se radnjama dijete protivi. Postavlja se i pitanje bi li sud ovakvo parcijalno i selektivno priznavanje parnične sposobnosti trebao vršiti *ex privata diligentia* ili samo po inicijativi djeteta. Uz ova, pojavljuje se i niz tehničkih pitanja (npr. kako i kome dostavljati pismena, ima li zakonski zastupnik i dalje pravo na poduzimanje drugih radnji; može li se u pogledu radnji za koje je poslovno nesposobnoj osobi priznata *ad hoc* parnična sposobnost zakonski zastupnik smatrati punomoćnikom stranke i kako se tada razrješava kolizija između njegovih radnji i radnji poslovno nesposobne osobe itd.). Na sva ta pitanja teško je naći adekvatan odgovor, što upućuje na potrebu da se ova norma u nekoj budućoj reformi revalorizira i precizira (ili briše i nadomjesti prikladnijim rješenjem).

Dodatna okolnost o kojoj valja voditi računa kada se razmišlja o smislenosti odredbe čl. 269. st. 1. sadržana je u okolnosti da u pogledu prikupljanja činjenične i dokazne građe u statusnim obiteljskim stvarima ionako prevladava

materijalnopravne sposobnosti (poslovne sposobnosti koja postoji izvan postupka) i procesne sposobnosti (parnične sposobnosti koja postoji u postupku te korespondira poslovnoj sposobnosti).

načelo inkvizitornosti. Procesno relevantnu volju poslovno nesposobnih stranaka utoliko u pogledu prikupljanja procesne građe uopće nije nužno aktivirati, jer činjenični navodi i dokazni prijedlozi stranaka u ovim predmetima ne obvezuju sud – oni se cijene kao izjave o znanju, a ne kao izjave o volji. Za sudjelovanje u postupku u svojstvu izvora informacija osoba ne mora imati poslovnu i parničnu sposobnost. Tako položaj svjedoka u postupku može imati svaka osoba čiji iskaz može poslužiti u svrhu rasvjetljavanja činjeničnih pitanja koja se dokazuju.³⁵ Zato, što se tiče djeteta, ono nedvojbeno može biti saslušano kao svjedok, ako je u stanju prenijeti sudu svoja relevantna saznanja. Što se tiče mogućnosti saslušanja u svojstvu stranke u parničnom postupku, u st. 2. čl. 269. ObZ posebno se navodi obveza suda da omogućiti djetetu da, unatoč načelnom nedostatku parnične sposobnosti, u skladu s njegovom dobi, zrelosti i dobrobiti izrazi svoje mišljenje radi ostvarenja svojih prava i interesa u statusnim stvarima, i to bilo pred sudom, bilo pred centrom za socijalnu skrb. To pravo uključivalo bi sukladno čl. 89. st. 5. ObZ i pravo djeteta da na prikladan način sazna važne okolnosti slučaja i dobije odgovarajući savjet koji će mu pomoći da izrazi svoje mišljenje, npr. u obliku pouke o mogućim posljedicama uvažavanja njegovog mišljenja, što su mu sud (i centar za socijalnu skrb) dužni omogućiti.³⁶ Navedenom se specifičnom procesnom pravu djeteta pripisuje „konzultativna vrijednost“, tj. pravo na aktivno savjetovanje, ali ne i pravo na disponiranje. U literaturi građanskog procesnog prava svrstava ga se u procesnu kategoriju svjedočenja o preferencijama koje dijete može imati.³⁷

4. Procesna legitimacija djeteta, s posebnim osvrtom na adhezijske postupke u kojima se odlučuje o susretima i druženju

Specifični problemi pojavljuju se kada se ovdje naznačena opća tematika o procesnom položaju djeteta prenese na područje pojedinih konkretnih pitanja iz domene statusnih prava djeteta. Jedno od takvih prava djeteta je i pravo na održavanje susreta i druženja (osobne kontakte) u slučaju razvoda braka i odvojenog života roditelja i djece. Pri razmatranja pojedinih elemenata o kojima ovisi djetetov procesni položaj u sudskom postupku u kojem se odlučuje o susretima i druženju, potrebno je imati na umu da se o susretima i druženju odlučuje u dva postupka - parničnom i izvanparničnom. U parničnom po-

³⁵ V. Triva/Dika (2004) gdje se navodi da svjedok može biti svaka fizička osoba koja je bila u stanju da osjetilima zapazi neku činjenicu i koja je u stanju da o tom zapažanju iskazuje pred sudom.

³⁶ Usp. Hrabar (2002), str. 52.

³⁷ Dika (2003/1), str. 145; Dika (2008), str. 51. Slično uređenje u američkom pravu neki autori s ironijom nazivaju "voice but not choice". Vidi Woodhouse (2002-2003), str. 124.

stupku se o susretima i druženju odlučuje *ex offio* u okviru bračnih sporova, i sporova o podrijetlu djeteta, tj. kod utvrđivanja majčinstva i očinstva,³⁸ dok se u izvanparničnom postupku odlučuje na zahtjev stranke, i to: a) kad roditelji djeteta ne žive u obiteljskoj zajednici bez obzira jesu li u braku ili izvanbračnoj zajednici, odnosno jesu li ikad živjeli zajedno, b) kad bitno promijenjene okolnosti zahtijevaju donošenje nove odluke i c) pri odlučivanju o susretima i druženju djeteta s bakom, djedom, (polu)bratom, (polu)sestrom, te maćehom ili očuhom.³⁹

U ovom kontekstu pojavljuje se više uzajamno povezanih pitanja. Prvo od njih vezano je uz procesnu legitimaciju djeteta u slučaju da se o njegovim pravima odlučuje u okviru bračnog spora. Za razliku od stranačke i parnične sposobnosti, koje postoje neovisno o konkretnoj parnici, procesna legitimacija je svojstvo kojim se određenu osobu ovlašćuje da bude stranka u konkretnom sudskom postupku. U slučaju bračnog spora, procesnu legitimaciju imat će u pravilu bračni drugovi (tužba za razvod braka, čl. 42. ObZ), a samo iznimno i treće osobe (kod poništenja braka: centar za socijalnu skrb, čl. 36. ObZ; roditelji djeteta, čl. 37. st. 1. ObZ; te osobe s pravnim interesom, čl. 40. st. 1. ObZ). Unatoč razmjerno širokom krugu osoba kojima se priznaje procesna legitimacija (a među kojima su i neke koje u konkretnom sporu nesumnjivo nemaju pravni interes)⁴⁰, među njima nisu i maloljetna djeca, premda se u brakorazvodnom sporu mora odlučiti i o reguliranju njihovih prava u odnosu na roditelje. Kako po slovu zakona o roditeljskoj skrbi i zajedničkom životu roditelja i djeteta (čl. 294. ObZ) sud odlučuje *ex offio*, nezvan zahtjevima stranaka (čl. 297. ObZ), dijete se pojavljuje kao objekt, a ne subjekt postupka, koji u ovom kontekstu (za razliku od odlučivanja o istim pitanjima u izvanparničnom postupku) nema niti priznato svojstvo inicijatora postupka. Nedostatak procesne legitimacije ima i druge procesne posljedice, npr. u nedostatku obveze posebnog obavješćavanja djeteta o radnjama u postupku, nemogućnosti izjavljivanja pravnih lijekova i sl. To je ujedno i jedan od unikatnih slučajeva u procesnom pravu uopće u kojima se osobi koja ima pravni interes ne priznaje procesna legitimacija.

³⁸ Čl. 294 ObZ.

³⁹ Čl. 100, čl. 102. i 107. ObZ.

⁴⁰ Npr. roditelji djeteta, pa i centar za socijalnu skrb. Kako se pravni interes sastoji u tome da osoba koja očekuje angažiranje suda mora u slučaju povoljne odluke imati konkretnu i pravnu korist koja se ogleda u sferi njenih prava, niti jedni niti drugi nemaju pravni interes jer poništenje braka kojeg su sklopili bračni drugovi na njihova vlastita prava izravno ne djeluje. O pravnom interesu v. Triva/Dika (2004), str. 139.

