

Др Сања Марјановић,¹
Ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

UDK: 341.9:[347.633-054.62(497.11)]

UDK: 341.231.14-058.855

Оригиналан научни чланак

Примљен: 10. 01. 2023.

Прихваћен: 11. 04. 2023.

ПРАВО СТРАНЦА ДА БУДЕ УСВОЈИТЕЉ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ²

Апстракт: Рад на изменама и допунама Породичног закона Републике Србије (2005) отпочеле су јула месеца 2021. године. Из угла међународног приватног права, посебно су значајне одредбе којима се уређује право странца да буде усвојитељ у Републици Србији. У том погледу, предложених измена за сада нема, те би и даље важила одредба којом је право странца да буде усвојитељ у Републици Србији условљено конкретизованим принципом супсидијарности, као и претходном оценом министра надлежног за послове породичноправне заштите о томе да је усвојење у најбољем интересу детета. Међутим, породично право Србије у овој материји нераскидиво је повезано са развојем националног система међународног приватног права. Евентуалне промене у националном међународном приватном праву требало би уважити и у сфери прописа којима се уређују приватна права странаца. С тим у вези, у раду се разматра утицај нашег међународног приватног права на уређење права странца да могу бити усвојитељи у Републици Србији. Истовремено, указује се и на неопходност спровођења поступка прилагођавања, а које је породичним законодавством поступно искључено у случају да се у улози усвојитеља јавља лице страног држављанства, и то без обзира где странац живи.

Кључне речи: право странца, домаће усвојење, међународно усвојење, поступак прилагођавања, измене Породичног закона, међународно приватно право.

¹sanja@prafak.ni.ac.rs

²Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС у 2022. години, а према уговору под евиденционим бројем 451-03-9/2021-14/200120.

1. Увод

Деценију и по након ступања на снагу Породичног закона Републике Србије (2005)³ отпочео је рад на његовим изменама и допунама.⁴ Иако је реч о пропису којим се првенствено уређује материја породичног права, у њему су садржане и одредбе које припадају питањима међународног приватног права. У том смислу, приватна права странаца представљају једну од три основне целине међународног приватног права Републике Србије која се, премда некодификована, традиционално обрађује у домаћим уџбеницима међународног приватног права.⁵

Особеност материје приватних права странаца огледа се у томе што је она у правном систему Републике Србије уређена супстанцијалним правним нормама. Стога су одредбе о приватним правима странаца уткане у низ домаћих закона супстанцијалног права који примарно уређују материју поводом које се конкретно приватно право странца јавља.⁶

Једно од приватних права странаца односи се на право на заснивање усвојења (право на усвојење), било да се странац појављује као усвојитељ или, знатно ређе, усвојеник. Оба случаја уређена су нормама Породичног закона, али на другачији начин. Право странца да буде усвојен на територији Републике Србије регулисано је имплицитно, тако што се на овај случај примењују одредбе које се иначе односе на усвојенике, односно општи режим (чл. 89 до 98 Породичног закона). О томе да се странци могу појавити као усвојеници у Србији посредно се може закључити и из одредаба о међународном (међудржавном) усвојењу Конвенције о правима детета,⁷ Устава Републике Србије о положају и правима странаца,⁸ те одредаба Закона о

³Сл. гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

⁴Прва седница Радне групе Министарства за бригу о породици и демографију Републике Србије за израду Закона о изменама и допунама Породичног закона Републике Србије одржана је 12. јула 2021. год.

⁵Видети нпр. Blagojević, 1950: 19-20. Eisner, 1952: 112-126. Јездић, 1980: 9-10. Varadi, Bordaš, Knežević, Ravić, 2021: 459-487. Станивуковић, Живковић, 2021: 425-435. Од монографија на српском језику које за тему имају приватна права странаца незаобилазно научно штиво је Kitić, 1991.

⁶Нпр., чл. 82-85б, Закон о основама својинскоправних односа предвиђа одредбу о праву странаца на стицање својине у Републици Србији, Службени лист СФРЈ, бр. 6/80, 36/90, Службени лист СРЈ, бр. 29/96; чл. 7, Закон о наслеђивању уређује право странаца на наслеђивање, Службени гласник РС, бр. 46/95.

⁷Члан 21, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 15/90 и Службени лист СРЈ - Међународни уговори, бр. 4/96 и 2/97.

⁸Члан 17, Службени гласник РС, бр. 18/05.

