32

Dr Zoran Ponjavić, redovni profesor

Mr Veljko Vlašković, asistent

Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, R Srbija

**KONCEPT " NAJBOLJEG INTERESA DETETA" UNUTAR**

**HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA**

**MEĐUNARODNE OTMICE DECE**

U radu će se analizirati odnos Haške Konvencije o građanskopravnim

aspektima međunarodne otmice dece prema "najboljem interesu deteta", kao

fundamentalnom principu porodičnog prava. Tačnije, ukazaće se na prostor koji

navedena Konvencija ostavlja za ostvarivanje principa "najboljeg interesa

deteta" unutar sopstvenog mehanizma primene. Premda doneta gotovo deceniju

ranije od Konvencije o pravima deteta, Haška Konvencija je prepoznala potrebu

da se "najbolji interes deteta" zaštiti na određen način. U tom smislu, Haška

Konvencija konstituiše pravnu pretpostavku kako je u "najboljem interesu

deteta" da se što hitnije vrati u državu uobičajenog boravišta. Individualizacija

"najboljeg interesa deteta" se ostvaruje preko propisivanja izuzetaka od obaveza

hitnog povratka deteta u vidu osnova za obaranje navedene pravne pretpostavke.

U radu se ukazuje kako nacionalni organi koji odlučuju o povratku deteta

uglavnom restriktivno primenjuju pomenute izuzetke kako ne bi urušili osnovni

mehanizam Haške Konvencije. Međutim, od vremena donošenja navedene

Konvencije, snaga principa "najboljeg interesa deteta" je značajno narasla, te se

nacionalnim vlastima ostavlja sve više prostora da izuzetke od obaveze povratka

deteta tumače šire i elastičnije, što može ozbiljno uzdrmati proceduralne ciljeve

kojima Haška Konvencija teži.

**Ključne reči:** Haška Konvencija, otmica deteta, najbolji interes deteta,

pravna pretpostavka, izuzeci

**1. Uvod**

Prekogranično odvođenje dece je složen problem, koji predstavlja izvor

kako pravnih, tako i političkih sukoba među državama. Može se reći kako

gotovo nijedna zemlja, niti nacija nije uspela da pomenuti problem izbegne. S

obzirom na naglašen međunarodnopravni elemenat problema, postalo je jasno

kako efikasan odgovor na prekogranično odvođenje dece može doći samo kao

posledica zajedničke i usaglašene aktivnosti svih država na međunarodnom

planu. Upravo takvi koordinirani napori iznedrili su Hašku Konvenciju o

građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece (u daljem tekstu Haška

Konvencija), usvojenu u Hagu 25. oktobra 1980. godine, kao prvi i najznačajniji

međunarodni ugovor u domenu prekograničnog odvođenja dece 1.

1 Prema izveštaju The Hague Conference on Private International Law do sad ima ukupno 90

potpisnica ove Konvencije, dostupno na*:* www.hcch.net/index\_en.php,14. 10. 2013.

33

Navedena Konvencija se razlikuje od svih drugih u međunarodnom

privatnom pravu po tome što njen cilj nije da unificira pravila u slučaju sukoba

zakona, niti da uspostavi pravila u pogledu sukoba nadležnosti. Naprotiv, ona je

instrument saradnje između država sa ciljem momentalnog povratka deteta.2 U

Konvenciji se insistira na uspostavljanju ranijeg stanja koje je postojalo do

momenta odvođenja deteta, tj. njegov povratak u uobičajeno mesto boravka, a

tek potom na rešavanju spornih pitanja, koja se tiču, pre svega, vršenja

roditeljskog prava.3 U svakom slučaju, nijedan drugi organ ne bi trebao rešavati

pitanja vršenja roditeljskog prava, osim onog koji je nadležan u mestu

uobičajenog boravišta deteta. Na ovaj način, uspostavljanjem pređašnjeg stanja,

što je osnovni cilj Haške Konvencije, žele se obeshrabriti svi oni koji bi

odvodili decu preko granice sa svim praktičnim i pravnim posledicama.

Shodno tome Haška Konvencija nudi mehanizam kojim se savladavaju

problemi koji nastaju kao posledica sukoba roditelja oko vršenja roditeljskog

prava i odvođenja deteta u drugu državu. U ovom slučaju postoji potreba da se

zaštiti dete kao prirodno najranjiviji i, po pravilu, posredni akter sukoba njegovih

roditelja. U tom smislu, opravdano se može postaviti pitanje da li je povratak

deteta uvek u "najboljem interesu deteta", što je jedan od osnovnih principa iz

Konvencije o pravima deteta4, koji mora biti uvek primenjen u postupcima kada

se odlučuje o njegovim pravima. Postoji realna bojazan da pozivanje na jedan

ovakav krajnje neodređen i širok princip5 može postati za sud samo izgovor da

ne primeni pravo,6 odnosno, zgodno opravdanje za svaku sudsku odluku,

naročito onu kojom se odbija povratak deteta u zemlju u kojoj dete ima

"uobičajeno boravište".7

U radu će biti izneti argumenti kojima se navedena bojazan

potkrepljuje, čime se može dovesti u pitanje sistem ustanovljen Haškom

2 Fiorini, A., ‘*Enlèvements internationaux d'enfants - solutions internationales et responsabilités*

*étatiques’*, McGill Law Journal, Vol. 51, No. 2, 2006, str. 279 - 326, na str. 283.

3 Pored ove Konvencije postoje i druge, regionalne, sa gotovo identičnim ciljevima. Kao što su

Evropska Konvencija o priznanju i izvršenju odluka koje se tiču roditeljskog staranja i ponovnom

uspostavljanju odnosa staranja, od 20. maja 1980., CETS 105; Međuamerička konvencija o

međunarodnom povratku dece, od 15. jula 1989, OAS Treaty Series 70.

4 Konvenciju je ratifikovala SFRJ (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/90), a

preuzela SRJ (Službeni list SRJ, br. 4/96 i 2/97).

5 Pogotovo ako se uzme u obzir da se pravna norma zasnovana na "najboljem interesu deteta" pre

podseća na jednu socijalnu paradigmu a ne na konkretnu pravnu normu. See Elisa Pérez-Vera, E.,

*Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, para. 21. available at:

www.hcch.net/upload/expl28.pdf, 18. 10. 2013.

6 Da parafraziramo reči Profesorice Rubellin Devichi koja je davno napisala « donner au juge le

droit de se déterminer en fonction de l’intérêt de l’enfant, c’est lui donner le droit de ne pas

appliquer le droit"; Rubellin Devichi, J., *"Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la*

*jurisprudence françaises",* Revue française des affaires sociales, Vol. 48, No. 4, 1994, str. 157-

193, na str. 163.

7 Prema čl. 3.st.1. radne verzije Zakona o građanskopravnoj zaštiti od nezakonitog prekograničnog

odvođenja i zadržavanja koji je izradilo Ministarstvo pravde Republike Srbije "pod uobičajenom

boravištem deteta, u smislu ovog zakona, podrazumeva se mesto u kojem je dete integrisano u

društvenu i porodičnu sredinu". O pomenutoj radnoj verziji detaljno videti: Kovaček - Stanić G.,

*"Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmice dece", Anali Pravnog fakulteta u*

*Beogradu* 2/2012, str. 74 - 94.

34

konvencijom. Oni se uglavnom zasnivaju na odlukama nacionalnih sudova

država potpisnica Haške konvencije. Materija će se izložiti u tri celine, u kojima

je prikazan mehanizam primene "najboljeg interesa deteta" unutar Haške

Konvencije. Shodno tome, najpre će biti reči o potrebi da se unutar Haške

konvencije obezbedi prostor za primenu principa "najboljeg interesa deteta" i

načina na koji to navedeni međunarodni ugovor čini. Potom će se u drugom delu

rada analizirati iskazivanje navedenog principa kroz opštu pravnu pretpostavku

o povratku deteta u državu uobičajenog boravišta. U trećem delu, razmotriće se

osnovi za obaranje pravne pretpostavke o "najboljem interesu deteta", koje

Haška konvencija daje u obliku izuzetaka od obaveze povratka deteta.