Što se tiče prava na samostalno iniciranje sudskog postupka od strane djeteta tamo gdje mu je priznato svojstvo stranke – u sudskom izvanparničnom postupku – na prvi pogled moglo bi se zaključiti da mu *ex lege* u tim postupcima nije priznata samo procesna legitimacija, već i *ad hoc* parnična sposobnost. To, međutim, nije slučaj, jer mjerodavne norme (npr. čl. 100. st. 6.) definiraju samo krug ovlaštenih predlagača, a ne i način na koji oni mogu postupak pokrenuti (samostalno ili preko zakonskog zastupnika). Drugo moguće tumačenje bilo bi da se ovime otvara mogućnost da sud, temeljem ovlasti iz čl. 269. st. 1. ObZ, diskrecijski odluči o tome da mu dopusti pokrenuti postupak, ako je u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice svog prijedloga.⁴¹ Mi, suprotno tome, smatramo da bi polazna premisa i ovdje ponovno trebala biti ona o parničnoj nesposobnosti djeteta. Na nju, naime, ne utječu ni odredbe ObZ-a koje ovlašćuje dijete na iniciranje sudskog izvanparničnog postupka radi ostvarivanja prava na susrete i druženje (npr. ako se roditelji ne mogu o tome sporazumjeti,⁴² ako to zahtijevaju bitno promijenjene okolnosti,⁴³ kad dijete želi ostvarivati susrete i druženje s trećim osobama). Pravo na pokretanje postupka ne znači automatski da dijete u postupku nastupa samostalno, vlastitim očitovanjima volje, već ga samo ovlašćuje da u takvoj parnici sudjeluje kao aktivna stranka, u čije će se ime i u čiji će se račun postupak pokretati. U tim slučajevima dijete nema parničnu sposobnost unatoč svojoj aktivnoj procesnoj legitimaciji za vođenje postupka koja je određena materijalnim pravom.⁴⁴ Parnična bi se sposobnost za pokretanje ovih postupaka djetetu priznavala samo pod uvjetom da mu je zakonom eksplicitno priznato pravo da u vlastito ime

⁴¹ Tako Aras (2009), str. 207-208 (univerzalizirajući takvo shvaćanje za sve slučajeve u kojima zakon maloljetnika ovlašćuje na pokretanje obiteljskih statusnih izvanparničnih postupaka).

⁴² Čl. 101 ObZ: "Ako se roditelji ne mogu sporazumjeti o ostvarivanju sadržaja roditeljske skrbi ili o ostvarivanju djetetovih prava sud će u izvanparničnom postupku na prijedlog roditelja, centra za socijalnu skrb prebivališta djeteta ili djeteta donijeti odluku radi zaštite dobrobiti djeteta."

⁴³ Čl. 102 ObZ: "Sud će na prijedlog djeteta ili centra za socijalnu skrb, ako to zahtijevaju bitno promijenjene okolnosti donijeti novu odluku s kojim će roditeljem dijete živjeti te o susretima i druženju djeteta s drugim roditeljem, a po potrebi i o drugim sadržajima roditeljske skrbi."

Hrabar u tom smislu navodi kako se djetetu koje je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice svojih radnji, omogućuje da zatraži donošenje nove odluke o skrbi za njega, ako su se okolnosti promijenile, te da navedena norma sadrži postupovno pravo na korekciju prethodne odluke o skrbi u smislu podnošenja zahtjeva. Duševna zrelost djeteta u odnosu na njegova postupovna prava prosuđivat će se od slučaja do slučaja, bez obzira na dob djeteta. Hrabar (2002), str. 53.

⁴⁴ Triva i Dika (2004), str. 314-315.

pokreće navedene postupke i u njima samostalno poduzima sve radnje, ili da samostalno odredi vlastitog zastupnika kojemu bi samostalno moglo davalo naloge i upute u pogledu zastupanja. Dijete to ne može, jednako kao što nema ni samostalno pravo otkazati zastupanje jednom zakonskom zastupniku (npr. roditelju) i odrediti drugog zakonskog zastupnika (npr. centar za socijalnu skrb). Zato u postupku dijete načelno ne bi moglo nastupati samostalnim poduzimanjem radnji, niti bi moglo vlastitom voljom samostalno utjecati na tijek postupka, već bi to u njegovo ime trebao činiti centar za socijalnu skrb, rukovođen manje voljom djeteta, a više obvezom da zaštiti njegovu dobrobit. Umjesto pozivanja na neprecizno formulirani čl. 269. ObZ, do oblikovanja jasne i određene zakonske osnove valjalo bi se držati supsidijarne primjene ustaljenih normi ZPP-a, koje će u najvećem broju slučajeva ostvariti jednaku funkciju. Konzekventno, u slučaju da nezastupano dijete bez poslovne sposobnosti samostalno podnese prijedlog sudu po čl. 100. st. 6. ObZ, sud bi trebao o tome prijedlogu obavijestiti centar za socijalnu skrb sukladno čl. 83. st. 2. ZPP, omogućavajući mu da poduzme potrebne mjere poput imenovanja posebnog skrbnika kako bi ono bilo pravilno zastupano, što bi centar za socijalnu skrb trebao učiniti i u slučaju da mu se dijete sa zahtjevom obrati izravno. Time se izbjegavaju i sva daljnja pitanja koja bi, sasvim nepotrebno, bila povezana s alternativnim pristupima (npr. je li dijete koje je *ad hoc* pokrenulo postupak u njemu dalje ovlašteno samostalno poduzimati radnje, i koje; tko će ga zastupati; može li utjecati na radnje svoga zastupnika; kakav je odnos njegovih radnji i radnji njegovog zakonskog zastupnika i sl.).⁴⁵

Posljednji problemski krug na kojeg bismo željeli upozoriti odnosi se na specifično procesno pravo koje se spominje u čl. 89. st. 2. ObZ - pravo djeteta na posebnog skrbnika. U zakonom određenim slučajevima dijete ima pravo na posebnog skrbnika, pa se postavlja pitanje proteže li se ovo pravo i na slučajeve u kojima se odlučuje o susretima i druženju. Kako je centar za socijalnu skrb dužan imenovati djetetu posebnog skrbnika kad se roditelju oduzima pravo da živi sa svojim djetetom i kad se dijete zbog poremećaja u ponašanju povjerava na čuvanje i odgoj ustanovi socijalne skrbi (tj. kad odlučuje o javnopravnim odnosima), poseban skrbnik trebao bi dijete zastupati i u pogledu pitanja susreta i druženja o kojima se u ovoj vrsti postupaka treba odlučivati adhezijski.⁴⁶ U drugim slučajevima privatnopravne naravi u kojima se odlučuje o susretima

⁴⁵ Naravno, kako pokazuje komparativni prikaz koji slijedi, nije nemoguće domisliti i funkcionirajući sustav u kojem će sud imati pravo uvažavati pojedine radnje starijih maloljetnika, no dok takav sustav ne bude namjerno, smišljeno, sustavno implementiran u hrvatsko pravo, valja se držati jasnih putova koji će izazvati najmanje pravne nesigurnosti.

⁴⁶ Čl. 167. st. 1. t. 2. ObZ.

i druženju, poput razvoda braka, Obiteljski zakon ne određuje izričitu dužnost imenovanja posebnog skrbnika, međutim, takva bi se mogućnost mogla temeljiti na odredbi prema kojoj je centar za socijalnu skrb djetetu dužan imenovati posebnog skrbnika ako je to potrebno radi zaštite njegovih osobnih prava i interesa u slučajevima kad su interesi djeteta i roditelja u suprotnosti.⁴⁷ To znači da bi u onim postupcima u kojima su interesi djeteta i roditelja u suprotnosti, a odlučuje se o susretima i druženju, djetetu također trebalo postaviti posebnog skrbnika, što se pred hrvatskim sudovima u pravilu ne događa.⁴⁸

III. Neki primjeri uređenja procesnog položaja djeteta iz komparativnog prava

1. *Općenito*

Dijagnoza o nezadovoljavajućem uređenju pojedinih pitanja iz domene procesnog položaja djeteta potiče na daljnje istraživanje mogućih alternativa. Kao putokaz može poslužiti način na koji su ta pitanja uređena u nekim drugim jurisdikcijama. U ovom dijelu rada dat ćemo kratak prikaz relevantnog uređenja procesnog položaja djeteta u nekoliko država koje bi trebale reprezentativno predstavljati razne pravne obitelji, od germanskog i romanskog preko skandinavskog i anglo-saskog (tj. *common law*) područja. Ovaj nužno fragmentarni pregled obuhvatit će utoliko uređenje procesnog položaja djeteta u njemačkom, talijanskom, švedskom, engleskom i američkom pravu. Preliminarno, može se konstatirati da će iz prikaza koji slijedi biti razvidno da analizirani pravni sustavi gotovo bez izuzetka pridaju izuzetnu pozornost pitanjima procesnog položaja djeteta, ali i da ovo pitanje ne smatraju svršenom stvari. U njihovoj još uvijek trajućoj potrazi za optimalnim uređenjem može se, međutim, već naći i inovativna rješenja koja bi mogla poslužiti kao uzor budućim procesnim reformama kod nas.

2. *Njemačko pravo*

U njemačkoj doktrini ističe se da bi položaj djeteta u sudskom postupku u pravilu trebao ovisiti o njegovoj dobi i zrelosti. Iz toga se pravila izvodi nekoliko

⁴⁷ Čl. 167. st. 1. t. 6. ObZ. Korać s druge strane govori i o "pozitivnom sukobu zakonskih zastupnika", kad bi sud morao pozvati centar za socijalnu skrb da djetetu imenuje skrbnika za poseban slučaj. Korać (2003), str. 39.

⁴⁸ Niti u jednom od predmeta koji su analizirani za potrebe izrade doktorske disertacije koautorice, djetetu nije imenovan posebni skrbnik, što posebno iznenađuje kad je riječ o ovrsi, gdje je sukob interesa između djeteta i roditelja neupitan, kao i sama potreba da se u ovom najosjetljivijem stadiju pravne zaštite prava na susrete i druženje djetetova dobrobit jače zaštiti.

djetetovih procesnih prava: prvo, pravo na to da ga sud osobno sasluša; drugo, da mu u pojedinim slučajevima imenuje posebnog zastupnika (skrbnika), te treće, samostalno procesno pravo djeteta na izjavljivanje žalbe povodom sudskih odluka koje se tiču njegovog osobnog statusa (što je u zakonu izričito i propisano).

