

УДК 343.549-053.2 (094.2)  
347.18 : 347.637  
347.637 : 347.18  
Изворни научни рад  
Предато: децембар 2004.  
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 551-570

*Петар Бундић, асистент-приправник  
Правног факултета у Новом Саду*

## **РЕДОВНО БОРАВИШТЕ ДЕТЕТА У ПРАКСИ ПРИМЕНЕ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ ОД 25. ОКТОБРА 1980. ГОДИНЕ**

***Сажетак:** Рад обухвата приказ и анализу најзначајнијих судских одлука донетих у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, од стиране судова у државама уговорницама, са посебним освртом на схватања у погледу појма редовног боравишта деце. Закључак о томе да ли је дете имало редовно боравиште на територији државе уговорнице, непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања, кључан је за доношење одлуке којом се налаже његово враћање у ту државу. Изостанак дефиниције редовног боравишта деце у тексту конвенције, довео је до покушаја да се овај појам уобличи кроз праксу судова, као и кроз доктринарне радове. При томе, судови су се, између осталог, бавили и односом између редовног боравишта деце и редовног боравишта њихових родитеља, могућношћу непосредног и конкуренције редовних боравишта, као и питањем да ли редовно боравиште деце може настати као резултат његовог незаконитог одвођења или задржавања у једном месту.*

***Кључне речи:** Редовно боравиште деце, незаконито одвођење и незаконито задржавање, право на старање и право на виђање.*

## Поље примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту: конвенција) усвојена је 25. октобра 1980. године, под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право. Конвенција се сматра једном од најуспешнијих у оквиру ове организације, с обзиром на то да је прихваћена од стране великог броја држава. Наиме, према стању од новембра 2003. године ова конвенција је на снази у 74 земље.<sup>1</sup> СФРЈ је ратификовала ову конвенцију 1991. године.<sup>2</sup>

Поље примене конвенције одређено је кроз њене циљеве који су дефинисани у члану 1. Према наведеном члану, ти циљеви су:

- а) да обезбеди што хитнији повратак деце незаконито одведене или задржане у некој држави уговорници; и
- б) да обезбеди да се права на старање и виђање са дететом по закону једне од држава уговорница стварно поштују у другој држави уговорници.

За целовито сагледавање циљева конвенције неопходно је имати у виду и текст преамбуле уз конвенцију<sup>3</sup>, у којем државе уговорнице изражавају чврсто уверење да су интереси деце од највеће важности у стварима које се тичу повере деце, као и настојање да се деца на међународном плану заштите од штетних ефеката незаконитог одвођења или задржавања, да се успостави процедура која обезбеђује хитан повратак деце у државу њиховог редовног боравишта, као и да се обезбеди заштита права на виђање детета.

Према томе, имајућу у виду циљеве конвенције, могућност њене примене превасходно зависи од тога да ли се одвођење или задржавање детета може сматрати незаконитим. Према члану 3. одвођење или задржавање детета је не-

<sup>1</sup> Конвенција је ступила на снагу 1. децембра 1983. године и важи у следећим државама: Аргентина, Аустралија, Аустрија, Бахами, Белизе, Белорусија, БЈР Македонија, Босна и Херцеговина, Буркина Фасо, Велика Британија, Венецуела, Грчка, Грузија, Данска, Еквадор, Зимбабве, Канада, Ирска, Израел, Исланд, Италија, Јужна Африка, Кина (само за Хонг Конг), Кипар, Колумбија, Костарика, Луксембург, Мађарска, Маурицијус, Мексико, Молдавија, Монако, Немачка, Нови Зеланд, Норвешка, Панама, Парагвај, Пољска, Португалија, Румунија, САД, Свети Китс и Невис, Словачка, Словенија, Србија и Црна Гора, Туркменистан, Узбекистан, Финска, Фиџи, Француска, Холандија, Хондурас, Хрватска, Чешка Република, Чиле, Швајцарска, Шведска, Шпанија (у неким од ових земаља конвенција важи само у односу на неке од наведених држава уговорница).

<sup>2</sup> Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Сл. лист СФРЈ Међународни уговори бр. 7/91. Сукцесија СРЈ, односно СЦГ у односу на Конвенцију је призната од 27. 9. 1991. године, односно од дана када је она постала обавезујућа за бившу СФРЈ.

<sup>3</sup> Преамбула је грешком изостављена из текста конвенције који је објављен у Закону о ратификацији.

законито када представља повреду права на старање<sup>4</sup> које припада неком лицу, институцији или другом телу, по закону државе у којој је дете имало редовно боравиште непосредно пре одвођења или задржавања. При том, није битно да ли се права на старање о детету која су повређена изводе непосредно из закона државе редовног боравишта детета, одлуке судског или управног органа те државе или споразума коме се признаје правно дејство према закону дотичне државе. Неопходно је само да је лице, институција или друго тело коме припадају права на старање о детету, ова права заиста и остваривало или би их остваривало да није дошло до незаконитог одвођења детета из државе његовог редовног боравишта или до његовог незаконитог задржавања.

За одређивање поља примене конвенције велику важност има и члан 4. Њиме је предвиђено да се конвенција примењује у случајевима када је дете имало редовно боравиште у некој од држава уговорница непосредно пре повреде права на старање или на виђање. Такође, она се примењује само у односу на децу која нису навршила 16 година.

Заштитни механизам успостављен конвенцијом почива на обавези држава уговорница да одреде централне извршне органе (члан 6). Ови органи имају дужност да међусобно сарађују како би се постигло што хитније враћање детета из државе уговорнице у коју је оно одведено или у којој је задржано. Наиме, чланом 8. даје се могућност субјектима чија су права на старање о детету повређена незаконитим одвођењем или задржавањем детета да поднесу молбу централном извршном органу државе редовног боравишта детета или државе у којој је дете одведено или задржано, тражећи њихову помоћ. Ови органи су чланом 7, поред осталог, овлашћени и да непосредно или преко посредника покрену поступак пред судом или управним органом замољене државе који би требало да се оконча доношењем одлуке о враћању детета у државу у којој је оно имало редовно боравиште непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања. Са друге стране, субјекти поменути у члану 8. имају могућност да, у складу са одредбом члана 29, и сами непосредно покрену поступак пред судом или органом управе државе у коју је дете незаконито одведено или у којој је задржано, и да тако издејствују доношење одлуке ових органа о враћању детета.

Несумњиво је да ће одлука суда или органа управе замољене државе о томе да ли ће наложити враћање детета у државу из које је одведено зависити првенствено од њиховог схватања да ли је дете пре одвођења или задржавања имало редовно боравиште (да ли је било настањено) у држави уговорници из које

<sup>4</sup> Право на старање о детету (*rights of custody*), према члану 5. став 1(а) конвенције, обухвата права која се односе на старање о личности детета, а посебно право одређивања редовног боравишта детета. Могло би се узети да је реч о еквиваленту родитељског права, у смислу Закона о браку и породичним односима Србије. Према ЗБПО, родитељско право врше родитељи заједнички и споразумно (члан 123.). У случају одвојеног живота родитеља, родитељско право врши родитељ са којим дете живи (члан 124.). О могућности да незаконито одвођење детета, у смислу конвенције, изврши родитељ коме је након престанка заједничког живота поверено вршење родитељског права, види: М. Станивуквић, М. Живковић, *Међународно приватно право ошћти део*, Београд, 2004, стр. 116.