**2. Prostor za "najbolji interes deteta" unutar Haške Konvencije**

Haška Konvencija o prekograničnom odvođenju dece se često ističe kao

izuzetno uspešan primer međunarodne saradnje8, čija osnovna vrednost proističe

iz jednostavnosti obaveza koje propisuje.9 Naime, kao što je rečeno, čitavo

zdanje navedenog međunarodnog ugovora počiva na pretpostavci kako se štetne

posledice prekograničnog odvođenja dece mogu najdelotvornije ublažiti hitnim

povratkom nezakonito odvedenog ili zadržanog deteta u državu gde se nalazi

uobičajeno boravište deteta.10 Pri tome, sudski ili administrativni organ koji

donosi odluku o povratku deteta ne može zadirati u vršenje roditeljskog prava,

jer se odluka o tome prepušta pravnom sistemu države sa kojom su dete i

njegova porodica najneposrednije povezani, odnosno državi mesta uobičajenog

boravišta deteta.11 Međutim, bez obzira na veliku operativnu moć Haške

Konvencije, o pomenutom međunarodnom ugovoru ne treba suditi isključivo na

osnovu broja dece koja su vraćena u države uobičajenog boravišta i brzini

njihovog povratka.12 Drugim rečima, ne sme se dozvoliti da se dete kao pravni

subjekt izgubi i učini nevidljivim unutar mehanizma Haške Konvencije. Naime,

osnovna svrha navedene Konvencije ostvaruje se u neizbežnoj senci jednog

drugog cilja, zaštite "najboljeg interesa deteta".

U kontekstu principa "najboljeg interesa deteta ", brzina i pragmatičnost

Haške Konvencije suočavaju se sa ozbiljnim testom, s obzirom da navedeni

princip nameće usaglašavanje ili čak podređenost interesa ostalih pravnih

8 Herring, J., *Family Law,* Pearson Education Limited, Harlow, 2007, str. 537.

9 Lowe N; Douglas, G., *Bromley's Family Law,* Oxford University Press, Oxford/New York, 2007,

str. 631.

10 Murphy, J., *International dimensions in family law,* Manchester University Press, Manchester,

2005, str. 213.

11 Videti: čl. 1. i 2. Haške Konvencije; U ovom smislu: Roszkowski v. Roszkowska, 274 N.J.

Super. 620, 644 A.2d 1150 (Ch. Div. 1993), HC/E/USs 238; W.(V.) v. S.(D.), (1996) 2 SCR 108,

(1996) 134 DLR 4th 481, HC/E/CA 17; Supreme Court of Finland: KKO:2004:76, HC/E/FI 839.

12 Schuz, R., *‘The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International*

*Law’*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, No. 4, 1995, str. 771-802, na str.

771.

35

subjekata interesima deteta.13 Sa druge strane, ne može se izbeći utisak kako su u

prvom planu Haške Konvencije prava i interesi roditelja,14 dok se interes deteta

nastoji, često veštački, uklopiti u mehanizam primene pomenutog

međunarodnog ugovora. Zbog toga osnovni problem primene principa "

najboljeg interesa deteta" u okvirima Haške Konvencije predstavlja ostvarivanje

ravnoteže između hitnog povratka deteta u slučaju prekograničnog odvođenja,

uz uvažavanje pravnog poretka države uobičajenog boravišta deteta, i poštovanja

principa koji zahteva prilagođavanje interesa svih ostalih pravnih subjekata

interesu deteta. Ravnoteža je nužna kako bi se u izvesnom smislu postigao

kompromis između ciljeva Haške Konvencije i principa "najboljeg interesa

deteta", koji je navikao biti gospodar, a ne sluga u pravnim odnosima koji se na

bilo koji način tiču dece.

Tvorci Haške Konvencije su ostavili izvestan prostor u kome bi unutar

mehanizma za brzi povratak deteta bilo mesta i za sagledavanje "najboljeg

interesa deteta". Međutim, sve i da tako nisu postupili, pomenuti prostor bi se

morao naći, jer bi u suprotnom Haška Konvencija teško mogla opstati na pravnoj

sceni. Bez obzira na efikasnost Konvencije na polju međunarodnog privatnog

prava, nije moguće zaobići "najbolji interes deteta" kao osnovni princip

porodičnog prava u čiji domen pomenuti međunarodni ugovor neminovno

zalazi.15 Iz tog razloga, u narednom delu će se razmotriti šta Haška Konvencija

nudi principu "najboljeg interesa deteta" i šta pomenuti princip od Haške

Konvencije traži.

U vreme donošenja Haška Konvencije, princip "najboljeg interesa

deteta" je već bio prisutan u tekstu jednog međunarodnog ugovora globalnog

značaja, Konvencije o elimnisanju svih oblika diskriminacije žena,16 premda

pomenuti međunarodni ugovor još uvek nije bio stupio na snagu. Ipak,

najznačajniju formulaciju navedenog principa sadrži Konvencija UN o pravima

deteta iz 1989. godine (KPD).17 Tako se navedenom Konvencijom proklamuje

kako će "u svim postupcima koji se tiču dece, bez obzira da li ih preduzimaju

javne ili privatne ustanove socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili

zakonodavna tela, najbolji interes deteta biti od prvenstvenog značaja".18 Na

ovaj način, princip "najboljeg interesa deteta" je postao višestruko snažniji u

odnosu na vreme kada je usvojena Haška Konvencija. Najpre, domašaj

pomenutog principa je sa relativno uskog domena vršenja roditeljskog prava

proširen na sve pravne odnose od neposrednog ili posrednog značaja za dete.

Dalje, princip "najboljeg interesa deteta" se sada počeo ostvarivati u jednom

13 U zavisnosti da li se u zakonodavstvu države uobičajenog boravišta deteta primenjuje

koncepcija o ‘prvenstvenom’ ili ‘vrhunskom značaju’ najboljeg interesa deteta prilikom

odlučivanja o pitanjima iz domena vršenja roditeljskog prava.

14 Caldwell, J., ‘*Child welfare defences in child abduction cases - some recent developments’,*

*Child and* Family Law Quarterly*,* Vol. 13, No. 2, 2001, str. 121-136, na str. 121.

15 Schuz, R., *loc. cit,* str. 772.

16 Čl. 16. st. 1. (f). Konvencije Ujedinjenih Nacija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena,

od 18. decembra 1979, UNTS 1249.

17 Konvencija Ujedinjenih Nacija o pravima deteta, od 20. novembra 1989, UNTS 1577.

18 Čl. 3. st. 1. KPD.

36

posebnom kontekstu, koga karakterišu prava deteta kao posebna kategorija

ljudskih prava. Tako je dete postalo centralna figura porodičnopravnih odnosa, a

roditeljsko pravo se transformisalo u roditeljsku dužnost, odnosno odgovornost.

**3. Povratak deteta u državu uobičajenog boravišta kao osnov pravne**

**pretpostavke o "najboljem interesu" deteta**

Zbog nesumnjivih vrednosti Haške Konvencije, bilo je potrebno naći

prostor za primenu "najboljeg interesa deteta" unutar granica pomenute

Konvencije. Tako se prvi i jedini jasno ocrtan trag prisustva "najboljeg interesa

deteta" prepoznao u preambuli Haške Konvencije, prema kojoj su "državeugovornice

u snažnom uverenju da je interes dece od vrhunskog značaja u

odnosima koji se tiču vršenja roditeljskog prava".19 Ipak, u pomenutoj preambuli

se govori o "interesu dece" kao određene društvene grupe, a ne "interesu deteta",

kao individualnog pravnog subjekta.20 Međutim, neodređenost sadržine

"najboljeg interesa deteta" upravo proističe iz okolnosti da je navedeni princip

individualističkog karaktera, čiju sadržinu oblikuje svaki pojedinačni slučaj. Iz

tog razloga je moć diskrecije organa koji primenjuju princip "najboljeg interesa

deteta" tako velika.