U postupcima u kojima se odlučuje o njegovim osobnim i imovinskim pravima sud je u pravilu dužan osobno saslušati dijete starije od 14 godina, pod uvjetom da je njegova volja važna za donošenje odluke ili je osobno saslušanje djeteta potrebno kako bi sud stekao izravna opažanja relevantna za adekvatno utvrđenje činjeničnog stanja.⁴⁹ Kad se radi o postupcima u kojima se odlučuje o roditeljskoj skrbi, susretima i druženju te djetetovom prebivalištu, tada dijete starije od 14 godina mora bezuvjetno biti osobno saslušano.⁵⁰ Sud može odustati od njegovog saslušanja samo zbog opasnosti da bi se mogla ozbiljno ugroziti psihička ravnoteža djeteta, no i u takvim slučajevima dijete će biti saslušano naknadno. Ukoliko sud odluči ne saslušati dijete, o tome mora biti donesena obrazložena odluka. Može li saslušanje štetiti djetetu i koji je najprikladniji način informiranja djeteta o postupku i pitanjima o kojima se u postupku odlučuje sud procjenjuje imajući u vidu djetetovu dob i zrelost.⁵¹ Zakon ne propisuje koja je najniža dob od koje dijete može biti saslušano, a sudska praksa po tom pitanju nije ujednačena – na nekim se sudovima ispituje već i volja trogodišnjeg djeteta, drugi smatraju da za osobno saslušanje dijete mora imati najmanje četiri, odnosno pet godina. Djecu iznad pet godina na svim se njemačkim sudovima redovito saslušava, tj. na primjer se način utvrđuje njihova volja.⁵²

Premda nema poslovnu sposobnost, dijete s navršениh 14 godina u izvanparničnim postupcima ima pravo samostalno izjavljivati pravne lijekove protiv sudskih odluka o njegovim osobnim pravima. Jednako kao i kod osobnog saslušanja, pravo na pritužbu (*Beschwerderecht*) može se koristiti izravno, bez sudjelovanja (pa i nazočnosti) roditelja ili skrbnika. Kako bi dijete moglo koristiti svoje pravo, sud će odluku u odnosu na koju bi ono imalo pravo izjaviti pravni lijek djetetu izravno priopćiti, a dužan mu je i priopćiti njene razloge, osim onda kada ocijeni da bi to moglo negativno djelovati na njegov razvoj,

⁴⁹ § 50b/1 Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, od 20.05.1998., Reichsgesetzblatt (RGBl) 1989 (u daljnjem tekstu: FGG) (od 1.9.2009. § 159/1 FamFG).

⁵⁰ § 50b/2 FGG (od 1.9.2009. § 159/2 FamFG).

⁵¹ § 50b/3 FGG. Prema FamFG iz 2009., odredbe o osobnom saslušanju ponešto su modificirane, pa se i od osobnog saslušanja može odustati zbog značajnih razloga (*aus schwerwiegenden Gründen*).

⁵² Oelkers (2004), str. 232-233. i Dethloff i Martiny (2004), str. 61-64.

odgoj ili zdravstveno stanje.⁵³ U novom zakonu iz 2009. koji uređuje postupak u obiteljskim i izvanparničnim stvarima ide se i korak dalje, te se u izvanparničnim statusnim stvarima koje se odnose na djecu (*Kindschaftssachen*), a u kojima se radi o smještaju djeteta uz oduzimanje slobode (*freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen*) propisuje da će djeca starija od 14 godina imati parničnu sposobnost bez obzira na ograničenje poslovne sposobnosti.⁵⁴

Najvažnija novina njemačkih reformi obiteljskog procesnog prava iz 1998. godine jest uvođenje instituta posebnog postupovnog skrbnika za dijete (*Verfahrenspfleger*, po novoj terminologiji *Verfahrensbeistand*). Djetetu se može imenovati poseban skrbnik u svakom postupku u kojem se to smatra nužnim radi zaštite njegove dobrobiti.⁵⁵ Skrbnikova je dužnost zastupati dijete i štiti njegove interese poput odvjetnika (*Anwalt des Kindes*).⁵⁶ Djetetu se poseban zastupnik može postaviti u svim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim osobnim pravima.⁵⁷ Ako sud smatra da nema potrebe za imenovanjem posebnog skrbnika, takva odluka mora biti obrazložena. Imenovanje posebnog skrbnika nije potrebno ako dijete već zastupa odvjetnik ili neka druga nezavisna osoba.⁵⁸ Cilj je ove odredbe zajamčiti zaštitu djetetovog autonomnog interesa u postupku u kojem se odlučuje o njegovim pravima.⁵⁹

U njemačkoj procesnoj literaturi izrečeno je više kritika u pogledu nedorečenosti zakonskih odredaba o posebnom skrbniku. Tako se postavlja pitanje zastupa li poseban skrbnik volju djeteta ili njegovu dobrobit, s obzirom da se radi o dva različita pojma koja se mogu međusobno isključivati. Ako bi to bila dobrobit djeteta, tada dolazi do udvostručivanja zaštite jer su za to već zaduženi uredi za mlade. Kako nije jasno kakvo obrazovanje poseban skrbnik mora imati, tako nije jasno tko uopće može biti imenovan posebnim skrbnikom, pa sudovi u praksi imenuju osobe različitih profesionalnih profila od pravnika, psihologa pa do onih koje nemaju takvo obrazovanje.⁶⁰

⁵³ § 59 I/3 FGG. Vidi Motzer (2003), str. 800. Od 1.9.2009. sadržajno istovjetna norma nalazi se u § 164 FamFG („*Die Entscheidung, gegen die das Kind das Beschwerderecht ausüben kann, ist dem Kind selbst bekannt zu machen, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist.*“).

⁵⁴ § 167/3 FamFG.

⁵⁵ Stötzel i Fegert (2006), str. 201.

⁵⁶ 50 FGG.

⁵⁷ 50/1 FGG.

⁵⁸ 50/3 FGG.

⁵⁹ Heinrich (2000), str. 25.

⁶⁰ Hannemann i Kunkel (2004), str. 1833. i 1835. i Stötzel i Fegert (2006), str. 202-205.

4. Talijansko pravo

Pojedini primjeri procesnog statusa djeteta iz talijanskog prava pokazuju da ono u velikoj mjeri dijeli hrvatske probleme, zablude i dileme. Tako, npr. ni u talijanskom pravu dijete nije stranka u sudskom postupku o separaciji ili razvodu braka u kojem se odlučuje o roditeljskoj skrbi i o susretima i druženju. Jedinstven je stav Kasacijskog i Ustavnog suda Italije da su roditelji zakonski zastupnici djeteta, te da su primarno oni dužni štititi interese svoje djece, bez obzira na postupak separacije ili razvoda braka u kojem se nalaze.⁶¹ S obzirom da dijete nije stranka u postupku razvoda ili separacije, odnosno u postupcima u kojima se odlučuje o susretima i druženju, ono ne može biti zastupano odvojeno i neovisno od roditelja. Dijete ima pravo na vlastitog zastupnika (*curatore speciale*) samo u postupcima u kojima postoji sukob interesa između djeteta i roditelja, međutim za postupke u kojima se odlučuje o susretima i druženju se smatra kako ne postoji sukob interesa roditelja i djeteta.⁶²

Djetetu je ipak omogućeno sudjelovanje u postupcima separacije ili razvoda, kao i u ostalim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima samo tako da mu se jamči pravo na izražavanje vlastitog mišljenja. U tom je smislu talijanski zakonodavac reformom iz 2006. godine odredio dužnost suda da u postupku separacije ili razvoda braka sasluša dijete starije od 12 godina, ukoliko je ono dovoljno zrelo izraziti svoje mišljenje. Ipak, mišljenje djeteta ne bi trebalo biti osnova za donošenje odluke, već bi se samo trebalo uzeti u obzir pri odlučivanju.⁶³ U pravnoj se teoriji kritički navodi kako suci redovnih sudova koji odlučuju o roditeljskoj skrbi te susretima i druženju u postupku separacije ili razvoda nemaju stručno znanje niti potrebne tehničke preduvjete za ispunjavanje zakonom propisane dužnosti. Nadalje se smatra kako bi sudac, između poštivanja prava djeteta da izrazi svoje mišljenje i dužnosti da zaštiti dobrobit djeteta neizlaganjem formalnom sudskom saslušanju, u svakom slučaju trebao izabrati posljednje. Dijete se ne bi trebalo ispitivati niti u onim slučajevima u kojima su oba roditelja suglasna da se ono ne saslušava, pri čemu ne bi smjelo biti sumnje u zanemarivanje djetetove dobrobiti od strane roditelja.⁶⁴

⁶¹ Dosi (2007), str. 2539.

⁶² Dosi (2007), str. 2538-2539.

⁶³ Sesta (2006), str. 3. i Balestra (2007), str. 4.

⁶⁴ Sesta (2006), str. 3-4.

