

Сандра Самарџић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

ПОТРЕБЕ И МОГУЋНОСТИ АДЕКВАТНИЈЕГ ТУМАЧЕЊА ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ У СЛУЧАЈУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ¹

Сажетак: У време када је донећа, Хашка конвенција о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце била је нужна последица крилика које су у то време владале и представљала је сасвим логичан корак ка циљу који је пред њу постављен, а то је хитан повратак деце која су незаконито одведена или задржана. Наиме, у највећем броју случајева, мушкарци, односно очеви, су били ти који су децу незаконито одводили или задржавали. Више од тридесет година касније, ситуација се у том погледу променила, уколико што су сада мајке те које се одважују на такав корак, најчешће видећи у томе једини начин да спасу себе, односно своју децу од насиља којем су изложени. У том смислу, поставља се питање да ли је реализација циља којем ова Конвенција тежи и даље увек оправдано, односно да ли би било оправдано и могуће другачије тумачење Конвенције у ситуацијама када је незаконито одвођење, односно задржавање деце последица насиља у породици.

Кључне речи: Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, насиље у породици, незаконито одвођење деце.

¹ Рад је посвећен пројекту „Дете у породичном праву – компаративни и међународно-правни аспект“ који финансира Покрајински секретаријат за науку и технолошки развој АП Војводине.

1. Увод

У ери прокламовања заштите људских права, чији обим показује сталне знаке ширења, сведоци смо да и нека основна права и слободе, као што је слобода кретања, може да доведе до извесних негативних последица, где највише пате они, који заслужују највећу заштиту – деца.

Наиме, слобода кретања, између осталог, омогућила је и склапање бракова (односно ванбрачних заједница) између лица различите националности. Међутим, у ситуацијама када додје до развода оваквих бракова, уколико су притом у том браку рођена и деца, јављају се извесни проблеми, које је међународна заједница покушала да реши (или макар да ублажи њихове последице) доношењем одређених међународних аката.

Пре више од три деценије, 1980. године донета је Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту: Хашка конвенција), која данас има 89 држава уговорница². Циљ доношења конвенције (члан 2) био је да се „обезбеди што хитнији повратак незаконито одведене деце или деце задржане у некој држави уговорници“, односно да „обезбеди да се права на старање и виђење са дететом по закону једне од држава уговорница стварно поштују у другој држави уговорници“. Међутим, прилике које су тада владале и које су иницијално подстакле доношење Хашке конвенције, у последњих неколико година су се у многоме измениле. Наиме, променио се профил лица која незаконито одводе децу. На самом почетку примене Хашке конвенције, могло би се рећи да је доминантан број незаконитог одвођења деце, био онај у којем су очеви (који нису имали право старања) одводили децу од мајки, у средину коју су сматрали културолошки, религијски и социолошки прихватљивијом. Најчешће је то била држава из које они потичу. Поједини аутори, истицали су да се у таквим случајевима ради о својеврсном насиљу у породици³, из разлога што се на тај начин жели нанети зло мајкама, односно детету, тако што ће му бити онемогућен живот са лицем које има право старања (а то је у највећем броју случајева мајка) и што ће се дете одвојити од окружења на које је навикло. У таквој ситуацији, одредбе Хашке конвенције, имале су за циљ, да помогну мајкама у што хитнијем повратку деце.⁴

² Сајт Хашке конференције за међународно приватно право http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24, сајт посећен: 29. 3. 2013.

³ Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, 69 *Fordham L. Rev.* 593, 610 (2000).

⁴ Став да су очеви ти који незаконито одводе, односно задржавају децу, још више је био учвршћен након што је прича Бети Мхмуди објављена у књизи „Не без моје кћерке“, која је касније и екранизована.

Међутим, ситуација се временом доста променила, те је тако једно истраживање које је спроведено још 1993. године показало да су у 368 случајева незаконитог одвођења деце, мајке чиниле већину оних који су децу одводили.⁵ Иста студија, показала је и да је у тим браковима било присутно насиље у породици. Имајући у виду да се овај тренд све више наставља, односно да велики број мајки спас траже напуштањем својих партнера, односно одвођењем деце, можемо поставити питање да ли Хашка конвенција и даље може да пружи онакву заштиту, каква је првобитно замишљена. Може ли се у оваквим случајевима, заштитити интерес детета, ако је основни циљ Хашке конвенције да „обезбеди што хитнији повратак деце незаконито одведене или задржане у некој држави уговорници“? Сматрамо да је могуће, али је неопходно прилагодити Конвенцију новонасталим околностима, односно тумачити је у складу са конкретним чињеницама.

Поред овог питања, рад такође настоји да укаже и на проблеме са којима се сусреће и Србија, која је поменути конвенцију усвојила још 1991. године⁶, али се чини да још увек недостаје воље и знања за њену потпуну и адекватну примену. У Хашкој конвенцији је истакнуто да ће државе уговорнице предузети све одговарајуће мере да обезбеде на својој територији спровођење циљева Конвенције и да ће, у ту сврху, користити најефикасније расположиве поступке.

У том циљу Министарство правде Републике Србије се определило за оснивање радне групе за израду нацрта Закона којим ће бити разрађена правила поступка за примену Хашке конвенције због проблема у њеној практичној примени у Србији, односно који ће допринети да се заштита деце у Републици Србији од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања подигне на виши ниво.

2. Тумачење појединих термина Хашке конвенције у случају присуства насиља у породици

2.1. Незаконито одвођење или задржавање

Хашка конвенција, донета је у циљу да заштити децу од негативних ефеката до којих би могло доћи када један родитељ самостално, без сагласности другог родитеља, одлучи да одведе дете из државе у којој је живело, кршећи при том право на старање другог родитеља. На овакав корак, родитељи се одлучују било када су незадовољни судском одлуком у погледу права на старање или права на виђење која је донета у месту

⁵ Geoffrey L. Greif & Rebecca L. Hegar, When Parents Kidnap 18-19 (1993).

⁶ Закон о ратификацији Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Службени лист СФРЈ, бр. 7/91 – Међународни уговори – Конвенција.

дететовог уобичајеног боравишта, било када очекују бољи исход у судском поступку који би се водио у другој држави (најчешће у држави из које они и потичу).⁷

У првом члану наводи се да је циљ Конвенције да „обезбеди што хитнији повратак деце незаконито одведене или задржане у некој држави уговорници“. Наиме, у време када је Хашка конвенција донета, постојало је уверење да су очеви ти који увек незаконито одводе децу. Чак је и у извештају Специјалне комисије, који је донет уз Нацрт Хашке конвенције, наведено да отмица има „болне последице“ и да се породица тиме „уништава“, као и да деца бивају „емоционално узнемирена“⁸. Одвођење деце је посматрано искључиво као негативна појава, те су тако без неког великог одјека остали наводи који су били садржани у радним документима Конвенције, а у којим се истицало да одвођење деце може имати и „позитивне ефекте“, нарочито када се дете „одводи из нестабилног и несигурног окружења“.⁹ Постојало је уверење да очеви децу одводе, јер у земљи уобичајеног боравишта не би успели да добију право на старање, али истовремено и зато да би на тај начин опет повредили мајке, које су у највећем броју случајева већ биле жртве одређеног вида насиља. Управо због овако једностраног посматрања проблема незаконитог одвођења деце, примена Хашке конвенције, посматрано са данашње тачке гледишта, у појединим случајевима може представљати велики проблем, па чак довести и до неприхватљивих последица.