је одведено. Наиме, према тумачењу члана 4. које даје П. Нај (*P. Nygh*)<sup>5</sup>, конвенција неће бити примењена ако је дете одведено или задржано у држави која није уговорница или ако дете није, непосредно пре одвођења или задржавања, имало редовно боравиште у држави уговорници. С обзиром на могућност заштите деце од штетних ефеката отмице зависи од тога да ли је дете имало редовно боравиште у држави уговорници непосредно пре одвођења или задржавања, неопходно је посветити посебну пажњу значају редовног боравишта као тачке везивања.

### **Значај редовног боравишта као тачке везивања**

Редовно боравиште као тачка везивања се често среће у конвенцијама које су закључене у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право. „Од 1960. године, тек неколико Хашких конвенција не користи овај концепт, а тада су у питању конвенције чији предмет чини неподобним укључивање редовног боравишта.”<sup>6</sup> Нарочито је значајна употреба ове тачке везивања у међународном породичном праву, с обзиром да она одговара захтевима мобилног, савременог друштва, што није случај са тачкама везивања као што су пребивалиште или држављанство.

Конвенција о отмици деце означава државу редовног боравишта детета као државу уговорницу у коју је неопходно вратити дете након незаконитог одвођења или задржавања. У потпуности се чини логичним решење да суд пошаље дете које је незаконито одведено или задржано назад у друштвено окружење у којем је дете боравило пре незаконитог одвођења или задржавања.<sup>7</sup> Један од циљева који су желели да постигну творци конвенције био је и тај да мериторну одлуку о повери детета на старање донесе суд државе у којој је дете имало редовно боравиште пре незаконитог одвођења или задржавања, као најприкладнији орган за доношење овакве одлуке. Овакав закључак се може извести тумачењем одредаба конвенције. Наиме, члан 16. конвенције гласи: „Након добијања обавештења о незаконитом одвођењу или задржавању детета у смислу члана 3, судски или управни орган државе уговорнице у коју је дете одведено или у којој је задржано неће доносити мериторну одлуку о праву на старање све док се не утврди да се дете неће вратити на основу ове конвенције или, ако није поднесена молба на основу ове конвенције, у разумном периоду после приспећа обавештења.” Такође, значајна је и одредба члана 19: „Одлука на основу ове конвенције у вези са повратком детета неће се сматрати мериторном о било ком

<sup>5</sup> Види: Б. Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад, 2000, стр. 208.

<sup>6</sup> P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999, стр. 88.

<sup>7</sup> Види, *Истио*, стр. 89.

питању у вези са правом на старање.” На овај начин, искључењем судова државе уговорнице у коју је дете незаконито одведено из мериторног одлучивања о повери детета, имплицитно се оваква одлука ставља у надлежност суда државе у коју дете треба да буде враћено, тј. у којој је оно имало редовно боравиште.

Без обзира на очигледно пресудан значај схватања судова о томе да ли једно дете има или нема редовно боравиште у држави уговорници, када је у питању примена конвенције, у самој конвенцији није дата дефиниција редовног боравишта детета. Штавише, оваква дефиниција није садржана ни у једној од бројних конвенција донетих под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право, а које користе ову тачку везивања. Разлог за ово треба тражити у жељи твораца конвенције да појам редовног боравишта задржи фактички карактер.<sup>8</sup> На овај начин, уколико се постојање редовног боравишта сматра чињеничним питањем избегавају се тешкоће око интерпретације овог појма у различитим правним системима. Постоје и мишљења да је ово главни разлог коришћења ове тачке везивања, тј. да се на овај начин избегава коришћење тачака везивања које имају различите правне дефиниције у различитим правним системима.<sup>9</sup> Међутим, богата судска пракса примене конвенције имала је за резултат покушаје дефинисања овог појма и одређивања граница у којима се судови могу кретати приликом утврђивања да ли постоји редовно боравиште детета у одређеној држави уговорници.<sup>10</sup> Такође, покушаји дефинисања редовног боравишта јављају се у пракси појединих институција.<sup>11</sup>

У пракси примене конвенције од стране судова у државама уговорницама<sup>12</sup> јавио се читав низ питања у вези са редовним боравиштем деце. Поред судова, обрађивањем ових питања бавила се и правна доктрина. Овај рад, који треба да послужи као сажет приказ схватања редовног боравишта детета у пракси примене поменуте конвенције, фокусираће се на три питања:

1. Однос између редовног боравишта родитеља и редовног боравишта деце;
2. Непостојање редовног боравишта детета и постојање више редовних боравишта; и
3. Могућност заснивања редовног боравишта детета његовим незаконитим одвођењем или задржавањем

<sup>8</sup> P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit.*, стр. 89.

<sup>9</sup> Види: R. Schuz, *Policy Consideration in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, Electronic Journal of Family Law, Fall 2001, 5.

<sup>10</sup> У пракси судова Велике Британије се нарочито види настојање да се одреде критеријуми за постојање редовног боравишта. Види: *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) (1990) 2 AC 562, (1990) 2 All ER 961, (1990) 2 FLR 450, sub nom C v. S. (A minor) (Abduction)*.

<sup>11</sup> Нпр. Резолуција Комитета министара Савета Европе, Стандардизација правног појма домицила и боравишта (1972).

<sup>12</sup> Судске одлуке које се односе на примену конвенције се могу пронаћи у електронској бази података о међународној отмици деце (INCADAT). База података је успостављена од стране Хашке конференције, са циљем да се најважније одлуке националних судова у овој области учине доступним правницима и правним писцима. Овој бази података могуће је приступити преко веб сајта Хашке конференције [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

### **(1) Однос између редовног боравишта родитеља и редовног боравишта деце**

Када је реч о односу између редовног боравишта родитеља и редовног боравишта деце, основно питање које се јавља је питање да ли дете може имати редовно боравиште које ће се разликовати од редовног боравишта лица која се о њему старају, тј. његових родитеља. У правној доктрини се јавља мишљење да редовно боравиште детета не може бити идентификовано са редовним боравиштем његових родитеља, односно да се не може безусловно прихватити фикција да је редовно боравиште детета увек тамо где се налазе лица која се о њему старају, будући да би прихватање супротног решења водило угрожавању „чињеничне основе” редовног боравишта, тј. угрожавање концепта по ком питање његовог постојања представља питање чињеница а не питање права.<sup>13</sup> Чини се да наведено гледиште подржава и судска пракса. У америчком случају *Feder v. Evans-Feder*, суд је заузео становиште да је редовно боравиште место на којем је дете физички присутно у времену које је потребно за његову аклиматизацију и у односу на које постоји одговарајући степен „намере настајења” посматрано из перспективе детета.<sup>14</sup>