Kako bi se navedeni problem otklonio, u jednom delu literature,21 ali i

sudske prakse država-ugovornica22 govori se o pojmu "najboljeg interesa dece",

koji predstavlja okvir za princip"najboljeg interesa deteta". Tako se smatra kako

"najbolji interes" dece u potpunosti odražava osnovni cilj Haške Konvencije da

se deca što hitnije vrate u državu njihovog uobičajenog boravišta.23 Na taj način

umanjuju se štetne posledice odvođenja dece i odvraćaju roditelji koji

razmišljaju preduzeti tako nešto.24 Dakle, interes pojedinačnog deteta se u

izvesnom smislu prinosi na oltar interesima dece kao grupe.25

Argumentaciju za tezu o postojanju pojma "najboljeg interesa dece"

naizgled nudi osnovna formulacija principa "najboljeg interesa deteta" iz KPD

gde se, između ostalog, navodi kako su i zakonodavna tela dužna poštovati

navedeni princip.26 Kako zakonodavna tela, po pravilu, donose pravne akte koji

sadrže opšte pravne norme, jasno je kako je njihova aktivnost može biti

19 Videti: preambulu Haške Konvencije.

20 Videti: *Idem.*

21 Videti: Schuz (1995), *loc.cit.,* p.774; Herring, *op.cit*., str. 533 - 534; N. Lowe; Douglas,G,

*op.cit.,* str. 631 - 632.

22 Preambula govori o "interesima dece" uopšte, a ne o "najboljem interesu" konkretnog deteta

pred sudom. Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, HC/E/CA 11.

23 Videti: Schuz, R., ‘*The Hague Abduction Convention and Children's Rights’*, Transnational Law

& Contemporary Problems, Volume 12, No. 2, 2002, str. 393-452, na str. 398.

24 Schuz (1995), *loc.cit., p.* 775 - 776. Nemački pravnik Kurt Siehr ističe kako ovakva generalna

politika nema ništa zajedničko sa "najboljim interesom deteta" u konkretnom slučaju; Siehr, K.,

"*The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and*

*Successes in German Practice"*, International Law and Politics*,* Vol. 33, No. 1, 2000, str. 207-220,

na str. 218.

25 *Ibidem,* str. 776.

26 Videti: čl. 3. st. 1. KPD.

37

usmerena samo na decu kao društvenu grupu, a ne na svako pojedinačno dete.

Međutim, aktivnost zakonodavnih organa nema za cilj određivanje sadržine

"najboljeg interesa deteta", već davanje smernica onim pravnim subjektima koji

neposredno uobličavaju sadržinu navedenog principa (sudovi, administrativni

organi). Tačnije, zakonodavac ne može odrediti kakav će biti "najbolji interes

deteta" u svakom konkretnom slučaju, ali može kroz opšta pravna pravila

ustanoviti odgovarajuće pretpostavke koje bi važile u korist "najboljeg interesa

deteta". Pomenute pretpostavke, kao što je rečeno, imaju za cilj olakšati primenu

principa "najboljeg interesa deteta", ali i umanjiti diskreciju pravnih subjekata

koje navedeni princip primenjuju.27 Shodno tome, ne može se govoriti o

"najboljem interesu dece", nego o načinu da se "najbolji interes deteta" iskaže

kroz odgovarajuću pretpostavku. Dakle, preambulom Haške Konvencije se

uspostavlja pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" u slučaju

nezakonitog prekograničnog odvođenja da bude vraćeno u državu uobičajenog

boravišta. Izuzeci od navedene opšte obaveze povratka deteta nisu ništa drugo

nego osnovi za obaranje pomenute pretpostavke. S obzirom da iskazivanje

"najboljeg interesa deteta" putem pretpostavki sužava diskrecioni prostor

pravnih subjekata koji navedeni princip primenjuju, pomenuti izuzeci

predstavljaju preostali diskrecioni prostor za individualnu, odnosno istinsku

primenu "najboljeg interesa deteta". Iz tog razloga se ostvarivanje koncepta

"najboljeg interesa deteta" unutar Haške Konvencije može sagledati jedino kroz

odnos između opšte pretpostavke o obavezi povratka deteta i osnova za obaranje

pomenute pretpostavke, odnosno izuzetaka od obaveze da se dete što hitnije

vrati u državu uobičajenog boravišta.

**4. Osnovi za obaranje pretpostavke o "najboljem interesu deteta" iz**

**Haške Konvencije**

***4.1. Dovođenje deteta u "nepodnošljivu situaciju"***

Dugo je prisutna praksa da se svi navedeni izuzeci od obaveze hitnog

povratka deteta restriktivno primenjuju.28 Postoji, ne bez razloga, strah kako bi

27 Iskazivanje "najboljeg interesa deteta" kroz odgovarajuće pretpostavke predstavlja najstariji

pristup problemu sadržine navedenog principa. Na primer, u vreme nastanka koncepta "najboljeg

interesa deteta", postojala je pretpostavka kako otac najbolje zna šta je u interesu deteta. Videti:

Van Krieken, R., "*The 'Best Interests of the Child' and Parental Separation: On the 'Civilizing of*

*Parents'* ", The Modern Law Review, Volume 68, No. 1, 2005, str. 25-48, na str. 28. Kroz

evoluciju pojedinih pretpostavki može se pratiti i razvoj principa "najboljeg interesa deteta". Ipak,

glavni nedostatak navedenog pristupa problemu sadržine "najboljeg interesa deteta" jeste odsustvo

elastičnosti potrebne kako bi se ispratile burne i neprekidne promene koje su zahvatile pravne

odnose koji se tiču deteta.

28 Tako je u jednoj starijoj, ali uticajnoj odluci procenjeno kako će samo u najređim slučajevima

razdvajanje deteta od roditelja koji ga je odveo i novog okruženja dostići nivo povrede koji traži

Hague Convention. Videti: Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290; U jednoj

drugoj odluci se u kontekstu dovođenja deteta u "nepodnošljivu situaciju" navodi kako je reč

"nepodnošljiva" tako jaka po svom smislu i značenju da postavlja lestvicu za primenu navedenog

38

slobodnija upotreba navedenih pravila predstavljala svojevrsnog "trojanskog

konja" unutar Haške Konvencije, koji bi mogao urušiti i obesmisliti čitav

mehanizam navedenog međunarodnog ugovora. Od svih navedenih izuzetaka,

pojedini teoretičari se najviše pribojavaju upravo "nepodnošljive situacije" kao

osnova za odbijanje povratka deteta, smatrajući kako se pomenutim izuzetkom

otvara Pandorina kutija.29

Pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" da se što pre

vrati u državu uobičajenog boravišta, u praksi se najčešće obara upravo zbog

procene kako bi se dete povratkom dovelo u "nepodnošljivu situaciju".30 Treba

reći kako se u literaturi umesto pomenutog izuzetka često navodi postojanje

"ozbiljnog rizika od povrede deteta" kao osnov za donošenje odluke o odbijanju

povratka u državu uobičajenog boravišta.31 Međutim, navedeni razlog je samo

uzrok koji dovodi do posledice, odnosno do "nepodnošljive situacije za dete".

Drugim rečima, u situacijama kada se utvrdi "ozbiljan rizik od povrede deteta",

nije potrebno dokazivati kako je nastupila "nepodnošljiva situacija" po dete.