држављанству Републике Србије о стицању држављанства Србије пореклом у случају усвојења странца.⁹ У односу на ово право странца, могу се разликовати случајеви када је усвојитељ држављанин Србије, као и ситуација када он има страно држављанство. У сваком случају, ово приватно право спада у ред општих права странаца будући да његово стицање није условљено због својства странца.¹⁰

За разлику од тога, у погледу услова које треба да испуни потенцијални усвојитељ, Породични закон посебно уређује ситуацију када странац претендује на право (члан 103 Закона). Наведена одредба одређује, најпре, појам странца везујући га за критеријум држављанства, а потом конкретизује принцип супсидијарности међународног усвојења и заштиту најбољег интереса детета.

Дефинишући појам странца путем држављанства као тачке везивања, Породични закон истовремено прећутно врши квалификацију усвојења као домаћег (када је усвојитељ држављанин Републике Србије) или међународног (ако је усвојитељ страни држављанин). Ипак, став породичног законодавства у погледу међународног карактера усвојења није тако јасан када дете (потенцијални усвојеник) има страно држављанство. Будући да су усвојења страног држављанина изузетно ретка у Србији и да, као што је наведено, чине општа права странаца, претпоставка је да је ова ситуација услед тога остала ван фокуса законодавца.

Држављанство усвојитеља као једини критеријум за разликовање домаћег од међународног усвојења у нашем породичном законодавству више не одговара у довољној мери решењима међународног приватног права Србије. Промена је настала потврђивањем Хашке конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења (даље: Конвенција) и њеним ступањем на снагу пре осам година.¹¹ Према одредби Конвенције, држављанство усвојитеља и усвојеника нема значаја,¹² већ квалификација усвојења као међународног искључиво зависи од тога да ли се уобичајена боравишта ових лица налазе у различитим државама, те да ли долази до

⁹Члан 11, Службени гласник РС, бр. 135/2004.

¹⁰Varadi et al, 2021: 466-467.

¹¹Службени гласник РС - Међународни уговори, бр. 12/2013.

¹² Специјална комисија Хашке конференције за међународно приватно право донела је 2010. године закључак о томе да су усвојења међународног карактера и онда када се као усвојитељи појављују држављани државе у којој усвојеник има уобичајено боравиште (држава порекла усвојеника). Conclusionas and Recommendations and Report of the Special Commission on the Practical Operation of the 1993 Inercountry Adoption Convention, 2010: 6 (параграф 11).

пресељења детета у државу у којој је уобичајено боравиште усвојитеља ради заснивања усвојења или након његовог заснивања (члан 2 ст. 1 Конвенције).¹³ *Argumentum a contrario*, усвојења која не испуњавају ове услове сматрају се домаћим и остају ван домашаја Конвенције. Премда би се могло сматрати да тиме усвојење не мења нужно свој међународни карактер, већ да долази до примене другог правног извора уместо Конвенције (других међународних уговора закључених у овој материји између инволвираних држава или националног законодавства), пракса држава уговорница се, по правилу, изјашњава о њима као о домаћим усвојењима.¹⁴

Како је слика међународног, самим тим и домаћег усвојења битно промењена, то се намеће другачије сагледавање принципа супсидијарности и појма странца у материји усвојења. Самим тим, може се разматрати да ли је његово право да буде усвојитељ у нашој држави нормирано на адекватан начин.

Пре подробнијег разматрања ових проблема, потребно је одговорити на важно претходно питање - да ли потреба сагледавања релевантних одредаба породичног законодавства уопште постоји с обзиром да појам међународног усвојења уводи међународна конвенција која обавезује само државе уговорнице. Иако Конвенција нема универзалну примену (*per se*), узимајући у обзир број држава које су њоме обавезане,¹⁵ закључак се ипак сâм по себи намеће. Захваљујући импозантном броју држава уговорница, Конвенција се значајно приближила универзалној примени у области међународног усвојења. Такође, у питању су државе у које се, по правилу, усвојеници из Републике Србије селе након заснивања усвојења како би живели са својим усвојитељима. Штавише, Хашка конференција је заузела став да се и поводом усвојења која инволвирају државу уговорницу

¹³ Конвенција се примењује ако су сагласности централних органа у погледу заснивања усвојења дата пре него што потенцијални усвојеник наврши 18 година (чл. 3 Конвенције).

¹⁴ Такво искуство има и наш централни орган према Конвенцији - Министарство за бригу о породици и демографију и раније, Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.

¹⁵ Конвенција је окупила импозантан број од 105 држава уговорница (не заостајући пуно за Конвенцијом о правима детета која има 140 држава уговорница), међу којима су безмало све државе из којих начешће потичу усвојеници (између осталих, то су и државе Јужне Америке, Куба, Кина, Хаити, Индија, Кенија, Вијетнам, Руанда, Сејшели, Јужноафричка Република, Еквадор, Диминиканска Република, Тајланд, Замбија, Филипини), као и државе из којих најчешће потичу усвојитељи (нпр. Сједињене Америчке Државе, Уједињено Краљевство, државе Европске уније, Руска Федерација, Норвешка, Швајцарска, Нови Зеланд, Аустралија, Израел, Канада).