С друге стране, узраст детета је чињеница која игра велику улогу у стицању и утврђивању његовог редовног боравишта. Потпуно је јасно да деца нижег узраста не могу стећи редовно боравиште које би се разликовало од редовног боравишта њихових родитеља. На пример, једногодишње дете не би могло опстати без неге коју му пружају лица која се о њему старају, тако да је „осуђено” да дели редовно боравиште са својим родитељима. У случају који се 1990. године јавио пред енглеским Домом лордова<sup>15</sup>, суд се осврнуо на наведено питање. Случај се тичао наводно незаконитог одвођења детета, дечака старог 2 године и 4 месеца, из Аустралије где је живео од рођења са својим родитељима. Родитељи нису били у браку, а отац није уживао право на старање над дечаком. У марту 1990. године, мајка је напустила свог ванбрачног супруга и отишла са дететом у Енглеску, земљу свог порекла. Након подношења захтева од стране оца, аустралијски суд му је, својом одлуком из априла исте године доделио искључиво право на старање о детету. Неколико дана након тога, аустралијски централни извршни орган је поднео молбу ради хитног повратка детета. У поступку који је покренут пред Високим судом Енглеске, суд је утврдио да није дошло до незаконитог одвођења детета од стране мајке. Ову одлуку је потврдио Апелациони суд у мају 1990. године. Уследио је поступак пред Домом лордова. Према оцени овог суда, да би захтев за повратак детета био успешан, било је неопходно да отац докаже да је његово право на старање о дечаку поверењено одвођењем од стране мајке у Енглеску, у смислу члана 3. конвенције. Како је ово право на старање отац стекао тек одлуком аустралијског суда из

<sup>13</sup> Види, P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit.*, стр. 91.

<sup>14</sup> *Feder v. Evans-Feder*, F.3d 217 (3. Cir. 1995)

<sup>15</sup> *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) (C. A.)* (1990)

априла 1990. године, требало је доказати да је редовно боравиште његовог сина у том тренутку било у Аустралији, тј. да оно није промењено одвођењем детета од стране мајке, што се догодило неколико недеља пре доношења ове одлуке. Према схватању које је усвојио суд, када сасвим мало дете има само једног старатеља (у овом случају мајку), његово редовно боравиште је нужно исто као и редовно боравиште његовог старатеља. Самим тим, променом редовног боравишта мајке, селидбом у Енглеску уз намеру сталног настањења у овој земљи, промењено је и редовно боравиште детета. Из тог разлога суд је донео одлуку којом се одбија враћање детета. До сличних закључака енглески судови су долазили и у неким другим случајевима.<sup>16</sup>

Значај који се даје редовном боравишту родитеља приликом одређивања редовног боравишта њихове деце потиче из чињенице да децу често њихов узраст спречава у формирању намере настањења у одређеном месту. Због тога судови нису објективно у могућности да процењују постојање овакве намере код деце приликом утврђивања њиховог редовног боравишта. Уместо тога, полази се од намере лица која се о деци старају. С друге стране, судска пракса показује оклевање судова да прихвате постојање редовног боравишта детета у једној држави само на основу воље његовог родитеља да ту заснује редовно боравиште, уколико дете није и заиста провело одређени временски период на територији дате државе. На пример, у сличају *Friedrich v. Friedrich*<sup>17</sup>, отац, немачки држављанин, поднео је захтев за враћање сина Т., тврдећи да је дошло до незаконитог одвођења детета од стране мајке. Пре овог догађаја породица је живела у Немачкој, где се мајка, америчка држављанка налазила у служби као члан америчких оружаних снага. Након једне свађе током које је отац приморао мајку и сина да напусте породични дом, мајка је одвела дете у Сједињене Америчке Државе. У поступку пред америчким судом мајка је тврдила да није дошло до незаконитог одвођења детета због тога што је, према њеном схватању, Т. имао редовно боравиште у Сједињеним Америчким Државама. Ову тврдњу мајка је заснивала на три аргумента: 1. Т. је амерички држављанин, 2. у америчким документима, као његова стална адреса била је наведена адреса у Охају, 3. она је намеравала да се врати тамо са својим сином након што добије отпуст из војне службе. Суд је закључио да се сви аргументи мајке односе на будућност, да указују на њену намеру да заснује редовно боравиште у Сједињеним Америчким Државама, а да је неопходно утврдити где је редовно боравиште детета у садашњости. Суд је нашао да је мајка успоставила значајне везе између свог сина и Сједињених Америчких Држава и да је намеравала да тамо живи са дететом у будућности, али пошто њене намере нису релевантне, редовно боравиште детета се налази у Немачкој, где је Т. живео од свог рођења.

Дакле, обично се тражи одређени временски период који дете мора провести на територији државе уговорнице и који је неопходан за његово уклапа-

<sup>16</sup> *Re B (Minors) (Abduction) (No.2)* (1993) 1 FLR 993, (1993) Fam Law 450, *Re V (Abduction: Habitual Residence)* (1995) 2 FLR 992, (1996) Fam Law 71, *itd.*

<sup>17</sup> *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396, 125 ALR Fed. 703 (6th Cir. 1993).



ње у друштвено окружење, како би се сматрало да оно има редовно боравиште у тој држави. Тај временски период варира од случаја до случаја. У енглеском случају *V v B (A Minor) (Abduction)*<sup>18</sup> овај период је износио два месеца, у случају *Cameron v. Cameron*<sup>19</sup> дужина боравка неопходна за заснивање редовног боравишта износила је три месеца, у већ поменутом случају *Feder v. Evans-Feder*<sup>20</sup> суд је нашао да је шестомесечни боравак четворогодишњег детета у Аустралији довољан за заснивање редовног боравишта у тој држави.

У свим наведеним случајевима судови приликом оцене о томе да ли је дошло до заснивања редовног боравишта детета у држави уговорници полазе од дужине боравка детета у конкретној држави, али се осврћу и на постојање намере настајења код његових родитеља, а нарочито на постојање чињеница које би указивале на уклапање детета у друштвено окружење. Тако, у случају *Cameron v. Cameron* суд је закључио да су две девојчице, пре незаконитог задржавања од стране мајке у Енглеској, имале редовно боравиште на француској територији. Девојчице су у периоду који је претходио незаконитом задржавању живеле у Француској само три месеца, али су се тамо налазиле на основу споразума својих родитеља, и што је нарочито битно, оне су у Француској похађале школу, биле укључене у одређене друштвене активности са другом децом, тамо им је била обезбеђена здравствена заштита, што су све чињенице које указују да су се деца уклопила у друштвено окружење, те да је њихово редовно боравиште непосредно пре незаконитог задржавања било у Француској.