5. Švedsko pravo

Prema švedskom pravu, dijete ima pravo biti saslušano, odnosno ima pravo izraziti svoje mišljenje u svim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima. U sudskim postupcima privatnopravne naravi u kojima se odlučuje o susretima i druženju ono međutim nije stranka u postupku, već samo osoba koja ima pravni interes.⁶⁵ Iako se u Švedskoj već duže vrijeme vode intenzivne rasprave o procesnom statusu djeteta u navedenim postupcima, ovo stajalište do danas nije službeno revidirano. Novim se obiteljsko-pravnim odredbama iz 2006. godine samo još jače naglasilo djetetovo pravo na izražavanje vlastitog mišljenja te je uvedena dužnost suda da prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja, neposredno ili posredstvom socijalnog servisa, odnosno druge osobe koju sud ili socijalni servis u tu svrhu imenuju, ispita djetetovo mišljenje. Dijete se ne će saslušavati u onim slučajevima u kojima bi mu to štetilo, primjerice zbog mlađe dobi ili nedovoljne zrelosti.⁶⁶ Dužnost suda je da volju djeteta utvrdi hitno već u najranijem stadiju sudskog postupka tj. prije donošenja privremenih mjera o roditeljskoj skrbi, prebivalištu djeteta, te o susretima i druženju.⁶⁷ Dijete, bez obzira na dob, ima pravo i pred sudom izreći svoje mišljenje, ako za to postoje važni razlozi i ako mu takvo iskustvo ne bi štetilo. Hoće li prilikom donošenja odluke djetetovo mišljenje biti uzeto u obzir ovisit će o njegovoj dobi i zrelosti.⁶⁸

U švedskoj literaturi kritizira se posredan način ispitivanja i prezentiranja djetetovog mišljenja. Smatra se kako osobe čiji je zadatak ispitati mišljenje i volju djeteta zapravo osobno odlučuju što je relevantno, a što ne u pojedinačnom predmetu, te da prezentiranje volje djeteta pred sudom ovisi o vlastitim stavovima osobe koja je razgovarala s djetetom. Nadalje se navodi kako se djetetovo pravo da izrazi vlastito mišljenje na taj način ponovno čini ovisnim o odluci i mišljenju drugih odraslih osoba. Zaključno se ističe kako zadaća procesnog prava nije samo reguliranje sudskog postupka već i osiguranje ostvarivanja

⁶⁵ U postupcima javnopravne naravi, primjerice lišavanje roditeljske skrbi ili upućivanje djeteta u ustanovu socijalne skrbi, kao i u privatnopravnim odnosima npr. o osporavanju podrijetla djeteta, te o uzdržavanju, dijete ima položaj stranke u postupku, što je rezultat sukoba interesa između njega i roditelja u ovakvoj vrsti postupaka. Zbog poslovne nesposobnosti dijete u ovim postupcima zastupa poseban skrbnik. Ryrsted i Mattsson (2007), str. 1-5. O uvođenju instituta posebnog skrbnika za djecu u švedski pravni sustav vidi Saldeen (2001), str. 407-408.

⁶⁶ 6/2a Föräldrabalken, SFS 1949:381 (tj. Zakon o djeci i roditeljima, u daljnjem tekstu ZDR).

⁶⁷ 6/2/20 ZDR.

⁶⁸ 65/19 ZDR. Ryrsted i Mattsson (2007), str. 11.

subjektivnih materijalnih prava, te da u tom smislu treba *de lege feranda* razmisliti o priznavanju samostalnog procesnog položaja djeteta u postupcima o roditeljskoj skrbi, prebivalištu, te susretima i druženju. Time se zagovara pravo djeteta da kao stranka sudjeluje u svim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima, pa tako i u postupcima razvoda braka djetetovih roditelja.⁶⁹

6. Englesko pravo

Osnova procesnog položaja djeteta u sudskim postupcima u kojima se odlučuje o zahtjevima iz čl. 8. Children Act 1989,⁷⁰ jest prihvaćanje djeteta kao aktivnog sudionika, a ne samo kao pasivne žrtve sudskog postupka.⁷¹

Iako dijete u pravilu nije stranka u postupcima u kojima se odlučuje o navedenim zahtjevima, ono uvijek ima pravo sudjelovanja izražavanjem vlastitog mišljenja, dobivanjem vlastitog zastupnika, a pod određenim uvjetima ima pravo i inicirati sudski postupak.⁷²

U postupcima u kojima se odlučuje o susretima i druženju sud je dužan utvrditi djetetovo mišljenje i želje, te ih uzeti u obzir u skladu s njegovom dobi i zrelošću.⁷³ Saznanje o mišljenju i volji djeteta sud u pravilu dobiva uz pomoć roditelja ili izvješća koje zatraži od *Children and Family Court Advisory and Support Service* (u daljnjem tekstu CAF/CASS),⁷⁴ a ponekad od centra za socijalnu

⁶⁹ Ryrsted i Mattsson (2007), str. 9-10.

⁷⁰ To su postupci u kojima se donose slijedeće odluke: odluka o tome s kim će dijete živjeti (*residence order*), odluka o održavanju osobnih odnosa s djetetom (*contact order*), odluka o drugim spornim pitanjima primjerice imenu, obrazovanju ili medicinskom zahvatu (*prohibited steps order*) i odluke u posebnim slučajevima (*specific issue order*).

⁷¹ Lowe i Douglas (2007), str. 481.

⁷² Lowe (2005-2006), str. 278-279.

⁷³ Lowe i Douglas (2007), str. 480.

⁷⁴ Do 2001. godine postojala su tri odvojena sustava u okviru kojih je dijete moglo dobiti vlastitog zastupnika: *Family Court Welfare Service* koji je pružao usluge socijalne pomoći, sastavljao izvješća, davao savjete sudu u postupcima privatnopravne naravi, te obavljao usluge koncilijacije (posredovanja); *Court Welfare Officers* koji su bili nadležni za zastupanje djece u kaznenim postupcima i *GALRO panels* u čijoj je nadležnosti bilo imenovanje *guardian ad litem* i sastavljanje izvješća u postupcima javnopravne naravi, primjerice lišavanja roditeljske skrbi ili izdvajanja djeteta iz obitelji, te u postupcima posvojenja. Nakon 2001. godine formiran je jedinstveni i racionalizirani sustav pružanja pomoći sudu za sve vrste postupaka u kojima se pojavljuju djeca - CAF/CASS. Tako su u nadležnosti CAF/CASS-a: dostavljanje izvješća o obitelji i djetetu, imenovanje zastupnika djeteta u postupcima javnopravne naravi, te imenovanje zastupnika djeteta

skrb (*local authority*).⁷⁵ Službenici koji izvještavaju sud nisu zastupnici djeteta, već samo izvjestitelji o činjenicama koje su važne za donošenje odluke.⁷⁶

Iako suci imaju mogućnost neposrednog razgovora s djetetom, čini se kako se tom mogućnošću u praksi rijetko koriste.⁷⁷ O volji djeteta suci u pravilu doznaju posredno, najčešće uz pomoć izvješća CAF/CASS-a. U teoriji se smatra kako suci ne bi trebali neposredno ispitivati djecu mlađu od trinaest godina, pri čemu bi uvijek trebali težiti ravnoteži između prava djeteta da izravno sudjeluje u postupku i potrebe zaštite djeteta u stvarima koje bi mu mogle štetiti.⁷⁸

Dijete uvijek može, temeljem odredbe čl. 9. 2. *Family Proceedings Rules* 1991 (u daljnjem tekstu FPR 1991), pokrenuti sudski postupak i biti stranka u postupku, ali posredstvom svog zastupnika (*litigation friend*), koji može biti *next friend*⁷⁹ ili *guardian ad litem* (u daljnjem tekstu privremeni zastupnik). Ako se za trajanja već pokrenutog sudskog postupka primjerice o razvodu braka, pojavi sumnja da su interesi djeteta ugroženi, kao i potreba da dijete bude samostalno zastupano, sud o tome obavještava CAF/CASS, te dijete dobiva privremenog zastupnika (*guardian ad litem*), čime ujedno stječe samostalnu procesnu

u složenim postupcima u kojima se odlučuje o privatno-pravnim odnosima. Bainham (2005), str. 585-587.

⁷⁵ Izvješće socijalnog radnika sud zahtijeva već u najranijoj fazi sudskog postupka, iako ga može tražiti bilo kada nakon što je postupak pokrenut, ali ne prije nego je provedena medijacija ili bilo koji drugi pokušaj sporazumnog rješavanja spora. Lowe i Douglas (2007), str. 489.

⁷⁶ Izvješćima kao posrednom načinu utvrđivanja volje djeteta se prigovara to što ona zapravo sadrže mišljenje socijalnog radnika o najboljem interesu djeteta, te se ponekad "prikrija" volja djeteta s ciljem zaštite od reakcije roditelja koji ga naknadno čitaju i s obzirom na to da sudac često nema saznanje o djetetovoj izvornoj i autentičnoj volji. Hunter (2007), str. 284-285.