и ону која то још увек није примењују стандарди Конвенције што је више могуће.¹⁶

Конвенције које не унификују норме међународног приватног права, већ примарно почивају на методу сарадње (као што то чини Хашка конвенција), остављају нерешеним разлике у супстанцијалним правима држава уговорница али и у нормама међународног приватног права.¹⁷ У поступку међународног усвојења, прожетог интензивном међународном сарадњом централних органа које предвиђа Конвенција, ове разлике делимично губе на значају.¹⁸ Мада Конвенција не решава проблем сукоба надлежности и сукоба закона непосредно, она посредно утиче да се они избегну или смање.¹⁹ Аутоматско признање усвојења је очигледан знак да се у томе успело. Међутим, исти закључак најчешће не важи у односу на питање стицања права странаца да буду усвојитељи будући да су ове норме супстанцијалног карактера. У том смислу, једино национални законодавци могу да премосте јаз који се може створити у погледу природе усвојења као домаћег или међународног, с једне стране, и услова који стоје на путу праву странца да буде усвојитељ, с друге стране.

2. Принцип супсидијарности и квалификација усвојења

Када је реч о принципу супсидијарности међународног усвојења, које је прокламовано Конвенцијом о правима детета, Хашка конвенција полази од релативно оригиналног решења - принципа двоструке супсидијарности.²⁰ На тај начин, најпре, међународно усвојење одговара најбољем интересу детета ако је дете трајно одвојено од своје породице (уже или шире), што би представљало први ниво супсидијарности. Други ниво супсидијарности достигнут је онда када држава у којој усвојеник има уобичајено боравиште подробно размотри алтернативне облике старања о детету (поготову трајног карактера).²¹ Овај ниво супсидијарности полази од дубоко укорењене претпоставке да је збрињавање детета у његовој држави у најбољем интересу детета.

¹⁶ Conclusionas and Recommendations and Report of the Special Commission on the Practical Operation of the 1993 Inercountry Adoption Convention, 2010: 9 (параграфи 36 и 37).

¹⁷ Више о Конвенцији, Марјановић, 2019: 186-196

¹⁸ Jaume, 1995: 185.

¹⁹ van Loon, 1993: 377.

²⁰ Lammerant, 2005: 340.

²¹ Martínez-Mora, Baker, Harang, 2013: 344-345.

У погледу принципа супсидијарности, Конвенција о правима детета у први план истиче надлежност државе порекла усвојеника да одлучује о алтернативним мерама збрињавања, остављајући по страни утицај дужине трајања мера на принцип супсидијарности. На основу тога могло би се закључити да међународно усвојење представља тек последње прибежиште најбољег интереса детета и да све алтернативне мере у држави усвојеника представљају прихватљивију опцију. У односу на међународно усвојење, Хашка конвенција, са своје стране, даје предност само трајним мерама у држави усвојеника.²² Стога, иако предвиђен Конвенцијом, принцип супсидијарности нема приоритет над принципом најбољег интереса детета.²³

Конвенција се односи на оне врсте усвојења којима се заснива трајан однос родитеља и детета. Поред тога што обухвата потпуно усвојење, овом одредбом је у поље примене укључено и непотпуно усвојење ако има за последицу заснивање оваквог трајног односа између усвојеника и усвојитеља.²⁴ Такође, обухваћена су и унутар-породична усвојења.²⁵

Као што је наведено, конвенцијски појам међународног усвојења подразумева да усвојеник и потенцијални усвојитељи имају уобичајена боравишта у различитим државама уговорницама, као и да се усвојеник преселио у државу пријема ради заснивања усвојења или то следи након заснивања усвојења. Под појмом државе порекла усвојеника не подразумева се његова национална држава, већ она у којој има уобичајено боравиште. Слично, ни држава пријема није синоним за државу чије држављанство има усвојитељ, већ за земљу његовог уобичајеног боравишта.

Уобичајено боравиште је концепт који наше породично законодавство не познаје, полазећи од традиционалне дихотомије пребивалишта и

²² Марјановић, 2015: 337-338.

²³ Degeling, P  pit, 2011.

²⁴ Parra-Aranguren, 1993: 94.

