



УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



САЊА Ђ. МАРЈАНОВИЋ

**ЗАШТИТА ДЕЦЕ У ХАШКИМ КОНВЕНЦИЈАМА О
МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ**

докторска дисертација

Ниш, 2014



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



SANJA Đ. MARJANOVIĆ

**CHILDREN PROTECTION IN THE HAGUE
CONVENTIONS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

Doctoral dissertation

Niš, 2014

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

	Титула	Име и презиме	Звање	Назив универзитета и факултета/института
Ментор	Доктор правних наука	Мирко Живковић	Редовни професор	Универзитет у Нишу/Правни факултет
Члан комисије	Доктор правних наука	Бернадет Бордаш	Редовни професор	Универзитет у Новом Саду/Правни факултет
Члан комисије	Доктор правних наука	Давор Бабић	Ванредни професор	Свеучилиште у Загребу /Правни факултет

	Дан	Месец	Година
Датум одбране	30	01	2015

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов дисертације	Заштита деце у хашким конвенцијама о међународном приватном праву
Резиме	<p>Од доношења Конвенције о правима детета (1989), принцип најбољег интереса детета прожео је све гране права, тако да ни међународно приватно право није никакав изузетак. Међутим, његова примена овде доводи до низа специфичних питања, између осталих, и којом техником омогућити заштиту детета – националним кодификацијама међународног приватног права или међународним конвенцијама. С обзиром да ефикасна заштита у прекограничним случајевима захтева сарадњу између држава, вишестране конвенције се чине погоднијим методом. У том смислу, једина глобална међународна организација која систематски приступа овом проблему је Хашка конференција за међународно приватно право. У оквиру ње настао је хашки систем заштите деце који уређује материју родитељске одговорности, међународног усвојења, обавезе издржавања деце и отмицу деце. Циљ дисертације је да докаже да је реч о систему који повезују идеје заједничке свим конвенцијама које га чине, без обзира на чињеницу да су оне посвећене различитим питањима и да је уобичајено да се посматрају независно. Оне су значајне зато што омогућавају, у зависности од конкретног питања, унификацију норми о надлежности, меродавном праву, међусобном признању и извршењу одлука. Осим тога, њима се успоставља систем међународне сарадње чије је добро функционисање неопходно за правилну примену унификованих норми. За она питања поводом којих се унификација није могла постићи, сарадња је једини начин за заштиту деце. Поред тога, дисертација се заснива на идеји да је</p>

	<p>хашки систем заправо продужена рука Конвенције о правима детета у материји међународног приватног права. С обзиром да Европска унија у исто време ствара и сопствени (европски) систем међународног приватног права, веома је важно утврдити његову корелацију са решењима хашког система заштите деце. Она у том смислу представљају модел за решења у међународном приватном праву Европске уније. Осим тога, хашки систем се може анализирати и с аспекта корелације са вишестраним конвенцијама других међународних организација које је Србија ратификовала (УН, Савет Европе). Све то има за циљ да докаже да једино хашки систем на свеобухватан начин штити принцип најбољег интереса детета, те да је неопходно да Србија заокружи систем заштите деце у међународном приватном праву ратификацијом свих релевантних хашких конвенција.</p>
Кључне речи	<p>Хашка конференција за међународно приватно право, најбољи интерес детета, хашки систем заштите деце, европски систем заштите деце, међународно приватно право Србије, међународно усвојење, незаконито одвођење и задржавање деце, издржавање деце, родитељска одговорност</p>
Научна област	Право
Ужа научна област	Међународно приватно право
УДК	341.96:341.231.14-053.2

DATA ON DOCTORAL DISSERTATION

Title of dissertation	Children Protection in the Hague Conventions on Private International Law
Summary	<p>Since the adoption of the Convention on the Rights of the Child (1989), the principle of the best interest of the child has permeated all branches of law. Private International Law (PIL) is no exception. However, the application of this principle in PIL raises a number of specific issues, including among others the mechanism for providing child protection – the national codification of Private International Law or international conventions. Given the fact that effective legal protection in cross-border cases calls for cooperation between states, multilateral conventions appear to be a more appropriate method. In this context, the Hague Conference on Private International Law is the only global international organization that systematically approaches this problem. This organization has developed the Hague child protection system which regulates matters of parental responsibility, international adoption, child support obligations and child abduction. The aim of this dissertation is to prove that the Hague child protection system is based on common ideas embodied in all constituent Hague conventions, in spite of the fact that they deal with different issues and are commonly observed in isolation. They are important because, depending on the specific issue, they provide the unification of jurisdiction rules, applicable law, mutual recognition and enforcement of judgments. Moreover, they establish a system of international cooperation, whose efficiency is a prerequisite for the proper application of the unified norms. Cooperation is the only way of protecting children in matters where the unification could not be achieved. In addition, the thesis is based on the conception that the Hague child protection system is actually an extended and far-reaching arm of the Convention on the Rights of the Child in private international law matters. Given that the European Union has been concurrently creating its own (EU) system of private international law,</p>

	<p>it is very important to determine its correlation with the solutions envisaged in the Hague child protection system. Hence, these solutions may serve as a model for envisaging legal solution in the Private International Law of the European Union. Furthermore, the Hague child protection system can be analyzed from the aspect of its correlation with multilateral conventions of other international organizations (UN, Council of Europe) which have been ratified by the Republic of Serbia. The ultimate objective of this thesis is to prove that the Hague child protection system is the only comprehensive system for protecting the best interests of the child, which further implies that the Republic of Serbia shall finalize the process of creating its own comprehensive child protection system by ratifying all relevant Hague conventions.</p>
<p>Key words</p>	<p>Hague Conference on Private International Law, best interest of the child, Hague system of child protection, European system of child protection, Private International Law of the Republic of Serbia, international adoption, wrongful removal and retention of children, child support, parental responsibility</p>
<p>Academic expertise</p>	<p>Law</p>
<p>Ужа научна област</p>	<p>Private International Law</p>
<p>UDK</p>	<p>341.96:341.231.14-053.2</p>

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
ПРВИ ДЕО	
НАСТАНАК И РАЗВОЈ ХАШКИХ КОНВЕНЦИЈА О ЗАШТИТИ ДЕЦЕ.....	10
Претходна разматрања.....	10
Глава I	
Заштита деце у старим хашким конвенцијама.....	12
Претходна разматрања	12
1. <i>Карактеристике Конвенције 1902</i>	<i>13</i>
1.1. <i>Ограничено поље примене</i>	<i>13</i>
1.2. <i>Однос држављанства и уобичајеног боравишта.....</i>	<i>14</i>
1.3. <i>Затвореност Хашке конференције.....</i>	<i>15</i>
2. <i>Утицај Конвенције 1902 на даљи развој заштите деце</i>	<i>16</i>
Глава II	
Заштита деце у средњем периоду – почетак стварања хашког система	20
Претходна разматрања	20
1. <i>Карактеристике средњег периода хашких конвенција о заштити деце.....</i>	<i>21</i>
1.1. <i>Однос држављанства и уобичајеног боравишта детета.....</i>	<i>21</i>
1.1.1. <i>Lex fori in foro proprio</i>	<i>22</i>
1.1.2. <i>Однос држављанства и уобичајеног боравишта</i> <i>детета кроз принцип favor filii (creditoris)</i>	<i>29</i>
1.1.3. <i>Проблем позитивног сукоба држављанства.....</i>	<i>30</i>
1.1.4. <i>Систем признања и извршења одлука</i> <i>о издржавању – индиректна надлежност</i>	<i>35</i>
1.1.5. <i>Принцип универзалне примене</i> <i>и принцип узајамности.....</i>	<i>38</i>
2. <i>Значај хашких конвенција средњег периода.....</i>	<i>43</i>
ДРУГИ ДЕО	
СТВАРАЊЕ МОДЕРНОГ ХАШКОГ СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ	45
Претходна разматрања.....	45
Глава I	
Настанак и развој модерног хашког система за заштиту деце и утицај Конвенције о правима детета	47

1. Обавеза међудржавне сарадње према Конвенцији правима детета и модерни хашки систем заштите деце.....	47
2. Посебна права детета и улога модерног хашког система заштите деце.....	48
2.1. Родитељско право и алтернативни облици старања над децом.....	48
2.2. Назаконито одвођење или задржавање деце.....	50
2.3. Међународно усвојење као трајни облик збрињавања детета.....	50
2.4. Право детета на издржавање.....	51
2.5. Заштита права детета које има или тражи статус избеглице.....	52
2.6. Право детета на мишљење.....	53

Глава II

Опште карактеристике хашког система заштите деце.....	54
Претходна разматрања	54
1. Континуитет заштите деце у оквиру хашког система.....	55
2. Заједничке идеје хашког система заштите деце.....	57
2.1. Аутономни појам детета	57
2.1.1. Од појма малолетника до појма детета	58
2.1.2. Појам детета у модерном хашком систему заштите деце	60
2.2. Уобичајено боравиште детета и његове функције у хашком систему заштите деце.....	63
2.2.1. Уобичајено боравиште детета као вид специјализације општег појма уобичајеног боравишта физичког лица	63
2.2.2. Посебан појам уобичајеног боравишта детета и начини његовог утврђивања.....	65
А) Тест родитељског права (parental rights test).....	69
Б) Тест „дете у фокусу“.....	70
В) Тест фактичких околности	71
2.2.3. Утврђивање уобичајеног боравишта детета – посебни проблеми	71

А) Утврђивање уобичајеног боравишта деце комбинованим приступом - деца на школовању у иностранству и деца млађег узраста.....	72
Б) Деца без уобичајеног боравишта, деца која се скривају и деца са више од једног уобичајеног боравишта.....	78
В) Неопходност боравишта као услова за стицање уобичајеног боравишта детета у атипичним ситуацијама.....	84
2.2.4. Однос уобичајеног боравишта и држављанство детета у хашким конвенцијама модерног периода.....	100
2.2.5. Уобичајено боравиште детета у праву Републике Србије.....	104
3. Међународна сарадња држава уговорница.....	106
3.1. Улога централних органа	106
3.2. Конвенција 2007 и Њујоршка конвенција у светлу заштите поверилаца издржавања.....	114
4. Подела конвенција које чине хашки систем заштите деце.....	123

ДЕО ТРЕЋИ

НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА У ХАШКОМ СИСТЕМУ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ

Претходна разматрања..... 126

Глава I

Принцип најбољег интереса детета у заједничким

општим установама хашког система..... 130

1. Опште установе заједничке за све конвенције..... 130

1.1. Квалификација

1.1.1. Родитељска одговорност и њен правни основ..... 130

1.1.2. Право на виђање као право вета – аутономна
квалификација и заштита детета
(право на старање новог доба)..... 133

1.2. Јавни поредак..... 140

2. Опште установе заједничке за поједине конвенције

2.1. Renvoi

2.2. Претходно питање у материји издржавања - заједнички
проблем Протокола 2007 и Конвенције 2007..... 148

Глава II

Заштита најбољег интереса детета и метод унификације	160
1. Међународна надлежност.....	160
1.1. Директна надлежност - <i>forum proprio</i> као заштита најбољег интереса детета.....	161
1.1.1. Категоријална конкретизација (заштита <i>in abstracto</i>)	161
А) Уобичајено боравиште детета и присуство детета као алтернатива	161
Б) Литиспенденција и најбољи интерес детета	167
В) Надлежност за хитне и привремене мере.....	168
1.1.2. Конкретно повољнија надлежност.....	172
А) Најбољи интерес детета као директан критеријум надлежности - трансфер (уступање) надлежности	172
Б) <i>Forum divortii</i> као равнотежа између најбољег интереса детета, интереса родитеља и интереса државе	176
1.1.3. Однос категоријално повољнијих и конкретно повољнијих основа надлежности	183
1.1.4. Негативна надлежност у материји издржавања - равнотежа између интереса деце и интереса дужника	188
А) Право на ефикасан приступ поступцима као право детета	190
Б) Право на ефикасан приступ поступцима као право дужника.....	191
1.2. Индиректна надлежност	195
1.2.1. Заштита деце унификацијом критеријума индиректне надлежности – постављање проблема	195
1.2.2. Систем огледала Конвенције 2007.....	199
А) Систем огледала специфичан за обавезу издржавање деце – критеријум уобичајеног боравишта детета уместо уобичајеног боравишта повериоца.....	199
Б) Систем огледала заједнички за све категорије поверилаца	201

б1) Атракција надлежности поводом спора о пореклу детета.....	204
б2) Изворна и изведена атракција надлежности – садејство Конвенције 2007 и Конвенције 1996.....	208
В) Систем огледала неприменљив на децу – домашај аутономије воље	211
2. Меродавно право.....	215
2.1. Аутономија воље и објективне тачке везивања (<i>lex fori in foro proprio</i>).....	215
2.1.1. Протокол 2007.....	216
А) Корелација меродавног права и надлежности – изричит и прећутни принцип <i>lex fori in foro proprio</i>	216
Б) Аутономија воље и <i>lex fori in foro proprio</i>	219
В) Заједничко држављанство	224
2.1.2. Однос Протокола 2007 и норми о надлежности ЗРСЗ-а и Нацрта	227
А) Пожељна симетрија.....	232
Б) Неопходна симетрија	232
В) Сувишна симетрија	234
Г) Основи надлежности према Нацрту и њихов значај у контексту Протокола 2007 и Конвенције 2007	234
Д) Двострани уговори и надлежност	236
2.1.3. Конвенција 1996.....	238
А) Аутономија воље.....	238
Б) <i>Ex lege</i> родитељска одговорност	241
В) <i>Lex fori in foro proprio</i>	243
Г) Клаузула одступања.....	244
Д) Однос клаузуле одступања и трансфера надлежности	248
3. Системи признања и извршења	249
3.1. Систем признања <i>ipso iure</i> – погодност за дете, бојазан за државу признања.....	250
3.1.1. Одлике система признања <i>ipso iure</i>	250

3.1.2. Класичан систем признања – равнотежа интереса детета и одраслог лица.....	255
А) Најбољи интерес детета као услов за признање мера за заштиту	256
а1) Право детета на мишљење.....	256
а2) Противречност одлука.....	258
а3) Равнотежа интереса детета и одраслог у поступку „признања унапред“	259
Б) Најбољи интерес детета као услов за извршење мера за заштиту	260
3.2. Класични систем признања у материји издржавања деце.....	262
3.2.1. Основне карактеристике конвенцијског система признања и извршења	262
3.2.2. Право на правну помоћ – право деце али и дужника	265
3.2.3. Систем признања Конвенције 2007 - разлика у односу на Конвенцију 1996 и Конвенцију 1993 и разлика у праву детета које се штити	272

Глава III

Најбољи интерес детета и метод сарадње	273
1. Метод сарадње у светлу метода унификације (сарадња у ширем смислу).....	273
1.1. Родитељска одговорност и издржавање деце	273
2. Метод сарадње као главни метод (сарадња у ужем смислу)	274
2.1. Незаконито одвођење и задржавање деце	274
2.1.1. Изузеци од обавезе повратка детета.....	275
А) Изузетак опасности	278
Б) Изузетак људских права	284
В) Изузетак мишљења детета	290
2.1.2. Конвенција 1980 пред Европским судом за људска права – проблем пуног теста најбољег интереса детета.....	292
2.1.3. Однос Конвенције 1980 и Конвенције 1996 – ривалство или партнерство?.....	315
А) Конвенција 1996 као једини начин за повратак детета	316

Б) Сукцесивна примена Конвенције 1980 и Конвенције 1996.....	319
В) Право на виђање	324
Г) Однос Конвенције 1980 и Конвенције 1996 према Европској конвенцији 1980.....	326
2.2. Међународно усвојење.....	331
Претходна разматрања.....	331
2.2.1. Најбољи интерес детета и принципи Конвенције 1993.....	332
А) Принцип најбољег интереса детета и принцип (двоструке) супсидијарности	333
2.2.2. Заштита детета пре покретања поступка заснивања међународног усвојења.....	335
А) Принцип супсидијарности и принцип најбољег интереса детета	335
Б) Врсте усвојења у којима се дете штити.....	342
В) Мобилни сукоб закона и уступање надлежности.....	347
Г) Заштита посебних категорија деце – деца избеглице без пратње	348
2.2.3. Заштита деце у току поступка усвојења и пост-адоптивна заштита	356
2.2.4. Утицај Конвенције 1993 на породично међународно приватно право Србије.....	361