Tvorci Haške Konvencije su izričito utvrdili postojanje uzročno-posledične veze

između "ozbiljnog rizika od povrede deteta" i "nepodnošljive situacije" u koju bi

se dete u takvim okolnostima dovelo. Na to ukazuje i formulacija navedenog

pravila iz Haške Konvencije gde se navodi kako država u koju je dete odvedeno

nije dužna vratiti dete ako "postoji ozbiljan rizik da će povratak dete izložiti

fizičkoj ili psihičkoj povredi ili na drugačiji način dovesti dete u nepodnošljivu

situaciju".32

Izrazi "ozbiljan rizik" i "nepodnošljiva situacija" sugerišu kako put do

osporavanja pretpostavke o "najboljem interesu deteta" iz Haške Konvencije nije

ni malo lak, te da je prag dokazivanja veoma visok. Najčešće, u odbranu

odvođenja roditelj pokušava da drugog roditelja (koji zahteva povratak)

predstavi kao nepodobnog po dete. Roditelj koji traži povratak deteta govori o

"kidnapovanju" na šta drugi odgovara da život sa njim za dete predstavlja

"ozbiljan rizik", da će povratak dete dovesti u "nepodnošljivu" situaciju. Onaj

roditelj koji osporava povratak često želi predstaviti dete kao "ozbiljnu" žrtvu

nasilja čiji je položaj "nepodnošljiv" za šta optužuje drugog roditelja.

Kada se radi o "ozbiljnoj opasnosti" na prvom mestu treba istaći fizičku

opasnost po dete, koje neće biti vraćeno u zemlju u kojoj besni građanski rat ili

postoji stalna opasnost od nasilja. Pri tome, postojanje fizičke ili psihičke

opasnosti se mora odnositi konkretno na dete čiji se povratak traži, a ne

generalno na kontekst u kojem živi određena populacija.33 U ovom slučaju

interes deteta da ne bude odvedeno iz uobičajenog mesta boravka bez garancija

stabilnosti u novoj situaciji mora ustuknuti pred primarnim interesom svakog

lica da ne bude izloženo fizičkoj ili psihičkoj opasnosti ili da bude dovedeno u

izuzetka visoko. Videti: Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) [2002] EWCA Civ 908,

HC/E/UKe 469.

29 Videti: Siehr, K., *loc. cit.,* str. 215 - 216.

30 Čl. 13. st. 1 (b). Haške Konvencije.

31 Videti: Caldwell, *loc. cit* ., str. 124.

32 Čl. 13. st. 1 (b). Haške Konvencije

33 N° 03/3585/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, HC/E/BE 547. str. 516.

39

nepovoljan položaj. 34 Ali, pored tih spoljnih događaja od rizika koji je

"objektivan", ta nepovoljna situacija može biti i subjektivna. U ovom smislu i

roditelj koji zahteva povratak može biti opasnost, ukoliko je bio nasilan prema

detetu. U sudskoj praksi se ovaj izuzetak vrlo usko tumači kako ne bi ostao

"mrtvo slovo na papiru", tj. nije dovoljan jedan, izolovan akt nasilja, već

kontinuirano nasilje u prošlosti i opasnost ponavljanja u budućnosti da bi se

mogao odbiti zahtev za povraćaj deteta po ovom osnovu.35

Dakle, standard dokazivanja "nepodnošljive situacije" je generalno vrlo

visok. Sudovi u Velikoj Britaniji36, Austriji,37 Australiji,38 Kanadi,39 Novom

Zelandu,40 Nemačkoj41 i SAD42 oklevaju da odbiju povratak deteta u slučaju

nasilja u porodici. U sudskoj praksi SAD traži se da tvrdnje iz čl.13.st.1.b budu

dokazane na "jasan i ubedljiv"43 način saglasno zakonskim pravilima. Pri tome

sudovi ili ignorišu izraz "nepovoljna situacija" iz čl.13.st.1.b, i svoje odluke

baziraju uglavnom na dokazivanju postojanja "ozbiljne opasnosti od fizičkih i

psihičkih povreda", ili je podvode pod izraz "ozbiljna opasnost od fizičkih ili

psihičkih povreda.44 Sudovi u Engleskoj i Velsu vrlo restriktivno interpretiraju

izuzetak iz čl.13.1b. Oni, slično američkim sudovima, zahtevaju da dokazi budu

34 U ovom smislu: Pérez-Vera, E., Explanatory Report on the Hague Convention on the Civil

Aspects of International Child Abduction; United Nations Convention on the Rights of the Child,

str. 433. Dostupno na: www.hcch.net/upload/expl28.pdf.

35 Videti: DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AND THE ARTICLE 13 “GRAVE RISK”

EXCEPTION IN THE OPERATION OF THE HAGUE CONVENTION OF 25 OCTOBER 1980

ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: A REFLECTION

PAPER,(drawn up by the Permanent Bureau) str.18; *dostupno na*:

www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf.

36 Odluka Apelacionog suda u slučaju Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) [2002]

EWCA Civ 908, HC/E/UKe 469.

37 Odluka Vrhovnog suda Austrije u predmetu 4Ob1523/96, Oberster Gerichtshof, HC/E/AT 561.

38 Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24

September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), HC/E/AU 294. Premda, može se reći da

stavovi sudova u ovoj zemlji donekle variraju. Tako je u jednom slučaju sud odbio povratak deteta

smatrajući da su ispunjeni uslovi koji se zahtevaju u čl. 13, al. 1. b. Sud konstatuje da bi povratak

deteta (2. godine) u SAD predstavljlo ozbiljnu opasnost za njega što bi ga dovelo u nepodnošljivu

situaciju budući da bi se vratilo samo jer majka odbija da se vrati. State Central Authority of

Victoria v. Ardito, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne), HC/E/AU 283.

39 Odluka Apelacionog suda u Kvebeku u slučaju M.G. v. R.F., [2002] R.J.Q. 2132, HC/E/CA 762

40 Odluka Višeg suda (Auckland), K.S. v. L.S. [2003] 3 NZLR 837, HC/E/NZ 770. U ovom

slučaju jedan od sudija naglašava da se izuzetak iz čl.13,1b odnosi na dete i interesuje se za

izuzetne situacije ili bilo koje druge kod drugih lica, pa i roditelja koji je dete odveo, izuzev ako to

ne pogađa dete. U ovom slučaju majka je odvela dete iz Australije na Novi Zeland gde joj je

potom otkriven kancer. Pravdajući se potrebom da nastavi tretman lečenja u toj zemlji odbila je

povratak deteta.

41 Odluka Oberlandesgericht Dresden (Higher Regional Court, 10 UF 753/01, Oberlandesgericht

Dresden, HC/E/DE 486. Premda su sudovi u Nemačkoj u ranijem periodu bili skloni liberalnijem

tumačenju izuzetka iz čl.13.b. Videti: 17 UF 260/98, Oberlandesgericht Stuttgart, HC/E/DE 323.

42 Odluka Vrhovnog suda Konektikata, Judicial District of Hartford, Panazatou v. Pantazatos, No.

FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997,HC/E/USs 97

43 Caro v. Sher, 296 N.J. Super. 594, 687 A.2d 354 (Ch. Div. 1996), HC/E/USs 100

44 Navedeno prema: Weiner, M. H., *‛Intolerable situations and counsel for children: Following*

*Switzerland's example in Hague abduction cases’*, American University Law Review, Vol. 58,

No. 2, pp. 334-403, at p. 345.