²⁵ Усвојење члана породице предвиђају, на пример, право Албаније, Андоре, Јерменије, Аустралије, Аустрије, Белгије (са овом врстом усвојења је изједначено и усвојење детета са којим је усвојитељ свакодневно живео и са којим постоје друштвене везе и блискост), Бенин, Британска Колумбија, Алберта, Онтарио, Квебек, Нови Брунсвик, Нова Шкотска, Острво принца Едварда, Конго (које подразумева и усвојење од стране брата или сестре, што у нашем Породичном закону није дозвољено); Чешка, Данска, Доминиканска Република (укључујући и проширену породицу); Еквадор (усвојење сродника до четвртог степена спада у ред тзв. привилегованих усвојења); Естонија (утврђује се у сваком конкретном случају, обично подразумева постојање обавезе издржавања); Грузија (такође дозвољава и усвојење сестре, брата), Грчка, Немачка, Француска. Марјановић, 2015: 342.

боравишта. У међународно приватно право Србије продрло је управо из ратификованих конвенција донетих под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право (која се сматра и његовим идејним творцем). Реч је о претежно фактичком појму који указује на државу у којој је центар животних активности и интереса физичког лица. Уједно, уобичајено боравиште је и судски концепт будући да најчешће судови утврђују његову садржину *in concreto*. При томе, узимају се у обзир све околности личне и професионалне природе које указују на трајнију везу са конкретном државом или на намеру да се такве везе заснују.²⁶ Као и све тачке везивања за физичка лица које су територијалног карактера, и овде су присутни субјективни и објективни елемент (намера и боравак). Одређену забуну изазвао је Закон о пребивалишту и боравишту грађана,²⁷ као и Закон о странцима,²⁸ који су знатно приближили појам пребивалишта концепту уобичајеног боравишта, тако да тек нијансе у законским дефиницијама пребивалишта указују да то нису синоними. У сваком случају, уобичајено боравиште треба да отклони све што је апстрактно и административно у појму пребивалишта и да верно одражава принцип најближе везе између лица и државе у питању.

Ако се као усвојитељи појављују лица која су држављани стране државе (не нужно уговорнице), али имају уобичајено боравиште у Србији, онда то више није међународно већ домаће усвојење. Насупрот томе, усвојење које се заснива између усвојеника у Србији и усвојитеља који живе у иностранству али имају наше држављанство престаје да има домаћи карактер и постаје међународно усвојење.

Овако коренита промена традиционалног схватања о томе шта је међународно усвојење утиче још и на принцип супсидијарности, односно на процену његове испуњености у државама уговорницама Конвенције. То значи да се предност домаћег усвојења у односу на међународно може довести у питање.

Унутар-породична усвојења пружају добар увид у промене које су последица потврђивања Конвенције.²⁹ Да ли је у најбољем интересу усвојеника

²⁶ О уобичајеном боравишту је доста писано и у странијој литератури и у домаћој. Видети посебно Nadelmann, 1968-1969: 768; Clive, 1997; Schuz, 2001; McElevay, 2012. Од литературе из земаља региона, посебно Дамјановић, 2022.

²⁷ Чл. 3 ст. 1 тач. 2, Службени гласник РС, бр. 87/2011.

²⁸ Чл. 110 ст. 6, Службени гласник РС, бр. 24/2018 и 31/2019. Занимљиво је да Закон о странцима појмовно уобичава уобичајено боравиште у чл. 3 ст. 1 тач. 11 као «место у коме се странац задржавао под околностима на основу којих се може закључити да на том месту или подручју није боравио само привремено».

²⁹ Guide to Good Practice, No 1, 1993: 30.

заснивање (домаћег) усвојења са усвојитељима који имају уобичајено боравиште у Србији (али не нужно и домаће држављанство) и са којима дете није у сродству или, пак, са његовим сродницима који имају уобичајено боравиште у страниој држави и са којима дете има присан однос (међународно усвојење).³⁰ Закључак се поново намеће сам по себи - у најбољем интересу детета је да се равноправно размотре све могућности за усвојења, без обзира да ли би оно било домаће или међународно.³¹

3. Принцип супсидијарности и приватна права странаца

Принцип супсидијарности непосредно утиче и на начин нормирања права странаца да буду потенцијални усвојитељи. Према нашем Породичном закону, усвојитељ може бити страни држављанин, уз сагласност министра надлежног за породичну заштиту, ако је протекло више од годину дана од дана уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења, а усвојитељи међу домаћим држављанима се не могу наћи. Тек изузетно, када је то у најбољем интересу детета, надлежни министар може дозволити усвојење и пре истека рока од годину дана (члан 103 Закона).