У случају када оба родитеља врше право старања над дететом, до промене његовог редовног боравишта може доћи само уколико постоји сагласност оба родитеља у погледу заснивања редовног боравишта у некој другој држави (нпр. селидба породице из једне у другу државу из економских или других разлога).<sup>21</sup>

Проблем се, по правилу, јавља када се након пресељења породице у другу државу један од супружника предомисли, одлучи да се врати у државу у којој је породица раније живела и са собом поведе дете. У случају да други родитељ покрене поступак за враћање детета по конвенцији, суд треба да утврди да ли је дошло до заснивања редовног боравишта детета у држави из које је незадовољни супружник одвео дете.<sup>22</sup>

Чести су у пракси и случајеви у којима један од брачних другова отпутује у другу државу са дететом (по правилу ради посете рођацима), па након одређеног времена одбије да врати дете на захтев другог родитеља, тврдећи да је дошло до заснивања новог редовног боравишта детета и да је сврха путовања била стално настајење у другој држави. У оваквим случајевима задатак суда

<sup>18</sup> *V. v. B. (A Minor) (Abduction) (1991) 1 FLR 266, (1991) Fam Law 138.*

<sup>19</sup> *Cameron v. Cameron 1996 SC 17, 1996 SLT 306, 1996 SCLR 25*

<sup>20</sup> *Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995).*

<sup>21</sup> У случају *N. v. O. (1999) 1 HKLRD 68* пред судом Хонг Конга закључено је да дете има редовно боравиште својих родитеља. Могућа је промена тог редовног боравишта само уз њихову међусобну сагласност.

<sup>22</sup> Види *Re F (A Minor) (Child Abduction) (1992) 1 FLR 548, (1992) Fam Law 195.*



приликом утврђивања редовног боравишта детета се своди на утврђивање намере његових родитеља, тј. на утврђивање да ли је путовање детета у другу државу представљало само одмор, временски ограничену посету рођацима, или је до њега дошло уз постојање намере оба родитеља да дете буде стално настањено у тој држави. Од одговора на ово питање зависи и одлука суда у погледу тога које место представља редовно боравање детета.

Управо пред оваквим питањем се нашао Врховни суд државе Њујорк у случају *Cohen v. Cohen*<sup>23</sup> из 1993. године. Случај се тичао наводног незаконитог одвођења трогодишњег и четворогодишњег детета од стране мајке из Израела у Сједињене Америчке Државе. Родитељи деце били су у браку, а деца су са родитељима живела у држави Охајо, САД до децембра 1992. године. У ово време отац је одвео двоје деце са собом у Израел. У мају следеће године мајка је искористила свој боравак у Израелу како би децу, кријући то од оца, одвела назад у САД. Након што је отац затражио помоћ од израелског централног извршног органа, у сарадњи са централним извршним органом САД, пред поменутиим судом је покренут поступак ради враћања деце по одредбама конвенције.

Према схватању суда, кључно је било утврдити сврху одласка оца са децом у Израел у децембру 1992. године. Наиме, отац је тврдио да је ово путовање предузето како би се они у тој држави стално настанили. Према његовим тврдњама, мајка је с овим била сагласна и требало је да им се придружи кроз неколико месеци. Сходно томе, доласком у Израел деца су стекла редовно боравање у овој земљи које је постојало и у тренутку одвођења деце од стране мајке.

С друге стране, аргументација мајке се заснивала на тврдњи да је редовно боравање деце увек било у САД, да је њен супруг заиста отишао у Израел са намером да тамо стално живи, али да су деца уз њен пристанак отпутовала са њим само на неколико недеља, како би посетила очеве родитеље.

Суд је био принуђен да изведе закључак о сврси посете на основу доказа које су презентовале странке. Отац је као доказ за своје тврдње понудио авионске карте у једном правцу за њега и децу и чињеницу да је, пре пута, продао сав алат који му је био неопходан за бављење послом. Такође, тврдио је да му је супруга сама помогла да прикупи новац за пут, што указује да се сагласила са пресељењем деце у Израел. Мајка је потврдила да је заиста помогла супругу, али је изнела да је то учинила само како би омогућила својој деци да упознају бабу и деду. Осим тога, она је предложила саслушање сведока који су изнели да је отац купио карте у једном правцу само зато што није имао новац за повратне карте, те да је новац за повратак требало да заради тако што ће се запослити у Израелу. Они су посведочили да пре пута није уприличена никаква опроштајна забава за децу. Мајка је даље тврдила да је деци пре пута спаковала одећу неопходну за боравак у трајању од две до три недеље.

Суд је приликом утврђивања намере мајке нарочито обратио пажњу на њено понашање након што је схватила да повратак деце неће бити брз. Наиме, она се обраћала за помоћ различитим америчким државним органима, а када је

<sup>23</sup> *Cohen v. Cohen*, 158 Misc. 2d 1018, 602 N.Y.S. 2d 994 (Sup. Ct. 1993).

постало јасно да на овај начин неће успети да обезбеди повратак своје деце, сама је одвела децу из Израела у САД.

Суд је, према свему изнетом, нашао да су уверљивији докази које је презентовала мајка, и дошао до закључка да ни шестомесечни боравак деце у Израелу није водио заснивању редовног боравишта у овој земљи, будући да у време њиховог одласка није постојала обострана намера странака да њихова деца буду настањена у Израелу. Самим тим, ни одвођење деце у САД од стране мајке није било незаконито.<sup>24</sup>

Из претходно наведеног, јасно произилази значај субјективног елемента, односно намере лица која се старају о деци, када је реч о губитку и стицању редовног боравишта деце. Као што је већ речено, проблем за судове представља утврђивање овакве намере код лица која се о деци старају. У појединим случајевима, посао суда је знатно олакшан постојањем споразума између родитеља који не живе заједно, у погледу тога са којим ће од њих дете живети.<sup>25</sup>

## **(2) Непостојање редовног боравишта детета и постојање више редовних боравишта**

Хашком конвенцијом о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце предвиђено је, у члану 4, да ће се она примењивати на дете које је имало редовно боравиште у држави уговорници непосредно пре било какве повреде права на старање или виђање. Имајући ово у виду, јасно је да нема места стављању у покрет заштитног механизма конвенције ако је дете, пре одвођења или задржавања имало редовно боравиште у држави која није уговорница конвенције или ако дете у том тренутку није уопште имало редовно боравиште.

Чини се да би интереси заштите деце од незаконитог одвођења или задржавања били најлакше остварени прихватањем схватања према којем би дете увек морало да има редовно боравиште на одређеном месту, што би омогућило примену конвенције. У великом броју случајева који се у пракси јављају, жеља да се омогући постојање редовног боравишта детета у сваком тренутку, водила би прихватању могућности „тренутног” губитка и стицања редовног боравишта. На пример, ако би родитељи одлучили да се са децом преселе из једне у другу државу, моментом напуштања територије државе њиховог редовног боравишта то редовно боравиште би престало да постоји. Истовремено, ступањем породице на територију државе усељења, дошло би до заснивања новог редовног боравишта.

У случају *Re F (A Minor) (Child Abduction)*, који се 1992. године нашао пред Апелационим судом Енглеске, истакнуто је да је за успешну примену конвенције важно да дете има, кад је год то могуће, редовно боравиште. У супротном,

<sup>24</sup> Види, такође, *Harkness v. Harkness*, 227 Mich. App. 581, 577 N. W. 2d 116 (Mich. Ct. App. 1998).

<sup>25</sup> Овакав споразум је постојао и у случају *Cameron v. Cameron*. За одређивање редовног боравишта детета у случајевима његовог слања на школовање у другој држави види P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit.*, стр. 98.