40

"jasni i neoborivi".45 Na tom pravcu stoje i sudovi u Srbiji, gde iz jedne odluke

Višeg suda u Valjevu proizilazi kako je ocena o ispunjenosti uslova za

odstupanje od dužnosti vraćanje deteta izuzetna i "mora biti zasnovana na

nedvosmislenim i čvrstim dokazima".46

Osnovni cilj navedenog pristupa jeste da onaj ko je dete odveo ne izvuče

nikakvu korist iz svog nezakonitog akta i da ne može računati da će posledica

toga odvođenja biti stvaranje "ozbiljnog rizika" ili "nepodnošljive situacije" u

slučaju povratka. Očigledno da pojedine zemlje kroz visoke standarde

dokazivanja "nepodnošljive situacije" teže ka što restriktivnijoj primeni izuzetka

iz čl.13. Oni, pri tome, smatraju da se najbolji interes deteta štiti upravo

njihovim povratkom u zemlju uobičajenog boravišta. Pored ovoga, neke od njih,

kao što to rade australijski sudovi, takav stav opravdavaju i tvrdnjom da „oni

smatraju da se vrši povratak u zemlju uobičajenog boravišta, a ne jednom licu ili

posebnom regionu“.47 Istovremeno, sudovi na Novom Zelandu smatraju da

naredba za povratak deteta u jednu zemlju nije naredba za vraćanje deteta

roditelju i da ono ostaje pod odgovornošću centralnog organa u toj drugoj

zemlji.48

Ipak, neke druge zemlje, kao što je Francuska, naklonjene su jednom

širem tumačenju navedenih izuzetaka iz čl.13.1.b.49 Ovakav stav proističe

najviše iz činjenice da sudovi, kao što je rečeno, navedene izuzetke iz čl.13.st.1b

tumače iz ugla najboljeg interesa deteta.50

U Konvenciji se ne definiše "nepodnošljiva situacija". Međutim izraz

"ozbiljna opasnost" sugeriše da je polje primene prilično usko i da najviše

podseća na objektivni osećaj da bi za dete povratak bio nepodnošljiv.51 Zbog

teškoće oko tumačenja izraza "nepodnošljiva situacija" Švajcarska je

45 Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371,

HC/E/UKe 269.

Slično je postupio i Savezni ustavni sud Nemačke kada je istakao kako "only unusually severe

endangerment of a child's welfare, which appears to be substantial, specific and current, precludes

a child's return. Hardship for the abducting parent generally does not constitute such prejudice. 2

BvR 1206/98, Bundesverfassungsgericht, 29.10.1998, HC/E/DE 233

46 Viši sud u Valjevu, u odluci 23/11, nije uzeo u obzir nasilje koje je učinjeno prema roditelju koji

je dete odveo, iako značajna istraživanja u društvenim naukama pokazuju da "postoji velika

povezanost između partnerskog nasilja i problema dece, čak i onda kada ona nisu direktne žrtve.

U tom smislu, Wolfe, D. A., Crooks, C. V, Lee, V., McIntyre-Smith, A. and Jaffe, P. G., "*The*

*Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique*", Clinical

Child and Family Psychology Review, Vol. 6, No. 3, 2003, str. 171-187, na str. 182. ; Edleson,

J.L.,“*Children's Witnessing of Adult Domestic Violence",* Journal of Interpersonal Violence, Vol.

14, No. 8, str. 839-870, na str. 860-861 ; Edleson, J. L., “*The Overlap Between Child*

*Maltreatment and Woman Battering”*, Violence Against Women, Vol. 5, No. 2, 1999, str. 134-

154, na str. 145.

47 Kay, J., Australian journal of family law, novembre 2005, volume 19; Navedeno prema: J.

Gillen, *loc. cit*, str. 34-35.

48 Gillen, *loc. cit.*, str. 34-35.

49 Kasacioni sud , Cass Civ 1ère 25 janvier 2005 (N° de pourvoi : 02-17411), HC/E/FR 708

50 Videti: Vassallo, B., *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant*

*l’enfance : conventions de la Haye sur les déplacements illicites d’enfants et sur l’adoption*

*internationale, Bruxelles II bis.* Available at: www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html.

51 Weiner, *loc. cit.*, str. 375.

41

međunarodnoj zajednici predložila usvajanje jednog posebnog pravnog akta.52

Kako u tome nije uspela, Švajcarskoj je ostalo da svoje savezno zakonodavstvo

o prekograničnom odvođenju dece prilagodi principu "najboljeg interesa deteta".

Tako je pomenuta država 21. decembra 2007. godine usvojila zakon o

međunarodnom odvođenju dece i haškim konvencijama o zaštiti dece i odraslih

kojim su određeni neki pojmovi iz Haške konvencije. 53 Shodno tome, u čl. 5

precizira kriterijum "nepodnošljivosti" iz čl.13.st.1. b, gde se kaže da ona

postoji: a) kada smeštaj kod roditelja koji traži povratak očigledno nije u interesu

deteta, b) kada roditelj koji traži povratak deteta s obzirom na okolnosti slučaja

očigledno nije u stanju da se stara o detetu u državi gde ono ima uobičajeno

mesto boravka (ili se iz opravdanih razloga od njega ne može zahtevati da tako

postupi), ili c) kada smeštaj kod trećih lica nije u najboljem interesu deteta.54

Posebno je pitanje kako tretirati situaciju kada je roditelj koji je odveo

dete u opasnosti, a ne direktno dete. Kako uostalom razlikovati fizičku opasnost

ili psihičku traumu koja se pričinjava detetu od one koja se čini roditelju. Zar ne

postoji psihičko nasilje nad detetom ako svakodnevno posmatra kako jedan

roditelj fizički zlostavlja drugog?

Što se tiče uporednog prava situacija je vrlo različita i ne postoji uvek

isti stav, čak i u okvirima iste države. Tako je u jednom slučaju Parsons c.

Styger,55 doneta odluka o povratku deteta iz Kanade u Kaliforniju (SAD) budući

da je nasilje od strane muža bilo upereno prema supruzi a ne detetu.

Istovremeno, majka nije pružila dovoljno uverljive dokaze o nasilju prema njoj.

Međutim u jednom drugom vrlo poznatom slučaju Pollastro c. Pollastro isti sud

je odbio povratak deteta jer je majka, koja je dete odvela, uspela dokazati da je

bila žrtva nasilja od strane muža.56 Prema ovoj odluci nasilje jednog roditelja

prema drugom može dovesti dete u situaciju fizičke ili psihičke opasnosti čak i

u situaciji kada se nasilje ne koristi direktno protiv njega. Počevši od ove odluke

52 Neposredni povod je bio “the Wood case”. U ovom slučaju majka je svoje dvoje dece odvela iz

Australije u Švajcarsku. Pošto je slučaj otkriven deca su joj oduzeta i smeštena u instituciju na

godinu dana do povratka u Australiju. Kada je došlo vreme za povratak deca su prisilno uvedena u

avion. Po dolasku u Australiju deca su ponovo smeštena u hraniteljsku porodicu budući da se otac

nije mogao starati o njima. Majka se nije vratila u Australiju da ne bi bila krivično gonjena zbog

otmice dece. U međuvremenu deca su promenila nekoliko hraniteljskih porodica. Konačno je

australijski sud odlučio da se majci poveri vršenje roditeljskog prava i deca su vraćena u

Švajcarsku. Ukratko deca su bila kod majke kao i pre otpočinjanja postupka za povratak, ali su

preživela veliki stres tokom trajanja postupka.

53 Zakon je dostupan na: www.admin.ch/ch/f/ff/2008/33.pdf. Za vreme zasedanja 5.sednice

Specijalne Komisije Haške konvencije švajcarska delegacija je predložila ovaj tekst kao dopunu

čl.13.st.b. Velikom većinom predlog je odbačen najviše zbog korišćenja izraza "najbolji interes

deteta". To je protumačeno kao prvi korak ka širokom tumačenju navedenog izuzetka iz čl.13.

SAD su smatrale da se upravo najbolji interes deteta ostvaruje kroz njegov povratak. Videti:

Weiner, *loc. cit*., str. 339-340.

54 Upravo se na ovaj zakon pozvao Švajcarski federalni sud u jednoj od najnovijih odluka koje se

tiču povratka deteta. Videti: 5A\_479/2012, IIe Cour de droit civil, arrêt du TF 13 juillet 2012,

HC/E/CH 1179.

55 U pitanju je odluka Vrhovnog suda Ontaria : Parsons v. Styger (1989), 67 O.R. (2d) 1 (L.J.S.C.),

aff’d (1989) 67 O.R. (2d) 11 (C.A.), HC/E/CA 16.