ДЕО ЧЕТВРТИ

КОРЕЛАЦИЈА МОДЕРНОГ ХАШКОГ СИСТЕМА ЗА ЗАШТИТУ ДЕЦЕ

И МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ..... 365

Претходна разматрања..... 365

Глава I

Директни утицај модерног хашког система заштите деце

на међународно приватно право ЕУ..... 367

1. Регулатива Издржавање и Протокол 2007..... 367

2. Регулатива Издржавање и Конвенција 2007..... 374

3. Регулатива Брисел IIbis и Конвенција 1980..... 378

3.1. Опште карактеристике европеизоване Конвенције 1980..... 379

3.2. Сукоб принципа најбољег интереса детета и принципа међусобног поверења и сарадње	381
Глава II	
Индиректни утицај	395
1. Регулатива Брисел IIbis и Конвенција 1996	395
ЗАКЉУЧАК	406
СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....	412
ПРИЛОГ 1	
СПИСАК СУДСКИХ ОДЛУКА.....	431
ПРИЛОГ 2	
СПИСАК КОРИШЋЕНИХ СКРАЋЕНИЦА	439
БИОГРАФИЈА АУТОРА.....	441
ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ	
ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ	442
ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ	443

УВОД

Заштита деце и промовисање принципа најбољег интереса детета представљају данас општеприхваћене вредности у највећем броју националних система породичног права. Ипак, пут детета од објекта до субјекта заштите био је дугачак.¹ Прекретницу представља 1989. година и доношење Конвенције о правима детета,² која утемељује читав корпус права детета и промовише принцип најбољег интереса детета. Притом, ова Конвенција је оставила дубок траг и на унутрашњем и на међународном плану - дете данас, као *грађанин света*,³ није субјект само националног права већ и породичног међународног приватног права.⁴ Другим речима, његова заштита је неопходна како у чисто унутрашњим односима тако и у прекограничним породичним односима. Стога је, сасвим очекивано, принцип најбољег интереса детета прожео све гране права, тако да ни међународно приватно право није никакав изузетак. Међутим, његова примена овде доводи до низа специфичних питања, између осталих, и којом техником омогућити заштиту детета – националним кодификацијама међународног приватног права или се, пак, ослонити на међународне конвенције. С обзиром да ефикасна заштита у прекограничним случајевима захтева *сарадњу између држава*, вишестране конвенције се чине погоднијим методом за постизање овог циља. Може звучати изненађујуће, али постизање компромиса у погледу заштите најбољег интереса детета у *светском* међународном приватном праву није лак задатак будући да свака држава има своје виђење овог принципа.⁵ Да би се заштита деце ипак остварила на потпунији начин, потребно је да се универзални принципи Конвенције о правима детета пренесу и у међународне изворе међународног приватног права, како би били

¹ Иако је још Декларација УН о правима детета (1959) у Преамбули предвидела да је „детету, с обзиром на његову физичку и менталну незрелост, потребна посебна заштита и брига, укључујући одговарајућу правну заштиту како пре, тако и после рођења.“

² *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ - Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

³ Е.М.Н. Hirsch Ballin, *Children as world citizens*, Globalization of child law, The Role of the Hague conventions (eds. Sh. Detrick, P.Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999, p. 7.

⁴ Због тога се Конвенција о правима детета у литератури каткада назива и *Carta Magna* о правима детета. Видети J.A.Pérez Beviá, S.García Cano, *Contribución de la conferencia de la Haya a la globalización de los derechos del niño*, Globalización y derecho (eds. A.L. Calvo Caravaca, P. Blanco-Morales Limones), Madrid, 2003, p. 463.

⁵ О начинима конкретизације принципа најбољег интереса детета видети више *infra* стр. 126-129.

конкретизовани или ближе објашњени у складу са материјом коју уређују. Но, на том путу препреке су велике. С једне стране, различита схватања националних законодаваца о томе шта *јесте* или, можда извесније, шта *није* најбољи интерес *деце као групе*, пресликава се и на терен међународног приватног права. Такође, тумачење шта је најбољи интерес *конкретног* детета у *конкретној ситуацији* препуштено је често судијама који померају клатно од превише заштитничког става према детету до покушаја да помире интересе детета и интересе одраслих. Уз то, постоје и системи који за поједина питања унапред у закону прецизирају најбољи интерес детета и који су често неприхватљиви за оне друге системе права који прихватају судску конкретизацију принципа најбољег интереса детета.⁶ Дилеме у погледу утврђивања најбољег интереса детета и данас су актуелне (и бројне), утолико што домаће породично међународно приватно право не може тако једноставно да се одбрани од утицаја супстанцијалног породичног права. Породица је тесно повезана са националном културом и традицијом и зато је ова веза породичног и међународног приватног права тешко раскидива. Ипак, затвореност националних система није могућа у условима све веће глобализације. Велика кретања људи условила су и пораст броја међународних породица које, прихватајући као заједнички супстрат заједницу живота, попримају најразличитије облике (брачне, ванбрачне, истополне). Притом, какав год модел породице био у питању, потреба за заштитом деце је универзалне природе. У светлу међународног приватног права та потреба је још уочљивија јер појава међународних породица наговештава могуће деликатне проблеме прекограничног карактера. Другим речима, у погледу ових породица, „превише често констатујемо да је од безграничне љубави до границе са мржњом само један корак, који изгледа као повор за велики број деце и родитеља.“⁷

Имајући у виду наведене разлоге, веома је важно да државе у међународним конвенцијама постигну сагласност у погледу међународне надлежности, сукоба закона, признања и извршења страних одлука. Сложити се око ових питања значи и сложити се око начина заштите најбољег интереса детета.

⁶ О чему је код нас већ писано. М. Живковић, *Поверавање деце на чување и васпитање у међународном приватном праву*, Ниш, 1991, стр. 18-19. Даље Живковић, *Поверавање деце*.

⁷ А. Mancini, *La déplacement illicite international des enfants en le rôle de la Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles*, ERA-Forum scripta iuris europaei, No 1/2003, p. 125.

Конвенција о правима детета сама по себи није довољна за постизање компромиса на плану породичног међународног приватног права. Чињеница је да она препушта државама конкретизацију својих одредаба што управо и омогућава стварање разлика. Осим тога, постоје државе које нису њене чланице, а имају значајан утицај у упоредном породичном међународном приватном праву (нпр. САД). Такође, одредбе Конвенције о правима детета су, како је познато, исувише апстрактне да би биле од пресудне помоћи приликом решавања најразличитијих породичних (не)прилика. Међутим, наглашена апстрактност њених одредаба не значи да ову значајну Конвенцију можемо оставити по страни. Напротив, она је својеврсни међународни Устав о правима детета, који морамо консултовати приликом доношења појединих међународних конвенција о питањима које она уређује. Наиме, управо од преношења одредаба односно идеја ове Конвенције у вишестране уговоре међународног приватног права зависи много тога – *од могућности постизања компромиса до квалитета самих решења.*

Једина организација универзалног карактера која систематски приступа овом проблему је Хашка конференција за међународно приватно право. Она је још од оснивања (1893) преузела на себе задатак „прогресивне унификације међународног приватног права“ (члан 1 Статута) и истрајава на њему и данас. Између осталих активности које предузима на пољу међународног приватног права, она посебно настоји да обезбеди и прекограничну заштиту деце. На тај начин, Хашка конференција је постала центар међународне судске и административне сарадње у овој грани права. Као резултат свега тога, не изненађује податак да данас њене окупља више од 140 држава широм света.⁸

Када је реч о деци, основна идеја свих хашких конвенција је да деца, упркос разликама у националним системима, уживају високи степен правне сигурности у ситуацијама с међународним елементом јер су тада посебно угрожена. У том смислу, Хашка конференција је отпочела свој рад на заштити деце још 1902. године (дакле много пре Конвенције о правима детета) у оквиру тзв. *старог периода*, доношењем

⁸ Хашка конференција има 77 чланица – 76 држава и једну регионалну организацију (ЕУ). Међутим, 67 држава нечланица је обавезано неком од њених конвенција што значи да Хашка конференција окупља знатно већи број држава него што на то указује број њених чланица. Подаци доступни на www.hcch.net.

Конвенције о старатељству над малолетницима 1902 (даље Конвенција 1902).⁹ Потом је у следећем периоду (од 1956-1973. године) донето шест конвенција које су, свака на свој начин, уређивале прекограничну заштиту деце: 1) Конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања деце из 1956. године¹⁰ (даље Конвенција 1956), 2) Конвенција о признању и извршењу одлука о издржавању деце из 1958. године¹¹ (даље Конвенција 1958), 3) Конвенција о надлежности органа и меродавном праву у материји заштите малолетника из 1961. године¹² (даље Конвенција 1961), 4) Конвенција о надлежности, меродавном праву и признању одлука о усвојењу из 1965. године¹³ (даље Конвенција 1965), 5) Конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања из 1973. године (даље Конвенција Меродавно право 1973),¹⁴ и 6) Конвенција о признању и извршењу одлука о обавезама издржавања из 1973. године¹⁵ (даље Конвенција Признање 1973). Тиме је заокружена заштита деце у хашким конвенцијама у периоду који ћемо, за потребе овог рада, назвати *средњим периодом*. Коначно, наредних (за сада) пет хашких конвенција о деци донете су у последњих тридесетак година, тачније од 1980-2007. године, и представљају оно што ћемо назвати *модерним периодом заштите деце*: 1) Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године¹⁶ (даље Конвенција 1980), 2) Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из 1993. године¹⁷ (даље Конвенција 1993), 3) Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске

⁹ *Convention of 12 June 1902 relating to the settlement of guardianship of minors*. Доступна на www.hcch.net.

¹⁰ *Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children)*. Доступна на www.hcch.net.

¹¹ *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants (Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children)*. Доступна на www.hcch.net.

¹² *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants)*. Доступна на www.hcch.net.

¹³ *Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions (Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption)*. Доступна на www.hcch.net.

¹⁴ *Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations (Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires)*. Доступна на www.hcch.net.

¹⁵ *Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations (Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires)*. Доступна на www.hcch.net.

¹⁶ *Сл. лист СФРЈ Међународни уговори бр. 7/91.*

¹⁷ *Сл. гласник РС – Међународни уговори бр. 12/2013.*

одговорности и мера за заштиту деце из 1996. године¹⁸ (даље Конвенција 1996), 4) Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године¹⁹ (даље Протокол 2007) и 5) Конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања из 2007. године²⁰ (даље Конвенција 2007).

Генерално посматрано, у материји прекограничне заштите деце Хашка конференција је до сада донела конвенције посвећене следећим областима: 1) међународна отмица деце, 2) родитељско право и мере за заштиту деце (родитељска одговорност), 3) међународно усвојење и 4) издржавање. Сваких пет година, односно у одређеним временским размацима, Хашка конференција организује тзв. специјалне комисије посвећене анализи практичног функционисања појединих хашких конвенција. У раду тих комисија учествују правници из свих држава света, уговорница релевантних конвенција, односно држава које намеравају да им приступе. Осим тога, Хашка конференција је специфична још по нечему. Приликом доношења нових конвенција, она не анализира недостатке само својих конвенција већ посматра проблем кроз призму плуралитета извора, метода и циљева,²¹ те се бави недостацима и предностима и других међународних конвенција у конкретној области. Штавише, период модерних хашких конвенција обележен је и тесном сарадњом Хашке конференције са другим универзалним и регионалним организацијама, у искреној жељи да се на најбољи начин одговори потребама деце за заштитом у проблематичним породичним ситуацијама прекограничног карактера. Зато сматрам да Хашкој конференцији заслужено припада лидерско место у *глобализацији* заштите права детета у *међународном међународном приватном праву*.²² Наиме, њеним радом у овој области

¹⁸ *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants)*. Доступна на www.hcch.net.

¹⁹ *Сл. гласник РС – Међународни уговори* бр. 1/2013.

²⁰ *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille)*. Доступна на www.hcch.net.

²¹ Видети *infra* стр. 106.

²² Назив „међународно међународно приватно право“ у нашој доктрини први је употребио М. Живковић, током свог излагања на тему „Концепт редовног боравишта детета у праву Србије“ у оквиру међународне конференције о Конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, одржане од 3. до 4. фебруара 2011. године у организацији Министарства правде Републике Србије и Европске комисије - *Technical Assistance Information Exchange Instrument (TAIEX), DG Enlargement*. Презентација његовог излагања је доступна на <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html> (18.12.2013). Израз „међународно међународно приватно право“ обухвата оно што би се могло означити као међународни извори међународног приватног права.

ствара се, могли бисмо то тако назвати, *хашки систем заштите деце* у међународном приватном праву у коме се конвенције прожимају и обезбеђују континуитет заштите деце.

Међутим, треба напоменути да хашки систем заштите деце није потпун с обзиром да конвенције не обухватају све прекограничне ситуације у којима је деци потребна грађанскоправна заштита. У том смислу, ван домашаја хашких конвенција (за сада) остају статусна питања (лично име детета, пословна способност и еманципација детета), али и одређена породичноправна питања (порекло детета). Ова, условно речено, недовршеност хашког система последица је више околности. С једне стране, већ постоје међународне организације које се интензивно баве појединим од ових питања (нпр. проблем личног имена је примарни предмет интересовања Међународне комисије за грађанска стања - *C.I.E.C.*).²³ С друге стране, постизање унификованих решења за неке од наведених проблема је посебно деликатно јер је подељеност између држава на оне које примат дају држављанству или пребивалишту још увек велика, тако да би избор уобичајеног боравишта, на коме Хашка конференција инсистира, исувише подигао лествицу за многе од њих (нпр. код регулисања питања порекла детета). Осим тога, и државе чланице Хашке конференције повремено изнесу став да је још увек рано да одређена питања буду уређена међународним конвенцијама јер су разлике у националним законодавствима у том тренутку непремостиве. Коначно, поједина питања су тек недавно постала предмет пажње Хашке конференције (нпр. проблем сурогат материнства).

Ипак, чињеница да је хашки систем заштите деце недовршен не умањује његов значај. Напротив, модерне хашке конвенције су се показале веома корисним међународним инструментима. У том погледу, оне су често налик „екипи хитне помоћи која треба да пацијента што пре и што безбедније одведе у праву болницу где ће бити предузете најпогодније мере лечења.“²⁴

Наиме, иако је међународно приватно право део националног права, управо захваљујући својим међународним изворима којих је све више, оно постепено тежи да постане међународно и према својим изворима (а не само према предмету) односно да постане истински међународно – истоветно (иако не за све) за велики број држава света.

²³ Међународна комисија за грађанска стања - *La Commission Internationale de l'État Civil*, www.ciec1.org. Представници *C.I.E.C-a* редовно учествују у раду Савета за опште послове и политику Хашке конференције (Општи Савет) у својству посматрача.

²⁴ Иако је *Clive* на овај начин описао само Конвенцију 1980 и Конвенцију 1996, овај сликовити опис је једнако применљив на цео модерни хашки систем заштите деце. E. Clive, *The Role of the New*

Стога, циљ ове дисертације је да пружи објашњење зашто модерне хашке конвенције о заштити деце *граде систем* и на који начин он утиче на глобализацију права детета и остваривање принципа најбољег интереса детета. Поред тога, она треба да укаже на значај који преузимање ових конвенција има за заштиту деце у међународном приватном праву Републике Србије. Из тог разлога, она се заснива на следећим хипотезама:

1. Заштита деце у погледу појединих питања различито је спроведена и у упоредном породичном праву и у упоредном међународном приватном праву, тако да, у одређеним случајевима, мериторно решење спора зависи од чињенице у којој се држави покреће поступак. Таква ситуација у домену међународног приватног права доводи до непредвидивости меродавног права, неизвесности у погледу признања и извршења одлуке, те у коначном и правној несигурности у погледу остваривања адекватне заштите деце.