Наиме, у све већем броју случајева, мајке су те које одводе децу, али не из неких себичних разлога, већ тако виде једини начин да побегну од насиља којем су оне или деца били изложени.¹⁰ У таквим случајевима, кад

⁷ Jeffrey L. Edleson, Taryn Lindhorst, with Gita Mehrotra, M.S.W., William Vesneski, M.S.W., Esq., Luz Lopez., Sudha Shetty, Esq., Multiple Perspectives on Battered Mothers and Their Children Fleeing to the United States for Safety *A study of Hague Convention Cases*, Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, November 2010, p. 7.

⁸ Elisa Prez-Vera, Report of the Special Commission, Preliminary Doc. No. 6, May 1980, in Hague Conference on Private International Law, III Actes et documents de la Quatorzieme Session, October 6-25, 1980, at 14-16, преузето из Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, Fordham Law Review, Volume 69, Issue 2, 2000.

⁹ Adair Dyer, Report on International Child Abduction by One Parent ("Legal Kidnapping"), Prel. Doc. No. 1, Aug. 1978, in Hague Conference on Private International Law, III Actes et documents de la Quatorzieme Session, October 6-25, 1980, at 19., преузето из Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, Fordham Law Review, Volume 69, Issue 2, 2000.

¹⁰ 2003. године, Правни факултет Кардиф Универзитета у сарадњи са Сталним Бироом Хашке конференције, спровео је анкету у државама потписницама Конвенције. Број захтева који је поднет на основу Хашке конвенције је порастао за 25% у односу на прво истраживања из 1999. године. На међународном плану, у 68% случајева, мајке су биле те које су одводиле децу, а 85% ових мајки су биле примарни старатељи своје деце. (Lowe, N., *A statistical analysis*

мајке које трпе насиље извесно време, скупе храброст и одлуче да спасу себе и своју децу, примена Хашке конвенције би могла да осујети такав њихов напор и доведе у поновну опасност, тиме што би био наређен повратак детета.

Хашка конвенција, међутим, садржи и одредбе које говоре о томе када орган који поступа није дужан да нареди повратак детета. Ради се о пет могућих случајева.

Пре свега, члан 12 Конвенције садржи одредбу према којој надлежни орган неће наложити хитан повратак детета које је незаконито одведено или задржано, уколико је на дан почетка поступка пред судским или управним органом државе уговорнице у којој се дете налази протекло више од годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања.

Други случај, тиче се озбиљне опасности од излагања детета физичкој опасности или психичкој трауми уколико би био одређен повратак детета.¹¹ Овај члан такође додаје и да се повратак неће наложити уколико би дете и на други начин било доведено у неповољан положај.

Следећи изузетак тиче се пристанка другог родитеља. Наиме, уколико се родитељ који је поднео захтев за враћање детета, претходно сагласио или накнадно пристао на одвођење или задржавање, тада би суд могао да одбије повратак детета.

Четврти случај, односи се на ситуацију у којој се дете супротставља повратку, уз услов да је напунило оне године и стекло степен зрелости при коме је потребно узети у обзир његово мишљење. Хашка конвенција у овом случају, оставља државама потписницама да саме детерминишу правила када и да ли ће, сведочење детета бити валидно у судском поступку.¹²

На крају, суд може одбити повратак детета ако би то представљало кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је упућен захтев.¹³

Као што се може приметити, Хашка конвенција не говори ништа о случају када мајка трпи насиље и када би тиме била доведена у опасност

of applications made in 2003 under the Hague Convention of 25 October, 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. The Hague, The Netherlands: Hague Conference on Private International Law, 2007. http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd03ef2007.pdf сајт посећен 29.3.2013.).

¹¹ Видети члан 13 Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце.

¹² Законодавни систем Србије, прописује да дете које је способно да формира своје мишљење, може са навршених 10 година живота, слободно и непосредно да изрази своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима. (члан 65. Породичног закона)

¹³ Видети члан 20 Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце.

њена безбедност. Наиме, Конвенција уопште не помиње појам насиља у породици, те тако оно не представља један од могућих разлога због којег би суд могао да одбије повратак детета.¹⁴ Један од могућих разлога за овако једностран приступ је и тај што проблем насиља у породици, није представљао значајније поље интересовања науке и праксе све до почетка осамдесетих година.¹⁵ До истицања овог феномена, први пут је дошло на трећем састанку Специјалне комисије где се дискутовало о примени Хашке конвенције. Учесници су тада закључили да мајке у већини случајева одводе децу управо из разлога што су оне саме или њихова деца, биле жртве насиља у породици од стране мужева, односно очева.¹⁶

Имајући у виду постојеће тенденције, непходно је прилагодити тумачење Хашке конвенције тако, да пружи заштиту и мајкама које у одвођењу деце виде једини спас.¹⁷

Чини се да члан 13 Конвенције пружа могућност за тумачење којим би се могао постићи овакав циљ. Наиме, у случају када је насиљу изложено било мајка, било дете, тада бисмо могли сматрати да би повратком детета у државу уобичајеног боравишта оно било доведено у „озбиљну опасност од излагања физичкој опасности или психичкој трауми“. Досадашња пракса показала је да се члан 13 ретко када тумачио тако да спречи повратак детета у случају насиља у породици¹⁸, а и у ситуацијама када јесте, радило се о заиста озбиљном насиљу које је мајка трпела.¹⁹

¹⁴ Примера ради, готово две деценије, судови у САД, у случајевима када су примљивали Хашку конвенцију, нису сматрали да је насиље које трпи мајка, разлог због којег би одбили повратак детета. (Jeffrey L. Edleson, Taryn Lindhorst, with Gita Mehrotra, M.S.W., William Vesneski, M.S.W., Esq., Luz Lopez, Sudha Shetty, Esq., Multiple perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety *A study of Hague Convention cases*, Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, November 2010).

¹⁵ У Србији је тако насиље у породици уведено у кривично законодавство тек 2002. године, док је породичноправна заштита пружена тек Породичним законом из 2005. године.

¹⁶ Lord Chancellor's Department, Child Abduction Unit, Report on the Third Meeting of the Special Commission to Discuss the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Apr. 8, 1997, at 1 (authored by Michael Nicholls) преузето из Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, Fordham Law Review, Volume 69, Issue 2, 2000.