⁷⁷ Tisdall et al. (2004), str. 22-23. Kao razlog zbog kojeg suci odbijaju izravno razgovarati s djecom u literaturi se prije svega navodi nedostatak iskustva i stručnosti pri ispitivanju. Suci ne znaju kad djetetu postaviti direktna pitanja, kada indirektna, je li primjerenije ispitivati mišljenje djeteta razgovorom ili igrom, što ga smiju pitati, a što ne, kako mogu doprijeti u djetetov unutrašnji svijet i pravilno ga razumjeti, kako shvatiti djetetove emocije kao što su strah, ljutnja, neprijateljstvo ili odbijanje, kako znati je li dijete zaista misli to što govori ili je to samo strategija kopiranja roditelja. Hunter (2007), str. 293-294. Nadalje se kao razlozi navode podložnost djece utjecajima jednog ili oba roditelja, što umanjuje vrijednost onoga što su rekli, te složenost upotrebe tajnih i osjetljivih podataka koje je dijete dalo u postupku. Raitt (2007), str. 205-207.

⁷⁸ Cretney et al. (2003), str. 515.

⁷⁹ Roditelji u sudskim postupcima uvijek zastupaju dijete kao *next friend*, osim u slučajevima sukoba interesa između njih i djeteta. Cretney et al. (2003), str. 511.

poziciju.⁸⁰ Razlozi za postavljanje privremenog zastupnika su nastojanje da volja djeteta bude jače izražena u postupcima u kojima postoji sukob s interesima roditelja, kao i dodatna pomoć i potpora djetetu u dugotrajnim i posebno složenim postupcima.⁸¹ U novije se vrijeme sve više nastoji istaknuti potreba djeteta da bude posebno zastupano u svim postupcima privatnopravne naravi, bez obzira na njihovu složenost ili težinu, kako bi ono uvijek na primjeren način ostvarilo svoje pravo na informaciju i izražavanje vlastitog mišljenja. Njegov zastupnik bi bila osoba koja će dijete saslušati, te sudjelovati u postupku u njegovo ime.⁸²

Premda djeca u pravilu nisu stranke u postupcima koji se mogu pokrenuti radi ostvarivanja susreta i druženja, zakon djetetu ipak iznimno dopušta pokretanje i direktno sudjelovanje u ovim sudskim postupcima. Naime, dijete može samostalno (bez zastupnika) podnijeti zahtjev za donošenje bilo koje odluke o susretima i druženju primjerice s polubratom, polusestrom ili prijateljem, ali samo uz prethodno odobrenje⁸³ suda (*High Court*). Povodom zahtjeva za odobrenjem, sud (*High Court*) mora utvrditi da je dijete dovoljno zrelo i da razumije značaj podnošenja zahtjeva kojim namjerava ostvariti svoje pravo, te utvrditi da nema drugog načina na koji bi se to pravo moglo ostvariti, pri čemu sud može saslušati i druge potencijalne stranke u postupku koji bi trebao uslijediti.⁸⁴ Zakon se ne izjašnjava na koji će se način utvrditi zrelost djeteta, ali se u praksi i teoriji navodi da je dovoljno zrelo ono dijete koje je u stanju svom odvjetniku (*solicitor*) dati dovoljno jasne upute u vezi s postupkom,⁸⁵ odnosno ono dijete koje je sposobno mudro odabrati što je u njegovom vlastitom interesu. Utvrdit će se da dijete razumije značaj sudskog postupka koji namjerava pokrenuti, ako razumije njegovu prirodu, te kratkoročne i dugoročne posljedice koje će takav postupak proizvesti.⁸⁶ U postupku koji je pokrenut radi izdavanja odobrenja, sud također mora voditi računa o dobrobiti djeteta, što znači da može odbiti zahtjev za odobrenjem unatoč djetetovoj zrelosti i razumijevanju, ako procjeni da bi samo vođenje sudskog postupka i djetetovo

⁸⁰ Lowe (2005-2006), str. 278-279.

⁸¹ Douglas et al. (2006).

⁸² Kaganas i Diduck (2004), str. 976. i Bainham (2005), str. 584-585.

⁸³ 9.2. A FPR 1991. Zahtjev za odobrenje dijete može podnijeti samostalno u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik (čl. 9.2. A(2) FPR 1991, Bainham (2005), str. 580.

⁸⁴ Cretney et al. (2003), str. 511.

⁸⁵ Bainham (2005), str. 581.

⁸⁶ Cretney et al. (2003), str. 513.

izravno sudjelovanje moglo ugroziti njegovu dobrobit.⁸⁷ Odbijanje zahtjeva za odobrenjem radi samostalnog pokretanja sudskog postupka, ne znači da se postupak uopće ne može pokrenuti, nego da dijete koje i dalje ustraje u svom zahtjevu postupak može pokrenuti, ali ne samostalno nego samo uz pomoć svog zastupnika (*litigation friend*).⁸⁸

7. Američko pravo

U sudskom postupku koji se vodi radi ostvarivanja susreta i druženja, dijete nije stranka, pa ono nema pravo aktivno sudjelovati u postupku, npr. pravo biti pozvano i pristupiti na sva zakazana ročišta ili pravo uvida u spis, što je izravna posljedica nedostatka djetetove procesne legitimacije.⁸⁹

Međutim, u SAD-u usporedo s pravom roditelja da zastupaju svoje dijete, dijete također ima pravo na vlastitog odvjetnika u svim sudskim postupcima, pa tako i u postupku u kojem se odlučuje o susretima i druženju, bilo da je riječ o samostalnom postupku ili odlučivanju o susretima i druženju u okviru postupka za razvod braka. U tom slučaju dijete se u postupku pojavljuje u svojstvu umješača. Temeljni izvor prava djeteta na vlastitog zastupnika je Amandman 14 Ustava, tzv. *right to due process*, prema kojem svatko ima pravo na odvjetnika u sudskom postupku u kojem se odlučuje o njegovim slobodama, pa tako i dijete.⁹⁰ Daljnji federalni izvor prava djeteta na zastupanje je odredba § 310. *Uniforme Marriage and Divorce Act 1998* (u daljnjem tekstu UMDA 1998) koja predviđa mogućnost da se u postupku u kojem se odlučuje o roditeljskoj skrbi te o susretima i druženju djetetu imenuje posebni zastupnik.⁹¹

⁸⁷ Lowe i Douglas (2007), str. 505.

⁸⁸ Bainham (2005), str. 581.

⁸⁹ Ovo je stajalište u skladu s načelom američkog pravnog sustava koji roditelju jamči široku autonomiju u vezi s donošenjem odluka o vlastitoj djeci, kao i s pretpostavkom da roditelj zna bolje od države što je dobro za njegovo dijete. Smatra se kako unatoč tome što postoje roditelji koji postupaju suprotno interesu vlastitog djeteta, ljudsko iskustvo potvrđuje da većina roditelja ipak štiti interese svog djeteta. Dwyer (2002), str. 913.

⁹⁰ Ustavno pravo na zastupanje, odnosno na odvjetnika djeci se jamči od 1967. godine kad je Ustavni sud u slučaju *In re Gault's* utvrdio povredu ustavnog prava na odvjetnika u odnosu na maloljetnika kojem u kaznenom sudskom postupku nije bio osiguran odvjetnik. Nakon navedene odluke Ustavnog suda mnogi su se pozivali na navedeno ustavno pravo djece i u drugim vrstama postupaka, a u kontekstu razvoda braka pravo djeteta na vlastitog odvjetnika još uvijek izaziva oštre rasprave. Guggenheim (2005), str. 159.

⁹¹ Atwood (2005), str. 193.

U skladu s gore navedenom odredbom UMDA (1998) u svim američkim pravnim sustavima sudac ima pravo djetetu imenovati zastupnika u postupku u kojem se odlučuje o susretima i druženju s roditeljem, što je u praksi uobičajeno kod srednje bogatih i vrlo bogatih američkih obitelji, kod kojih u slučaju razvoda braka nije rijetkost vidjeti da se u sudnici osim roditelja s odvjetnicima pojavljuju i njihova djeca sa svojim vlastitim odvjetnicima. Američke pristaše i zagovornici potpisivanja Konvencije o pravima djeteta od strane SAD, zagovaraju upravo takav način izražavanja volje djeteta i zaštitu njegove dobrobiti – posredstvom djetetovog vlastitog odvjetnika.⁹²

Iako postoji veliki broj različitih naziva, u SAD se razlikuju dvije osnovne vrste zastupnika djece: 1. poseban skrbnik (*guardian ad litem ili GAL*, u daljnjem tekstu poseban skrbnik) i 2. odvjetnik (*attorney*). U postupku koji se vodi između djetetovih roditelja odvjetnik dijete zastupa jednako kao što zastupa i svaku drugu punoljetnu osobu, promiče njegovu volju, sudjeluje u svim fazama postupka, te ima povjerljiv odnos s djetetom, s obzirom da mu obveza čuvanja odvjetničke tajne ne dopušta govoriti o onome što dozna od djeteta. Za razliku od odvjetnika koji svojim postupanjem isključivo i izravno zastupa volju djeteta, poseban skrbnik štiti dijete na način da pruža podršku sudu u zaštiti njegove dobrobiti.⁹³ Zadaća posebnog skrbnika je istražiti okolnosti slučaja i o tome izvijestiti sud, zastupajući primarno dobrobit djeteta pa čak i onda kad je to u suprotnosti s djetetovom voljom. Iako poseban skrbnik prilikom izrade stručnog mišljenja, odnosno sastavljanja izvješća koje dostavlja sudu u pravilu treba uzeti u obzir volju djeteta, ona je ipak samo jedna od činjenica koje se istražuju i mogu utjecati na konačno izvješće. Posebni skrbnik može biti pozvan kao svjedok u postupku i nema obvezu čuvanja tajne u odnosu na ono što je doznao od djeteta. On ne mora biti odvjetnik i u mnogim državama posao posebnog skrbnika obavljaju psiholozi (*mental health professionals*), koji

⁹² Nadalje ističu kako je jedan od razloga zašto SAD nije potpisala Konvenciju o pravima djeteta dužnost države potpisnice da i u postupcima razvoda braka, odnosno pri odlučivanju o skrbi, te susretima i druženju, djeci osigura posebne zastupnike (odvjetnike). Guggenheim (2005), str. 159.