2. Модерне хашке конвенције о заштити деце чине систем који има опште (заједничке карактеристике), али и поједине особености у зависности од конкретне материје и врсте конвенције. У оквиру овог система, принцип најбољег интереса детета утицао је на решења у погледу појединих општих установа међународног приватног права (квалификација, узвраћање и преупућивање, претходно питање, јавни поредак). Такође, у зависности од тога да ли је реч о међународној надлежности, меродавном праву или признању и извршењу одлука, најбољи интерес детета се штити *in abstracto* одабиром појединих критеријума надлежности или тачака везивања (меродавно право), односно знатним поједностављењем поступка признања и извршења одлука. Осим тога, поједине конвенције предвиђају механизме којима се ова заштита *in abstracto* може конкретизовати и прилагодити најбољем интересу детета у сваком појединачном случају.

3. У систему породичног и међународног приватног права Републике Србије заштита деце није спроведена у потпуности. Поводом свих питања заштите деце које уређују модерне хашке конвенције постојећа решења у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља²⁵ (даље ЗРСЗ) и двостраним уговорима су

Protection of Children Convention, Globalization of child law: the role of the Hague conventions (eds. Sh. Detrick, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, Kluwer Law International, the Netherlands, 1999, p. 53. Даље Clive, *New Protection of Children Convention*.

²⁵ *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96.

застарела, а вишестране конвенције других међународних организација које је Република Србија ратификовала штите интересе деце у прекограничним случајевима тек фрагментарно јер нису повезане у систем.

4. Хашке конвенције у овој материји су значајне зато што омогућавају (свакако, у зависности од конкретног питања) унификацију норми о надлежности, меродавном праву, међусобном признању и извршењу одлука. Осим тога, њима се успоставља систем међународне сарадње који се заснива на принципу међусобног поверења и чије је добро функционисање неопходно за правилну примену унификованих норми. За она питања поводом којих се унификација није могла постићи, сарадња је једини начин за заштиту деце.

5. Да би хашки систем заштите деце добро функционисао у пракси, потребно је континуирано обезбедити основне предуслове – адекватну професионализацију надлежних органа примене права и праћење упоредне судске праксе. У супротном, уколико се, приликом примене, норма (било које, па и хашке) вишестране конвенције национално обоји, без интересовања за праксу других држава уговорница, доводи се у питање ефикасност целог система. Стога је неопходно повући паралелу са ситуацијом у Европској унији, најважније регионалне организације која окупља већи број најзначајнијих држава чија је пракса била пресудна за решавање практичних проблема у примени хашких конвенција. С обзиром да Европска унија у исто време ствара и сопствени (европски) систем међународног приватног права, веома је важно утврдити његову корелацију са решењима хашког система заштите деце. У том смислу, она представљају модел за решења у међународном приватном праву Европске уније, на директан и индиректан начин.

6. Поред тога, Унија располаже веома ефикасним механизмима којима постиже уједначеност праксе – деловањем Европског суда правде (*CJEU*), док Хашка конференција нема могућност за установљавање сличног органа. Практика *CJEU*, у ситуацијама ћутања Конференције, даје важне смернице за хармонизовано одређивање основних појмова који су заједнички за регулативе и хашке конвенције.

7. Осим овог суда, на функционисање хашког система, у одређеној мери, утиче и пракса Европског суда за људска права (*ECtHR*) који је оформљен у оквиру друге најважније универзалне организације – Уједињених нација. Наиме, овај суд, дајући свој допринос заштити људских права уопште, утиче на ефикасност хашких

конвенција у делу који се односи на судску и административну сарадњу. Овде се посебно има у виду Конвенција 1980.

Ради доказивања постављених хипотеза и постизања наведеног циља, дисертација је подељена на четири дела. У првом је објашњен настанак и развој хашких конвенција о заштити деце. Други део је посвећен анализи стварања модерног хашког система заштите деце, док се у наредном, трећем, делу разматрају начини на који се у њему штити принцип најбољег интереса детета. Коначно, последњи део посвећен је корелацији хашког система и система за заштиту деце који се ствара у оквиру ЕУ.

ПРВИ ДЕО

НАСТАНАК И РАЗВОЈ ХАШКИХ КОНВЕНЦИЈА О ЗАШТИТИ ДЕЦЕ

Претходна разматрања

Као што је већ наведено, заштита деце је у жижи интересовања Хашке конференције још од периода пре Првог светског рата. Наиме, у оквиру њених првих шест сесија (1893-1928), у тзв. старом периоду, усвојено је 7 конвенција међу којима је била и једна посвећена деци – Конвенција 1902. Она, стога, представља први покушај Хашке конференције да се деци пружи заштита у прекограничним случајевима, додуше у ограниченом обиму, будући да је посвећена искључиво питању организовања старатељства над малолетницима. Након тога, између шесте и седме сесије уследиле су „две деценије ћутања“²⁶ Хашке конференције. Тек 1951. године, на седмој сесији, отвара се ново поглавље у њеном раду, не само у смислу институционализације Хашке конференције као сталне организације,²⁷ већ и у погледу доношења низа конвенција усмерених на заштиту деце у различитим материјама, као што су издржавање деце, заштита малолетника и међународно усвојење.

Иако на први поглед може изгледати да је дванаест хашких конвенција о заштити деце (колико их је до сада донето), превише, ситуација је ипак другачија. Наиме, свака следећа хашка конвенција исправља слабости уочене у практичној примени претходне у конкретној материји и замењује је.²⁸ Ови проблеми су увек су били последица покушаја Хашке конференције да методом унификације помири разлике у националним правним системима држава уговорница. Оне су се, најчешће,

²⁶ Како је то описала М. Galesloot отварајући семинар „*The Globalization of Child Law: the role of the Hague Conventions*“ организован у част *Adeira Dayera*, бившег заменика Генералног секретара Хашке конференције, у Палати мира у Хагу, 13. септембра 1998. године. Видети *Globalization of child law: the role of the Hague conventions*, eds. Sh. Detrick, P. Vlaardingerbroek, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, Kluwer Law International, the Netherlands, 1999, p. 1.

²⁷ Рад на Статуту отпочео је 1951. године. Његово ступање на снагу (1955) учврстило је темеље Хашке конференције за међународно приватно право омогућивши јој да постане стална међународна организација.

²⁸ Сем Конвенције 1980 која, *stricto sensu*, нема правог претходника у хашким конвенцијама. О њеном специфичном односу са другим хашким конвенцијама видети *infra* стр. 315.

сводиле на сукоб персоналистичког и територијалистичког концепта међународног приватног права. Наиме, постојала је потреба да се, с једне стране, деци пружи ефикасна заштита у држави у којој живе, што је по правилу подразумевало окретање ка уобичајеном боравишту детета, а с друге стране, исто тако се инсистирало на држављанству као примарном критеријуму међународне надлежности и меродавног права. Ово сучељавање двеју концепција, као што се већ може запазити, сводило се на борбу за превласт између уобичајеног боравишта, новог појма изнедреног баш у овире Хашке конференције (територијалистички приступ) и држављанства коме су, традиционално, европске државе биле привржене (персоналистички приступ). Одустајање од превласти држављанства (макар у вишестраним уговорима) значило је и суштинску промену домаћег система међународног приватног права – од инструмента за заштиту домаћих држављана требало је доћи до схватања о међународном приватном праву као инструменту међународне сарадње. Другим речима, посебан изазов било је (а и остало) прихватање овакве концепције у погледу међународних извора (*међународног* међународног приватног права), с обзиром да они постају део националног права, а то значи промену идеје о улози међународног приватног права и на националном нивоу. Осим тога, развој породичног међународног приватног права, коме припада и материја заштите деце, у великој мери је под утицајем националних система (супстанцијалног) породичног права. Стога се све промене у овој сфери рефлектују и на породично међународно приватно право.

Такође, велике друштвене промене које су уследиле након два светска рата, а затим и оне које се догађају и данас, утицале су на пораст мобилности људи, стварање најпре Европске заједнице а онда и ЕУ и отварање граница између њених држава што је утицало на пораст броја међународних породица. У таквим околностима, увећао се и степен угрожености деце, а потреба за њиховом заштитом, самим тим, постала је врло значајно питање. Тога су постале свесне и друге међународне организације које се баве заштитом деце, те је уследио читав низ правних инструмената о заштити деце, од којих је, без сумње, најзначајнија Конвенција о правима детета.²⁹ Она је утицала на корените

²⁹ Пре Конвенције о правима детета, ову материју су уређивале и Женевска Декларација о правима детета коју је донела Лига народа (1924), потом, Декларација Уједињених нација о правима детета (1959), Декларација УН о друштвеним и правним принципима о заштити и добробити деце са посебним упућивањем на хранитељство и домаће и међународно усвојење (Резолуција Генералне скупштине 41/85), затим, Минимална стандардна правила УН о спровођењу малолетничког правосуђа (тзв. Пекиншка правила, Резолуција Генералне скупштине УН 40/33), Декларација УН о заштити жена и

промене националних система породичног права држава уговорница и, изричито подстичући закључивање међународних уговора, означила нову еру у раду Хашке конференције указујући на значај међудржавне сарадње. Дакле, свака наредна хашка конвенција резултат је тежње да се побољша заштита деце у хашком међународном приватном праву тако да она одговара актуелним потребама деце и степену развоја националног супстанцијалног породичног права.

Сваки од три наведена периода развоја система заштите деце обележен је одређеним заједничким карактеристикама. Стога, у циљу подробније анализе модерног хашког система заштите деце, неопходно најпре указати на карактеристике старог (Глава I) и средњег периода (Глава II) јер су тада изнедрене идеје утицале касније и на уобличавање модерних хашких конвенција.

ГЛАВА I ЗАШТИТА ДЕЦЕ У СТАРИМ ХАШКИМ КОНВЕНЦИЈАМА

Претходна разматрања

Као што је већ речено, стари период заштите деце обележен је Конвенцијом 1902 која уређује само заштиту малолетника установом старатељства, како у погледу њихове личности, тако и имовине. Иако делује неочекивано, она је још увек на снази. Наиме, од укупно 13 држава уговорница,³⁰ све сем Белгије су је или отказале или су

деце у хитним случајевима и оружаном сукобу (Резолуција Генералне скупштине УН 3328 (XXIX), Универзална декларација о људским правима из 1948. године (члан 25 став 2 који предвиђа да детињство подлеже посебној бризи и помоћи) и коначно Међународна повеља о грађанским и политичким правима из 1966. године (члан 24 став 1 који утврђује, уз забрану дискриминације, право детета на заштиту која му припада као малолетнику у односу на породицу, друштво и државу). Преамбула Конвенције о правима детета упућује на сва наведена међународна акта. Видети више о томе G. Parra-Aranguren, *The United Nations Convention on the Rights of the Child and the Hague Conventions, Globalization of Child Law, The Role of the Hague Conventions* (eds. Sh. Detrick, P.Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999, pp. 15-17. Даље Parra-Aranguren, *The United Nations Convention on the Rights of the Child and the Hague Conventions*.

³⁰ Немачка, Белгија, Шпанија, Француска, Мађарска, Италија, Луксембург, Холандија, Пољска са Данцигом (слободни град), која је приступила на основу Протокола од 28. новембра 1923. године о приступању Конвенцији о старатељству над малолетницима оних држава које нису биле представљене на трећој сесији Хашке конференције, потом, Португалија, Румунија, Швајцарска и Шведска. Подаци доступни на http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=15.

постале уговорнице Конвенције 1961 или Конвенције 1996.³¹ Услед тога, она и даље важи између Белгије и некадашњих држава уговорница Конвенције 1902 које је нису отказале (Шпанија, Италија, Луксембург, Пољска, Румунија и Португалија).³²

Конвенцију 1902, а самим тим и стари период заштите деце, карактеришу четири најважније особености – ограничено поље примене (1.1), однос држављанства и уобичајеног боравишта (1.2) и затвореност Хашке конференције (1.3). Након тога, могу се сагледати недостаци Конвенције 1902 и њихов утицај на заштиту деце у наредном, средњем периоду (2).

1. Карактеристике Конвенције 1902

1.1. Ограничено поље примене

Када је реч о пољу примене, Конвенција 1902 се односи само на малолетника који је држављанин државе уговорнице и који има уобичајено боравиште на територији једне од уговорница (члан 9 став 1). То значи да је с једне стране, географски ограниченог домаћаја, а, с друге стране, само право државе уговорнице може бити меродавно. Једини изузетак у погледу поља примене Конвенције 1902 *ratione personae* важи у случају привремених и хитних мера (чл. 7 и 8) будући да у овом случају она обухвата све малолетнике који су држављани неке од држава уговорница, без обзира на њихово уобичајено боравиште (члан 9 став 2). Ова идеја ће, уз одређене измене, бити прихваћена и у средњем (Конвенција 1961, члан 9), али и у модерном периоду (Конвенција 1996, чл. 11 и 12).

³¹ Отказале су је најпре Француска (1913), а онда, после наредних 45 година, и Шведска (1958), затим, након следећих 15 година, Мађарска (1973), те четири године касније и Швајцарска (1977) и Холандија (1977). Последња ју је отказала Немачка и то релативно скоро – 2008. године. Шпанија, Италија, Луксембург, Португалија и Пољска су постале уговорнице Конвенције 1961, а Румунија је ратификовала Конвенцију 1996 тек 2010. године (ступила је на снагу за Румунију 2011. године).

³² Што је последица члана 18 став 1 Конвенције 1961 („*In relations between the Contracting States the present Convention replaces the Convention governing the tutelle of infants, signed at The Hague on 12 June, 1902*“) и члана 51 Конвенције 1996 („*In relations between the Contracting States this Convention replaces the Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors, and the Convention governing the guardianship of minors, signed at The Hague 12 June 1902*...“).

1.2. Однос држављанства и уобичајеног боравишта

Конвенција 1902 је, као и остале хашке конвенције о породичном међународном приватном праву донете у периоду пре Првог светског рата, одраз Манџинијевог схватања о доминацији држављанства. Међутим, она је значајна зато што прва уводи критеријум који ће тек у модерном периоду постати доминантан – уобичајено боравиште детета (малолетника). Ипак, треба рећи да је у старом периоду оно тек у супсидијарном односу према држављанству. Тако, на пример, у погледу надлежности, стављање малолетника под старатељство у држави његовог држављанства увек има превагу. Чак и када држава уобичајеног боравишта малолетника предузме мере за његову заштиту (јер још увек није и формалноправно стављен под старатељство), њени надлежни органи морају одмах да обавесте националну државу малолетника о насталој ситуацији. Након добијања обавештења, органи државе држављанства треба да доставе органима државе у којој се малолетник налази повратну информацију о томе да ли је старатељство већ организовано или ће бити организовано (члан 8). Уколико је одговор државе држављанства позитиван, *forum nationalis* односно мера коју је овај већ донео односи превагу. На тај начин, заправо, надлежност државе уобичајеног боравишта за стављање малолетника под старатељство зависи од активности или пасивности државе његовог држављанства.

У погледу меродавног права, основни критеријум у Конвенцији 1902 је *lex nationalis* малолетника (члан 1). Исто тако, ако национално право малолетника не предвиђа организовање старатељства у матичној држави (јер он има уобичајено боравиште у иностранству), њен дипломатски или конзуларни представник ипак може да организује старатељство у држави уобичајеног боравишта малолетника, опет у складу са његовим *lex nationalis* (члан 2). Коначно, за тренутак и разлоге стављања под старатељство и његов престанак, меродавно је право државе чији је малолетник држављанин (члан 5). Доминација држављанства у колизионој сфери је толика да Конвенција 1902 чак не предвиђа могућност да се примена права државе држављанства (малолетника) одбије с позивом на јавни поредак. Насупрот томе, клаузула јавног поретка незаобилазна је у средњем и модерном периоду.