¹⁷ Једна мајка која се одлучила на овај корак, рекла је да у таквим ситуацијама постоје три могућности: „1. Можеш одлучити да останеш да живиш у таквим околностима и преживиш колико можеш 2. Можеш отићи од свог детета и тако заиста *ојџићу* и 3. можеш - побећи са својим дететом.“

¹⁸ Примера ради, у случају *Matzke v. Matzke* суд је био става да батине које су деца добила, давање мајке и инцидент када је отац држао нож над ћерком која је спавала нису били веродостојни, те из тог разлога није било места примени члана 13.

¹⁹ У случају *N.P. v. A.B.P.*, суд је одбио повратак детета, јер су чињенице биле изузетне. Ту је постојала истинска претња мајци, због које се она оправдано налазила у страху.

Један судија у случају *M.G. v. R.F.*, [2002] R.J.Q. 2132 је чак истакао да је Хашка конвенција веома ефикасан инструмент, осмишљен од стране међународне заједнице, да одврати родитеље од незаконитог одвођења деце из једне земље у другу, али и да се истовремено ради о крхком инструменту и било какво тумачење предвиђених изузетака, осим ригорозног, врло брзо би компромитовао њену ефикасност.²⁰

Такво поступање судова, односно чињеница да се ретко када одбије повратак детета применом члана 13, не би се могло сматрати оправданим. Иако су прилике у време када је Хашка конвенција донета биле другачије, превасходан циљ, а то је најбољи интерес детета, који се желео постићи доношењем ове конвенције, морао би бити главни путоказ приликом њене примене и тумачења. Чињеница да насиље у породици није уопште унето у Хашку конвенцију, не значи да судови не би морали ту чињеницу узимати у обзир приликом одлучивања, нарочито ако се има у виду колико је храбрости било потребно мајкама које су се одлучиле да побегну од средине у којој су трпеле насиље и да при том изложе опасности и себе и дете.

Још једна одредба Хашке конвенције је од изузетног значаја и могла би бити од користи у решавању оваквих ситуација. Наиме, неки аутори сматрају да би се одвајање детета од мајке и његов повратак у државу где је долазило до насиља у породици, могло посматрати као кршење људских права у смислу члана 20. ове Конвенције.²¹

Оно што још више отежава положај мајки у оваквим случајевима јесте чињеница, да оне доказе о претрпљеном насиљу морају да набаве у земљи из које су дете одвеле. Наиме, приликом разматрања околности поменутих у члану 13, судски и управни орган ће узети у обзир податке који се односе на социјално порекло детета добијене од централног извршног органа или неког другог надлежног органа државе у којој се налази место уобичајеног боравишта детета.

Мајка је одведена у Израел под лажним изговорима, продата руској мафији, а затим - продата мушкарцу који ју је присиљавао на проституцију, а поред тога и закључавао, тукао, силовао и претио. Мајка је била заиста у стању страха и није се могло очекивати да се врати у Израел. У таквој ситуацији суд је одлучио и да би било потпуно непримерено да пошаље дете назад без мајке, код оца коме је куповина и продаја жена ради проституције посао. [1999] R.D.F. 38 (Que. C.A.), [INCADAT cite: HC/E/CA 764]. Интересантно је овде поменути и случај *Harris v. Harris* где суд није дозволио повратак детета, али не због чињенице да је мајка трпела насиље које се састојало у томе да ју је муж ударио у лице, убо у око, прибио уза зид и давио, као и да јој је сломио руку два пута и направио хематом на руци и око њеног ока, а уз то је током једног телефонског разговора, претио да ће убити њу, дете и њене родитеље. Суд је наиме, у овом случају истакао да би повратком, дете било доведено у неповољан положај због финансијски лошег положаја у којем би се нашла мајка, а самим тим и дете јер је било зависно од ње. [2010] FamCAFC 221

²⁰ *M.G. v. R.F.*, [2002] R.J.Q. 2132 (Que. C.A.) [INCADAT cite: HC/E/CA 762];

²¹ Weiner, M.H. (2004). Strengthening Article 20. *University of San Francisco Law Review*, 38, 701-746.

2.2. Уобичајено боравишѣе (*habitual residence*)

Приликом превођења Хашке конвенције дошло је до одређених пропуста, те се тако и термин *habitual residence* преводи као стално настањење, а ради се о уобичајеном (редовном) боравишту, усвојеном термину у међународном приватном праву.²²

Сврха Хашке конвенције је да што хитније обезбеди повратак детета у државу где се налазило његово „место уобичајеног боравишта“, с обзиром на то да су управо судови у тој држави надлежни да донесу одлуку о праву на старање и праву на виђење након престанка брака, односно ванбрачне заједнице.²³

Одређивање места уобичајеног боравишта детета је питање које суд мора да утврди на почетку поступка који се води по Хашкој конвенцији. Пре свега, према праву државе уобичајеног боравишта одређује се да ли је путем незаконитог одвођења или задржавања дошло до повреде права на старање, односно да ли је уопште било незаконитог одвођења или задржавања. Такође, управо у ову државу дете мора бити враћено у случају отмице. Оно што отежава посао судова, јесте чињеница да овај институт није дефинисан у Конвенцији. Неопходност дефинисања, односно униформног тумачења овог појма произилази из чињенице његове присутности у великом броју чланова Хашке конвенције и, као што је већ наведено, што од њега зависи даљи ток поступка.²⁴

Приликом одређивања значења овог појма, од помоћи може бити у Бечка конвенција о уговорном праву. Овде се напомиње да се приликом тумачења уговора, мора водити рачуна о међународном обичајном праву, али такође се истиче да се уговори морају тумачити у „доброј вери у складу са уобичајеним значењем појединих појмова имајући у виду контекст у којем се помињу, њихов циљ и намеру.“

Током историје, судови су се, приликом одређивања значења овог појма, углавном водили двома чињеницама: заједничка намера родитеља²⁵ и прилагођавање детета одређеној средини²⁶.

²² Гордана Ковачек Станић, *Породичнојравни аспекти међународне, родитељске ошмице деце*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2, 2012, стр. 74–94.

²³ Jeffrey L. Edleson, Taryn Lindhorst, with Gita Mehrotra, M.S.W., William Vesneski, M.S.W., Esq., Luz Lopez., Sudha Shetty, Esq., Multiple perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety *A study of Hague Convention cases*, Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, November 2010.

²⁴ Постоји сагласност да се место уобичајеног боравишта разликује од пребивалишта, где се захтева *намера* за трајно настањење, али и физичко присуство, у одређеној држави. Неопходно је дакле да постоји *намера* да се живи у држави пребивалишта, односно *намера* да се напусти држава претходног пребивалишта.