Страни држављани би, уколико ова одредба остане неизмењена, и даље били подвргнути строжем режиму у односу на домаће држављане. То важи чак и онда када усвојитељ страног држављанства има уобичајено боравиште у Србији, те је разумно очекивати да ће усвојеник још неко дуже време (а можда и трајно) живети у Србији. Насупрот томе, домаћи држављани остају под окриљем либералнијег режима и то само на основу чињенице да имају домаће држављанство. Исти услови се примењују и онда када наш држављанин живи у иностранству и када је једнако разумно очекивати да ће се усвојеник преселити и живети у иностранству. Парадоксално, домаћи држављани усвајају под лакшим условима услед непромењеног схватања принципа супсидијарности у породичном законодавству, чак и онда када живе у иностранству, те је пресељење усвојеника неизбежно. Штавише, у тој ситуацији нужна је његова брза интеграција у односу на страну државу у којој живе усвојитељи (макар били домаћи држављани). Када је усвојитељ страни држављанин који у Србији има уобичајено боравиште, усвојеник остаје под утицајем друштвене средине у Србији, али би за такво усвојење и даље важио ригиднији режим, поново

³⁰ Пример наведен према Марјановић, 2015: 338.

³¹ de Boer-Buquicchio, Joint Council of Europe and European Commission Conference on *Challenges in adoption procedure in Europe*, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption_conference_en.asp.

због начина на који је принцип супсидијарности виђен очима породичног права. Разлика у режимима је утолико већа што се први случај (усвојитељ је страни држављанин који има уобичајено боравиште у Србији), према Хашкој конвенцији, сматра домаћим усвојењем, при чему се од усвојитеља тражи испуњеност додатних услова у погледу стицања права на усвојење. Други пример (усвојитељи су наши држављани са уобичајеним боравиштем у иностранству), иако је реч о међународном усвојењу, подлеже истим условима као када је реч о усвојитељима који имају држављанство Србије и у њој живе.

Упоредива законска решења држава уговорница Конвенције у погледу услова који странци морају испунити како би могли бити усвојитељи, углавном се деле у три групе. У првој су оне државе чији правни прописи условљавају ово право странаца протеком одређеног периода у коме се нису могли наћи адекватни усвојитељи међу држављанима државе порекла³² или, чак, међу лицима која имају *боравиште* у држави порекла детета.³³ Другу групу чине државе које о могућностима за заснивање међународног усвојења одлучују искључиво на основу процене најбољег интереса детета.³⁴ Последњу групу чине државе које предвиђају принцип супсидијарности, али га временски не прецизирају.³⁵ Прва и трећа група

³² *Албанија*: ако шест месеци од уписа детета у регистар није покренут поступак за заснивање домаћег усвојења као и усклађеност принципа албанског законодавства са онима у праву државе усвојитеља, сарадња са органима државе пријема, те да дете може добити дозволу за улазак и стални боравак у држави пријема и уживати иста права као у држави порекла, као и да је усвојење нераскидиво; *Чешка*: ако три месеца нема усвојитеља међу домаћим држављанима; *Грузија*: ако осам месеци нема домаћих усвојитеља и ако дете може да добије стално настањење у држави у којој усвојитељи живе; *Јапан и Кореја*: ако нема јапанских/кореанских држављана као усвојитеља у периоду од неколико година; *Литванија*: ако у року од шест месеци нема домаћих усвојитеља или хранитељске породице; *Мадагаскар*: предност имају домаћи држављани који живе на Мадагаскару, потом домаћи држављани који живе у иностранству па тек онда страни усвојитељи; *Португалија*: ако нема домаћих усвојитеља; *Словачка*: ако нема хранитељске породице или усвојитеља у Словачкој у року од шест месеци. Наведено према Марјановић, 2015: 339-340.

³³ *Румунија*: две године од како је суд коначно одлучио да се покрене поступак међународног усвојења и да међу лицима са боравиштем у Румунији или сродницима до четвртог степена сродства нема усвојитеља. Наведено према Марјановић, 2015: 339-340.

³⁴ *Хаити*: 93% укупног годишњег броја усвојења је међународно. Наведено према Марјановић, 2015: 339-340.

³⁵ *Чиле*: Чилеански држављанин или странац са уобичајеним боравиште у Чилеу би могао да усвоји дете ако надлежни орган утврди да нема брачног пара чилеанског држављанства као усвојитеља; *Естонија*: ако нема усвојитеља домаћих држављана и ниједан други вид заштите детета не може да се организује у Естонији; *Гватемала* и

ограничења права странаца подразумевају да се могућност заснивања међународног усвојења детета неће узети у обзир све док не протекне одређени рок у коме се није могло засновати домаће усвојење или да се оно не може засновати, без прецизирања рока.