не би постојала могућност његове заштите од незаконитог одвођења из државе у којој је до тада боравило. Тим поводом суд је закључио да, када постоји одлука родитеља да породица буде стално настањена у једној држави, и месец дана њиховог боравака у тој држави представља довољан временски период за заснивање редовног боравишта.

На тај начин, кроз прихватање изузетно кратких рокова неопходних за стицање редовног боравишта, омогућава се да заштитни механизам конвенције делује у корист детета. Међутим, друго је питање да ли је оваква пракса енглеских судова и сама у супротности са духом конвенције. Наиме, конвенција има у виду редовно боравиште као центар животних активности детета, тј. као друштвену средину у коју се оно потпуно уклопило. Основано се може поставити питање да ли је боравак на једном месту у трајању од месец дана довољан за адаптацију детета на ново животно окружење. Питање добија на тежини ако се има у виду да је један од имплицитних циљева конвенције да омогући управо судовима државе у којој дете има редовно боравиште да, као најприкладнији суд, донесе мериторну одлуку о праву на старање над дететом. Несумњиво је да суд државе у коју се дете тек доселило, и провело изузетно кратак временски период, није у бољој позицији да процењује све околности значајне за доношење овакве одлуке у односу на, на пример, суд државе у којој је дете претходно боравило и чији је оно држављанин.

Наведени случај представља илустрацију настојања судова да деци обезбеде заштиту од незаконитог одвођења или задржавања кроз прихватање постојања њиховог редовног боравишта у сваком тренутку. Међутим, у пракси постојање редовног боравишта детета у сваком тренутку није увек могуће. У често цитираној пресуди Апелационог суда Енглеске, у случају *Re J (A Minor) (Child Abduction)* из 1990. године, прихвата се да постоји значајна разлика између губитка редовног боравишта у једној држави и његовог заснивања у другој. Суд је заузео становиште да је могуће да једна особа изгуби редовно боравиште у једној држави у само једном дану, ако напусти ову државу са намером да се у њу не враћа. С друге стране, искључена је могућност да таква особа стекне редовно боравиште у другој држави у току једног јединог дана. Према схватању суда, да би редовно боравиште било засновано неопходан је проток значајног временског периода и намера настањења у одређеној држави.

Поједини аутори имају критички став према оваквом решењу. Тако, енглески аутор Клајв (*Clive*) истиче нецелисходност и непотребност оваквог решења. Према његовом мишљењу, нецелисходно је дозволити да једна особа нема редовно боравиште, нарочито имајући у виду све већи значај који се даје овој тачки везивања. Осим тога, он истиче да је овакво решење и непотребно јер би било у складу са уобичајеним значењем редовног боравишта прихватити да једна особа стиче редовно боравиште у одређеном месту, ако њен боравак није пролазног карактера и ако намерава да се ту задржи дужи временски период, тренутком доласка у то место.<sup>26</sup> С друге стране, постоје и мишљења да се

<sup>26</sup> E. Clive, *The Concept of Habitual Residence*, „Juridical Review”, 3/1997, 143.

заштита деце применом конвенције не може обезбедити инсистирањем да дете у сваком тренутку има редовно боравиште у некој од држава уговорница. Истиче се да непостојање редовног боравишта детета не би требало сматрати непожељним. Наиме, уколико не постоји стварна веза између детета и одређене државе, уколико дете није заиста интегрисано у друштвено окружење, корист од његовог враћања у ту државу не би била велика.<sup>27</sup> Осим тога, инсистирање на томе да дете увек има редовно боравиште водило би и прихватању могућности „тренутног” стицања редовног боравишта, како је то претходно описано, што не би било у складу са чињеничном основом овог појма и водило би његовом изједначавању са домицилом. Због тога се сматра да овај принцип постојања редовног боравишта детета у сваком тренутку треба применити само када дете има довољно чврсту везу са државом у коју треба да буде враћено.<sup>28</sup>

Питање постојања два редовна боравишта детета се такође јавило у пракси примене Хашке конвенције. Чињенична основа појма редовног боравишта, бар теоретски, оставља могућност да једна особа има два редовна боравишта. На пример, могуће је да једно дете проводи одређени временски период у току године наизменично код родитеља који су разведени, а који живе у различитим државама. Уобичајено схватање појма редовног боравишта могло би водити закључку да ово дете има редовно боравиште у обе државе истовремено. Међутим, из текста конвенције произилази да су њени творци имали у виду само случајеве у којима се деца одводе из државе у којој имају редовно боравиште у неку другу државу. Уколико би се прихватило постојање два редовна боравишта, то би у пракси омогућило појаву случајева у којима је дете одведено из места свог редовног боравишта у место другог редовног боравишта. Тада конвенција не би могла бити примењена. Из тог разлога судови су, у малом броју случајева у којима су се изјашњавали о овом питању, одбацили могућност конкуренције редовних боравишта.

Аустралијски апелациони суд је у случају *S. Hanbury-Brown and R. Hanbury-Brown v. Director General of Community Services (Central Authority)* (1996)<sup>29</sup>, одбацио аргументацију правног заступника мајке која је тражила враћање деце из Аустралије, а која се односила на то да су деца имала два редовна боравишта у Аустралији и САД. У жалби којом је нападнута одлука првостепеног суда, истиче се да када деца имају два редовна боравишта, треба применити конвенцију у случају одвођења деце из било које од ове две државе. Суд је одбацио овакву аргументацију позивајући се на то да је могућност постојања два редовна боравишта у нескладу са текстом конвенције.

До сличног закључка је дошао и Високи суд Енглеске у случају *Re V. (Abduction: Habitual Residence)* (1995).<sup>30</sup> Случај се односио на наводно незаконито

<sup>27</sup> P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit.*, стр. 90.

<sup>28</sup> R. Schuz, *op. cit.*, стр. 22

<sup>29</sup> *S. Hanbury-Brown and R. Hanbury-Brown v. Director General of Community Services (Central Authority)* (1996) FLC 92-671.

<sup>30</sup> *Re V. (Abduction: Habitual Residence)* (1995) 2 FLR 992 (1996) Fam Law 71.

задржавање деце у Енглеској од стране њихове мајке. Мајка је била држављанка Енглеске, а отац грчки држављанин. Родитељи су били у браку, и уживали су заједнички право старања над децом. Пре задржавања деце у Енглеској, у априлу 1995. године, породица је живела тако што је у време трајања туристичке сезоне боравила на Крфу, где је отац поседовао хотел, а зимске месеце је проводила у Лондону. Након што је мајка, приликом боравка у Лондону, саопштила оцу да не намерава да се са децом врати у Грчку, отац је поднео захтев за враћање деце на основу одредаба конвенције. Суд је стао на становиште да успех очевог захтева зависи од тога да ли он може да докаже да је редовно боравиште деце, у време њиховог задржавања, било на Крфу. Наравно, отац је тврдио да вила на Крфу представља породични дом, а да је куповина стана у Лондону представљала само инвестицију. Мајка је оспоравала ове тврдње. Њена аргументација се заснивала, између осталог, на томе да су деца имала два редовна боравишта паралелно у Енглеској и Грчкој. Суд је одбацио овакву аргументацију, истакавши да је схватање о постојању конкурентних редовних боравишта у супротности са циљевима конвенције. Међутим, суд није могао пренебрегнути чињеницу да је постојао „довољан степен континуитета” боравка деце у Енглеској и у Грчкој, да би се обе државе могле сматрати државама редовног боравишта деце. Због тога је извео закључак да је до промене редовног боравишта долазило при сваком одласку деце из Грчке у Енглеску, и обрнуто. Према томе, у априлу 1995. године, редовно боравиште деце је било у Лондону, што је довело до одбијања очевог захтева за враћање деце.