²⁵ У случају *In re Bates* из 1989 године, који представља први случај у којем се расправљало о месту уобичајеног боравишта, суд је био става да, с обзиром да је дете и сувише мало, „отворено изјављене намере“ родитеља морају се сматрати важним фактором и

Међутим, питање места уобичајеног боравишта постаје комплексније од простог утврђивања заједничке намере родитеља, односно утврђивања степена асимилиације детета у одређеној средини, када је присутно насиље. Наиме, мајка може боравити у одређеном месту под утицајем принуде или силе. Та принуда се може манифестовати одмах, у смислу да је жена присиљена да се одсели у одређену државу, али много чешће, до претњи и принуде долази када се жена већ нађе у одређеној држави, верујући да ће њихов боравак кратко трајати, а затим открије намеру свог супруга да ту заувек остану. У таквим околностима, деца могу провести неколико година у држави у којој могу кренути у школу и на друге начине постати део њене друштвене заједнице.

Држати се тада стандарда, према којем се у обзир узима заједничка намера родитеља у погледу одређивања места уобичајеног боравишта, је неадекватано. Такође, ценити дужину боравака детета у одређеном месту, не узимајући у обзир чињеницу постојања насиља у породици, представљало би само даље злостављање жене, што би потенцијално могло угрозити и дете.

У таквим ситуацијама, судови су међутим, у само неколико случајева наложили даљу истрагу у погледу насиља у породици. Ово питање је од велике важности, јер управо од њега и зависи да ли се повратак детета може сматрати безбедним.²⁷ Такво резонување је истакнуто и у пресуди случаја *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*.²⁸ Истакнуто је да је вербално и физичко злостављање од стране супружника једно од неколико питања које суд мора да размотри одлучујући о постојању „заједничке намере“ у одређивању места уобичајеног боравишта. У таквој ситуацији, могуће је чак да суд одлучи да незаконитог одвођења односно задржавања није ни било. Узимање у обзир само заједничке намере родитеља, представља, не само нелогично, већ и ригидно решење, које је при том и врло неизвесно.²⁹ Суд се у таквим

морају бити укључени у одређивању места уобичајеног боравишта. Сваки следећи случај који се појавио пред британским судовима, у одређивању места уобичајеног боравишта, држао се принципа истакнутим у овом случају.

²⁶ У случају *Friedrich v. Friedrich* – суд је истакао да је неопходно фокусирати се на дете, а не на родитеље и испитати прошлост, а не будуће намере. Такође, у случају *Rochford v. Rochford* истакнуто је да само место које представља центар дететовог живота и где дете проводи највише времена, може се сматрати местом уобичајеног боравишта.

²⁷ Karen Brown Williams, *Fleeing domestic violence: a proposal to change the inadequacies of the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction in domestic violence cases*, 4 John Marshall L.J. 39, p. 40-83 (2011).

²⁸ *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp. 2d 1045 (E.D. Wash. 2001)

²⁹ Tai Vivatvaraphol, *Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases Under the Hague Convention*, Fordham Law Review, Volume 77, Issue 6, 2009.

околностима мора водити објективним чињеницама, а не само да покушава, да на њему најједноставнији начин (а то је хитан повратак детета), обезбеди најбољи интерес детета који Конвенција настоји да постигне.³⁰

Имајући у виду значај који на живот детета може имати замолница за повратак поднета на основу Хашке конвенције, обавеза додатне истраге о постојању насиља и његовог утицаја на избор места боравка, требала би бити уведена за све судове, односно државе потписнице Конвенције.

2.3. *Право на подношење замолнице за повратак детета*

Као што је већ истакнуто, према Хашкој конвенцији одвођење ће се сматрати незаконитим ако представља повреду права на старање. Међутим, иако проблеми могу настати и када се ради о праву на виђење, учесници 14. Конференције су ипак били става да се у том случају не може говорити о истој категорији недозвољеног одвођења, која Конвенција жели да спречи.³¹

Лицу које има само право на виђење нису дата иста права као и ономе ко има право на старање. Само право на виђење није дефинисано Конвенцијом, али је у члану 5. истакнуто да оно укључује право да се дете за одређени период времена одведе ван места уобичајеног боравишта. Иако у том случају лице није овлашћено да затражи враћање детета, Конвенција пружа могућност подношење молбе за склапање споразума за организовање или обезбеђивање ефикасног остваривања права на виђење, на исти начин на који се подноси и замолница за повратак детета.

Како су за питања права на старање, односно права на виђење, меродавна права државе дететовог уобичајеног боравишта, а с обзиром на различитост законодавних решења, може се догодити да лице које има право на виђење, има шири круг права од права да се дете за одређени период времена одведе ван места уобичајеног боравишта, односно да то право обухвата и право да се одреди место боравка детета. У том случају, то лице има и право на старање како је то дефинисано Конвенцијом, па самим тим може имати и право на подношење замолнице за повратак детета.³²

Такође, могуће је да родитељи, након развода заједнички врше родитељско право, тако да једном од родитеља припада свакодневна брига о детету, док ниједан од родитеља није овлашћен да донесе одлуку о промени места дететовог боравка без сагласности оног другог.³³

³⁰ Ibid.

³¹ Elisa Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982.

³² Martha Bailey, *The right of a non-custodial parent to an order for return of a child under the Hague convention*, Canadian Journal Of Family Law, Vol. 13, 1996.

³³ Управо се у случају *C. v. C.* радило о таквој ситуацији, када је мајка одлучила да одведе дете из Аустралије у Енглеску, без сагласности оца. Апелациони суд у Енглеској

Без обзира на различите моделе која законодавства држава потписница Конвенције познају у погледу права на старање, у случају када се ради о одвођењу деце, неопходно је да су судови оних држава где се дете налазило пре одвођења, одредили која права има сваки родитељ понаособ. На основу тога, судови оних држава којима је поднесена замолница за повратак детета, цене да ли та права спадају под право на старање или не.

Шире тумачење права на старање, свакако да је од велике користи за родитеља који подноси замолницу за повратак. У том случају, повећава се могућност да се одвођење прогласи незаконитим, односно да представља повреду права на старање.

Међутим, када се ради о одвођењу, које је уследило као последица насиља које је мајка трпела, онда се шире тумачење показује неадекватним. Конвенција, међутим, не прави разлику између овог случаја и случаја када дете одведе родитељ који не трпи насиље.

Као што је већ истакнуто, у време када је Конвенција донета, профил лица која су одводила децу разликовао се од данашњег. Неопходно је зато, учинити одређене кораке, како би се исти циљ, а то је најбољи интерес детета, постигао и у новонасталим случајевима. Судска пракса већине држава уговорница Хашке конвенције је у случајевима када је родитељ имао право вета на одвођење детета, заузимао став да у том случају родитељ има и право на старање.³⁴ Међутим, у ситуацијама када је родитељ имао право на приговор, односно право да се обрати суду како би спречио одвођење, судови су били става да се не ради о праву на старање.³⁵

једногласно је одлучио да се овде радило о недозвољеном одвођењу, које је представљало повреду права на старање оца.