Ограничавање права странаца представља одраз бојазни да ће дете живети у иностранству чиме ће се прекинути његове везе етничке, религиозне, културолошке и лингвистичке природе са државом порекла.³⁶ То је посебно изражено код држава које под странцем подразумевају лице које нема држављанство државе порекла детета, за разлику од оних које појам странца везују за територијалне тачке везивања, као што је то уобичајено боравиште.³⁷ Конвенција о правима детета предвиђа да се приликом оцене најбољег интереса усвојеника дужна пажња посвећује поменутом етничком, религиозном, културолошком и лингвистичком пореклу детета. Међутим, ни према Конвенцији о правима детета ни према Хашкој конвенцији, држава порекла није нужно синоним за државу држављанства,³⁸ а то поготово не мора бити случај у данашњем свету обележеном процесом глобализације и великих миграција људи. Услед тога, могуће је чак и према Конвенцији о правима детета да усвојитељ страни држављанин буде укључен у збрињавање детета у држави порекла, ако живи у тој држави.³⁹

Када се принцип супсидијарности међународног усвојења, а самим тим и уживање права на усвојење, везује само за држављанство усвојитеља, неретко може доћи до необичних ситуација. Као што је указано на примеру одредби нашег Породичног закона, ако би се као потенцијални усвојитељи појавили држављани државе порекла који имају уобичајено боравиште у другој држави уговорници Конвенције, такво усвојење би било *међународно* у конвенцијском смислу. У исто време, оно би у погледу услова за његово заснивање било третирано као *домаће*, тако да се не би процењивала испуњеност принципа супсидијарности. Самим тим, усвојитељи не би морали да чекају протек одређеног рока, већ би стекли право да буду усвојитељи као да је реч о домаћем усвојењу. Међутим, исход усвојења је, по правилу, исти – дете ће живети у иностранству. И обрнуто, ако страни

Гвинеја: ако нема усвојитеља домаћих држављана; *Летонија*: ако нема погодне породице у Летонији, а дете је смештено у институцију; *Филипини*: ако се не могу пронаћи усвојитељи ни у региону ни интеррегионално те једино преостаје институционални смештај детета. Наведено према Марјановић, 2015: 339-340.

³⁶ Bartholet, 2007: 180.

³⁷ Румунија.

³⁸ Duncan, 2006: 82.

³⁹ Бордаш, 2000: 247.

држављанин (потенцијални усвојитељ) има уобичајено боравиште у Србији, онда је у питању *домаће* усвојење, али би стицање права на усвојење странца било подвргнуто условима породичног законодавства као да се ради о *међународном* усвојењу.

У упоредном праву има и примера држава које дозвољавају усвојење детета по правилима које важе за домаће усвојење уколико потенцијални усвојитељи имају у њој уобичајено боравиште. Понекад је ово право изричито предвиђено,⁴⁰ а некад је последица тога што домаће усвојење подразумева да усвојитељи живе у држави порекла детета.⁴¹

4. Закључак

Мишљења смо да у материји усвојења појам странца у породичном законодавству Републике Србије не треба да буде одређен искључиво на основу држављанства. Уместо тога, он би требало бити условљен постојањем уобичајеног боравишта у иностранству. Као што се може закључити на основу свега до сада наведеног, примена територијалних тачака везивања релативизује појам странца усвојитеља. Истовремено, спречиле би се контрадикторне ситуације у којима је усвојење домаће а стицање приватног права странца да буде усвојитељ подлеже нормама о међународном усвојењу у нашем породичном законодавству. И обрнуто, принцип супсидијарности неумитно води ка томе да се, у случају међународног усвојења, уживање овог приватног права додатно услови, без обзира на држављанство усвојитеља.

Укључивање уобичајеног боравишта као критеријума омогућило би и спровођење поступка прилагођавања у случајевима када усваја страни држављанин са уобичајеним боравиштем у Србији. Наиме, према Породичном закону, прилагођавање се уопште не спроводи ако су усвојитељи странци (чл. 381 ст. 1 Закона).⁴² Имајући у виду да се тада неће примењивати Хашка конвенција која пружа ефикасан и поуздан систем заштите деце и контроле поступка усвојења (јер је реч о домаћем усвојењу), било би оправдано, а и изводљиво, изменама породичног законодавства увести обавезу спровођења поступка прилагођавања у овом случају. Тим пре

⁴⁰ Румунија, Чиле.

⁴¹ Летонија, Филипини, Словачка.