⁹³ U SAD je dosta puta bio istican slučaj u kojem je glavna sudionica - kasnije studentica prava - objavila članak u stručnom časopisu. U vrijeme vrlo neprijateljskog razvoda njenih roditelja, ona je kao djevojčica od 11 godina prema odluci suca nakon razvoda trebala živjeti s ocem, poznatim i bogatim kalifornijskim odvjetnikom. U postupku joj je sudac imenovao posebnog skrbnika, koji je u potpunosti ignorirao njezine navode o nasilnom ponašanju oca i želji da živi s majkom te sudu preporučio da dijete nastavi živjeti s ocem pozivajući se na njezinu dobrobit. Schepard (2004), str. 139.

za razliku od odvjetnika ne mogu ispitivati svjedoke niti mogu poduzimati procesne radnje u postupku.⁹⁴

Slika pravnog uređenja pitanja djetetovog zastupnika u postupcima o susretima i druženju na nivou SAD je vrlo šarolika, tako da su ovlasti djetetovog zastupnika negdje regulirane općim aktima,⁹⁵ negdje je ta zadaća prepuštena sudu, a negdje uloga zastupnika ovisi o njegovoj *ad hoc* procjeni.⁹⁶ Kako bi se u ovom području pravo ujednačilo, Američka akademija obiteljskih odvjetnika je 1995. godine izradila AAML Standarde 1995, a Američko udruženje odvjetnika 2003. godine ABA Standarde 2003.⁹⁷

IV. Sažetak rezultata i prijedlozi za daljnje istraživanje

Iz analize aktualnog stanja procesnog položaja djeteta prema hrvatskom pravu, kao i iz pojedinih uvida iz komparativnog prikaza može se zaključiti da je došlo vrijeme za novo promišljanje i temeljitu reformu ovog područja. Sadašnje je njegovo uređenje u većoj mjeri disharmonično, prožeto s nekoliko temeljnih raskoraka – raskorakom životne realnosti i pravne norme; raskorakom između kognitivnog razvoja djeteta i pravne sigurnosti; raskorakom između pokušaja da se prizna djetetova autonomija volje i nastojanja da se temeljem objektivnih vanjskih procjena zaštiti njegova dobrobit i najbolji interes; raskorakom između pristupa djetetovom subjektivitetu u raznim pravnim disciplinama (građanskom, radnom, obiteljskom i procesnom pravu); raskorakom plemenitih intencija da se dijete subjektivira i strogih zahtjeva procesnog prava za jasnim i formaliziranim rješenjima.

Jedan dio uzroka takvoga stanja može se naći u parcelizaciji zakonskog uređenja procesnog statusa djeteta sukladno kojem su relevantne norme razasute u više zakona, koji su se često mijenjali stihijski, u raznim razdobljima i s raznim motivima, a bez sustavne interdisciplinarne povezanosti. U tom smislu možda bi valjalo razmisliti ne bi li trebalo sve procesne norme koje se odnose na procesni položaj djeteta (ali i druge procesne norme specifične za bračne i obiteljske odnose) koncentrirati i pridružiti zakonima koji uređuju specifično

⁹⁴ Schepard (2006), str. 195-196.

⁹⁵ Tako se primjerice prema statutu New Yorka zastupnik naziva *Law Guardian*, čija je zadaća ostala nejasna, s obzirom da su mu *ex lege* zadaci istodobno pomoći zaštiti interesa djeteta i pomoći mu da sudu iznese vlastito mišljenje, što često može biti u koliziji. Schepard (2004), str. 143.

⁹⁶ Atwood (2005), str. 186. i Gonzalez i Reichmann (2005-2006), str. 200-202.

⁹⁷ Gonzalez i Reichmann (2005-2006), str. 202. Više u Rešetar (2009), str. 90-125.

područje građanskog procesnog prava – npr. područje parničnog, izvanparničnog ili ovršnog prava. U tom bi se slučaju olakšala koordinacija standardnih procesnih rješenja i potrebnih odstupanja od njih u posebnim područjima te izbjeglo pojedine nekompatibilnosti ili preklapanja.⁹⁸ No, što se tiče procesnog položaja djeteta, niti to ne bi bilo dovoljno, jer su specifični postupovni položaj i procesne sposobnosti subjekata u sudskom postupku neminovno uvjetovani načinom na koji materijalno pravo uređuje njihove materijalnopravne sposobnosti, u prvom redu sposobnost da svojim djelovanjima u pravnom prometu proizvede pojedine učinke.

U potonjem smislu, valja konstatirati da u dva područja paradoksalno postoji gotovo sasvim oprečan odnos prema djetetovoj autonomiji volje. Dok u obiteljsko-pravnom području postoji snažna tendencija za ekspanzivnim uvažavanjem volje djeteta, u domeni obveznih i drugih imovinskopravnih odnosa autonomija djetetove volje se gotovo u potpunosti negira, jer dijete bez obzira na svoju starost i zrelost sve do punoljetnosti uopće ne može valjano stjecati i primati obveze.⁹⁹ Iznimke, koje ponovno proizlaze iz obiteljsko-pravnog zakonodavstva, jednako su paradoksalne: s odraslim, punoljetnim, poslovno i

⁹⁸ Odredbe o posebnim parničnim postupcima sada su već parcijalno sadržane u ZPP-u, a razloga da među njima nema posebnih odredbi o parnicama bračnog i obiteljskog prava nije sistemski, već povijesni. On se nadovezuje na ranije uređenje, u kojima je ovakvo nomotehničko rješenje bilo diktirano federalnom naravi i unutarnjom podjelom zakonodavne nadležnosti u SFRJ (opći parnični postupak bio je u saveznoj, a posebni obiteljski u republičkoj jurisdikciji). S obzirom na započete pripreme za donošenje Zakona o izvanparničnom postupku (čiji bi se velik dio trebao ticati izvanparničnih statusnih postupaka, pa i opće sistematike koja je sada dobrim dijelom u Obiteljskom zakonu), uskoro će se pojaviti prilika za normativnu redistribuciju materije obiteljskog sudskog procesnog prava.

⁹⁹ U tome sadašnje pravo zaostaje čak i za pravom Kraljevine Jugoslavije, prema kojem je tzv. dorasli maloljetnik mogao biti iznimno parnično sposoban u nekim predmetima, jer mu se u slučajevima iz §§ 151, 246. i 247. Općeg građanskog zakonika priznavala valjana sposobnost za samostalno obvezivanje. Usp. Najman (1935), str. 222. Odredba § 151. OGZ i dalje je na snazi u Austriji, te razlikuje djecu mlađu od četrnaest godina (koja ne mogu valjano sklapati pravne poslove, ali čiji pravni poslovi mogu biti ratihibirani izvršenjem djetetove obveze ako je riječ o manjim poslovima iz svakodnevnog života koje maloljetnici u toj dobi uobičajeno sklapaju), te djecu stariju od četrnaest godina (*mündiges Kind*) koja mogu samostalno raspolagati povjerenim stvarima i prihodima koje sama ostvare – usp. Schlechtriem (2000), str. 415. Određene odjeke OGZ-a može se naći i u novom uređenju parnične sposobnosti djeteta u BiH prema Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine. U njemu se djetetu s navršениh 14 godina priznaje pravo na samostalno pokretanje postupaka u vezi sa stvarima koje se njega tiču, kao i pravo na samostalno sudjelovanje u takvim postupcima pod uvjetom da je sud procijenio da je dijete sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice svojih radnji. Bubić i Traljić (2007), str. 139.

parnično potpuno sposobnim osobama izjednačena su starija djeca koja su sklopila brak (*ex lege*) ili postala roditelji (odlukom suda), premda bi se prema modernim civilizacijskim standardima veoma teško moglo zaključiti da maloljetnik ranim stupanjem u bračne i roditeljske vode dokazuje svoju zrelost (upravo suprotno, to je u pravilu gotovo anegdotalan dokaz nepromišljenosti i nesmotrenosti). Nasuprot potpunoj građanskopravnoj poslovnoj i parničnoj nesposobnosti maloljetnika stoje obiteljsko-pravni pokušaji da se pri odlučivanju u svim pitanjima osobnog statusa djeteta konzultira i uvaži njegova volja.¹⁰⁰ Radno pravo, na razmeđu ova dva pristupa, ima jednako nelogičan pristup: ono (barem u određenoj mjeri) omogućuje starijem maloljetniku samostalno stjecanje i primanje prava iz radnog odnosa, pa čak i samostalno nastupanje u postupcima povodom tih prava pred sudom, no ne omogućuje mu, barem ne do punoljetnosti, slobodno odlučivanje (pa čak niti suodlučivanje) u upravljanju i raspolaganju plodovima vlastitoga rada (plaćom i drugim imovinskim primicima). Smatramo da bi u interdisciplinarnom istraživanju trebalo revidirati i harmonizirati pristupe materijalno-pravnih disciplina (usklađujući, npr. pitanje poslovne sposobnosti maloljetnika s njegovom deliktnom i statusnom sposobnošću). Iz harmoniziranog pristupa materijalno-pravnim sposobnostima proizašlo bi i logičnije, jednostavnije i jasnije uređenje procesno-pravnih sposobnosti i postupovnog položaja djece, od njihovog rođenja do punoljetnosti.