Међутим, у доктрини се истиче да конкуренција редовних боравишта не би штетила интересима деце. Наиме, уколико би дете имало јаку фактичку везу са обе државе у којима има редовно боравиште, његово одвођење из једне у другу државу редовног боравишта не би представљало угрожавање детета. Шта више, један од имплицитних циљева конвенције је и да омогући судовима државе редовног боравишта детета, као најкомпетентнијим, да донесу мериторну одлуку о повери деце на старање. Ако би дете имало редовно боравиште у обе државе, ако би била једнако интегрисано у друштвено окружење у обе ове државе, било би у потпуности неважно који ће суд (суд једне или друге државе) донети мериторну одлуку о повери детета на старање. У случају прихватања постојања двоструког редовног боравишта, потреба заштите детета би постојала само у случају када би оно било одведено или задржано у некој трећој држави, тј. у држави у којој нема редовно боравиште.<sup>31</sup>

### **(3) Могућност заснивања редовног боравишта детета његовим незаконитим одвођењем или задржавањем**

Једно од важних питања које се наметнуло у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце јесте и питање могућности заснивања редовног боравишта детета које наступа као резултат

<sup>31</sup> Исто

тат његовог незаконитог одвођења или задржавања. Односно, основно питање је да ли је могуће сматрати да је дете, након протока одређеног временског периода, стекло редовно боравиште у држави у коју је одведено или у којој је задржано, иако се у тој држави налази противно вољи лица чије је право старања над дететом утврђено прописима државе у којој је дете до тада имало редовно боравиште.

Ако се да потврдан одговор на ово питање, постоји опасност да се тиме да подстицај лицима која врше незакониту отмицу или задржавања деце. Осим тога, с обзиром да је примарни циљ конвенције да се омогући хитан повратак деце у државу њиховог редовног боравишта, овакво „награђивање” отмичара би довело до обесмишљавања примене конвенције. С друге стране, морало би се имати у виду да је постојање редовног боравишта првенствено питање чињеница, а не питање права. Ако би се прихватило да редовно боравиште не може да буде засновано одвођењем или задржавањем, чак ни након вишегодишњег боравка детета у новој држави, то би водило угрожавању оваквог схватања редовног боравишта.

Досадашња судска пракса је, по правилу, заузимала став да редовно боравиште детета не може бити промењено његовим незаконитим одвођењем или задржавањем. То је нарочито видљиво у пракси америчких и енглеских судова. У случају *Re B (Abduction: Childrens Objections)* (1998)<sup>32</sup>, Високи суд Енглеске се посебно бавио овим питањем.

У поменутом случају, мајка је одвела двоје деце (старости 12 и 7 година) из Ирске, где су она живела са оцем и мајком од свог рођења, у Енглеску. Одвођење се догодило у мају 1995. године. Након тога, отац је покренуо поступак за враћање деце у складу са конвенцијом. У октобру 1995. године, енглески суд је нашао да је одвођење деце било незаконито и наредио мајци да децу врати у Ирску. Међутим, одлука није спроведена све до фебруара 1997. године, када је мајка допутовала са децом у Ирску. У међувремену, од октобра 1995. године, она се успешно крила са децом у Енглеској, избегавајући извршење судске одлуке о враћању деце.

Након краткотрајног периода поновног заједничког живота са својим супругом, мајка поново (у јуну 1997. године) одлази са децом у Енглеску. У августу исте године, отац је по други пут покренуо поступак за враћање деце, тражећи од Високог суда Енглеске у Лондону, да донесе овакву одлуку. Одбрана мајке, између осталог, била је заснована на тврдњи да одвођење деце није било незаконито, због тога што се њихово редовно боравиште (у време одвођења) налазило у Енглеској, а не у Ирској. Тврдња се засновала на чињеници да су деца стекла редовно боравиште у Енглеској током периода након њиховог претходног одвођења, тј. у периоду од маја 1995. до фебруара 1997. године.

Суд је ипак закључио да је редовно боравиште деце у време одвођења било у Ирској. Аргументација мајке је одбачена из разлога што, према мишљењу суда, редовно боравиште деце није могло бити засновано њиховим неза-

<sup>32</sup> *Re B (Abduction: Childrens Objections)* (1998) 1 FLR 667.



конитим задржавањем у Енглеској. У периоду до фебруара 1997. године, деца су се несумњиво уклопила у живот у овој земљи, али је њихов боравак у Енглеској произишао из незаконитог задржавања од стране мајке и противно одлуци енглеског суда из октобра 1995. године. Због тога, будући да је редовно боравиште деце у време њиховог поновног одвођења (у јуну 1997. године) било у Ирској, суд је нашао да је ово одвођење било незаконито.<sup>33</sup>

До сличног закључка је дошао и Апелациони суд САД у случају *Nunez-Escudero v. Tice-Menley*<sup>34</sup> из 1995. године. У овом предмету суд је, између осталог, одлучивао о тврдњама мајке, која је одвела двомесечну бебу из Мексика у САД, противно вољи оца детета. Дете је у Мексику живело од рођења, са својим родитељима. Мајка је тврдила да се редовно боравиште детета налази у САД, позивајући се на чињеницу да она никада није имала намеру да заснује редовно боравиште у Мексику, где је била изложена физичком и психичком злостављању од стране супруга и супруговог оца и лишена слободе кретања. Према мишљењу суда, ако би се прихватио закључак да дете, које је провело читав свој живот у Мексику, стиче редовно боравиште у САД, само захваљујући чињеници да га је мајка одвела са собом, то би представљало „награђивање отмицара” и водило би стварању неодрживе претпоставке да се редовно боравиште детета налази на сваком месту на којем се његова мајка затекне.

Непристајање на могућност да редовно боравиште буде засновано као резултат незаконитог одвођења или задржавања детета, видљиво је и из праксе енглеских и америчких судова која се односи и на случајеве поновног одвођења деце (*Re-abduction Cases*).<sup>35</sup> Овде је реч о случајевима у којима након одвођења или задржавања детета од стране једног родитеља, други родитељ, самоиницијативно, одведе дете назад у државу из које је оно првобитно одведено. У случајевима у којима је долазило до покретања поступка по одредбама конвенције од стране лица која су прва извршила одвођење деце, а против „оштећеног” родитеља, судови су заузели становиште да овакве захтеве треба одбити. Наиме, првобитном отмицом деце не долази до заснивања новог редовног боравишта у држави у коју је дете одведено, већ то редовно боравиште постоји и даље у држави у коју је други родитељ, узимајући закон у своје руке, вратио дете.