⁴² Према подацима нашег централног органа према Конвенцији, у случајевима када се као усвојитељи јављају наши држављани са уобичајеном боравиштем у иностранству, досадашња пракса је била да се поступак прилагођавања спроводи у Србији. Према члану 318 став 1 Породичног закона, прилагођавање је обавезно ако су усвојитељи домаћи држављани, а не спроводи се ако су у питању странци.

што усвојитељ живи у Србији не постоји разлог да се прилагођавање не спроведе.

С друге стране, наши држављани који имају уобичајено боравиште у иностранству могу имати и држављанство те државе, али ће због принципа искључивости домаћег држављанства⁴³ имати привилеговани положај у погледу права да буду усвојитељи, иако је веза успостављена са страном државом ближа.⁴⁴ Поред тога, таква усвојења, с обзиром да се третирају као домаћа, не улазе у статистичке податке о броју међународних усвојења заснованих у Србији.

Овакво поступање неоправдано води дискриминацији на основу држављанства усвојитеља. Један од примера из праксе нашег централног органа илуструје овај проблем.⁴⁵ Захтев за заснивање усвојења поднели су супружници страни држављани (Немачка и Португалија), обоје са пријављеним пребивалиштем за странце у Београду. Надлежни орган Португалије је, позивајући се на Конвенцију (иако у то време Србија није била уговорница), одбио да изда извештај социјалне службе. При томе се позивао на то да је у питању домаће усвојење будући да је у конкретном случају у питању домаће усвојење. То је темељио чињеницом да усвојеник и усвојитељ португалског држављанства имају своја уобичајена боравишта у Србији.⁴⁶ Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања Републике Србије је одбило захтев с образложењем да је реч о међународном усвојењу и да није надлежан за издавање оваквог извештаја.

Усвојитељи су се жалили. С друге стране, када се као усвојитељи појављују супружници различитог држављанства, од којих један има домаће држављанство, усвојење се заснива као међународно. Тако је у случају када је супруга била држављанка Србије и Француске, а супруг држављанин Француске, са пребивалиштем у Француској, усвојење засновано као међународно. С обзиром да се у овом случају пребивалиште поклапало са уобичајеном боравиштем, оно би и према Конвенцији било третирано као међународно.⁴⁷

⁴³ Члан 11 ст. 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Службени лист СФРЈ, бр. 43/82, 72/82 и Службени лист СРЈ, бр. 46/96.

⁴⁴ Овим проблемом се бавила и Специјална комисија јер су постојали случајеви када Конвенција, управо због домаћег држављанства усвојитеља, није примењена. *Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission of June 2010: 6*

⁴⁵ Наведено према Марјановић, 2015: 362.

⁴⁶ Надлежни орган Португалије је неосновано одбио да састави извештај будући да у то време Република Србија није била уговорница, те је ово још увек био пример међународног усвојења.

⁴⁷ Пример наведен према Марјановић, 2015: 362.

Према томе, усвојења која су пре него што је Република Србија приступила Конвенцији била међународна сада се у контексту Конвенције квалификују као домаћа. Ако је у питању домаће усвојење, зашто би се право да се буде усвојитељ третирао као право које зависи од држављанства усвојитеља? Другим речима, било би боље да и Породични закон, попут прописа појединих држава, статус странца у материји међународног усвојења везује за постојање уобичајеног боравишта ван Републике Србије, а не држављанство. Овако, различити појмови међународног усвојења у нашем породичном законодавству и у Хашкој конвенцији воде постојању збуњујућег двоструког колосека.

ЛИТЕРАТУРА

Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења, Службени гласник РС - Међународни уговори, бр. 12/2013;

Конвенција о правима детета, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 15/90 и Службени лист СРЈ - Међународни уговори, бр. 4/96 и 2/97;

Породични закон, Службени гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015;

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Службени лист СФРЈ, бр. 43/82, 72/82 и Службени лист СРЈ, бр. 46/96;

Закон о основама својинскоправних односа, Службени лист СФРЈ, бр. 6/80, 36/90, Службени лист СРЈ, бр. 29/96;

Закон о наслеђивању, Службени гласник РС, бр. 46/95;

Закон о пребивалишту и боравишту грађана, Службени гласник РС, бр. 87/2011;

Закон о странцима, Службени гласник РС, бр. 24/2018 и 31/2019;

НССН. (2008). *The implementation and operation of the 1993 Intercountry Adoption Convention: Guide to Good Practice No 1*;

Bartholet, E. (2007). *International Adoption: Thoughts on the Human Rights Issues*, Harvard Law School Faculty Scholarship Series. Paper 21;

Бордаш, Б. (2000), *Породичноправни односи у међународном приватном праву*. Нови Сад;

Влагојевић, В. (1950). *Међународно приватно право*. Београд: Народна књига;

Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission of June 2010, p. 6 ad 11.