Konkretni problemi vezani uz procesni položaj djeteta o kojima bi trebalo voditi računa u budućim reformskim zahvatima jesu 1.) pitanje procesne legitimacije djeteta u sudskim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima; 2.) pitanje implementacije zakonskih postulata koji traže utvrđivanje volje djeteta (makar i konzultativno); 3.) osmišljavanje ili napuštanje ideje o uvjetnom i djelomičnom uvažavanju samostalne procesne volje djeteta koje nema parničnu sposobnost; 4.) problem stvarnog praktičnog ostvarenja primjerenog zastupanja u sudskim postupcima u kojima se djetetova volja osamostaljuje ili nalazi u koliziji s voljom i interesima zakonskih zastupnika; te 5.) razgraničavanje funkcije suda, centra za socijalnu skrb i zastupnika djeteta. Ova pitanja su, svako za sebe, zaslužila obuhvatnu raspravu, pa stoga u ovom zaključku nemamo pretenzije dati konačan odgovor na njih, već na njih želimo samo još jednom upozoriti i ukazati na poželjan put daljnjeg istraživanja.

¹⁰⁰ Teorijski, sedamnaestogodišnjak ne bi mogao valjano samostalno kupiti niti školski udžbenik, no oko pitanja skrbništva i zajedničkog života trebalo bi konzultirati već petogodišnje dijete. U takvoj konstelaciji, međutim, ne čudi da se praksa ponaša gotovo dijametralno suprotno: dok se toleriraju i značajna imovinska raspolaganja maloljetnika, sudovi volju djeteta veoma rijetko ispituju.

Ad 1.) Valja razmotriti u kojoj je mjeri sadašnji nedostatak procesne legitimacije djeteta u sporovima obiteljskog prava u kojima se adhezijski odlučuje o pojedinim pravima djeteta (od roditeljske skrbi, preko održavanja susreta i druženja do uzdržavanja) u skladu s temeljnim procesnim načelom da svatko treba imati mogućnosti aktivno sudjelovati u parnici koja se vodi o njegovim pravima i obvezama. Okolnost da u npr. brakorazvodnoj parnici u kojoj se odlučuje (i) o tome s kojim će roditeljem dijete živjeti samo dijete nije subjekt, već objekt postupka, u svakom slučaju nije u skladu s općom tendencijom snažnijeg subjektiviranja djeteta u sudskom postupku. I sasvim nezavisno od pitanja zastupanja (v. dalje ad 4.), valjalo bi zakonski i doktrinarno jasnije izraziti tezu da je dijete u takvim slučajevima (barem u odnosu na adhezijski postupak) stranka, te iz toga izvući odgovarajuće procesne konzekvencije.

Ad 2.) Rezultati istraživanja sudske prakse pokazali su kako se u pojedinim sudskim postupcima u kojima se odlučuje o pravima djeteta (npr. u brakorazvodnom postupku u kojem se odlučuje o tome s kojim će roditeljem dijete živjeti, te o susretima i druženju) volja djeteta ispituje tek u iznimnim slučajevima. Ako se pritom ima u vidu važnost koju svi komparativni sustavi, kao i međunarodni dokumenti pridaju pravu djeteta da izrazi svoju volju u sudskom postupku u kojem se odlučuje o njegovom pravu, tada je jasno kako je u tom pogledu nužno pojačati dužnost suda da s jedne strane ispituje volju djeteta, a s druge strane kad volja djeteta nije utvrđena, da obrazlaže zbog čega to nije učinjeno.¹⁰¹

Ad 3.) Iz analize odredbe čl. 269. st. 1. ObZ razvidno je da ta norma ne zadovoljava procesne standarde određenosti, potpunosti i jasnoće. Povrh mogućih dvojbi o tome bi li se drugim procesnim instrumentima moglo jednostavnije ostvariti iste ciljeve, valja primijetiti da niti u komparativnom pravu nisu harmonizirana stajališta oko eventualnog *ad hoc* priznanja samostalnih procesnih radnji djeteta. Istina, u pojedinim pravnim porecima uvjetno se priznaje pravo djeteta starijeg od 14 godina (kojem se u tim porecima obično priznaje i ograničena poslovna sposobnost) da poduzme točno definiranu radnju (tipično: pokrene postupak ili podnese pravni lijek na sudsku odluku), čime se posredno zaobilazi nedostatak oficijoznih ovlasti suda (ili neaktivnost organa

¹⁰¹ U kontekstu prava EU, Uredba Bruxelles II bis izričito zahtjeva da je u sudskom postupku u kojem se odlučuje o susretima i druženju djetetu bila pružena mogućnost da bude saslušano, osim ukoliko je to s obzirom na njegovu dob i zrelost bilo suprotno njegovoj dobrobiti. Na taj se način potvrdom o ovršnosti koja se prilaže uz sudske odluke čija se ovrha traži u zemljama članicama EU, jamči da su se u državi u kojoj je odluka donesena poštivala temeljna procesna prava djeteta, što sve zajedno predstavlja pravnu osnovu za izravnu ovrhu. U tom bi kontekstu tek neznatni postotak hrvatskih sudskih odluka o susretima i druženju zadovoljio zahtjeve europskog prava.

socijalne skrbi). Takvi primjeri zaslužuju veoma pomno ispitivanje, i usuglašavanje s drugim elementima sustava sudske zaštite prava djeteta (npr. s ulogom i ovlastima suda – v. dalje pod 4.). Tek ako i samo ako se dođe do zaključka o nužnosti prihvaćanja takvih modela, trebalo bi *de lege ferenda* jasno i precizno urediti koje radnje, u kojim postupcima, s kojim učinkom i pod kojim uvjetima dijete smije poduzimati.

Ad 4.) Kako parnična sposobnost implicira pravo na adekvatno posredovanje volje posredstvom zastupnika na čije određivanje stranka sama utječe, trebalo bi pronaći adekvatne mehanizme koji bi jamčili da se za eventualna odstupanja od pravila o parničnoj nesposobnosti djeteta osigura i prihvatljivo punomoćničko ili kvazi-punomoćničko zastupanje. Budući da svako priznavanje poslovne i parnične sposobnosti implicira i odgovornost subjekta za njegove voljne radnje, valjalo bi omogućiti da se volja izražava na prikladan i informiran način, uz dostatnu pouku o sadržaju i značenju radnji koje se poduzimaju ili mogu poduzeti i/ili uz praktičku mogućnost zastupanja koje bi jamčilo ne samo izravno prenošenje volje, već i kvalitetnu pravnu zaštitu. Djetetu kojem se pak ne bi priznavala parnična sposobnost bilo bi s druge strane potrebno imenovati posebnog skrbnika uvijek kada je to nužno radi zaštite njegove dobrobiti, u svakom slučaju uvijek kada se pojavi i primisao na to da bi zakonski zastupnik mogao radnje koje poduzima u ime djeteta motivirati interesima koji su suprotni djetetovim.