У појединим случајевима судови су, доследно следећи логику немогућности заснивања редовног боравишта путем отмице деце, дошли до екстремних закључака. Тако, израелски аутор Шуц (*Schuz*) помиње случај *Isaac V. Rice* (1998) из америчке судске праксе, у којем је отац одвео дете из САД, где су он и дете живели заједно са дететовом мајком, у Израел. Након што је прошло пу-

<sup>33</sup> Иначе, иако је дошао до закључка да је одвођење деце од стране мајке било незаконито, суд је одбио захтев оца за њиховим враћањем. Одлука је донета на основу члана 13. конвенције који дозвољава могућност противљења детета повратку, уз услов да је дете стекло одговарајући степен зрелости да би његово мишљење могло бити узето у обзир.

<sup>34</sup> *Nunez-Escudero v. Tice-Menley*, 58 F 3d 374 (8th Cir. 1995).

<sup>35</sup> Види: *Re R (Wardship: Child Abduction)* (No.2) (1993) 1 FLR 249, (1993) Fam Law 216, Ra 1995 ref 99, *Supreme Administrative Court (regeringsratten)* (Sweden), decision of 20 December 1995, case number 4936-1995, *Cohen v. Cohen*.



них 11 година, мајка је успела да пронађе дете у Израелу и да га одведе назад у САД, кријући то од његовог оца. На иницијативу оца, покренут је поступак за враћање детета пред америчким судом. Суд је одбацио очев захтев уз образложење да није дошло до заснивања редовног боравишта у Израелу ни после 11 проведених година, јер је дете незаконито одведено у ову земљу. Како је, према схватању суда, дете задржало своје редовно боравиште у САД где га је мајка и одвела, конвенција није могла бити примењена.<sup>36</sup>

Наведени случајеви показују склоност судова да, у циљу доследног очувања политике „ненаграђивања отмицара”, у појединим случајевима, жртвују схватање о фактичком концепту редовног боравишта у корист вештачких правних конструкција. Постојање редовног боравишта лица у једном месту је чињенично питање, и што је тај боравак дужи, вољни елемент при заснивању редовног боравишта игра све мању улогу. Вишегодишњи боравак у једном месту неизбежно доводи до заснивања редовног боравишта, па и ако једно лице на том месту борави противно својој вољи, законским нормама или судској одлуци. Проблем је могао бити избегнут да се у тексту конвенције, уз одредбу члана 12, нашао и одредба према којој незаконито одвођење детета које је праћено скривањем, ни у ком случају не може довести до промене његовог редовног боравишта.

Ако се изузму овако екстремни случајеви, пракса судова показује спремност да се прихвати да, након протека одређеног временског периода, чињеничном стању треба дати предност над правом. Наиме, уколико је од незаконитог одвођења детета протекао временски период од неколико година, ако се дете у потпуности навикло на живот у новој држави, требало би узети у обзир да је његово редовно боравиште промењено, иако је ова промена иницирана његовим незаконитим одвођењем и противно вољи родитеља чија су права на старање о детету на овај начин повређена. У већ поменутом случају *Re B (Abduction: Childrens Objections)*, иако је суд закључио да редовно боравиште деце није могло бити промењено њиховим незаконитим задржавањем у Енглеској, противно судској одлуци, ипак оваква могућност није у потпуности искључена. У судској пресуди се истиче да је могуће да дете проведе већи број година у држави у коју је незаконито одведено, и да би тада било супротно здравом разуму тврдити да је његово редовно боравиште било где друго сем у држави у коју је одведено и где је провело готово читав свој живот. У литератури се, такође, често цитира део образложења пресуде енглеског суда у случају *Cameron v. Cameron*, у којој је суд заузео став да није неопходно, у сваком појединачном случају, добровољно прихватање боравка на једном месту, да би се сматрало да је засновано редовно боравиште. У наведеној пресуди се прави аналогија са Робинзоном Крусом и наводи се да је његово редовно боравиште несумњиво било на пустом острву, иако се тамо налазио противно својој вољи и без могућности напуштања овог места. Као пример се узимају и затвореници за које затвор представља место редовног боравишта, иако се на том месту не налазе добровољно.

---

<sup>36</sup> R. Schuz, *op. cit.*, стр. 56

Могућност невољног заснивања редовног боравишта детета су имали у виду и творци конвенције. Овакав закључак се може извести тумачењем члана 12. конвенције. Овај члан у ставу 2 предвиђа да ће судски или управни орган државе уговорнице у којој се дете налази, наложити повратак детета ако је правни поступак за његово враћање покренут након истека једне године од дана његовог незаконитог одвођења или задржавања, осим ако се докаже да се дете прилагодило новој средини.

То значи да се оставља могућност да управни или судски орган државе у коју је дете одведено или у којој је задржано донесе одлуку да одбије молбу за враћање детета, уколико је прошло више од једне године од дана одвођења или задржавања до покретања судског или управног поступка, и уз додатни услов да се дете, према процени тог органа, прилагодило новој средини.

На овај начин, имлицитно је прихваћено да редовно боравиште детета може бити промењено његовим незаконитим одвођењем или задржавањем. Несумњиво је да овакво решење води заштити интереса деце јер даје предност фактичком стању уместо да по сваку цену инсистира на враћању деце у државу из које су одведена. Одлука којом би се налагало враћање детета не би била целисходна с обзиром да се дете прилагодило животу у новом окружењу и да би поновна промена средине код њега могла изазвати психичку трауму.

\* \* \*

Редовно боравиште детета, које као тачку везивања користи Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, представља један од кључних појмова за примену конвенције. Од закључка суда о томе да ли је дете, непосредно пре одвођења или задржавања, имало редовно боравиште на територији државе уговорнице зависи и могућност примене конвенције. Ипак, појам редовног боравишта детета није у њој дефинисан. Такође, ни у извештају који је за 14. заседање Хашке конференције припремила проф. Перез-Вера<sup>37</sup> и који је прихваћен као званични коментар конвенције, не налази се оваква дефиниција. Општеприхваћено је мишљење да се овде ради о намерном изостављању дефиниције, како би се очувао „фактички концепт” редовног боравишта. То је, са друге стране, одговорност за дефинисање садржине овог појма пребацило на судове који примењују конвенцију. Од доношења конвенције до данас протекло је готово четврт века. У том периоду, судска пракса је утврдила одређене смернице које се користе приликом одређивања редовног боравишта.

Најбогатија пракса примене конвенције се јавља у Великој Британији, САД и Аустралији. Управо у овим земљама се и појављују прве судске одлуке у којима се уобличава схватање редовног боравишта деце.<sup>38</sup> У овим одлукама се

<sup>37</sup> E. Perez Vera, *Hague Conference on Private International Law, Actes et Documents de la Quatorzieme session*, vol. III, 1980.