Осим тога, доминација држављанства се може уочити и у међусобном односу међународне надлежности и меродавног права. Као што је наведено, право државе

уобичајеног боравишта малолетника постаје меродавно за старатељство само ако *lex nationalis* не уређује ово питање јер малолетник живи у иностранству, а ни њен дипломатско-конзуларни представник није успео да организује старатељство према *lex nationalis*. Једини изузетак постоји ако се држава уобичајеног боравишта малолетника успротиви оваквој интервенцији дипломатско-конзуларног представника с обзиром да тада њено право одмах постаје меродавно (члан 3). У овој ситуацији превага држављанства је релативна јер је условљена одредбама права државе држављанства о организовању старатељства и ставом државе уобичајеног боравишта малолетника према *надлежности* дипломатско-конзуларног представника. Међутим, коначну реч о стављању малолетника под старатељство ипак има држава његовог држављанства. Наиме, и онда када је малолетник стављен под старатељство у складу са правом државе уобичајеног боравишта (члан 3), ова одлука може увек бити измењена новом одлуком органа националне државе малолетника (укључујући и одлуку њеног дипломатског односно конзуларног представника). О томе Влада државе држављанства малолетника обавештава, што је пре могуће, орган који је одлучио о старатељству или сâмог старатеља (члан 4).³³

Једини изузетак од примене *lex nationalis* (који не зависи од одредаба тог права) односи се на непокретности које су под посебним режимом у складу са правом државе у којој се налазе (члан 6). У том случају, право државе уобичајеног боравишта малолетника може одмах постати меродавно уколико се у њој налази релевантна непокретност. Ипак, с обзиром да је реч само о оним непокретностима које су под посебним режимом, шансе за непримену *lex nationalis* нису велике. Другим речима, изгледи да се на непокретну имовину малолетника примени право државе његовог уобичајеног боравишта (које коинцидира са *lex rei sitae*), тек су незнатни.

1.3. Затвореност Хашке конференције

Коначно, ограничење у погледу држава које су се могле обавезати Конвенцијом 1902 указује да је у старом периоду Хашка конференција била затворена према државама које нису биле представљене на њеним сесијама. Наиме, она је у то време

³³ За престанак претходног старатељства меродавно је право државе у којој је оно организовано (члан 4).

заиста била *конференција*, окупљајући само државе континенталне Европе, укључујући и поједина велика царства тог времена³⁴, али не и државе *common law* система, као ни државе ван Европе. Стога је Конвенције 1902 била отворена само за оне државе које су учествовале на трећој сесији Хашке конференције и које су је уједно и потписале (члан 10). Друге државе, које је нису потписале, али су такође биле представљене на овој сесији, могле су јој приступити, без могућности противљења других држава (члан 11). Поврх тога, примена Конвенције 1902 је била и додатно ограничена с обзиром да је обухватала само европске територије држава уговорница (члан 10 став 1).³⁵

2. Утицај Конвенције 1902 на даљи развој заштите деце

Конвенција 1902 има мали број држава уговорница у поређењу већином касније донетих хашких конвенција о заштити деце.³⁶ Поред тога, њена примена није била нимало лака, како би то могла да сугерише привидна једноставност њених одредаба. Тешкоће у њеној примени кулминирале су 1958. године у познатом случају *Boll*.³⁷ Подсећања ради, главно питање које је том приликом постављено Међународном суду правде тичало се права шведских власти да малолетну Елизабету Бол (*Elisabeth Boll*), холандску држављанку са уобичајеним боравиштем у Шведској, након смрти њене мајке збрину организовањем институционалног старања на основу тзв. мере заштитног васпитања.³⁸

³⁴ То су Немачка, Аустроугарска и Русија, али не и Британско Краљевство.

³⁵ Поред тога, поједине државе уговорнице су након ратификације донеле посебне законе о спровођењу Конвенције 1902 (Холандија и Шведска), док су друге дале узајамне изјаве о њеној олакшаној примени које су се односиле на начин међусобног обавештавања (Немачка и Шведска). Законе о спровођењу Конвенције 1902 донеле су: Холандија - *Loi du 7 juillet 1906* (Stbl. no. 162), *relative à l'exécution de quelques dispositions des Conventions conclues à La Haye le 12 juin 1902*: 1. *Pour régler les conflits de lois en matière de Mariage*; 2. *Pour régler la Tutelle des mineurs; approuvées par les lois du 24 juillet 1903* (Stbl. no. 231 et 233); *modifiant et complétant en outre quelques dispositions du Code civil modifié en dernier lieu par la loi du 6 février 1901* (Stbl. no. 62) и Шведска - *Loi du 8 juillet 1904 réglant certaines questions de droit international concernant le mariage et la tutelle*. Узајамне изјаве су дале Немачка и Шведска – *Déclaration entre l'Allemagne et la Suisse concernant la correspondance en matière de tutelle du 26. Juin 1914*. J. Koster, F. Bellemans, *Les conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé: Recueil de législation et de jurisprudence*, Institut intermédiaire international, Martinus Nijhoff, La Haye, 1921, pp. 716-724.

³⁶ Једини изузетак је Конвенција 1965, видети детаљније *infra* 22.

³⁷ *Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants: Netherland v. Sweden*, *International Court of Justice Report 1958*, доступан на <http://www.icj-cij.org> и <http://www.worldcourts.com> (14.09.2013).

³⁸ Случај је заснован на следећем чињеничном стању: Елизабета Бол рођена је 1945. године и имала је холандско држављанство. Њени отац, холандски држављанин, и мајка, држављанка Шведске

Међународни суд правде, први и једини пут тумачећи норме Конвенције 1902, у својој пресуди подржао је надлежност државе уобичајеног боравишта (а тиме и

(касније Холандије), били су у браку, али је Елизабета живела са мајком у Шведској код мајчиних родитеља. Након смрти мајке, 1953. године, право на старање и контролу је *ex lege* припало оцу према Грађанском закоником Холандије на основу очинске власти (*puissance paternelle*, члан 378). Потом су шведске власти, на захтев оца, који се том приликом није позивао на Елизабетино холандско држављанство, марта 1954. године регистровале његово право на старање и контролу над ћерком и одредиле за старатеља (*god man*), у складу са шведским Законом о заштити деце, Елизабетиног деду по мајци. Убрзо након тога, маја исте године, шведске власти су, у складу са шведским Законом о заштити деце и младих (1924), одредили меру тзв. заштитног васпитања (*skyddsoppfostran*) која подразумева институционалну бригу о детету. Затим је суд у Холандији Елизабетином оцу одредио заменика старатеља, холандског држављанина са пребивалиштем у Холандији, с обзиром да је отац имао право на старање и контролу по закону. Отац и заменик старатеља су се онда заједно жалили на одлуку шведских власти о смештају мале Елизабете у институцију. Међутим, шведски органи су у другостепеном поступку потврдили одлуку о заштитном васпитању. Августа исте године, на захтев Старатељског савета града Дордрехта (*Dordrecht*), Холандија, и по прибављеној сагласности оца, одређен је нови старатељ, а отац је разрешен ове дужности. Такође, истом одлуком је наређено да се дете преда новом старатељу. Септембра исте године, шведски суд је ставио ван снаге регистрацију права на старање и контролу које је имао отац и одредио да старатељство више не треба да буде организовано према шведском праву. У истој одлуци, суд је одбио да се Елизабетин деда разреши дужности, што је потврдио и Апелациони суд, али је Врховни суд 1955. године ипак одлучио да се то учини. Међутим, Елизабетин отац се, заједно са претходним замеником старатеља и новим старатељем, жалио на одлуку шведских власти о смештају Елизабете у институцију на основу мере заштитног васпитања. Упркос томе, Врховни управни суд Шведске одбио је жалбу. Пошто је шведски *Child Welfare Board* примио писмо оца и захтев који је поднео заменик старатеља, наредио је да се спроведе још једно медицинско испитивање Елизабете. На ову одлуку су отац и заменик старатеља уложили жалбу и шведске власти су октобра 1955. године одлучиле да се мера заштитног васпитања оконча. Ипак, Врховни управни суд је, поводом жалбе *Child Welfare Board*, потврдио одлуку о медицинском испитивању. Коначно, у поступку пред Међународним судом правде, Холандска влада је тврдила да Шведска крши Конвенцију 1902 јер мера заштитног васпитања није у складу са Конвенцијом, те да је Шведска дужна да је укине. С једне стране, влада Холандије је сматрала да: а) мера одређена у Шведској онемогућава спровођење старатељства одређеног у Холандији на основу Конвенције 1902; б) Шведска не може да се позива на јавни поредак јер он није предвиђен Конвенцијом; в) чак и ако би Конвенција допуштала позивање на јавни поредак, услови за то нису испуњени јер не постоји значајна веза спора са Шведском и нису наведене чињенице које би оправдале одступање од колизионих норми Конвенције. С друге стране, влада Шведске је заснивала одбрану на следећим тврдњама: а) да право на старање и контролу које је припадало оцу није обухваћено пољем примене Конвенције 1902, иако је мера заштитног васпитања уочицу на очеву право, б) да је право оца на старање и контролу резултат очинске власти (*puissance paternelle*), а не старатељства у смислу Конвенције 1902, в) да су шведске власти донеле одлуку о престанку старатељства над Елизабетом које је организовано према шведском праву након што су холандске власти уз сагласност оца пренеле старатељство са оца на новог старатеља, г) да Шведска није обавезна да призна право оца које проистиче из очинске власти (*puissance paternelle*) јер то питање остаје ван домашаја Конвенције 1902, те да д) Шведска не крши Конвенцију 1902 јер мера заштитног васпитања представља јавноправну меру која има социјални карактер и као таква она није обухваћена Конвенцијом 1902, тако да то није мера старатељства у смислу Конвенције 1902. Међународни суд правде је у својој одлуци, између осталог, навео да „... оно што шведски или холандски суд може да учини по питању старатељства, наиме, да примени странско право, у материји заштитног васпитања, (*управни органи*) ових држава не могу. Проширити Конвенцију 1902 и на ову ситуацију било би немогуће... Не постоје конкурентни захтеви у случају закона о заштити деце и младих. Такав закон нема и не може имати екстратериторијално дејство. Широко тумачење Конвенције имало би негативне последице ако би се примена шведског закона одбила у односу на холандску децу која живе у Шведској јер се холандски закон у тој материји на њих не би могао применити ... *Конвенција 1902 не може бити препрека за друштвени напредак у овој материји* ... шведски Закон о заштити деце и младих не спада у поље примене Конвенције 1902 о старатељству ... Суд не сматра да је Шведска прекршила обавезе из Конвенције.“ (истакла С.М.).

примену њеног права) у случајевима посебне заштите малолетника, чак и онда када је старатељство организовано у складу са Конвенцијом 1902:

„Конвенција 1902 као меродавно предвиђа право државе држављанства детета, које изричито обухвата и личност и сву имовину детета, али не иде даље од тога. Њена сврха је да стави тачку на различита мишљења о томе да ли предност дати држави држављанства или држави уобичајеног боравишта детета, али не предвиђа, посебно у погледу права на старање, било какав „имунитет“ детета или старатеља у погледу целог локалног права. Право држављанства и локално право могу доћи у међусобни контакт. Ипак, то не значи да право државе држављанства мора увек да има предност у односу на локално право и да је вршење овлашћења старатеља увек ван домаћаја локалних власти који су надлежни за друга питања а не за одређивање старатељства и граница овлашћења старатеља. Локални закони о обавезном образовању и здравственом надзору деце...су применљиви и на странце. Право старатеља на старање према националном праву детета нема превагу над применом оваквих закона на дете-странца...“³⁹

Случај Елизабете Бол указао је на још неке проблеме које су додатно уздрмали Конвенцију 1902. Пре свега, из образложења пресуде могу се уочити њена четири главна недостатка. Први се тиче тумачења старатељства и указује да се, у смислу Конвенције 1902, под овом правном установом не подразумева и интервенција управних органа поводом заштите малолетника на њеној територији, која има шири друштвени значај и да су норме које то регулишу, заправо, норме непосредне примене.⁴⁰ Наиме, према схватању Међународног суда правде, интервенција јавноправних прописа у материји заштите деце, не спада у појам старатељства на који се односи Конвенција 1902.⁴¹ Стога се овлашћења старатеља могу њима ограничити, у мери у којој је то неопходно ради заштите деце од негативног утицаја друштва, али и заштите друштва од негативног утицаја деце. У том погледу, *lex nationalis* нема предност коју генерално ужива према Конвенцији 1902. Тиме је заправо указано на потребу проширивања случајева одступања од примене права државе држављанства

³⁹ Наиме, како је то приметно *Nygh*, предност дата држави уобичајеног боравишта заснива се на могућности за надзор локалних власти над вршењем старатељства које се спроводи у њиховој држави, те чињеници да је Елизабета цео живот провела у Шведској, а не у држави држављанства (Холандији), у којој чак никада није ни била. Видети *P. Nygh, The Hague Convention on the Protection of Children*, NILR, XLV: 1-28, 1998, p. 4. Даље *Nygh, The Hague Convention on the Protection of Children*.

⁴⁰ О утицају пресуде Међународног суда правде у случају *Boll* на норме непосредне примене у домаћој литератури видети посебно *М. Станивуковић, М. Живковић, Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, стр. 385-386. Даље *Станивуковић, Живковић, Међународно приватно право*. У страног литератури, уместо свих: *H. Batiffol, Ph. Francescakis, L'arrêt «Boll» de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé*, RCDIP, 1959, p. 259.

⁴¹ *F. Rigaux, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Recueil des Cours, tome 213, 1989, pp. 33-34; 54.

малолетника, с обзиром да Конвенција 1902, као што смо видели, то изричито дозвољава само у погледу непокретности под посебним режимом (члан 6) или у случајевима, условно речено, пасивности националне државе малолетника (члан 3).⁴² У том смислу, одлука Суда је имала много шири значај будући да је индиректно означила почетак краја неприкосновене владавине *lex nationalis* у хашком међународном приватном праву о заштити деце. Стога је Хашка конференција почела да разматра потребу измене Конвенције 1902. Међутим, повод томе није био само пољуљани примат држављанства, већ и други недостатак Конвенције 1902 на који је опет указала пресуда у случају *Boll*. Наиме, Конвенција 1902 има строго ограничен предмет регулисања и очинска власт (односно право на старање) остаје ван њеног домаћаја. Услед тога, држава уобичајеног боравишта детета није дужна да призна очинску власт која постоји *ex lege* у држави држављанства детета. Следећа слаба тачка Конвенције 1902 односи се на немогућност позивања на јавни поредак, с обзиром да он није предвиђен Конвенцијом 1902. Тиме је, заправо, право државе уобичајеног боравишта детета стављено у истински неравноправан положај у односу на примену *lex nationalis*, без икакве могућности за контролу његових дејстава у држави у којој дете живи.

Међутим, упркос својим недостацима, Конвенција 1902 је извршила одређени утицај на даљи развој хашког међународног приватног права о заштити деце. Иако се у новијој литератури помиње само узгред, најчешће у смислу историјског подсећања, Конвенција 1902 ипак заслужује нешто више простора јер њен значај ипак није био занемарљив. Штавише, она је заиста била у много чему „*пророчанска*“.⁴³ Другим речима, њоме је Хашка конференција указала на потребу конвенцијске заштите деце у прекограничним приватноправним односима, много пре него што су се људска права генерално нашла у жижи интересовања међународног јавног права. Сем тога, у Конвенцији 1902 се може уочити зачетак идеје која ће временом добити све већи значај. Реч је о међународној сарадњи. Наиме, иако тек у рудиментарном облику, њени почети се уочавају у дужности држава уговорница да се међусобно обавештавају о предузетим мерама (чл. 4, 7 и 8). Додуше, ове обавезе јесу пре израз обавештавања него истинског консултовања,⁴⁴ али као такве оне ће постојати све до модерног хашког система заштите деце, без обзира што ће се организација сâме сарадње у међувремену

⁴² Видети *supra* стр. 15.