³⁴ Видети судску праксу појединих држава уговорница, као и праксу Европског суда за људска права: **Аустрија:** 2 *Ob 596/91*, OGH, 05 February 1992, Oberster Gerichtshof [INCADAT cite: HC/E/AT 375]; *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [INCADAT cite: HC/E/CA 11]; *Thorne v. Dryden-Hall*, (1997) 28 RFL (4th) 297 [INCADAT cite: HC/E/CA 12]; **Уједињено Краљевство – Енглеска и Велс:** *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989] Fam Law 228 [INCADAT cite: HC/E/UKe 34]; *Re D. (A Child) (Abduction: Foreign Custody Rights)* [2006] UKHL 51, [INCADAT cite: HC/E/UKe 880]; **Француска:** *Ministère Public c. M.B.* 79 Rev. crit. 1990, 529, note Y. Lequette [INCADAT cite: HC/E/FR 62]; **Немачка:** 2 *BvR 1126/97*, Bundesverfassungsgericht, (Federal Constitutional Court), [INCADAT cite: HC/E/DE 338]; 10 *UF 753/01*, Oberlandesgericht Dresden, [INCADAT cite: HC/E/DE 486]; **Европски суд за људска права:** *Neulinger & Shuruk v. Switzerland*, No 41615/07, 6 July 2010 [INCADAT cite: HC/E/ 1323].

³⁵ **Канада:** *W.(V.) v. S.(D.)*, 134 DLR 4th 481 (1996), [INCADAT cite: HC/E/CA17]; **Ирска:** *W.P.P. v. S.R.W.* [2001] ILRM 371, [INCADAT cite: HC/E/IE 271]; **Уједињено Краљевство – Енглеска и Велс:** *Re V.-B. (Abduction: Custody Rights)* [1999] 2 FLR 192, [INCADAT cite: HC/E/UKe 261]; *S. v. H. (Abduction: Access Rights)* [1998] Fam 49 [INCADAT cite: HC/E/UKe 36]; **Европски суд правде:** *Case C-400/10 PPU J. McB. v. L.E.*, [INCADAT cite: HC/E/ 1104]

Иако се у члану 5 Хашке конвенције наводи да право на старање укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета, чини се да је први део овог права у потпуности занемарен, јер судска пракса је показала да лица која имају одређена права у погледу одређивања боравишта детета, аутоматски имају и право на старање, не испитујући даље да ли то лице има право на свакодневну бригу о детета или право да одлучује о неким дугим битним питањима везаним за живот детета, која би могла да се подведу под право на старање о личности детета.

За сада се чини немогућим и неприхватљивим тумачити Хашку конвенцију на другачији начин, односно ускратити право на подношење замолнице за повратак детета, лицу које има право да одлучи о месту боравка детета. Самим тим, и у случају када се ради о насиљу у породици, не постоји механизам, нити начин тумачења који би могао спречити лице да поднесе замолницу за повратак (и врло вероватно у томе и успе) и тиме доведе поново у опасност мајку, односно дете.

3. Примена Конвенције у Србији

Као што је већ напоменуто, Република Србија ратификовала је Хашку конвенцију 1991. године. Међутим, ни до данас, у случајевима када се поступа по овој Конвенцији, не постоји сагласност у погледу врсте поступка. Неки судови решавају захтеве по Конвенцији у парничном, неки у ванпарничном, а неки у извршном поступку.³⁶ Такође, у судској пракси не поштују се увек захтеви хитног поступања, односно рокови за доношење одлуке о повратку детета утврђени Хашком конвенцијом.³⁷ Ни све оне дилеме које муче судије широм света у погледу тумачења појединих одредби Конвенције, нису заобилле судије у Србији. Из тог разлога, оформљена је радна група за израду нацрта Закона којим су разрађена правила поступка за примену Хашке конвенције.

Радна верзија закона који има назив: „Закон о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања“ садржи пет поглавља. У првом поглављу налазе се одредбе о предмету уређивања и значењу основних појмова, као што су појам незаконитог прекограничног одвођења и задржавања и појам уобичајеног боравишта детета.

Друго поглавље садржи одредбе које регулишу поступак пред централним извршним органом, а треће одредбе које се односе на поступак пред судом.

³⁶ Гордана Ковачек Станић, *op. cit.*, стр. 77.

³⁷ *Ibid.*

Четврто поглавље уређује овлашћења и рад помоћних органа суда у поступцима по замолници за повратак детета, док су у петом поглављу систематизоване прелазне и завршне одредбе.

У члану 1. истакнут је и циљ Закона, а то је заштита деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања и остваривања права на старање (у даљем тексту: вршење родитељског права) и права на виђење детета. Имајући то у виду, у нацрту се даље прецизира да ће се одвођење и задржавање детета сматрати незаконитим:

1) ако представља повреду права на заједничко или самостално вршење родитељског права које по праву државе дететовог уобичајеног боравишта пре одвођења или задржавања има или је добило лице, установа или било које друго тело и

2) ако је родитељско право било стварно (ефективно) заједнички или самостално вршено или би било вршено да није дошло до одвођења или задржавања.³⁸

Породични закон, који прецизира вршење родитељског права, наводи да родитељи могу заједнички вршити родитељско право³⁹, а у случају када родитељско право врши само један родитељ, другом остају одређена права и дужности. Наиме, родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. Питањима која битно утичу на живот детета, сматрају се нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, *промена пребивалишта дејетета* и располагање имовином детета велике вредности.⁴⁰

На основу оваквог решења, незаконито одвођење ће постојати увек када не постоји изричита сагласност оба родитеља о промени пребивалишта детета. Судска пракса је става да суд не може да замени споразум родитеља, већ да у том случају треба покренути поступак за лишење родитељског права оног родитеља који ускраћује сагласност на промену пребивалишта.⁴¹

³⁸ Од великог је значаја ово прецизирање шта ће се сматрати незаконитим одвођењем или задржавањем, односно чињеница да су први и други услов постављени кумулативно (како заиста и јесте наведено у Хашкој конвенцији), а не алтернативно, како се налази у Закону о ратификацији.

³⁹ Према члану 75 Породичног закона, родитељи родитељско право врше заједнички и споразумно када воде заједнички живот, али и када не воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета. Саставни део споразума о заједничком вршењу родитељског права јесте и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета (члан 76(2) ПЗ).

⁴⁰ Погледати члан 78(3)(4) Породичног закона.

⁴¹ Гордана Ковачек Станић, *op. cit.*, стр. 84.