56 Pollastro v. Pollastro [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), HC/E/CA 373.

42

sudovi u Kanadi sve više prihvataju ideju da ozbiljan rizik po fizičko i psihičko

stanje roditelja predstavlja takođe ozbiljan rizik za dete što opravdava primenu

izuzetka iz čl13.st.1b.57

***4. 2. Protivljenje deteta povratku u državu uobičajenog boravišta***

Kada je u pitanju protivljenje deteta povratku, treba reći da se ovaj

izuzetak često kombinuje sa drugim.58 Konvencija o pravima deteta garantuje

detetu koje je sposobno da formira mišljenje pravo da slobodno izrazi svoje

mišljenje o svim pitanjima koje ga se tiču.59 Mišljenje deteta, kao i u svim

drugim postupcima, biće uzeto u obzir pod uslovom da je dete sposobno

formirati mišljenje. Pri tome, od "najboljeg interesa deteta" zavisi kakav će se

značaj dati mišljenju deteta, odnosno hoće li se navedeno mišljenje usvojiti.

Tvorci Haške konvencije bili su svesni značaja mišljenja deteta prilikom

donošenja odluke o povratku u slučajevima prekograničnog odvođenja.60 Tako,

prema pomenutom međunarodnom ugovoru, "sudski ili administrativni organ

može odbiti da naloži povratak deteta ako utvrdi kako se dete protivi povratku i

da je dostiglo uzrast i stepen zrelosti u kojem je opravdano uzeti u obzir njegovo

mišljenje".61

Treba reći da, za razliku od Pravila Brisela 2 bis,62 Haška konvencija ne

priznaje izričito pravo deteta da bude saslušano. Ipak, iako se u Haškoj

konvenciji ne pravi aluzija na potrebu direktnog saslušanja deteta, može se reći

da su upravo ovi izuzeci inspirisani potrebom zaštite "najboljeg interesa

deteta."63 Utvrđivanje ovog interesa bez mišljenja deteta teško da je moguće.

57 Videti: Apelacionog suda Kvebeka (Kanada), N.P. v. A.B.P., [1999] R.D.F. 38 (Que. C.A.),

HC/E/CA 764.

58 Najčešće se smatra kako jasno iskazano protivljenje deteta povratku može značiti kako bi se dete

dovelo u "nepodnošljivu situaciju ukoliko bi se vratilo u državu uobičajenog boravišta. See, for

example: The Ontario Court v. M. and M. (Abduction: Children's Objections) [1997] 1 FLR 475,

[1997] Fam Law 227, HC/E/UKe 33; Re T. (Abduction: Child’s Objections to Return) [2000] 2

FCR 159, HC/E/UKe 270.

59 Videti: čl. 12. KPD.

60 Videti, na primer slučaj W. v. W. 2003 SCLR 478, HC/E/UKs 508, gde škotski sud u kontekstu

protivljenja deteta od 9 godina navodi da ukoliko je stav deteta sasvim definisan i snažno iskazan,

predstavlja važan faktor u vršenju sudske diskrecije. Razlozi zbog koji dete nije htelo da se vrati u

Australiju bili su: očevo ponašanje prema njoj i njenoj sestri bliznakinji dok su živeli u Australiji,

strah da ne budu razdvojene od majke, želja da nastavi školovanje u Škotskoj.

61 Čl. 13. Haške Konvencije.

62 Ova Pravila je doneo Savet Evropske Unije. U Uredbi Saveta (EC) No 2201/2003 (Brussels II

bis) u čl. 11. st. 2. predviđa se mogućnost da dete bude saslušano prilikom primene odredbi čl. 12

i 13. Haške Konvencije, izuzev ako bi to bilo nesaglasno sa njegovim godinama i njegovom

zrelošću. Pravo deteta da slobodno izrazi svoje mišljenje predviđeno je i u Povelji o osnovnim

slobodama Evropske Unije (2000/C 364/01) u čl. 24. st. 1.

63 U prilog tome govori i sudska praksa. Tako, u obrazloženju odluke u slučaju Director General,

Department of Community Services v. De Lewinski (1996) FLC 92-674, sudija Nicholson CJ

navodi: "politika Konvencije se ne podriva saslušanjem onoga što dete ima reći i doslovnim

shvatanjem izraza ''protivljenje''. To je zbog toga što sud treba načiniti kritičku procenu u pogledu

uzrasta i zrelosti deteta, te da li se u okolnostima konkretnog slučaja može vršiti diskreciono

ovlašćenje kojim se odbija povratak deteta." [[1996] FLC 92-674 at 83,017].

43

Bez obzira što je postupak hitan, budući da mora biti pravnosnažno okončan za

šest nedelja, u slučajevima kada se ističe jedan od razloga za odbijanje zahteva

za povraćaj mora se sprovesti dokazni postupak. U ovom pogledu u sklopu

postupka mora se saslušati i dete, bez obzira što sud ne rešava meritorno pitanje

vršenja roditeljskog prava.64

Pored ovoga, na ovaj način se prihvata mogućnost da mišljenje deteta o

svom povratku ili nepovratku može biti odlučujuće u situaciji ako po mišljenju

suda ima dovoljno godina i ako je dovoljno zrelo. Detetu je tako data mogućnost

da interpretira svoj sopstveni interes. Ova odredba može postati opasna ako bi se

detetu direktno postavilo pitanje u pogledu povratka.65 Ono izvesno može imati

jasnu predstavu situacije ali koje takođe može biti pod velikim psihičkim

pritiskom ako smatra da mora da bira između dva roditelja.66

Kao što je rečeno, sudovi su u obavezi uzeti u obzir mišljenje deteta

kada se dete suprotstavlja povratku a dostiglo je onaj uzrast ili stepen zrelosti u

kojem je sposobno formirati mišljenje67. Sud koji odlučuje o povratku deteta nije

u ovom slučaju vezan njegovim iznetim mišljenjem. Iako mišljenje deteta

predstavlja važan elemenat odluke, ono se ne može, međutim, pretvoriti u pravo

apsolutnog veta.68 Ovakvo mišljenje je zastupljeno u praksi sudova u Srbiji,69

kao i Suda za ljudska prava u Strazburu. 70/71 Sud može, ali i ne mora uvažiti

64 I Specijalna Komisija za paktičnu primenu Haških Konvencija iz 1980. i 1996. godine (1 - 10

jun 2011) u svojim Zaključcima i Preporukama pozdravlja napore da se deci u skladu sa njihovim

godinama i zrelošću pruži mogućnost da budu saslušana u postupku koji se vodi za njihov

povratak prema Haškoj Konvenciji. Ovo bez obira na činjenicu da li se njegov povratak osporava

na osnovu čl. 13. st. 2. Haške Konvencije (50). Specijalna Komisija takođe naglašava značaj

potrebe da osoba koja razgovara sa detetom, bez obzira da li je to sudija, nezavisni stručnjak ili

drugo lice, koliko god je to moguće, bude obučeno za ovaj zadatak. Specijalna komisija takođe

prepoznaje potrebu da dete bude obavešteno, na način koji odgovara njegovom uzrastu i zrelosti ,

o postupku koji se vodi i njegovim mogućim posledicama.

65 Elisa Pérez-Vera, *loc..cit*, str. 433.

66 U ovom pogledu ne sme se zanemariti i uticaj roditelja koji je dete odveo, odnosno sa kojim

dete živi, sa čim se mora računati. Kao što se kaže u jednoj odluci suda u Liježu: "Iluzorno je

verovati da će dete buti potpuno otporno na ono što misli ili kaže roditelj sa kojim živi...To ne

znači da su stavovi deteta automatski sugerisani od roditelja kada ide u istom pravcu. N° de rôle:

02/7742/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, 27/5/2003, HC/E/BE 546.