⁴³ Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 3.

⁴⁴ *Ibidem*.

мењати. У сваком случају, улога обавештавања није занемарљива ни у контексту Конвенције 1902, с обзиром да кршење ове обавезе значи истовремено кршење сâме Конвенције. Такође, поред сарадње, могу се препознати и идеје које ће се даље развијати кроз средњи, а највише током модерног периода рада Хашке конференције – уобичајено боравиште детета, мере за заштиту, као и надлежност заснована на присуству у држави уговорници (хитне и привремене мере). Коначно, можемо закључити да су недостаци Конвенције 1902 имали, у крајњем, корисне последице – указивање да ће све касније конвенције које теже постизању (неприродног) баланса између држављанства и уобичајеног боравишта детета бити слабије прихваћене, као и да се клаузула јавног поретка не може избећи.

ГЛАВА II

ЗАШТИТА ДЕЦЕ У СРЕДЊЕМ ПЕРИОДУ – ПОЧЕТАК СТВАРАЊА ХАШКОГ СИСТЕМА

Претходна разматрања

Након Конвенције 1902, уследила је дужа пауза у активности Хашке конференције на плану заштите деце, све до 1956. године. Штавише, прве конвенције које су донете у средњем периоду уређују материју издржавања деце (Конвенција 1956 и Конвенција 1958), а не старатељства (као Конвенција 1902), јер је потреба заштите деце у материји издржавања постала приоритет у периоду након Другог светског рата. Тек је 1961. године створена нова конвенција која је регулисала не само старатељство, већ и друге мере за заштиту деце (Конвенција 1961). Након тога, уследила је и прва хашка конвенција о међународном усвојењу (Конвенција 1965), а материја издржавања деце уређена је још једним конвенцијским паром (Конвенција Мередавно право 1973 и Конвенција Признање 1973). Како се да уочити, за разлику од других посебних питања заштите деце, проблем њиховог издржавања се решавао конвенцијским паровима – трендом који ће бити настављен и у модерном периоду (Протокол 2007 и Конвенција 2007). Наиме, иако су оне независне (њихова ратификација није међусобно условљена), о овим конвенцијама се ипак може говорити као о паровима јер се међусобно

надовезују. Будући да издржавање деце ни у једној од њих није свеобухватно регулисано јер недостају норме о међународној надлежности, унификација меродавног права односно признања и извршења одлука о издржавању врши се одвојено. У овом смислу, у средњем периоду постоје два конвенцијска пара. Први пар је посвећен искључиво издржавању деце (Конвенција 1956 и Конвенција 1958), а наредни пар (Конвенција Меродавно право 1973 и Конвенција Признање 1973) уређује материју издржавања знатно шире, обухватајући и друге облике породичног издржавања.

1. Карактеристике средњег периода хашких конвенција о заштити деце

Хашке конвенције средњег периода имају одређене заједничке карактеристике које се односе на четири основне идеје. Прва се тиче слабљења утицаја држављанства и, насупрот томе, све очигледнијег издвајања уобичајеног боравишта детета као главне тачке везивања и критеријума надлежности (директне или индиректне). Друга идеја везана је за принцип *favor filii (creditoris)* који, у мањој или већој мери, почиње да се примењује у различитим видовима. Наредно, апсолутно револуционарно достигнуће Хашке конвенције представља принцип универзалне примене колизионих норми (заступљен у појединим конвенцијама). Коначно, последња идеја се тиче паралелизма између надлежности и меродавног права (*lex fori in foro proprio*). Ипак, иако су ове идеје заједничке за средњи период, оне се другачије спроводе у свакој посебној материји. Разлике које при томе постоје још увек онемогућавају да се може говорити о целовитом систему за заштиту деце, већ о његовом деловању *in statu nascendi*.

1.1. Однос држављанства и уобичајеног боравишта детета

Осма седница Хашке конференције, одржана 1956. године,⁴⁵ веома је значајна за будући однос уобичајеног боравишта и држављанства. Наиме, Хашка конференција је тада учинила велики заокрет, опредељујући се за превласт уобичајеног боравишта, и то најпре у материји издржавања (Конвенција 1956).⁴⁶ Међутим, примат ове тачке

⁴⁵ Видети детаљно о овој седници, W. L. M. Reese, *Some Observations on the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law*, AJCL Vol. 5, No. 4 Autumn, 1956, pp. 611-616.

⁴⁶ *Actes et documents de la Huitième session*, Vol. I, p. 185.

везивања у току средњег периода ипак није био апсолутан, с обзиром да је још увек приметна тежња да држављанство задржи одређени утицај.⁴⁷ Тако је слабљење држављанства мање изражено у материји мера за заштиту деце (Конвенција 1961) у односу на издржавање (Конвенција 1956, Конвенција 1958, Конвенција Меродавно право 1973 и Конвенција Признање 1973), па чак и у погледу међународног усвојења (Конвенција 1965). Стога бисмо могли рећи да се средњи период одликује вештачки створеном равнотежом између уобичајеног боравишта детета и његовог држављанства, која је, управо и довела до бројних проблема, посебно у оквиру Конвенције 1961, али и Конвенције 1965. Штавише, ова последња је платила и највећу цену јер представља најнеуспешнију конвенцију о заштити деци од оснивања Хашке конференције до данас, с обзиром да је имала само три државе уговорнице⁴⁸ и једина је и формалноправно отказана хашка конвенција о заштити деце.⁴⁹

Овај покушај успостављања равнотеже се може сагледати и с аспекта идеје о паралелизму надлежности и меродавног права и проблема позитивног сукоба држављанства.

1.1.1. Lex fori in foro proprio

Када је реч о материји старатељства и других мера за заштиту деце, у време доношења Конвенције 1961, држављанство је још увек била доминантна тачка везивања у упоредном праву, посебно узимајући у обзир државе које су постале чланице Хашке конференције након доношења њеног Статута и које су присуствовале деветој сесији на којој је Конвенција 1961 и усвојена.⁵⁰ Земље *common law* система нису биле заинтересоване за ову материју јер су питања породичног међународног приватног права традиционално решавале применом свог права.⁵¹ С обзиром да у то

⁴⁷ У том смислу и К.Н. Nadelmann, *Habitual residence and nationality as tests at The Hague: the 1968 Convention on recognition of divorces*, Texas Law Review, Vol. 47, 1968-1969, p. 768. Даље Nadelmann, *Habitual residence and nationality as tests at The Hague*.

⁴⁸ Аустрија, Швајцарска и Уједињено Краљевство.

⁴⁹ Швајцарска ју је отказала 14. априла 2003. године (са дејством од 23. октобра 2003. године), УК је то учинила дан касније, 15. априла 2003. године (са дејством од 23. октобра 2003. године), а Аустрија, као последња, 20. априла 2004. године (са дејством од 23. октобра 2008. године). Подаци доступни на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=75 (01.06.2013).

⁵⁰ У суштини, то су исте државе које су присуствовале сесији 1894. године (Аустрија, Португалија са Макаоом, Француска, Немачка, Италија, Луксембург, Холандија, Шпанија и Швајцарска). Нове државе које су присуствовале деветој сесији су Југославија, Уједињено Краљевство и Јапан, док су САД биле у улози посматрача. НССН, *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*.

⁵¹ G. Droz, *Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé*, Recueil des Cours, tome 229, 1991, p. 123. Даље Droz, *Regards sur le droit international privé comparé*.

време миграција становништва није била изражена у мери у којој је то данас, Конвенција 1961 није побудила велику пажњу.⁵² Ово утолико пре имајући у виду да су „деца, која су се с европског континента селила у државе *common law* система, то чинила заувек (те није постојала могућност за примену страног права), а у исто време, било је још незамисливо да се деца из САД-а или Уједињеног Краљевства доселе на континент.“⁵³

Ипак, много више изненађује чињеница да су поједине основне идеје Конвенције 1902 опстале и у Конвенцији 1961. Тако је и даље присутна превага *lex nationalis* над уобичајеним боравиштем, иако је међусобни однос ових тачака везивања у Конвенцији 1961 нешто другачије уређен. У том смислу, њене одредбе предвиђају примарну надлежност државе уобичајеног боравишта детета и омогућају јој истовремено да примењује сопствено право, тако да се по први пут издваја принцип паралелизма међународне надлежности и меродавног права. Међутим, ово правило је у три случаја знатно релативизовано изузецима у корист *lex nationalis* детета. У првом од њих, изузетак је предвиђен чланом 3 и тиче се „односа власти“ (термин који користи Конвенција 1961) над малолетником насталог *ex lege*, на основу *lex nationalis* малолетника. Друге државе уговорнице су *дужне* да признају овако успостављен „однос власти.“ Друга ситуација у којој се одступа од примене права државе уобичајеног боравишта малолетника везана је за *forum nationalis* (члан 4). Принцип паралелизма сада функционише у корист права државе држављанства малолетника. Наиме, надлежни органи ове државе могу предузети, према свом супстанцијалном праву, мере за заштиту личности или имовине малолетника. Но, два додатна услова морају за то бити испуњена. Први подразумева да надлежни орган националне државе малолетника сматра да је заштита неопходна. Други услов се, пак, односи на обавезу коју има *forum nationalis* у погледу претходног обавештавања надлежног органа државе уобичајеног боравишта малолетника о својој намери предузимања мере за заштиту (члан 4 став 1). У том случају, надлежни орган државе држављанства малолетника доноси не само мериторну одлуку о мери за заштиту, већ се стара и о њеном

⁵² Данас Конвенција 1961 има 14 чланица: Немачка, Аустрија, Кина (укључујући и Макао), Шпанија, Француска, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Холандија, Пољска, Португалија, Швајцарска и Турска. Међутим, све државе уговорнице, сем Турске, касније су постале уговорнице Конвенције 1996. На тај начин, Конвенција 1961 важи само између Турске, с једне стране, и свих осталих њених држава уговорница. С друге стране, уколико Турска буде ратификовала Конвенцију 1996, престаће у потпуности важење Конвенције 1961. Видети *status table* за ову конвенцију на www.hcch.net.

⁵³ Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 5.

спровођењу (члан 4 став 3). Штавише, овако предузете мере замењују оне које су органи државе уобичајеног боравишта малолетника евентуално већ предузели (члан 4 став 4). Према томе, принцип паралелизма између надлежности и меродавног права, првенствено усмерен ка држави уобичајеног боравишта детета, сада је окренут у корист државе држављанства детета. Уз то, посебно је дискутабилно да ли је *forum nationalis* уједно и *forum proprio*, што би и оправдало примену *lex fori*, будући да он о својој намери да организује заштиту малолетника само *обавештава* (а не *консултује*) државу уобичајеног боравишта. Другим речима, одлука о надлежности *forum nationalis* је у овом случају једностранни чин државе држављанства малолетника, а не резултат њене сарадње са државом у којој малолетник живи и у којој је интегрисан.⁵⁴ Штавише, консултовање је обавеза управо државе уобичајеног боравишта, у ситуацији пресељења малолетника у другу државу уговорницу, услед чега се мења и његово уобичајено боравиште (члан 5). У том случају, надлежни органи државе новог уобичајеног боравишта могу укинути или заменити мере за заштиту које је одредио орган државе претходног уобичајеног боравишта тек након што од њега добију мишљење (члан 5 став 2), а до тада ће важити претходно изречена мера за заштиту (члан 5 став 1). Насупрот томе, када је реч о овлашћењу надлежног органа државе новог уобичајеног боравишта малолетника у односу на меру за заштиту коју је одредио *forum nationalis* (примењујући своје право), ситуација је потпуно другачија. Ове мере остају на снази и након пресељења малолетника (члан 5 став 3). Ипак, треба имати у виду да идеја о оваквој координацији мера за заштиту није нова, већ је директно преузета из Конвенције 1902.⁵⁵ Оно што је новина Конвенције 1961 у смислу преваге држављанства (чиме се истовремено резултат принципа *lex fori in foro proprio* помера у корист држављанства), односи се с једне стране, на опстанак мера које је одредила држава држављанства, чак и ако се промени уобичајено боравиште детета. С друге стране, држава новог уобичајеног боравишта има право да стави ван снаге или измену само меру одређену у држави претходног уобичајеног боравишта детета, али не и меру предузету од стране матичне државе детета. Из тога следи да само држава

⁵⁴ Овакво заснивање надлежности у корист државе држављанства детета промениће се у модерном периоду (у Конвенцији 1996). Видети *infra* стр. 173 *et seq.*

⁵⁵ Чак је и број члана исти у обема конвенцијама – реч је о члану 4.

држављанства може да укине меру коју је одредила.⁵⁶ Стога, када је реч о примату држављанства, Конвенција 1961 у доброј мери наставља путем који је одредила Конвенција 1902. Основна разлика је у томе што Конвенција 1961 предвиђа примену права државе уобичајеног боравишта као основно решење, а Конвенција 1902 то чини у погледу права државе чији је дете држављанин.

Слична ситуација приметна је и у материји издржавања, с тим што се однос уобичајеног боравишта и држављанства детета променио пред сам крај средњег периода, у конвенцијском пару из 1973. године. Разлика између два конвенцијска пара у овој материји условљена је различитим питања којима су они посвећени (одређивању меродавног права или признању и извршењу страних одлука). Такође, идејна размисоилажења постоје и између конвенција које су посвећене истом питању у оквиру издржавања (било одређивању меродавног права било признању и извршењу страних одлука). Прва разлика која се уочава тиче се врсте обавезе издржавања коју уређују. Конвенција 1956 као и Конвенција 1958, регулише материју издржавања *само у погледу деце*, док је поље примене Конвенције Меродавно право 1973 (члан 1) и Конвенције Признање 1973 (члан 1 став 1) знатно шире и обухвата *све облике издржавања чланова породице* (иако је првобитна намера била другачија). У том смислу, требало је да се, након конвенција из 1956. и 1958. године, донесе посебна конвенција посвећена издржавању *одраслих* лица, будући да је питање издржавања деце већ било уређено. Ипак, у току рада Специјалне комисије (скоро пред сам крај), схватило се да је стварање дуплог колосека за издржавање деце и одраслих, при чему би конвенцијске одредбе заправо биле веома сличне, непотребно. Због тога је рад, инспирисан идејом о „равнању“ два конвенцијска пара, кренуо у другом правцу, и резултирао доношењем јединствене конвенције посвећене обавезама издржавања из свих породичних односа.⁵⁷

Када је реч о меродавном праву за издржавање, Конвенција 1956 и Конвенција Меродавно право 1973 стреме ка уобичајеном боравишту као тачки везивања која би требало да има преимућство у односу на држављанство. Међутим, Конвенција 1956

⁵⁶ W. de Steiger, *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*, Actes et documents de la Neuvième session (1960) - Protection des mineurs (Protection of minors), 1961, pp. 19 *ad* Vb, 22 *ad* VIIIa. Даље *Steiger Rapport*.

⁵⁷ На предлог делегације Белгије. Видети M. Verwilghen, *Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions*, Actes et documents de la Douzième session (1972) - Obligations alimentaires (Maintenance obligations), p. 386-388 *ad* 6-8. Даље *Verwilghen Rapport*.

предвиђа два изузетка од овог основног правила који, баш као и у случају Конвенције 1961, нарушавају предност уобичајеног боравишта у корист држављанства.