Са оваквим ставом судске праксе не слажу се поједини аутори, истичући да Породични закон предвиђа и посебан поступак за заштиту права детета у којем би се могло решити ово питање, наравно имајући у виду пре свега најбољи интерес детета, без потребе за једном тако екстремном мером као што је лишење родитељског права.⁴²

Из овога следи, да према законодавству Србије, оба родитеља увек имају право да поднесу замолницу за повратак детета из разлога што и родитељ који не врши родитељско право има право да одлучује о промени пребивалишта детета, што се према Конвенцији сматра главном карактеристиком права на старање.⁴³

Према Нацрту закона, сматра се да се родитељско право заједнички врши када, у складу са одлуком надлежног органа или по самом закону, један родитељ не може да одлучи о месту пребивалишта детета без сагласности другог родитеља.⁴⁴ Нацрт, међутим, не садржи неопходну одредбу (а која се налази у Породичном закону) у погледу тога која су овлашћења родитеља који не врши родитељско право. Наиме, када се родитељско право заједнички врши, право на одлучивање о промени пребивалишта се и не доводи у питање, односно подразумева се да родитељи имају једнака права у погледу свих питања која се односе на дете. Међутим, како је већ горе наведено, према Породичном закону родитељ који не врши родитељско право, између осталог, има право да одлучи и о промени дететовог пребивалишта. Било је неопходно унети и ту одредбу и у нацрт закона, јер је управо она кључна у погледу одређивања да ли је дошло до незаконитог одвођења, односно задржавања.

Претходна верзија нацрта закона, садржала је члан у којем је ово питање било јасно решено, односно који је био усклађен са одредбама Породичног закона. Наиме, у одредби раније верзије нацрта било је истакнуто да се:

"Повредом права на старање, у смислу чл. 3. ст. 1 под а) и чл. 5 ст. 1. под а) Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, а у складу са чл. 75, 77 и 78 Породичног закона Србије сматра:

1. одвођење или задржавање детета од стране једног од родитеља који заједнички врше родитељско право, а без сагласности другог родитеља;

⁴² Видети Гордана Ковачек Станић, *op. cit.* и Марија Драшкић, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: Спорно становиште Врховног суда Србије“, *Анали ПФБ* 1/2012, 366.

⁴³ Изузетак је једино случај када је родитељ лишен родитељског права или пословне способности.

⁴⁴ Погледати члан 2(3) Нацрта закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања.

2. одвођење или задржавање детета од стране једног од родитеља ако један родитељ самостално врши родитељско право, а без сагласности другог родитеља.

Не сматра се повредом права на старање недостатак сагласности родитеља: ако је родитељ потпуно лишен родитељског права, ако је родитељ лишен права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета или је родитељ лишен пословне способности."

Управо тачка 2 овог члана садржи неопходно разјашњење, јер наводи да и други родитељ, који не врши родитељско право има право да одлучи о промени дететовог пребивалишта.

Што се тиче питања када суд или управни орган државе којој се упућује захтев није дужан да наложи повратак детета, то је прецизирано чланом 3. Нацрта закона. Истиче се да уколико лице, установа или друго тело које се противи његовом повратку докажу постојање околности из члана 13. Конвенције, повратак не мора бити наређен. Такође, суд ће одбити да наложи повратак детета ако утврди да се дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање супротставља повратку. Овде опет можемо поновити важност нарочитог испитивања случаја одвођења детета, уколико се ради о насиљу у породици. Наиме, не би требало избегавати примену члана 13 Конвенције, већ би под опасношћу да се дете изложи физичкој опасности или психичкој трауми или да се на други начин доведе у неповољан положај, требало подвести и случај када би дете (или његова мајка) били доведени у опасност од поновног насиља. Чињеница да дете одраста у средини где један родитељ трпи насиље, свакако би могло представљати вид психичке трауме. Чини се да би овде могла бити унета и додатна одредба, која би прецизирала члан 13 Хашке конвенције. Управо се за такав приступ определио швајцарски законодавац, те се у закону којим се конкретизује примена Хашке конвенције налази одредба која ближе објашњава члан 13:

„Услед повратка, дете је стављено у неподношљиву ситуацију према чл. 13, ст. 1, тач. б, нарочито под следећим околностима:

а) враћање детата родитељу који подноси тужбу очигледно није у интересу детета;

б) родитељ који је починио отмицу, узимајући у обзир околности, није у стању да се брине о детету у држави у којој дете у тренутку отмице има стално место боравка или се то од родитеља евидентно не може очекивати;

ц) поверавање детата некој трећој особи извесно није у интересу детета“.⁴⁵

⁴⁵ Marilyn Freeman, Anne-Marie Hutchinson, „The Voice of the Child in International Child Abduction“, International Family Law, November, 2007, 177., преузето из Гордана Ковачек Станић, *op. cit.*, стр. 90.

Сматрамо да би слична одредба могла бити садржана и у нашем закону, односно да би члан 13 могао бити прецизиран на начин да спречи повратак детета онда када би његов повратак, односно повратак мајке, довео до поновног излагања насиљу. Иако судије и сада имају легитимитет да одбију повратак детета водећи се формулацијом из Хашке конвенције о озбиљној опасности од излагања детета физичкој опасности или психичкој трауми, увођењем овакве одредбе, према којој би постојала експлицитна обавеза да испитају постојање насиља у породици, дало би том њиховом легитимитету и недвосмислено законско упориште.

Нацрт закона такође прецизира шта ће се сматрати уобичајеним боравиштем детета. Наиме, то је место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину. Нарочито ће се узети у обзир следеће околности: трајање, регуларност, услови и разлози боравка детета; пресељење породице; држављанство детета; узраст детета; место и услови његовог школовања; познавање језика; породични и друштвени односи детета.

Као што се може приметити, акценат се пре свега ставља на дете, односно на чињеницу да ли се дете прилагодило одређеној средини. Међутим, једна од околности које суд треба да размотри јесте регуларност и пресељење породице. Управо ту се може пронаћи простор за тумачењем, у случају када је мајка била присиљена на пресељење (или је под присилом задржана), које би могло да доведе у питање место уобичајеног боравишта детета, а самим тим и да доведе до закључка да незаконитог одвођења, односно задржавања није ни било.

Дефиницију уобичајеног боравишта можемо наћи и у радној верзији Закона о међународном приватном праву. Ту се под уобичајеним боравиштем физичког лица подразумева место у коме лице уобичајено борави дуже време без обзира на намеру настањења и независно од уписа у евиденцију надлежног органа или дозволе боравка или настањења. У обзир се нарочито узимају околности личне или пословне природе које указују на трајније везе са овим местом или на намеру да се такве везе заснују.⁴⁶ Чини се да овако дефинисано уобичајено боравиште може да створи проблеме управо када се ради о насиљу у породици, јер пружа широк спектар могућности у погледу тога шта ће се сматрати уобичајеним боравиштем детета. Како се може приметити, у обзир се узима дужина боравка, односно развијање личних или пословних веза са одређеним местом. Ценити дужину боравка детета и развијање личних и пословних веза у одређеном месту, не узимајући у обзир чињеницу постојања насиља у породици, могло

⁴⁶ Видети члан 5 радне верзије Закона о међународном приватном праву. Текст закона је доступан на сајту <http://www.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html> - сајт посећен 9.4.2013.