67 Prema Porodičnom zakonu Republike Srbije dete ima pravo veta na odluku o povratku samo

ako ima 15 godina i sposobnost za rasuđivanje. Ovo proizlazi iz odredbe člana 60. st. 2.

Porodičnog zakona RS prema kojoj "dete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za

rasuđivanje može odlučiti sa kojim će roditeljem živeti".

68 U slučaju *Cass Civ* 1ère 8 Juillet 2010, N° de pourvoi 09-66406, HC/E/FR 1073, francuski

kasacioni sud je istakao da iako je dete dovoljno zrelo (14 godina) i ako se suprotstavlja povratku,

sama činjenica suprotstavljanja nije dovoljna da se spreči povratak.

69 Tako u jednoj odluci Vrhovni sud Srbije nije prihvatio formirano mišljenje deteta od 9 godina da

ne želi viđati svoga oca smatrajući da to nije u njegovom najboljem interesu; Judgement, Review

930/09 od 16. aprila 2009. godine, objavljena u Case-law Bulletin, 2/2009, str. 44 - 46.

70 Kao što se kaže u odluci Suda u Strazburu ECtHR, C. v. Finland*,* 9. maj 2006 (Appl. no.

18249/02), par. 58. U ovom slučaju podnosilac zahteva, Švajcarski državljanin, je imao dvoje dece

(od 10 i 11 godina) u braku sa finskom državljankom, koja su posle razvoda poverena majci.

Nakon toga majka se sa decom preselila u Finsku gde zasnovala vanbračnu zajednicu. Podnosilac

zahteva je ostao da živi u Švajcarskoj, ali je i dalje održavao lične odnose sa decom. Posle smrti

majke prvostepeni sud u Finskoj je doneo odluku da se deca povere ocu, ali je Vrhovni sud

44

mišljenje deteta u odnosu na sve druge elemente na osnovu kojih se odlučuje o

povratku deteta.72 Protivljenje deteta povratku u zemlju uobičajenog boravišta

ovom slučaju, dakle, nije odlučujuće prilikom donošenja odluke već bi trebalo

utvrditi i motivaciju ovakvog stava deteta.73 Nerealno je očekivati da roditelj ne

vrši bilo kakav uticaj na dete. Pitanje je samo da li je taj uticaj neuobičajeno

veliki.74 U tom smislu, ako se dokaže kako je protivljenje deteta povratku u

državu uobičajenog boravišta rezultat uticaja roditelja koji je dete odveo,

mišljenje deteta neće biti uvaženo.

Ipak, treba imati u vidu kako pravo deteta na mišljenje predstavlja jedno

od najznačajnih iz kataloga prava deteta prema KPD.75 Zbog toga će protivljenje

deteta, kao izuzetak od obaveze povratka, verovatno vršiti sve veći pritisak na

mehanizam Haške konvencije.

***4.3. Adaptacija deteta u novoj sredini***

Činjenica da procenu najboljeg interesa deteta prvenstveno vrši organ

države u kojoj dete ima uobičajeno mesto boravišta deteta ne znači da taj isti

interes u nekim slučajevima neće nalagati da dete ostane u novoj sredini u koju

je dovedeno. U slučaju da se dete integrisalo u novu sredinu neposredni cilj

Haške konvencije povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta ne može biti

postignut i tada više ne važi pretpostavka kako je ta zemlja u najboljoj poziciji

da reši spor.76 Stoga, ciljevi Haške konvencije moraju biti analizirani u skladu sa

okolnostima svakog slučaja i interesima deteta.

Prema tome, da bi se mogao primenio izuzetak iz čl.12. st.2. Konvencije

potrebno je da sud pronikne u situaciju u kojoj se dete našlo u novoj sredini i da

je interpretira u svetlu njenih ciljeva. Primena ovog izuzetka dolazi u obzir samo

u situaciji ako je od momenta nezakonitog odvođenja do postavljanja zahteva za

promenio odluku obrazlažući je željom dece da ostanu u Finskoj i žive sa partnerom umrle majke.

Podnosilac zahteva je reklamirao povredu čl.8. Konvencije, smatrajući da ima prednost u pogledu

staranja o detetu tim pre što je sve vreme održavao odnose sa njima. Sud u Strazburu smatra da je

odluka Vrhovnog suda motivisana jedino željom dece da ostanu u Finskoj bez razmatranja ostalih

faktora, pre svega prava podnosioca zahteva kao oca, dajući tako mišljenju deteta značaj

unconditional veto. Na osnovu svega Sud je zaključio da nisu dovoljno poštovana prava svih

učesnika u postupku te je stoga jednoglasno zaključio da postoji povreda prava iz čl.8. Konvencije.

71 Videti: Krenc, F. et Puechavy, M., *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention*

*européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, str. 86.

72 U jednoj odluci Vrhovnog suda Republike Srbije nije uzeto u obzir mišljenje deteta od 16

godina, sposobnog da formira svoje mišljenje, kako sud u obrazloženju kaže jer "dete očigledno

nije u mogućnosti da shvati šta je u njegovom najboljem interesu, zbog čega mu je potrebna

pomoć...". Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1368/2008 od 28. maja 2008. godine, objavljena

na Paragraf lex, mrežna verzija.

73 U Brussels II bis Regulation (čl. 11. st. 5.) se predviđa da se ne može odbiti povratak deteta bez

saslušanja lice koje je zahtevalo njegov povratak.

74 U jednom slučaju sud je stekao takav utisak budući da je dete od 16 godina u toku postupka

saslušanja koristilo izraz "settled".Videti: Robinson v. Robinson, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo.

1997), HC/E/USf 128.

75 Videti: Fortin, J., op. cit, str. 42.

76 Ovo je istakla Baroness Hale u presudi Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007]

UKHL 55, [2008] 1 AC 1288 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

45

povratak administrativnom ili sudskom organu države u kojoj se dete nalazi

proteklo više od godinu dana.77 Ako dete živi u stabilnoj porodičnoj sredini,

odnosno ako se integrisalo u njoj, tada će sa stanovišta zaštite njegovih najboljih

interesa u nekim slučajevima biti najbolje da tu i ostane. No, ovo ne znači da se

povratak deteta ne može narediti i ako se integrisalo u novu sredinu jer bi

suprotno postupanje sudskih ili administrativnih organa u nekim slučajevima

bilo protivno "najboljem interesu deteta". Da je takva namera tvoraca

Konvencije bila oni bi to izričito i rekli.78 U odsustvu ovakve izričiti odredbe u

Konvenciji treba uzeti da sud raspolaže sa diskrecionim pravom da u ovom

slučaju naredi povratak deteta.79

Retke su odluke u sudskoj praksi prema kojima se odluka o nevraćanju

deteta zasniva isključivo na članu 12. Haške konvencije. Uglavnom se

integracija deteta u novoj sredini kao razlog odbijanja ističe u kombinaciji sa

drugim izuzecima. Jedna od ovakvih prvih odluka doneta je od strane američkog

suda u slučaju Wojcik v. Wojcik još iz 1997. godine.80 U ovom slučaju je

proteklo 18 meseci od momenta odvođenja deteta do početka sudske procedure

za njegovo vraćanje.81 U nekim slučajevima roditelj skriva dete u novoj sredini,

ponekad mu čak menja i identitet. Ta činjenica ne dovodi do zastoja roka

predviđenog u čl.12. Haške konvencije, ali je važna kod dokazivanja integracije

deteta u novu sredinu.82 U svakom slučaju, kako proističe iz postojeće sudske

prakse nacionalnih sudova, što je vreme integracije deteta u novoj sredini kraće

to dokazi za nju moraju biti što solidniji.83 U sudskoj praksi je pojam integracije

deteta nejednako tumači. Neki ovaj pojam tumače isključivo u jezičkom smislu

reči i pri tome pored integracije deteta u novu sredinu kao razlog odbijanja

zahteva za povratak ističu i da to nije u skladu sa najboljim interesima deteta.84

Druge zemlje ovaj pojam tumače u skladu sa ciljevima Haške konvencije.