У првој ситуацији, ако је захтев за издржавање поднет суду државе заједничког држављанства дужника и детета, меродаван је *lex nationalis communis*, под условом да дужник има уобичајено боравиште у тој држави (члан 2). У овом случају се, заправо, меродавно право фактички своди на *lex fori* (коинцидира са *lex nationalis communis*) и принцип паралелизма (преко *forum nationalis communis*). Истоветно решење предвиђа и Конвенција Меродавно право 1973, али се природа ових решења разликује. Наиме, према члану 2 Конвенције 1956, *lex nationalis communis* постаје меродаван на основу *избора* ове колизионе норме посредством одговарајуће изјаве државе уговорнице,⁵⁸ док је у Конвенцији Меродавно право 1973 реч о класичној конвенцијској *резерви*⁵⁹ (члан 15).⁶⁰ У теорији се сматрало да је приступ Конвенцији Меродавно право 1973 посебно споран, будући да резерва нема узајамно дејство, што је, иначе, традиционална одлика система резерви у међународним уговорима.⁶¹

Други, пак, случај подразумева примену права на које упућују националне колизионе норме државе суда када однос држављанства и уобичајеног боравишта зависи од националног система међународног приватног права држава уговорница. Наиме, уколико дете уопште не може да оствари издржавање према праву државе свог уобичајеног боравишта, меродавно право се одређује националним колизионим нормама држава уговорница(члан 3). На тај начин, потпуна унификација колизионих норми у Конвенцији 1956 већ је на самом почетку била осуђена на неуспех јер су остављена отворена врата за утицај националних система међународног приватног права држава уговорница.

С друге стране, према Конвенцији Меродавно право 1973, одступања су предвиђена у корист *lex nationalis communis* и *lex fori* али она немају за последицу слабљење уобичајеног боравишта, као што је то био случај у претходним конвенцијама

⁵⁸ Од 14 држава уговорница, изјаву је дало њих 6: Белгија, Италија, Луксембург, Швајцарска, Турска и Лихтенштајн.

⁵⁹ M. Pelichet, *Note on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance*, Prel. Doc. No 1 of September 1995, p. 7 ad 24 b), доступно на

http://www.hcch.net/upload/wop/maint_rptMPe.pdf (21.08.2013). Даље *Pelichet Note*.

⁶⁰ Од 15 држава уговорница, резерву је ставило њих 10: Немачка, Италија, Литванија, Луксембург, Холандија, Пољска, Португалија, Шпанија, Швајцарска и Турска.

⁶¹ *Pelichet Note*, p. 7 ad 24 b).

(чл. 5, 6, 7). Такође, Конвенција Меродавно право 1973 предвиђа за све обавезе издржавања, укључујући и за оне према деци, каскадни систем заснован на примени: а) права државе уобичајеног боравишта повериоца, а у случају промене, примењује се право државе новог уобичајеног боравишта, потом б) *lex nationalis communis* повериоца и дужника издржавања, и коначно, в) *lex fori* (чл. 4 до 6).⁶² Одступање од уобичајеног боравишта је оправдано јер је условљено потребом заштите поверица издржавања - каскадни систем функционише само ако се издржавање не може остварити на основу права државе његовог уобичајеног боравишта. Дакле, реч је о одступању *in favorem creditoris*.

Што се тиче других ограничења везаних за децу, у погледу примене *ratione personae*, Конвенција 1956 се не примењује на побочне сроднике (члан 5 став 1), док, у складу са системом резерви, њена примена може бити искључена и у односу на усвојену децу (члан 11). Ово решење, иако данас тешко замисливо, последица је тадашњег развоја породичног права које још увек није изједначавало усвојену и биолошку децу. Наведена опција ипак има само теоријски значај, с обзиром да ниједна држава уговорница није искористила ово своје право. С друге стране, Конвенција Меродавно право 1973 дозвољавала је да се њена примена ограничи само на лица млађа од 21 године која нису у браку (члан 13), али и ову могућност државе уговорнице нису искористиле. Резерва Конвенције 1973 Меродавно право која је заживела, али у малом броју држава, односи се на искључење издржавања на основу побочног или тазбинског сродства, обухватајући и случајеве када је обавеза издржавања на основу сродства супсидијарна у односу на обавезу родитеља (члан 14).⁶³ У следећем периоду развоја хашког система међународног приватног права о заштити деце, резерве неће бити дозвољене у погледу меродавног права, док ће у извесној мери остати у материји признања и извршења.

Коначно, када је реч о односу држављанства и уобичајеног боравишта, материја међународног усвојења је најслаба карика средњег периода. Конвенција 1965 је, као што је већ наведено, једина хашка конвенција о деци која је и званично отказана

⁶² Само за обавезу издржавања између бивших супружника постоји посебна колизиона норма у члану 8 Конвенције Меродавно право 1973.

⁶³ Резерву су ставиле: Грчка (и за побочне сроднике, искључујући браћу и сестре, и за тазбинске, али не за маћеху, очуха и пасторка), Пољска (за тазбинске сроднике), Португалија (и за побочне и за тазбинске сроднике) и Турска (и за побочне и за тазбинске сроднике). Швајцарска је искористила ову могућност и за побочне и за тазбинске сроднике, али је 1993. године повукла резерву.

и стављена ван снаге. При томе, све три државе које су биле њене уговорнице (Аустрија, Швајцарска и Уједињено Краљевство) типични су представници државе *усвојитеља*, што значи да Конвенција 1965 није успела да заинтересује ниједну државу из круга држава порекла *усвојеника*. Разлог за то је инсистирање на равнотежи између држављанства и уобичајеног боравишта коју је Конвенција 1965 покушала да уведе. Наиме, Конвенција 1965 је уређивала целокупну област класичног међународног приватног права: надлежност, меродавно право и признање страних одлука о усвојењу. При томе, из угла држава порекла усвојеника, посебно су биле проблематичне одредбе о надлежности. Равнотежа између уобичајеног боравишта усвојитеља и држављанства усвојеника коју је Конвенција 1965 тежила да успостави, није била прихватљива управо за државе порекла усвојеника и то је основни разлог њеног неуспеха. Наиме, материја усвојења ни данас није лишена ривалства између држављанства и уобичајеног боравишта и, у односу на остала питања међународног приватног права која се односе на заштиту деце, спремност држава на компромис је и данас далеко мање изражена.⁶⁴ Покушавајући да ове разлике помири, Конвенција 1965 је за заснивање усвојења предвиђала конкуретну надлежност и државе уобичајеног боравишта усвојитеља и државе држављанства усвојеника (члан 3). За престанак усвојења, пак, била је предвиђена конкуретна надлежност државе уобичајеног боравишта лица које покреће поступак за престанак усвојења, као и државе заснивања усвојења (члан 7). Слично томе, у погледу меродавног права важило је правило о примени *lex fori* (члан 4), што би, у зависности од околности, могло бити или право државе уобичајеног боравишта усвојитеља или државе држављанства усвојеника. Ипак, у погледу давања сагласности за заснивање усвојења и саветовања, увек је био меродаван *lex nationalis* усвојеника. Поред тога, ако се усвојење заснива у држави уобичајеног боравишта усвојитеља, онда надлежни орган мора водити рачуна о забранама које постоје према праву државе држављанства усвојеника или, када усвајају супружници, о оним које предвиђа *lex nationalis comunis* супружника (члан 4 у вези члана 13). У државама порекла усвојеника које инсистирају на *forum nationalis*, веома често се и меродавно право одређује према држављанству усвојеника или се кумулативно примењују права држава чији су држављани и усвојеник и усвојитеља.⁶⁵ Насупрот томе, конвенцијска решења су више

⁶⁴ О томе сведочи чињеница да Конвенција 1993 не почива на методу унификације већ сарадње. Видети *infra* стр. 331.

⁶⁵ Слично решење предвиђа и Нацрт (члан 99). Иако се оваквој одредби, у начелу, нема шта приговорити, треба имати у виду да постоје разлике у овлашћењима националног и конвенцијског законодавца у материји међународног приватног права. Иако је у оба случаја реч о државама,

прилагођена државама усвојитеља, а равнотежа која је требало да буде постигнута између држављанства и уобичајеног боравишта није резултат широког компромиса између ове две групе држава.⁶⁶ Стога је јасно зашто је она најнеуспешнија конвенција Хашке конференције која се односи на заштиту деце.⁶⁷

1.1.2. Однос држављанства и уобичајеног боравишта детета кроз принцип *favor filii (creditoris)*

Када је реч о односу између држављанства и уобичајеног боравишта детета кроз принцип *favor filii*, он је, пре свега, карактеристика Конвенције 1956 и Конвенције Меридавно право 1973.

С једне стране, одступање од уобичајеног боравишта детета у Конвенцији 1956 као основне колизионе норме (члан 1), дозвољено је из два разлога. Први се своди на већ поменути примену права државе суда, које коинцидира са *lex nationalis communis* повериоца и дужника издржавања (члан 2). Тада долази до аутоматске примене *lex fori*, без обзира на решење које би се постигло евентуалном применом основне колизионе норме (што би представљало каскадни систем). С обзиром да каскадни систем не постоји, принцип *lex fori in foro proprio* још увек није последица заштите повериоца (детета) односно принципа *in favorem filii (creditoris)*. Други, пак, случај одступања тиче се позивања на националне колизионе норме државе уговорнице, ако се издржавање не може остварити применом права државе уобичајеног боравишта детета

национални законодавац нема ограничења приликом избора тачака везивања, али конвенцијски законодавац има јер га чине државе различитих националних система породичног и међународног приватног права, окупљене под окриљем Хашке конференције. Управо су национални системи извор ових ограничења приликом израде свих хашких конвенција о заштити деце, па и Конвенције 1965. У таквим околностима, конвенцијски законодавац има пред собом тежи задатак од националног законодавца – он треба да пронађе решење које мири националне разлике. Универзалност сваке конвенције зависи од тога колико је широк компромис постигнут о конвенцијским решењима, што зависи од спремности држава на међусобне уступке. У материји усвојења националне разлике су толико велике да истинског компромиса нема ни данас. Последица тога је промена курса Хашке конференције у материји међународног усвојења – од традиционалног метода унификације до метода сарадње. Видети детаљно *infra* стр. 106.

⁶⁶ У изради Конвенције 1965 нису учествовале најважније државе порекла усвојеника јер оне тада нису биле чланице Хашке конференције. Она ће своја врата отворити и државама нечланицама у наредном покушају да уреди материју међународног усвојења (приликом доношења Конвенције 1993). У том смислу и J.H.A. van Loon, *International Cooperation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption*, Recueil des Cours, tome 244, 1993, p. 253. Даље van Loon *Intercountry Adoption*.

⁶⁷ Једина резерва била је допуштена у односу на право државе да не призна усвојење засновано у држави уобичајеног боравишта усвојитеља односно заједничком уобичајеном боравишту супружника усвојитеља, ако је дете у тренутку подношења захтева имало уобичајено боравиште у држави која ставља резерву и није имало држављанство државе заснивања усвојења (члан 22).

или домаћег права (члан 3). Овај зачетак каскадног система Конвенције 1956, који ће у измењеном виду постати стандард у материји издржавања, специфичан је по томе што сама конвенција не дефинише хијерархијски низ, већ упућује на примену националних колизионих норми. Дакле, још увек је приметна неспремност држава да одустану од својих колизионих норми зарад потпуне унификације колизионог конвенцијског система.

С друге стране, Конвенција Меродавно право 1973 уређује одступања као део каскадног система које треба да штити повериоца (дете или одрасло лице), које не може да оствари издржавање на основу права државе свог уобичајеног боравишта. При томе, ова Конвенција се не ослања на националне колизионе норме држава уговорница (чиме се исправља слабост Конвенције 1956), већ изричито уређује хијерархијски низ (чл. 4 до 6 - уобичајено боравиште повериоца, заједничко држављанство повериоца и дужника и право државе суда). Међутим, овај каскадни систем се примењује на све повериоце, при чему издржавање детета није посебно издвојено. Услед тога што и за децу важе општа правила, ни Конвенција Меродавно право 1973 не спроводи доследно принцип *in favorem filii (creditoris)*.

Међутим, оно што ће највише указати на неадекватност држављанства и указати на потребу за дефинитивним окретањем уобичајеном боравишту детета је проблем позитивног сукоба држављанства.

1.1.3. Проблем позитивног сукоба држављанства

Проблем позитивног сукоба држављанства првенствено је дошао до изражаја у Конвенцији 1961. Иако смо видели да идеја о превази држављанства као тачке везивања потиче из Конвенције 1902, позитиван сукоб држављанства није могао да доведе до већих проблема у њеној примени. То је било последица тада важећих правила по којима је жена удајом аутоматски губила своје држављанство и стицала мужевљево, те деца нису могла бити бипатриди. Чак и у ретким случајевима када је жени било дозвољено да задржи своје држављанство и након склапања брака, деца су без изузетка стицала само држављанство оца. То је била једна од последица тада увреженог правила да је отац глава породице у чијој су „очинској власти“ и деца. Међутим, велики корак напред на међународном плану по питању равноправнијег

односа мужа и жене у погледу држављанства, довео је, у том смислу, и до самосталнијег положаја детета у односу на оца. Наиме, Конвенција о неким питањима везаним за сукоб закона о држављанству, коју је 1930. године, донела Лига народа у Хагу⁶⁸, довела је до промена националних прописа о држављанству удате жене и детета у већем броју држава.⁶⁹ С обзиром да је нови тренд значао да жена удајом не мора нужно да изгуби своје држављанство, све је више случајева деце која стичу не само држављанство оца, већ и мајке. Тако је проблем позитивног сукоба држављанства постао, како је то у најпознатијој критици Конвенције 1961 приметно *Lagarde*, „*Ахилова пета*“ Конвенције 1961.⁷⁰ Како је принцип равноправности мушкараца и жена освајао све више простора, тако је растао број деце са двоструким

⁶⁸ *Convention on certain questions relating to the conflict of nationality laws*, The Hague, 12. April 1930, доступно на <http://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=512&lang=en> (последњи приступ 12.08.2013). Држављанство удате жене уређују чл. 8-11, а држављанство детета чл. 12-16 Конвенције.

⁶⁹ Државе уговорнице су: Белгија, Бразил, Уједињено Краљевство Велике Британије и северне Ирске, Бурма, Аустралија, Индија, Кина, Монако, Холандија, Норвешка, Пољска, Шведска, Кипар, Фиџи, Кирибати, Лесото, Малта, Маурицијус, Пакистан, Свазиленд, Зимбабве и последња држава која је приступила, Либериа (2005). Канада је отказала Конвенцију 1996. године. Мада је Конвенција у периоду од ступања на снагу (1937) до доношења Конвенције 1961, имала само 12 држава чланица (Канада, Белгија, Бразил, Уједињено Краљевство Велике Британије и северне Ирске, Бурма, Аустралија, Индија, Кина, Монако, Холандија, Норвешка, Пољска и Шведска), њен значај је много већи јер је утицала, у мањој или већој мери, на промену националних закона о држављанству и у оним државама које нису постале њене уговорнице: Авганистан, Албанија, Боливија, Колумбија, Костарика, Куба, Чехословачка, Данска, Доминиканска Република, Еквадор, Египат, Ел Салвадор, Финска, Француска, Грчка, Гватемала, Хондурас, Мађарска, Исланд, Индија, Јапан, Израел, Либија, Мексико, Монако, Никарагва, Пакистан, Перу, Филипини, Румунија, Сар, Швајцарска, Сирија, Јужна Африка, СССР, САД, Уругвај, Венецуела и Југославија. У том смислу, на пример, поједине државе су пре Конвенције 1930 имале одредбу о томе да: а) *губљење држављанства од стране оца није утицало на губљење држављанства детета, осим ако оно стекне друго држављанство*: Аустралија, Белгија, Канада, Кина, Египат, Исланд, Италија, Јапан, Холандија, Ел Салвадор, Сиам, Шведска, Јужна Африка, Уједињено Краљевство, а после Конвенције 1930 и: Аустрија, Бугарска, Бурма, Костарика, Чехословачка, Данска, Француска, Немачка, Мексико, Норвешка, Сар и Сирија, док су супротну одредбу имале Грчка, Мађарска, Израел, Пољска, Швајцарска, Турска, Јужна Африка, СССР и Југославија; б) *жена удајом за странца не губи држављанство осим ако стиче друго*: Аргентина, Белгија, Бразил, Бугарска, Канада, Кина, Колумбија, Костарика, Куба, данска, Доминиканска Република, Еквадор, Египат, Финска, Француска, Грчка, Гватемала, Италија, Јапан, Либија, Мексико, Монако, Никарагва, Панама, Пољска, Португалија, Румунија, Ел Салвадор, Сиам, Шведска, Сирија, Турска, САД, СССР, Уругвај и Венецуела, а после Конвенције 1930 и: Аустралија, Бурма, Чехословачка, Немачка, Хондурас, Холандија, Нови Зеланд, Сар, Швајцарска, Јужна Африка и Уједињено Краљевство и в) *мушевљево губљење држављанства не утиче на држављанство жене осим на основу њене сагласности или ако она има друго држављанство*: Аргентина, Аустрија, Бразил, Белгија, Бугарска, Чиле, Кина, Костарика, Доминиканска Република, Египат, Француска, Гватемала, Исланд, Италија, Луксембург, Јапан, Мексико, Монако, Парагвај, Ел Салвадор, СССР, САД, Венецуела и Уругвај, а после Конвенције 1930 још и: Чехословачка, Финска, Немачка, Сар, Швајцарска и Југославија. Наведено према I.S. Kerno, Document:-A/CN.4/67 *Nationality, including Statelessness – Analysis of Changes in Nationality Legislation of States since 1930 – Memorandum Prepared by Mr. Ivan S. Kerno, Expert of the International Law Commission, Topic: Nationality including statelessness*, International Law Commission, fifth session, 1953, pp. 2-8, доступно на <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> (12.08.2013).