би да створи погрешну слику, односно да потенцијално доведе до даљег злостављања жене, односно угрожавања детета, јер како је већ истакнуто, жена може боравити у одређеном месту под утицајем принуде или силе. У таквим околностима, деца могу провести неколико година у одређеном месту постати део друштвене заједнице. Из наведеног, прецизније одређење које садржи Нацрт закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања, представља пожељно решење, јер у обзир узима далеко више фактора.

4. Однос Регулative Савета (ЕЗ) о надлежности и о признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности и Хашке конвенције

Регулатива Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003, представља један од инструментата који на нивоу Европске Уније регулише питања међународног приватног права, тачније питања надлежности, те питања признања и извршења пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности. Истовремено, у Регулативи су садржана и посебна правила која се односе на међународну отмицу деце, као материју која је најпре била регулисана Хашком конвенцијом о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980.

У новембру 2000. године, усвојен је *Програм мера за имплементацију принципа узајамног признања одлука у грађанским и трговинским стварима*, од стране Савета ЕУ. Основни циљ овог програма био је да се обезбеди узајамно признање и извршење судских одлука без икаквих додатних посредних корака. Тако, у домену породичног права, програм је као крајњи циљ предвиђао да одлуке донете у једној држави чланици буду директно применљиве у другој држави чланици, без потребе за било каквим поступком признања.

У складу са тим, Савет министара ЕУ усвојио је *Регулативу о надлежности и о признању и извршењу судских одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности*, која се примењује од 1. марта 2005. Како Регулатива уређује и материју која је обухваћена неким ранијим Конвенцијама, неопходно је било регулисати њен однос према тим Конвенцијама, што је и учињено у V глави Регулative. Посебну пажњу заслужује однос према *Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце* из 1980. која се и даље примењује у погледу материје која није обухваћена Регулативом, као и у односима са државима које нису чланице ЕУ. Хашка конвенција, вођена је принципом најбољег интереса детета, који је од изванредне важности када се ради о питањима старатељства, као и да је неопходно заштити децу на међународ-

ном нивоу од штетних последица које би могле наступити у случајевима недозвољеног одвођења и задржавања. У складу са тим, Конвенција уставновљава и поступак који ће омогућава хитан повратак детета, али и право на одржавање контаката.

Управо су принципи, најбољег интереса детета, који је био основ за Хашку конвенцију, те принцип међусобног поверења судова једне државе чланице у одлуке судова друге државе чланице, на коме се заснива Конвенција о надлежности и о извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима из 1968, преузети и од стране ове Регулative у области брачних односа и стварима родитељске одговорности.⁴⁷

Регулатива садржи правила која се тичу надлежности (поглавље II), признања и извршења (поглавље III) и међусобне сарадње централних извршних органа у области родитељске одговорности (поглавље IV), као и специфична правила која се тичу отмице деце и права на виђање. Материја на коју се Регулатива не односи, такође је одређена чланом I, па су тако из регулативе искључена питања утврђивања или оспоравања материнства или очинства, имена и презимена детета, еманципације, усвојења, обавезе издржавања, наслеђивања, те мера поводом кривичних дела почињених од стране деце. У погледу ових питања која остају изван домашаја Регулативе, државе чланице примењују национална правила или правила међународних уговора који их обавезују у међусобним односима. Као што је већ напоменуто, Регулатива садржи и специфичне одредбе у погледу међународне отмице детета, те се на тај начин препилиће са Хашком конвенцијом из 1980. Однос са поменутом конвенцијом, али и раније донетим уговорима са којима се преклапа *ratione materie*, регулисан је у самој Регулативи, тачније њеном петом поглављу.

Када говоримо о односу Регулативе *Хашке конвенције о грађанско-правним стварима међународне отмице деце* из 1980, неопходно је обратити пажњу на поједине чланове Регулативе који регулишу материју обухваћену овом Конвенцијом. Наиме, у оквиру одредби које се односе на међународну надлежност у стварима родитељске одговорности, садржана су одређена правила о отмици деце. У настојању да ту појаву спречи унутар Заједнице, Регулатива одређује да суд државе у којој је дете боравило пре одвођења, има право да коначно одлучи где дете треба да остане. Такође, Регулатива допуњује и подржава систем створен Хашком конвенцијом, на тај начин што предвиђа још строжа правила у погледу хитног повратка детета у државу у којој је дете било настањено пре одвођења, у случају отмице унутар држава чланица.

⁴⁷ Judgment of 11/07/2008, Rinau, Case C-195/08 PPU

У случају када се након противправног одвођења детета, захтев за повратак детета постави суду државе чланице, суд ће применити одредбе Хашке конвенције допуњене одредбама Регулative, пре свега чланом 11. Уколико суд наложи повратак детета, таква одлука биће директно призната и извршива, без потребе за њеним даљим преиспитивањем.

У циљу спречавања противправног одвођења деце у оквиру држава чланица, члан 10 Регулative, предвиђа да суд државе чланице у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења задржава своју надлежност. Међутим, у ограниченом броју случајева, надлежност може бити пренета и на судове државе у којој је поднет захтев за повратак детета.⁴⁸

Суд који прими захтев за враћање детета у складу са Хашком конвенцијом, примењиваће одредбе те Конвенције, као и одговарајућа правила Регулative.

Суд најпре испитује да ли је недозвољена отмица или задржавање учињена у смислу одредаба Регулative. Дефиниција која је дата у члану 2(11), веома је слична дефиницији коју предвиђа Хашка Конвенција и односи се на одвођење или задржавање детета супротно одлуци суда државе у којој је дете првобитно боравило, а којом је одређено старање над дететом.⁴⁹ У Регулativi се још додаје да се старање сматра заједничким у случају када један родитељ не може сам, без пристанка другог, да одлучи о месту боравка детета.

⁴⁸ То су ситуације:

• када дете стекне ново пребивалиште у држави у којој је захтев за повратак детета постављен и

• када на то пристану сви који имају право вршења родитељског права или

• када дете борави у тој другој држави чланице најмање једну годину након што су лица која су овлашћена за вршење родитељског права сазнала или морала сазнати за место његовог боравка и

• ако се дете навикло на ново окружење и ако је испуњен најмање један од следећих услова:

(а) ако у року од једне године, лица која су овлашћена на вршење родитељског права нису поставила захтев за повратак детета

(б) ако је захтев постављен, али је повучен, а у року наведеном у тачки (а) није постављен нови захтев;

(с) ако је поступак пред судом државе чланице у којој је дете имало пребивалиште непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања закључен у складу са чланом 11(7), тј. ако стране нису поднеле одговарајуће приговоре

(д) ако је суд државе чланице у којој је дете имало пребивалиште непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања донео одлуку о вршењу родитељског права у којој није био наређен и повратак детета.

⁴⁹ Council regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, article 2(11).