Ad 5.) *Last but not least*, trebalo bi nanovo promisliti ne samo o procesnom položaju djeteta, već i o ulozi i funkciji koju u sudskom postupku zaštite statusnih prava djeteta imaju drugi sudionici u postupku – sud, centar za socijalnu skrb i pojedini zastupnici u sudskom postupku (roditelji, skrbnici, posebni kolizijski zastupnici, odvjetnici). Sudski postupak, naime, djeluje po principu spojenih posuda – povećanje ovlasti na strani jednog sudionika u pravilu će značiti smanjenje ovlasti kod drugog sudionika. U slučaju procesnog statusa djeteta, gomilanje ovlasti (pa i oficioznih) na strani suda ili drugih sudionika može na drugoj strani efektivno značiti deficit na strani djetetovog procesnog subjektiviteta (kao što zorno pokazuje primjer adhezijskih postupaka radi održavanja osobnih kontakata, u kojima je protuteža sudskoj oficioznosti djetetov gubitak procesne legitimacije). S druge strane, preklapanja u procesnim ulogama pojedinih subjekata najčešće ne će pospješiti vršenje njihovih prava i dužnosti, nego će, upravo suprotno, smanjiti šanse za učinkovitim obavljanjem uloge i funkcije o kojoj je riječ. Anegdotalni dokazi iz hrvatske prakse ukazuju na to da okolnost da bi svi procesni sudionici – i sud, i centar za socijalnu skrb, i zakonski zastupnici – morali podjednako voditi računa o dobrobiti djeteta, najmanje pridonosi stvarnom ostvarenju dobrobiti djeteta. U procesnoj

atmosfera preklapanja ovlasti, gubi se jasna svijest o zadatku i odgovornosti individualne osobe ili tijela. Također, gomilanje raznih i raznorodnih funkcija u jednom sudioniku ne jača njegov položaj, već otežava sustavno i smisleno ispunjavanje danih zadataka. Problemi se u tom smislu mogu prepoznati i kod suda, i kod centra za socijalnu skrb. Sud u statusnim postupcima ne obnaša samo funkciju trećeg nepristranog arbitra, već i aktivnog prikupljača procesnog materijala, oficijalnog pokretača pojedinih postupaka, zaštitnika interesa djece i osoba koje se ne mogu skrbiti za svoje interese te specifičnog psihologa i socijalnog radnika – da nabrojimo samo neke. Mnogostranost uloga centra za socijalnu skrb već je notorna – od stranke, umješaka *sui generis* i tijela zakonskog zastupanja, do specifičnog vještaka, pomoćnog istražnog tijela suda, pa čak i svojevrzne financijske policije (u smislu čl. 278. st. 2. ObZ). Jamči li takvo umnažanje funkcija istinsko afirmiranje interesa onih u ime kojih se ove ovlasti kumuliraju i konfundiraju, u prvom redu interesa i procesnog položaja djeteta? Naše sumnje u to tjeraju nas da predložimo ozbiljno promišljanje i istraživanje koje bi propitalo ne bi li postupovni režim koji bi uistinu zaštitio djetetove interese, ojačao njegov položaj i zajamčio njegov procesni subjektivitet trebao biti jednostavniji, ali učinkovitiji.

Literatura:▶ **Aras 2009**

Aras, S., Postupovna sposobnost djece u obiteljskim statusnim izvanparničnim stvarima, Zbornik radova povodom 20. godišnjice Konvencije o pravima djeteta, (Pravnik), Zagreb, 2009, str. 193-218.

▶ **Atwood 2005**

Atwood, B. A., Representing Children: The Ongoing Search for Clear and Workable Standards, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 19, 2005.

▶ **Bainham 2005**

Bainham, A. Children In The Modern Law, Family Law, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2005.

▶ **Balestra 2007**

Balestra, L., Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso, 2007, http://www.corsodirittofamiglia.it/allegati/contr_balestra.pdf.

▶ **Bubić i Traljić 2007**

Bubić, S.; Traljić, N., Roditeljsko i starateljsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.

▶ **Cretney et al. 2003**

Cretney, S. M., Masson, J. M. i Bailey-Harris, R.B., Principles of Family Law, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003.

▶ **Dethloff i Martiny 2004**

Dethloff, N.; Martiny, D., National Report: Germany, <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>.

▶ **Dika 2003**

Dika, M., Izvanparnični postupci u obiteljskim stvarima, u: Alinčić, M.; Dika, M.; Hrabar, D.; Jelavić, M.; Korać, A., Obiteljski zakon - novine, dvojbe i perspektive, Narodne novine, Zagreb, 2003.

▶ **Dika 2008**

Dika, M., Građansko parnično pravo IV. Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, Narodne novine, Zagreb, 2008,

▶ **Dosi 2007**

Dosi, G., Leggi collegate – Avvocato del minore, u Codice della famiglia (ur.) Sesta, M., Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2007.

▶ **Douglas et al. 2006**

Douglas, G.; Murch, M.; Scanlan, L.; Perry, A., Safeguarding Children's Welfare in Non-Contentious Divorce: Towards a New Conception of the Legal Process?, *The Modern Law Review Limited* 2000, MLR 63:2, 2000.

▶ **Dwyer 2002**

Dwyer, J.G., A Taxonomy of Children's Existing Rights in State Decision Making About Their Relationships, *Wm&Mary Bill Rts.J.* Vol.11/2002.

▶ **Gonzalez i Reichmann 2005-2006**

Gonzalez, A. M. i Reichmann, L. R., Representing Children in Civil Cases Involving Domestic Violence, *39 Family Law Quarterly*, 2005-2006.

▶ **Guggenheim 2005**

Guggenheim, M., *What's Wrong with Children's Rights*, Harvard University Press, Cambridge&London, 2005.

▶ **Hannemann i Kunkel 2004**

Hannemann, A.; Kunkel, P.-C., *Der Verfahrenspfleger – das unbekannte Wesen*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 23/2004.

▶ **Heinrich 2000**

Henrich, D., The Reform of German Child and Parent Law on the Background of European Legal Development, *European Journal of Law Reform*, Vol. 2, No.1/2000.

▶ **Hrabar 2002**

Hrabar, D., Zastupanje djece i postupovna prava djeteta pred sudskim i upravnim tijelima u obiteljskopравnim stvarima, *Hrvatska pravna revija*, X/2002, str. 46-53.

▶ **Hrabar 2004**

Hrabar, D. (ur.), *Obiteljski zakon - redakcijski pročišćeni tekst zakona s napomenama, uputama, sudskom praksom i pojmovnim kazalom ; drugi izvori obiteljskog prava*, Narodne novine, Zagreb, 2004.

▶ **Hrabar 2007**

Hrabar, D., *Pravni odnosi roditelja i djece u Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać Graovac, A., Obiteljsko pravo*, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007.

▶ **Hunter 2007**

Hunter, R., Close encounters of a judicial kind: 'hearing' children's 'voices' in family law proceedings, *Child and Family Law Quarterly*, Vol 19, No 3, 2007.

▶ **Kaganas i Diduck 2004**

Kaganas, F. i Diduck, A., *Incomplete Citizens: Changing Images of Post-separation Children*, *The Modern Law Review Limited*, 67(6) MLR, 2004.

- ▶ **Korać 2003**
Korać, A., Posebnosti parničnih postupaka uređenih Obiteljskim zakonom, Hrvatska pravna revija, 1/2003, str. 20-32.
- ▶ **Lowe i Douglas 2007**
Lowe, N. i Douglas, G., Bromley's Family Law, Tenth edition, Oxford University Press, 2007.
- ▶ **Maganić 2008**
Maganić, A., Opće institucije izvanparničnog procesnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu (diss.), Zagreb, 2008.
- ▶ **Motzer 2003**
Motzer, S., Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 12/2003.
- ▶ **Najman 1935**
Najman (Neumann), G., Komentar građanskog parničnog postupka, Planeta, Beograd, 1935.
- ▶ **Oelkers 2004**
Oelkers, H., Sorge – und Umgangsrecht in der Praxis, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2004.
- ▶ **Raitt 2007**
Raitt, F.E., Hearing children in family law proceedings: can judges make a difference?, Child and Family Law Quarterly, Vol 19, No 2, 2007.
- ▶ **Rešetar 2009**
Rešetar, B., Pravna zaštita prava na susrete i druženja u obiteljskom pravu, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu (diss.), 2009.
- ▶ **Rosenberg/Schwab/Gottwald 2004**
Rosenberg, L; Schwab, K.-H.; Gottwald, P., Zivilprozessrecht, 16. izd., Beck, München, 2004.
- ▶ **Ryrsted i Mattsson 2007**
Ryrsted, E. i Mattsson, T., Children's rights to representation: a comparison between Sweden and England, International Journal of Law, Policy and the Family, Oxford University Press 2007.
- ▶ **Saldeen 2001**
Saldeen, Å., Sweden: Changes in the Code on Marriage and Plans for Reform in the Areas of Adoption, Child custody and Fetal Diagnostics, Journal of Family Law, HeinOnline, 29 J.Fam.L. 432, 1990-1991.

- ▶ **Schlechtriem 2000**
Schlechtriem, P., Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: eine rechtsvergleichende Darstellung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- ▶ **Schepard 2004**
Schepard, A. I., Children, Courts and Custody, Interdisciplinary Models for Divorcing Families, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- ▶ **Sesta 2006**
Sesta, M., Le nuove norme sull' affidamento condiviso: profili sostanziali, Famiglia e Diritto, 2006.
- ▶ **Stötzel i Fegert 2006**
Stötzel, M.; Fegert, J.M., The representation of the legal interests of children and adolescents in Germany: a study of the children's guardian from a child's perspective, International Journal of Law, Policy and the Family 20, Oxford University Press, 2006.
- ▶ **Tisdall et al. 2004**
Tisdall, E.K.M.; Bray, R.; Marshal, K.; Cleland, A., Children's Participation in Family Law Proceedings: A Step Too Far or a Step Too Small?, Journal of Social Welfare and Family Law, 26 (1) 2004.
- ▶ **Triva i Dika 2004**
Triva, S.; Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., Narodne novine, Zagreb, 2004.
- ▶ **Woodhouse 2002-2003**
Woodhouse, B.B., Talking about Children's Rights in Judicial Custody and Visitation Decision-Making, 36 Family Law Quarterly, 2002-2003.