⁷⁰ P. Lagarde, *La protection du mineur double national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961*, L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale: Studi in memoria di Mario Giuliano, Padova, 1989, p. 529-542. Даље Lagarde, *Talon d'Achille*.

држављанством у државама уговорницама Конвенције 1961.⁷¹ Другим речима, с обзиром да она није решавала ово питање, пракса држава уговорница је, у међувремену, решење потражила у националним нормама о сукобу држављанства. Наиме, у низу случајева када је требало одлучити о *ex lege* постојању „односа власти“ према националном праву детета (члан 3), судови држава уговорница су одбијали да признају његово постојање. У том смислу, издвојила су се два основна начина заобилажења члана 3 Конвенције 1961⁷²: а) позивање на принцип искључивости домаћег држављанства⁷³, и б) утврђивањем ефективног држављанства на основу уобичајеног боравишта у држави суда.⁷⁴ Као пример позивања на принцип искључивости домаћег држављанства може се навести одлука немачког суда о старатељству на дететом које је имало држављанство државе суда и Филипина којом је констатовано да је „у случају двоструког држављанства, немачко држављанство одлучујуће за заснивање надлежности немачког суда, тако да старатељство бабе по мајци на основу филипинског права, које треба признати на основу члана 3 ... није више од значаја“.⁷⁵ У погледу, пак, ефективног држављанства детета, илустративна је одлука у којој се наводи да „у случају да дете има више држављанстава, ефективно држављанство је одлучујуће за примену чланова 1, 3 и 5 ... ако је везано за уобичајено боравиште детета“.⁷⁶

Истовремено, и надлежност државе држављанства за одређивање мера за заштиту, која постоји под одређеним условима без обзира да ли је мера за заштиту већ одређена у држави уобичајеног боравишта детета (члан 4) у пракси се показала као доскутабилно решење Конвенције 1961. На два основна разлога указао је такође *Lagarde*. Први се, исто тако, тичао проблема двоструког држављанства односно конкуренције надлежности две државе држављанства за одређивање мера за заштиту. Дилема се сводила на следеће питање: да ли држава држављанства детета у којој оно *нема* уобичајено боравиште може да, примењујући члан 4, укине меру за заштиту одређену у другој држави држављанства детета у којој оно *има* уобичајено боравиште?

⁷¹ Државе које су у то време усвајале *ius soli* систем (нпр. Португалија и Француска) још више су доприносиле појави позитивног сукоба држављанства. *Ibidem*, p. 531.

⁷² *Ibidem*, p. 533.

⁷³ M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome I, Alphen a.d. Rijn, 1976, p. 274; BayObLG. 1975, 1976, p. 276; OLG Hamm, 1971, p. 274.

⁷⁴ M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome II, KG, 1976, p. 111, OLG Düsseldorf, 1976, p. 159, OLG Karlsruhe, 1979, p. 115.

⁷⁵ M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V, BayObLG, 1990, p. 78.

⁷⁶ M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V, OLG Düsseldorf, 1993, p. 78.

Најпре је пракса држава уговорница у овом случају предност давала држави суда, с позивањем на принцип искључивости домаћег држављанства, без обзира што би уобичајено боравиште детета ишло у прилог ефективном држављанству друге државе.⁷⁷ Такво решење је критиковано као приступ који битно угрожава идеје на којима Конвенција 1961 почива јер држава држављанства детета не би признавала „однос власти“ који потиче из права државе ефективног држављанства.⁷⁸ Каснија, пак, пракса судова је заузимала другачији став о овом проблему. Наиме, све чешће су се судови државе држављанства детета оглашавали ненадлежним у корист надлежности судова оне државе чије држављанство дете такође има и у којој уобичајено борави. У том смислу, објашњење француског Апелационог суда може послужити као сублимирани став за све сличне примере:

„... Ако је тачно да члан 4 Конвенције дозвољава, али не намеће, органима државе чији је малолетник држављанин да одреди мере примењујући своје унутрашње право ... вршење права на виђење и право да се дете, за одређени временски период, одведе ван места његовог уобичајеног боравишта ... је боље организовано од стране државе уобичајеног боравишта детета јер је (она) боље обавештена о интересу детета које уобичајено живи на њеној територији. Интерес детета у случају који није хитан не оправдава надлежност француских судова за ... одлучивање према француском праву о вршењу права на старање. Према томе, изузетак ненадлежности је ваљано утврђен.“⁷⁹

Већ на први поглед се јасно уочава промена у ставу судова који су, одбијајући надлежност с позивом на интерес детета, заправо одшкринули врата *common law* теорији о *forum non conveniense* за коју се залагао и *Lagarde* у наведеној критици Конвенције 1961. Ова теорија ће своје место, захваљујући управо и великом утицају доктрине, наћи у модерном систему хашких конвенција о заштити деце у међународном приватном праву односно Конвенцији 1996.⁸⁰

Напуштање принципа искључивости домаћег држављанства је био услов за ваљано функционисање Конвенције 1961, што потврђују и проблеми у примени ове

⁷⁷ M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome III, Tribunal de La Haye, 1984, p. 102.

⁷⁸ Lagarde, *Talon d'Achille*, p. 534.

⁷⁹ M. Sumampouw, *op.cit.*, tome V, France, Cour d'appel de Dijon, 1988, p. 67; и RCDIP 1989, 741, note Y. Laquette. У наведеном случају, дете је имало држављанство и Француске и Немачке, у којој је имало и уобичајено боравиште (живело је са мајком). Отац, француски држављанин, тражио је у главном захтеву да француски суд одлучи о заједничком вршењу родитељског права, при чему би дете живело са њим у Француској. За случај да француски суд одбије главни захтев, отац је затражио право на виђење и право да се дете, за одређени временски период, одведе ван места његовог уобичајеног боравишта (*droit de visite et l'hébergement*).

⁸⁰ Видети *infra* стр. 173.

Конвенције на случајеве међународне отмице деце. Наиме, Конвенција 1961 није била кадра да одговори проблемима који прате незаконито одвођење или задржавање деце из два основна разлога. С једне стране, проблем бипатрида је представљао непремостиву препреку, без обзира да ли се полазило од ефективног држављанства или принципа искључивости домаћег држављанства. Наиме, у случају да се проблем бипатрида решавао на основу принципа најближе везе, сматрало се да промена уобичајеног боравишта детета, чак и против воље једног од родитеља, доводи до промене ефективног држављанства. На тај начин се није признавало право на старање које је пре отмице постојало *ex lege* на основу претходног ефективног држављанства.⁸¹ С друге стране, ни примена принципа искључивости домаћег држављанства није доводила до бољих резултата управо зато што не узима у обзир принцип најближе везе.⁸² Други разлог због кога Конвенција 1961 није била адекватни механизам за борбу против међународне отмице деце тиче се непостојања правила о *perpetuatio jurisdictionis*. Стога, надлежност државе новог уобичајеног боравишта може бити заснована без тешкоћа и у случају пресељења детета и она када онда немају двоструко држављанство. Чињеница да мере за заштиту које су већ биле одређене пре пресељења детета, генерално, остају на снази и у држави новог уобичајеног боравишта није сметња заснивању надлежности нове државе. Наиме, она их може укинути и организовати заштиту детета на другачији начин (у складу са чланом 5 став 1). У смислу Конвенције 1961, обавеза обавештавања државе претходног уобичајеног

⁸¹ Зато се у теорији предлагало да се овај проблем превазиђе тако што би приликом утврђивања ефективног држављанства одлучујућа била изјава лица о томе за чије држављанство се предељује. Овакав приступ који би важио само за потребе Конвенције 1961 називан је „ефективна оданост“ (*effectivité d'allégeance*). У случају малолетника, воља би се одређивала према изјави родитеља који врши родитељско право у тренутку када се ово питање поставља. Видети Lagarde, *Talon d'Achille*, р. 534-535. У случају који Lagarde наводи, немачки савезни суд је, одлучујући о родитељском праву према детету које је имало и немачко и италијанско држављанство, истакао да је осамдесетих година у немачкој пракси, у погледу Конвенције 1961, напуштено решавање позитивног сукоба држављанства принципом искључивости домаћег, те да се сада утврђује ефективно, при чему посебан значај има уобичајено боравиште детета. Међутим, упркос томе што суд изричито наводи да је ефективно држављанство једино које може да омогући правилну примену Конвенције 1961, у случају промене уобичајеног боравишта детета, чак и незаконитог, обавеза из члана 3 више не постоји у односу на признавање родитељског права које је на основу закона припадало једном од родитеља пре промене. Овај став је имао и подршку и међу немачким писцима. Видети литературу на коју Lagarde упућује.

⁸² Тако је француски Касациони суд у одлуци из 1986. године одбио приговор ненадлежности који је уложен с позивом да је надлежан немачки суд будући да су оба детета имала и немачко држављанство и да су пре незаконитог задржавања живела у Немачкој. Касациони суд је сматрао да је он „једнако надлежан да одлучи о захтеву мајке...јер су деца *Spechtmeyer* и француски држављани, рођени од мајке француске држављанке.“ Пре покретања поступка у Француској, немачки суд је приликом развода брака право на старање доделио оцу и деца су живела са њим у Немачкој, док је мајка имала право на виђење, које је убрзо укинито. Упркос оваквој одлуци суда, скорашња промена уобичајеног боравишта детета (из Немачке у Француску) могла би заиста да пробуди сумњу у постојање ефективног држављанства. Lagarde, *Talon d'Achille*, р. 536-538.

боравишта не представља значајније ограничење надлежности државе новог уобичајеног боравишта детета.

Коначно, када је реч о односу држављанства и уобичајеног боравишта у Конвенцији 1961, можемо закључити да се уместо компромиса и њихове равнотеже, десило управо супротно – равнотеже није било, а према нахођењу држава, тас би прелазило са једне стране (држављанство) на другу (уобичајено боравиште). Практична примена Конвенције 1961 учинила је да њихов крхки баланс буде нарушен. Наиме, док су с једне стране, поједине државе уговорнице користиле превагу држављанства за заснивање сопствене надлежности,⁸³ дотле су, друге државе, временом, ипак тумачиле ове одредбе као изузетак.⁸⁴ Сви ови примери су заправо показали да је равнотежа између држављанства и уобичајеног боравишта детета која је покушана да се успостави Конвенцијом 1961 вештачка и неодржива, те да се у модерном периоду од ње мора одустати.

1.1.4. Систем признања и извршења одлука о издржавању – индиректна надлежност

Када је реч о хашким конвенцијама о издржавању које уређују питање признања и извршења, у средњем периоду је приметна промена њихових концепција. Слично као и поводом меродавног права, од уређивања издржавања деце прешло се на јединствено регулисање обавезе издржавања. Међутим, иако су у погледу основних идеја, па чак и самог текста, конвенције о меродавном праву веома сличне,⁸⁵ разлика је приметнија у односима две конвенције о признању и извршењу. У том смислу, посебно се издваја питање индиректне надлежности.

И Конвенција 1958 и Конвенција Признање 1973 полазе од енумерације критеријума индиректне надлежности, што у вишестраним уговорима није тако честа

⁸³ Као пример преваге држављанства, може се навести случај пред француским Касационим судом, који је потврдио надлежност француског суда на основу француског држављанства деце и доделио мајци (такође француског држављанства) право на виђање деце, иако је ово право немачки суд као суд уобичајеног боравишта деце претходно суспендовао. М. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome IV, 1. Cour d'appel de Paris 27 mai 1986, 2. Cour de Cassation 16 décembre 1986, pp. 73-74.

⁸⁴ Тако су на пример холандски судови били склони да одредбе о *forum nationalis* тумаче као изузетак од основног правила установљеног у корист државе уобичајеног боравишта детета. Примера ради, у спору о вршењу права на старање над двоје деце са држављанством Холандије и уобичајеним боравиштем у Француској, холандски суд се огласио ненадлежним. Из образложења које је том приликом дао, може се закључити да је одлука о ненадлежности резултат схватања суда да је надлежност уобичајеног боравишта редовна, док је *forum nationalis* изузетан. М. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome IV, Rb. s'-Gravenhage 11 mai 1987, p. 74.

⁸⁵ Сем разлика које се односе на увођење посебног правила за издржавање супружника (члан 8 Конвенције Меродавно право 1973).

појава (барем изван материје издржавања). Те норме говоре о томе да ће одлука државе уговорнице бити призната само ако је донета од стране суда који је своју надлежност засновао на једном од критеријума који је изричито наведен у самој конвенцији. У погледу основа које предвиђају, већина је заједничка. Тако, и Конвенција 1958 и Конвенција Признање 1973 дозвољавају признање одлука ако је надлежност суда порекла одлуке заснована на уобичајеном боравишту дужника, повериоца или на прећутном пристанку туженог (члан 3 Конвенције 1958 и члан 7 став 1 тач. 1 и 3 Конвенције Признање 1973).

Што се тиче надлежности на основу пристанка, Конвенција Признање 1973 уноси значајну новину јер се, за разлику од Конвенције 1958, односи на сагласност туженог, а не само дужника (члан 7 став 1 тач. 3). То практично значи да каснија конвенцији омогућава да се у поступку за измену одлуке о издржавању надлежност заснује на основу пристанка повериоца или дужника (у зависности ко се јавља у улози туженог). Насупрот томе, Конвенција 1958 је предвиђала само пристанак дужника, што је значило ограничавање основа надлежности (члан 3 став 1 тач. 3). Другим речима, ако је у питању добровољно приступање суду, нема разлога да се поверилац и дужник третирају другачије, без обзира ко је у улози туженог односно тужиоца.⁸⁶

У основе индиректне надлежности који се у овим конвенцијама разликују спадају заједничко држављанство и атракција надлежности. Форум држављанства је био уступак Конвенције Признање 1973 државама које су инсистирале на овом критеријуму (члан 7 став 1 тач. 2). Занимљиво је то што овај критеријум није био усвојен у Конвенцији 1958 иако су аргументи и тада били исти – странка може имати интереса да поднесе тужбу у држави у којој ниједна од њих нема уобичајено боравиште, већ је једина веза заједничко држављанство.⁸⁷

Атракција надлежности је новина Конвенције Признање 1973 у погледу критеријума индиректне надлежности. Њоме нису обухваћени сви спорови поводом којих се издржавање може јавити као адхезиони поступак, већ само брачни спорови (члан 8). Разлог за то није тежња да се посебно заштити поверилац, како би се могло помислити, већ координација са Хашком конвенцијом о признању развода и раставе из

⁸⁶ *Verwilghen Rapport*, p. 406(42) ad 52.

⁸⁷ *Ibidem* ad 51.