Правила Регулативе, али и Хашке конвенције, остављају могућност суду коме је захтев постављен да не наложи повратак детета. Имајући у виду строге услове који су постављени у Хашкој конвенцији и Регулативи, судови у највећем броју случајева доносе одлуке којима налажу повратак детета, али у ситуацијама када, имајући у виду члан 13 Хашке конвенције, не наредѣ повратак детета, Регулатива предвиђа посебан поступак, како је то наведено у члану 11 (6) и (7).

Регулатива у члану 11(4) иде корак даље, наводећи да суд мора наложити повратак детета иако би то могло бити ризично за дете уколико су надлежне државне власти учиниле одређене кораке као би спречиле да до тога и дође. Ова одредба поштрава обавезу суда у погледу враћање детета у државу првобитног боравка. Свакако, обавеза је суда, уколико утврди да таква опасност ипак постоји, захтева да власти те државе предузму све неопходне мере којим ће обезбедити сигурност детета.

Приликом доношења овакве одлуке, битна је одредба 11(5) која је унета у Регулативу, а није садржана у Хашкој конвенцији, а то је да суд не може одбити повратак детета уколико страни која тражи повратак, није пружена могућност да буде саслушана. Оваква одредба за циљ има, да обема странама пружи могућност да се изјасне и да суду на тај начин пружи потпуније податке и информације о самом случају.

Битна чињеница, која је већ раније напоменута, је да је суд државе порекла поступајућу у складу са чланом 11(7), надлежан да у потпуности одлучи о меритуму. Поред тога што је надлежан у погледу одлучивања о старатељству на дететом, он ни у ком случају није ограничен ни у одлучивању о праву на виђање. Овде је битно напоменути да суд државе порекла има право да пресуди само у случајевима када је претходно, у држави у којој је постављен захтев за повратак, донета одлука којом се не налаже повратак детета.⁵⁰

Закључак

Друштвени односи представљају изузетно променљиву категорију. Готово је немогуће данас донети пропис, који би без икаквих измена могао да опстане дужи низ година. У природи је људској, да мења своје ставове и своја понашања, а задатак је права да те промене испрати и пружи заштиту каква се очекује. Проблем насиља у породици је дуго био занемариван, односно сматрало се да односи у породици, односно између брачних и ванбрачних партнера, представљају приватну ствар и да је обавеза државе да се суздржи од било каквог уплитања. Међутим, како је проблем насиља

⁵⁰ Judgment of 11/07/2008, Rinau, Case C-195/08 PPU, paragraph 73

у породици и над женама, постао све присутнији, почео је да се мења став међународне заједнице и да се све чешће истиче потреба за стварањем адекватних правних механизма којима ће се пружити заштита жртви. У таквој атмосфери, велики број жена одлучило је да потражи спас и напусте партнере који их злостављају, одводећи при том са собом и своју децу. У ситуацијама када тај одлазак подразумева прелажење међународне границе, поставило се питање примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, која је пред себе поставила циљ што хитнијег повратка незаконито одведене или задржане деце. Уколико су мајке, односно жене напустиле своје партнере како би се спасиле од насиља које су трпеле, било би неоправдано и потпуно неприхватљиво наложити хитан повратак детета онако како то Хашка конвенција предвиђа. Управо се ту јавља потреба за адекватним тумачењем појединих одредби Хашке конвенције, с обзиром да се у њеном тексту насиље у породици и не помиње, а од изузетног је значаја прилагодити њену примену оваквим околностима.

Како је истакнуто, евентуалну заштиту у случају насиља у породици, могуће је дакле, постићи адекватним тумачењем питања озбиљне опасности о којој говори члан 13 Хашке конвенције, односно питања места уобичајеног боравишта. Наиме, иако су судије до сада биле склоне да избегавају примену овог члана, односно да га тумаче врло уско, сматрамо да је неопходно такву праксу променити и спречити повратак детета у државу његовог уобичајеног боравишта када је разлог мајчиног одласка било насиље којем је била изложена. Повратак детета свакако би тада дете изложило озбиљној психичкој трауми. Познато је да и случајеви када деца нису директно изложена насиљу, већ су само његови сведоци, оставља озбиљне последице по њихову психу и даљи нормалан развој. Могуће решење, према којем би се наложио повратак детета без мајке, такође се не би могло сматрати прихватљивим. Такође, једно од могућих решења јесте и доношење националних закона који би прецизирали начин примене Хашке конвенције и који би могли да конкретизују овај члан на начин да се повратак детета у средину где је било сведок или жртва насиља у породици, тумачи као могућност излагања детета озбиљној психичкој трауми.

Поред тога, могао би се прихватити и став појединих аутора који сматрају да би се одвајање детета од мајке и његов повратак у државу где је долазило до насиља у породици, могло посматрати као кршење људских права у смислу члана 20. Хашке конвенције.

Не сме се занемарити ни начин утврђивања уобичајеног боравишта детета, односно чињеница да је заједничка намера родитеља један од стандарда који се примењује приликом његовог одређивања, али да се врло че-

сто може догодити да намера настањења у одређеној средини није постојала код оба родитеља, односно да жена може бити присиљена да се одсели у одређену државу, или много чешће, под утицајем претње и принуде задржана у држави где је веровала да ће кратко боравити. У таквим околностима, деца могу развити везе у датој средини и тиме погрешно оставити утисак да су се прилагодили одређеној средини. Задатак је судија да добро испитају услове под којима је одређена породица започела живот на одређеном простору, односно да ли су испуњени услови (према уобичајеној пракси) на основу којих се са сигурношћу може говорити о уобичајеном боравишту.

На основу свега наведеног, одређена промена у начину тумачења Хашке конвенције представља нужност. Чињеница је да се судије само у изузетним ситуацијама одлучују да искористе изузетке који су предвиђени Хашком конвенцијом, односно да готово увек налажу повратак деце. Сматрамо да би доношење одређеног пратећег документа, који би осим допуна садржао и одредбе којима би се предвидели начини тумачења Хашке конвенције у случају насиља у породици, могло да понуди адекватно решење проблема. Свакако да би такав акт морао да садржи што прецизније одредбе, како не би долазило до злоупотреба, али чини се да садашње стање, односно чињеница да Хашка конвенција врло често осујећује покушаје жена које настоје да спасу свој, и живот своје деце, свакако не представља прихватљиву реалност.

*Sandra Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Needs and Opportunities of Adequate Interpretation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the Case of Domestic Violence

***Abstract:** At the time when the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was passed, that was a very logical step and a goal that this Convention set before it, and that is prompt return of children wrongfully removed or retained children, was a necessary consequence of the circumstances of that time. Namely, in most cases, men, that is fathers, were those, who illegally took or kept the children. More than thirty years later, the situation in that field has changed in the sense that mothers are now abductors in most cases, mostly seeing that this is the only way to escape from the violence they, or their children, are facing with.*

In that sense, the question is whether the achievement of the objective of this Convention is still justified, that is would it be justified any other interpretation of the Convention in situations where the unlawful removal or retention of children is a result of domestic violence.

***Key words:** The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, domestic violence, illegal removal of children.*