HCCH (2010). *Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission on the Practical Operation of the 1993 Inercountry Adoption Convention*;

Clive, E. (1997). The Concept of Habitual Residence. *The Juridical Review part 3*;

Дамјановић, Д. (2022). *Уобичајено боравиште у међународном приватном праву*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета;

de Boer-Buquicchio, M. Joint Council of Europe and European Commission Conference on *Challenges in adoption procedure in Europe*. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption_conference_en.asp;

Degeling, J., Pépit, S., (2010). *The Third Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Conventon of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Resprect of Intercountry Adoption*, 17-25 June 2010 Theme I: Report of the Meeting, *The Judges' Newsletter on International Child Protection - Vol. XVII, Spring 2011 ad 2 a*). http://www.hcch.net/upload/newsletter/JN17_SC_Special-Focus_E.pdf;

Duncan, W. (2006). Nationality and the protection of children across frontiers and the

example of intercountry adoption. *Yearbook of PIL*, vol. VIII;

Eisner, B. (1952). *Међународно приватно право. Сvezak I*. Zagreb: Grafičko-nakladni zavod;

Jayme, E. (1995). *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des cours, tome 251;

Јездић, М. (1980). *Међународно приватно право*. Београд. Научна књига;

Kitić, D. (1991). *Pravni položaj stranaca*. Beograd: Nomos;

Lammerant, I. (2005). L'évolution et les enjeux de l'adoption nationale et internationale, *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Volume 35, No. 2;

Марјановић, С. (2019). *Заштита деце у хашким конвенцијама о међународном приватном праву, докторска дисертација*: Правни факултет Универзитета у Нишу;

Марјановић, С. (2015). *Међународно приватно право хашких конвенција у Републици Србији*: Правни факултет Универзитета у Нишу;

Martínez-Mora, L., Baker, H., Harang, E. (2013). The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and Subsidiarity: is the Subsidiarity Principle still „Fit

for Purpose"?, *A Commitment to Private International Law (Un engagement au service du droit international privé), Essays in honour of Hans van Loon (Mélanges en l'honneur de Hans van Loon)*, Intersentia;

McElevay, P. (2012). Habitual residence and children. *International Family Law*;

Nadelmann, K.H. (1968-1969). Habitual residence and nationality as tests at The Hague: the

1968 Convention on recognition of divorces. *Texas Law Review*, Vol. 47;

Parra-Aranguren, G. (1993). *Explanatory Report of the Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-country Adoption*. Hague: HCCH;

Schuz, R. (2001). Policy Consideration in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context. *Journal of Transnational Law and Policy* 11;

Станивуковић, М, Живковић, М. (2021). *Међународно приватно право: општи део*. Београд: Службени гласник;

van Loon, J.H.A. (1993). *International Cooperation and Protection of Children with Regard to Inter-country Adoption*, Recueil des cours, tome 244

Varadi, T, Bordaš, B, Knežević, G, Pavić, V. (2021). *Међународно приватно право*. Београд: Правни факултет, Центар за издаваштво.

Prof. Sanja Marjanović, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE RIGHT OF A FOREIGNER TO BE AN ADOPTIVE PARENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In the Serbian Private International Law system, the traditional understanding that adoption acquires its international (cross-border) character depending on the nationality of the adopter has replaced in the last eight years by a significantly different concept which has its foundation in the provisions of the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. In this respect, the relevant criteria are based on the habitual residence of the adopter and adoptee, as well as on the move of the adopted child to the country of residence of the adoptive parent. However, the prevalent position in the Serbian family legislation is that nationality is still the only criterion which the cross-border nature of adoption depends upon. As a result, there is a dual track regarding the principle of subsidiarity of international adoption and the right of a foreigner to be an adoptive parent in the Republic of Serbia. In cases where, pursuant to the Convention, the adoption is considered as domestic adoption (despite the foreign nationality of the adoptive parent), additional conditions for acquiring the right to be an adoptive parent apply; it is a consequence of the principle of subsidiarity of international adoption, although it is no longer the case. Conversely, when the adoption is international (even though the adoptive parent has a Serbian nationality), the principle of subsidiarity does not apply; thus, the right to be an adoptive parent is exercised without additional conditions despite the fact that the adoptive parent lives abroad. The author points out the need to harmonize the legal solutions of the Serbian family law and PIL at the moment when the legislative work on amending the Family Act is underway.

Keywords: *foreigners law, domestic adoption, international adoption, adjustment procedure, amendments to the Family Act, Private International Law.*