Brojnije su ove druge zemlje. U ovim slučajevima sudovi se izričito ne bave

pitanjem zaštite najboljeg interesa deteta. Roditelj koji je dete odveo mora

77 Čl. 12. st. 1. Haške Konvencije.

78 Za baronesu Hejl na ovo upućuje formulacija "shall ...unless" iz člana 12. Haške Konvencije.

Videti: Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

79 Međutim, u nekim sudskim odlukama se može naći stav da sud nema nikakvo diskreciono pravo

u slučaju primene čl.12. st.2, već da se u tom slučaju Haška konvencija neće biti primenjena,

odnosno dete neće biti vraćeno. Videti: State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21

Fam. LR 567, HC/E/AU 232.

80 Wojcik v. Wojcik, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997), HC/E/USf 105; Od novijih treba

pomenuti: Kubera v. Kubera, 2010 BCCA 118, HC/E/CA 1041.

81 Sud nije prihvatio argumentaciju oca koji je tražio povratak deteta da procedura za vraćanje

počinje u momentu kada je njegov zahtev prosleđen Centralnom organu SAD. Na isti način

momenat otpočinjanja procedure protumačen je i u odluci Apelacionog suda u Kanadi u slučaju

V.B.M. v. D.L.J. [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56 , HC/E/CA 592 [26].

82 Re C. (Abduction: Settlement) [2004] EWHC 1245, HC/E/UKe 596.

83 Kako se može zaključiti iz odluke Perrin v. Perrin 1994 SC 45, HC/E/UKs 108.

84 France, Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 décembre 2006, 06-13177; Secretary, Attorney-

General's Department v. T.S. (2001) FLC 93-063, HC/E/AU 823; 7Ob573/90 Oberster

Gerichtshof, 17/05/1990, HC/E/AT 378; Präsidium des Bezirksgerichts St. Gallen (District Court

of St. Gallen), decision of 8 September 1998, 4 PZ 98-0217/0532N, décision du 8 Septembre

1998, 4 PZ 98-0217/0532N, HC/E/CH 431.

46

dokazati ne samo da se dete adaptiralo na novu sredinu već da je u nju

integrisano. Integracija podrazumeva ne samo fizički odnos sa zajednicom i

sredinom, već i emocionalnu sigurnost i stabilnost deteta u toj novoj sredini, kao

i očekivanje da će tako i ostati u budućnosti. Izuzetak predstavlja odluka House

of Lords u *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* koja u tumačenju

pojma integracije polazi od najboljeg interesa deteta,85 koji će, kako se ističe u

odluci, u skladu sa neograničenom diskrecijom suda, u nekim slučajevima biti

uzeti u obzir u nekima ne. Interes deteta da ostane u sredini u kojoj se integrisalo

mora biti tako jak da prevazilazi ciljeve Konvencije prema kojima sud

uobičajenog mesta boravišta jedini može odlučiti o budućnosti deteta.86

**5. Zaključak**

U Haškoj Konvenciju o građanskopravnim aspektima međunarodne

otmice dece se insistira na uspostavljanju ranijeg stanja koje je postojalo do

momenta odvođenja deteta, tj. njegov povratak u uobičajeno mesto boravka.

Međutim, opravdano se može postaviti pitanje da li je povratak deteta uvek u

"najboljem interesu deteta", što je jedan od osnovnih principa iz Konvencije o

pravima deteta, koji mora biti uvek primenjen u postupcima kada se odlučuje o

njegovim pravima. Postoji realna bojazan da pozivanje na jedan ovakav krajnje

neodređen i širok princip može postati za sud samo izgovor da ne primeni

pravo, odnosno, zgodno opravdanje za svaku sudsku odluku, naročito onu

kojom se odbija povratak deteta u zemlju u kojoj dete ima "uobičajeno

boravište".

S toga osnovni problem kod primene principa " najboljeg interesa

deteta" u okvirima Haške Konvencije predstavlja ostvarivanje ravnoteže između

hitnog povratka deteta u slučaju prekograničnog odvođenja, uz uvažavanje

pravnog poretka države uobičajenog boravišta deteta, i poštovanja principa koji

zahteva prilagođavanje interesa svih ostalih pravnih subjekata interesu deteta.

Ravnoteža je nužna kako bi se u izvesnom smislu postigao kompromis između

ciljeva Haške Konvencije i principa "najboljeg interesa deteta".

Ovo se može postići samo ako se uspostavi pravna pretpostavka kako je

u "najboljem interesu deteta" u slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja

da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta. Izuzeci od navedene opšte

obaveze povratka deteta formulisani u Haškoj konvenciji nisu ništa drugo nego

osnovi za obaranje pomenute pretpostavke. Prema tome, neće biti u najboljem

interesu deteta ako bi se u slučaju njegovog povratka postoji ozbiljna opasnost

da će dete biti dovedeno u nepodnošljivu situaciju, ako se dete protivi povratku u

državu uobičajenog boravišta i ako se dete adaptiralo u novoj sredini. S obzirom

da iskazivanje "najboljeg interesa deteta" putem pretpostavki sužava diskrecioni

prostor pravnih subjekata koji navedeni princip primenjuju, ovi izuzeci

85 Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288,

HC/E/UKe 937.

86 Soucie v. Soucie 1995 SC 134, HC/E/UKs 107.

47

predstavljaju preostali diskrecioni prostor za individualnu, odnosno istinsku

primenu "najboljeg interesa deteta".

48

Dr sc. Zoran Ponjavic, full professor

Mr. sc.VeljkoVlaskovic, assistant professor

Law Faculty, University of Kragujevac

Republic of Serbia

**THE CONCEPT “THE BEST INTEREST OF THE CHILD”**

**WITHIN THE HAGUE CONVENTION OF THE CIVIL ASPECTS**

**OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION**

Summary: This paper discusses the application of the principle “the best

interest of the child” as one of the major principles within the Hague Convention

of the civil aspects of international child abduction. The question is raised

whether the child’s return is always “in his best interest”. The indefinite nature

of the phrase “in the best interest” is actually the result of the circumstances that

this principle is very individual by its character, and that its content is shaped by

each individual case. Therefore, the bodies that apply the principle “in the best

interest” have large discretionary powers. The author here expresses his concern

that resorting to such an indefinite and broad principle may become an excuse

for not applying the law that is a suitable justification for any kind of decision,

especially the one which denies the return of the child to its state of residence.

He also presents the arguments that support this concern and that can jeopardize

the system established by the Hague Convention.

It is concluded that the legislators cannot establish what is the best

interest of the child in each particular case, but that certain prerequisites can be

determined within a set of general rules. Such prerequisites would serve to

facilitate the application of the principle “the best interest of the child” and to

minimize the arbitrariness of the subjects in applying their discretionary powers.

And the preamble of the Hague Convention itself establishes a legal prerequisite

that in the case of illegal international child abduction, it is in the best interest of

the child to be promptly returned to his state of habitual residence.

The exceptions from this general obligation that the child should be

promptly returned are, nothing else, but the grounds for contesting this

prerequisite. Therefore, the realization of the concept “the best interest of the

child” within this Hague Convention may be only viewed through the prism of

the relationship between this general obligation that the child should be promptly

returned and the grounds for contesting this obligation, that is the exceptions

from this obligation.

Bearing in mind the above said, it will not be in the child’s best interest

if his return would expose the child to physical or psychological harm or

otherwise place the child in an intolerable situation, if the child objects to being

returned to his habitual place of residence and if the child has been well adjusted

in new environment. The author finally concludes that the stated exceptions

should be interpreted in a very narrow sense in order not to destroy the entire

mechanism foreseen by the Hague Convention.

49

**Key words:** the Hague Convention, child’s abduction, the best interest

of the child, legal prerequisite, exceptions