<sup>38</sup> види: *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (1990), *Re F (A Minor) (Child Abduction)* (1992), *Re B (Minors) (Abduction)* (No.2) (1993) *Re A (Minors) (Abduction: Habitual Residence)* (1996), *Feder V. Evans-Feder* (3. Cir. 1995), *Friedrich V. Friedrich* (6th Cir. 1993), *Schroeder V. Vigil-Escalera Perez* (Ohio Com. pl. 1995), *De Lewinski and Legal Aid Commission of New South Wales V. Director-General New South Wales Department of Community Services* (1997), *Cooper V. Casey* (1995)

истиче потреба кумулативног постојања два елемента код редовног боравишта: а) намера настањења у одређеној држави и б) боравак на територији те државе у значајном временском периоду. При томе, није неопходна намера да се у једном месту стално живи. Довољан је и привремени боравак из професионалних, здравствених, породичних или других разлога. Једино на чему се инсистира код стицања редовног боравишта је да боравак на одређеном месту има „довољан степен континуитета”.<sup>39</sup> Када је у питању субјективни елемент, тј. намера настањења, код одређивања редовног боравишта деце, судови полазе од намере њихових родитеља. У случајевима у којима се родитељи налазе у браку и уживају заједнички права старања над дететом, до промене редовног боравишта може доћи само уз сагласност оба родитеља. У колико нема сагласности родитеља у погледу промене редовног боравишта детета, до овакве промене неће доћи, односно самовољно одвођење детета од стране једног родитеља уз намеру настањења у неком другом месту ће се сматрати незаконитим. Са друге стране, досадашња судска пракса је показала да постојање само субјективног елемента код родитеља, тј. само намере да се са дететом настани у једној држави, не може довести до заснивања редовног боравишта ако дете није и заиста провело знатан временски период у тој земљи.

Што се тиче објективног елемента, судске одлуке су се до сада разликовале у погледу процене шта представља значајан временски период, односно период боравка у једном месту потребан за стицање редовног боравишта. Јасно је да је у питању временски период потребан за уклапање детета у нову средину. Проблем настаје када је потребно одредити дужину тог периода. Практика енглеских судова показује тенденцију сталног скраћења временског периода потребног за стицање редовног боравишта.<sup>40</sup> Јављају се и мишљења да је овај услов за стицање редовног боравишта непотребан, тј. да је уз намеру настањења у једном месту могуће да родитељи и дете стекну редовно боравиште у једној држави самим тренутком ступања на њену територију. Потребно је указати да овакво решење, сем што би лишило дете сваке фактичке везе са државом редовног боравишта, може довести судове у ситуацију да процењују постојање редовног боравишта детета само на основу намере лица која се о њима старају.

У погледу могућности непостојања редовног боравишта детета или паралелног постојања више њих, судска пракса је заузела јасан став. Наиме, потреба да дете у сваком тренутку има редовно боравиште се правда могућношћу њихове заштите.<sup>41</sup> Исто важи и за став да дете може имати само једно редовно боравиште.

Незаконито одвођење или задржавање детета не може довести до промене његовог редовног боравишта. Овакво схватање је у судској пракси општеприхваћено. Судови ипак остављају отвореном могућност да се у одређеном

<sup>39</sup> *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (1990).

<sup>40</sup> Види: *Re F (A Minor) (Child Abduction)* (1992).

<sup>41</sup> Види: *Cooper V. Casey* (1995) FLC 92-575. Према процени аустралијског суда закључак да дете нема редовно боравиште би могао конвенцију лишити њеног смисла и изложити га могућности вишеструких отмица од стране оба родитеља.

тренутку прихвати фактичко стање, тј. да се прихвати да је наступила промена редовног боравишта детета. Оваква могућност је имплицитно прихваћена и у тексту конвенције.<sup>42</sup>

Пракса примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце је указала на низ различитих проблема до којих је довео избор редовног боравишта као тачке везивања. Несумњиво је да приступ њених твораца приликом (не)дефинисања појма редовног боравишта има своје позитивне и негативне стране. Наиме, уместо да дефинисањем појма редовног боравишта веже руке судовима, конвенција им је омогућила да кроз праксу сами обликују садржину овог појма, што им је оставило велику слободу у поступању. Са друге стране, то је отворило велики простор за могуће злоупотребе. Пракса судова показује да они нису увек спремни да одоле искушењу које пред њих ставља оваква улога. Кроз манипулисање појмом редовног боравишта детета, судови, у неким случајевима, покушавају да постигну жељени резултат у погледу одлуке о враћању детета.

Од ступања на снагу конвенције па до данас, појам редовног боравишта детета је у великој мери еволуирао. С обзиром на успешност конвенције, тј. на велики број држава уговорница<sup>43</sup>, може се очекивати да ће се овај процес наставити и у будућности. У случају да пракса примене конвенције доживи своју експанзију и код нас, решења страних судова могу представљати значајан путоказ судовима у Србији и Црној Гори.

<sup>42</sup> Види члан 12. став 2. конвенције.

<sup>43</sup> Треба, међутим, имати у виду да је, поред великог броја држава чланица конвенције, пракса судова у погледу тумачења појма редовног боравишта присутна у релативно малом броју земаља.

*Petar Đundić, Teaching Assistant  
Novi Sad School of Law*

**Habitual Residence of a Child According to the Practice  
in Application of the Hague Convention on the Civil Aspects  
of International Child Abduction of October 25, 1980**

*Abstract*

The paper discusses and analyzes the most significant court decisions rendered by the national judiciary of contracting states in application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, with a special review of the ideas related to the notion of child's habitual residence. It is essential that one conclude whether a child was habitually resident in a contracting state immediately before the unlawful removal or retention in order to have the return of the child mandated. Lack of definition of child's habitual residence led to attempts to define it through the case law and scholarly work. Among other things, the courts dealt with the issues of relation among habitual residence of a child and that of its parents, with inexistence of habitual residence, concurrence of habitual residences, and with the issue as to whether a habitual residence of a child may arise as the result of its unlawful removal or retention. In the cases concerning the habitual residence of young children, courts concluded that such children may not be habitually resident differently than its fosters, i.e. its parents. On the other hand, in line with the factual nature of the habitual residence concept, such a possibility is not excluded in cases where a child may survive without a parental care. Certain judgments especially stress out that a mere intention of a person having the care of the person of a child to establish a habitual residence in a certain state may not lead to establishment of habitual residence of a child who did not spend „a significant period of time” within the given state. The court decisions, which command that children must have a habitual residence at all times and that they may not habitually reside at different places at the same time, are motivated usually by the wish to prevent paralyzing of the protective mechanism of the Convention, which may be caused by different conclusions on the issue. The courts usually consider that change of habitual residence may not occur as a result of an unlawful removal or retention. However, it is pointed out that factual state is to be recognized, i.e. that factual residence is established at the given place, irrespective of the fact that a person is detained there against his will, if a long period of time passes. The basis for such a position may be found in the very Convention. The case law also pointed out the negative consequences brought by the lack of an autonomous definition of habitual residence. Namely, the courts occasionally tend to manipulate with this notion in order to reach the wanted result with respect to return of the child.