1970. године (Конвенција Развод).⁸⁸ Да би се избегле контрадикторне ситуације у којима би држава уговорница и Конвенције Развод и Конвенције 1973 морала да призна одлуку у брачном спору, али не и одлуку о обавези издржавања чији је правни основ брак, творци Конвенције 1973 предвидели су атракцију надлежности у овом случају.⁸⁹ Самим тим је и разумљиво зашто нису обухваћене друге врсте спорова са којима издржавање такође може бити повезано, а који се непосредно тичу деце (спорови о очинству или материнству, односно о вршењу родитељске одговорности). Уопште узев, када је реч о издржавању деце, за разлику од Конвенције 1956 и Конвенције 1958, чија су решења посебно прилагођена заштити интереса деце као поверилаца, конвенцијски пар из 1973. године не води толико рачуна о овој посебној категорији поверилаца. Тако, у материји меродавног права, каскадни систем важи за све повериоце на исти начин, а у погледу признања и извршења, у основе индиректне надлежности нису уврштени случајеви атракције поводом спорова који се тичу деце.

Иако је судска пракса поводом обеју конвенција показала да оне сасвим добро функционишу, ниједна од њих није успела да привуче већи број држава. Пре свега, основи индиректне надлежности, премда прихватљиви за већину европских држава, нису, пак, и опште прихваћени.⁹⁰

Такође, у пракси су се јавили проблеми у тумачењу појма „одлука“ на које се конвенције односе. То је било изражено посебно у нордијским државама (Данска и Норвешка).⁹¹ Узрок је био подела стварне надлежности за одлучивање о правном односу који је основ обавезе издржавања и за саму обавезу издржавања. Док су за прво питање надлежни судови, о издржавању често одлучују управни органи, некада и без присуства дужника.⁹² Стога, нису били ретки случајеви када су дужници оспоравали да оваква одлука о издржавању спада у поље примене Конвенције Признање 1973. Другим речима, „сваки разлог је био довољно добар за оспоравање извршења одлуке о издржавању“.⁹³ У том смислу, илустративна је холандска одлука донета у занимљивом

⁸⁸ *Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations.*

⁸⁹ *Verwilghen Rapport*, p. 407(43) ad 53.

⁹⁰ Примера ради, у САД то је чак противустанован критеријум надлежности јер се не заснива на довољној вези дужника и суда (*Due Process Clause*). За критику видети нарочито С. Bruch, *Statutory Reform of Constitutional Doctrine: Fitting International Shoe to Family Law*, *US Davis Law Review* 28, 1994, p. 1054.

⁹¹ *Pelichet Note*, p. 18 ad 74.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Pelichet Note*, p. 17 ad 67.

случају када је дужник оспоравао и правну природу одлуке (у смислу Конвенције 1958), али се позивао и на повреду јавног поретка. Спорна данска одлука о чијем признању и извршењу је било речи тичала се издржавања деце, при чему је донета од стране управног органа, без присуства дужника. Холандски суд је дозволио њено извршење, сматрајући да природа органа који је одлучио о издржавању није препрека за признање, те да се Конвенција 1958 односи и на одлуке донете од стране управних органа (иако сама Конвенција користи термин „судска одлука“). Такође, холандски суд је сматрао и да није повређено право на одбрану у смислу члана 2 став 2 Конвенције 1958, иако отац није учествовао у поступку. При томе се холандски суд позивао на данско право које у овом случају не предвиђа контрадикторност поступка и чињеницу да је одлука извршена и без посебне одлуке о томе. Споразум који је отац закључио са мајком шест година раније, према мишљењу холандског суда, није препрека за одлуку данских управних органа с обзиром да, према данском праву, управни орган интервенише ако дужник не испуњава своју обавезу, чак и ако је узрок томе финансијска немогућност туженог. Услед тога, холандски суд је одбио оба жалбена навода оца.⁹⁴

Ова одлука је имала одјека и у пракси других држава уговорница, посебно у погледу тумачења права на одбрану односно члана 2 става 2 Конвенције 1958. Наиме, позивање туженог и правилно заступање оцењени су као процесна питања која самим тим подлежу праву државе порекла одлуке. Другим речима, ако *lex fori* не предвиђа за одлучивање о издржавању контрадикторан поступак односно ако се поступак може водити и у одсуству туженог, онда то није кршење члана 2 става 2 Конвенције 1958. Чак и би то било супротно процесном праву државе признања, не би се могло сматрати да је повређен јавни поредак.⁹⁵

1.1.5. Принцип универзалне примене и принцип узајамности

Једно од највећих достигнућа хашких конвенција средњег периода о заштити деце је *принцип универзалне примене*. Овај принцип значи да се колизионе норме конвенције примењују и када указују на примену права државе неуговорнице. У начелу, он је у материји заштите деце недвосмислено усвојен Конвенцијом Меродавно право 1973 (члан 3), мада је генерално увођење овог принципа у оквиру Хашке

⁹⁴ AG Hagen of 7 March 1977. Наведено према *Pelichet Note*, pp. 18-19 *ad* 75.

⁹⁵ *Ibidem* и одлуке које се у том смислу наводе.

конференције отпочело још 1961. године, приликом регулисања сукоба закона у погледу форме тестаментa.⁹⁶ Но, домашај овог принципа није апсолутан јер државе могу стављањем резерве и према Конвенцији Меродавно право 1973 да, на одређени начин, од њега одступе. Наиме, задржавањем права да *увек* примене *lex fori* када дужник и поверилац имају држављанство државе суда, а дужник у њој има и уобичајено боравиште значи да ће у овом случају увек бити меродавно само право државе уговорнице (члан 15).

За разлику од ње, Конвенција 1956 се, као прва у средњем периоду, примењује по *принципу реципроцитета*, тј. само у односима држава уговорница, тако да се њоме одустаје од примене уобичајеног боравишта детета сваки пут када се оно налази у држави неугворници (члан 6). С обзиром да је имала само 14 држава чланица,⁹⁷ случајеви одступања су били бројни. Поред тога, према Конвенцији 1956 примена права државе уговорнице може се постићи и заобилазним путем. Евентуална изјава државе уговорнице о примени *lex fori* (слична већ поменутој резерви у Конвенцији Меродавно право 1973)⁹⁸ омогућава да се на основу ње, а не директно путем принципа реципроцитета, примени право државе суда (које коинцидира са правом државе уговорнице).⁹⁹

Када је реч о Конвенцији 1961, она нема изричиту одредбу о примени принципа универзалне примене или узајамности. Ипак, с обзиром да се њоме, као што смо видели, меродавно право *увек* одређује преко надлежности (осим за *ex lege* „однос власти“), пре би се могло говорити да она прихвата принцип узајамности него принцип универзалне примене.¹⁰⁰ Наиме, примена права државе уобичајеног боравишта

⁹⁶ Хашка Конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба (1961), *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*“, бр. 10/62.

⁹⁷ Аустрија, Белгија, Француска, Кина (Макао), Немачка, Италија, Јапан, Луксембург, Холандија, Португалија, Швајцарска, Турска, Шпанија и Лихтенштајн.

⁹⁸ Подсећања ради, реч је о члану 2 Конвенције 1956: а) да је поступак покренут пред органом конкретне државе уговорнице, б) да њено држављанство имају и дете и дужник издржавања, и в) да дужник издржавања има уобичајено боравиште у овој држави.

⁹⁹ Тако је шпански суд одустао од примене права Шведске као државе уобичајеног боравишта детета и обавезу оца да издржава своје малолетно дете уредио на основу права Шпаније. У овом случају Мајка је била шведска држављанка и живела је са дететом у Шведској. Отац је имао шпанско држављанство и уобичајено боравиште у Шпанији. О држављанству детета (шпанско) може се закључити из пресуде суда, премда у оквиру чињеничног стања није наведен овај податак: „...*en rapport avec la condition énoncée dans l’alinéa b, que l’enfant emprunte la nationalité à son père.*“ Шпански суд је одбио примену шведског права и сматрајући да су испуњени услови члана 2 Конвенције 1956, применио шпанско право као *lex nationalis communis*. М. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome IV, Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 1991, p. 3.

¹⁰⁰ *Steiger Rapport*, p. 10.

малолетника, с једне стране, подразумева само државу уговорницу јер само она може бити надлежна (члан 2 у вези члана 1 и члан 13 став 1). С друге стране, принцип *lex fori* постоји и када је реч о надлежности *forum nationalis* малолетника. Тада такође може бити речи само о примени права државе уговорнице јер, на основу изричите одредбе Конвенције 1961, једино судови ових држава могу бити надлежни (члан 13 став 2). Поред тога, поље примене Конвенције 1961 могло се ограничити стављањем резерве и само на малолетнике који су држављани државе уговорнице (члан 13 став 3).¹⁰¹ У том случају, *lex fori* такође увек указује на право државе уговорнице. Једина одредба Конвенције 1961 која је могла да прерасте у принцип универзалне примене тиче се члана 3 о обавези признавања односа власти над малолетником који настаје *ex lege*, према његовом националном праву. С обзиром да одређивање меродавног права у овом случају није везано за надлежност, *lex nationalis* је могао да упути и на примену права државе неугворнице. Међутим, различита квалификација ове одредбе је онемогућила да универзална примена заживи. Отуда, само уколико је реч о колизионој норми, можемо рећи да Конвенција 1961 делимично познаје принцип универзалне примене. Ако се, пак, члан 3 квалификује као одредба о признању, онда овај принцип није заживео у Конвенцији 1961. У том смислу, разјашњење није донео ни *Steiger Rapport*, с обзиром да је ова норма разматрана и с аспекта меродавног права и из угла признања.¹⁰²

Члан 3 је у Конвенцији 1961 настао због потребе да се на плану међународног приватног права усагласе питања у погледу којих су на нивоу упоредног породичног права постојале крупне разлике.¹⁰³ У време када је она била донета, у појединим државама је у случају смрти једног родитеља, дете остајало под „влашћу“ мајке, док је према другом, то важило једино ако је надживели родитељ отац, док је мајка, као надживели родитељ, могла бити само законски старатељ детета. Најзад, у случају

¹⁰¹ Резерву су ставиле: Аустрија, Шпанија, Луксембург, Холандија. Аустрија ју је 1990. године повукла.

¹⁰² *Steiger Rapport*, pp. 15-16. По њему, члан 3 представља прву норму која предвиђа примену супстанцијалних одредаба *lex nationalis* малолетника, било да оне предвиђају стављање детета под очинску власт (*puissance paternelle*) било под потпуну или делимичну тутелу. Тај члан има задатак да омогући да се успостави континуитет односа власти насталог на овај начин у ситуацијама када би промена овог режима могла да створи конфузију и проблеме.

¹⁰³ Међутим, имајући у виду да Конвенција 1996, која предвиђа слично решење за родитељску одговорност *ex lege* (али на основу права уобичајеног боравишта детета, члан 16 став 1), сврстава ове случајеве под меродавно право, можда би се ипак могло тврдити да је у овој одредби Конвенције 1961 скривена колизиона норма.

ванбрачног детета, у неким правним системима оно би *ex lege* могло било стављено под старатељство посебног државног органа.¹⁰⁴ Имајући све ово у виду, из данашње перспективе одредба члана 3 била је незграпан покушај да се сви проблеми реше једном нормом. Она је стварала проблеме у пракси посебно онда када, с једне стране, према малолетниковом *lex nationalis* такав *ex lege* однос уопште не постоји (или је престао да постоји), те се јавља потреба за одређивањем мере за заштиту у судском поступку, а с, друге стране су се, према праву државе уобичајеног боравишта малолетника већ стекли услови за одређени *ex lege* однос, услед чега потреба за предузимањем мера за заштиту не постоји.¹⁰⁵

Принцип узајамности своје постојање дугује, пре свега, практичним разлозима. Наиме, он се показао релативно успешним у конвенцијама које не теже универзалној прихваћености или које нису успеле да привуку већи број држава што је случај са Конвенцијом 1956 (али и Конвенцијом 1961). Иако би се могло помислити да се иза принципа узајамности скрива бојазан од примене права неке удаљене, егзотичне државе, које је потпуно различито од права државе уговорнице, разлог је ипак другачији. Ради се о томе да се систем узајамности у погледу меродавног права заснива на идеји избегавања примене права треће државе на домаће држављане а не, у принципу, због пуке различитости супстанцијалног права.¹⁰⁶ Ово тим пре што државе уговорнице пристају да се примени право друге државе уговорнице које такође може бити веома различито, те би такав аргумент против примене права треће државе звучао неубедљиво. Уз то, додатни аргумент представља и чињеница да може доћи до интервенције клаузуле јавног поретка, уколико за тим има потребе.¹⁰⁷

Насупрот приципу узајамности, принцип универзалне примене имао је за последицу једно важно достигнуће – конвенцијске колизионе норме стављају ван снаге националне колизионе норме, у мери у којој постоји преклапање правних категорија. На тај начин су отворена врата за истинску унификацију колизионих норми на глобалном нивоу. Дobar пример пружа Конвенција Меродавно право 1973 која преузима поједине круцијалне одредбе Конвенције 1956 и на основу принципа универзалне примене омогућава им да замене националне колизионе норме. Такав је

¹⁰⁴ Детаљније о упоредноправним решењима *Steiger Rapport*, p. 16.

¹⁰⁵ Y. Lequette, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, Recueil des Cours, Tome 264 (1994-II), pp. 11-17.

¹⁰⁶ *Verwilghen Rapport ad* 134.

¹⁰⁷ У том смислу *Ibidem*.

случај, рецимо, са основном колизионом нормом о меродавности права државе уобичајеног боравишта детета. У пракси, разлика између овог принципа и принципа узајамности имала је за последицу дилему о могућности примене одредбе на основу које се, приликом одређивања износа издржавања, потребе повериоца и могућности дужника морају бити узети у обзир, чак и ако то меродавно право не предвиђа (члан 11 став 2 Конвенције Меродавно право 1973). Тако је холандски суд, у поступку за издржавање детета са пребивалиштем у Немачкој против оца који је живео у Холандији, применио Конвенцију 1956 с обзиром да Немачка тада није ратификовала Конвенцију Меродавно право 1973. Међутим, када је требало одлучити о износу издржавања, суд је сматрао да се могућности дужника не могу оцењивати према немачком него према холандском праву будући да отац живи у Холандији. Проблем је био у томе што Конвенција 1956 не предвиђа ову супстанцијалну одредбу, као што то чини члан 11 став 2 Конвенције Меродавно право 1973. Стога је према Конвенцији 1956 баланс требало одредити према немачком праву (као праву уобичајеног боравишта детета) са којим дужник није ни који начин повезан.¹⁰⁸ С обзиром да се члан 11 став 2 Конвенције Меродавно право 1973 није могао применити, у теорији је било предлагано да се она квалификује као норма непосредне примене, чак и када је суд дужан да примени Конвенцију 1956.¹⁰⁹ С друге стране, да је и Конвенција 1956 имала универзално дејство, сукоб конвенција би се могао једноставније решити јер би колизионе норме Конвенције Меродавно право 1973, из угла холандског суда, у потпуности замениле колизиони систем Конвенције 1956 у односу на Немачку, без обзира што Немачка није ратификовала каснију конвенцију. Тако би холандски суд могао директно да примени члан 11 став 2 Конвенције Меродавно право 1973, без потребе да је квалификује као норму непосредне примене. Поред тога, принцип узајамности је допринео да Конвенција 1956 нема прави каскадни систем, већ само упућивање на националне колизионе норме. То није могуће у оквиру Конвенције Меродавно право 1973, с обзиром да она има универзално дејство и омогућује праву унификацију међународног приватног права поводом издржавања, чиме се националне колизионе норме замењују конвенцијским.

¹⁰⁸ *Pelichet Note*, p. 6 ad 22.

¹⁰⁹ *Ibidem*. Такође и А. Е. von Overbeck, *La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé*, tome 234, 1992, p. 69, као и D. Martiny, *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws*, Recueil des Cours, tome 247, 1994 (III), p. 208. Даље Martiny, *Maintenance Obligations*.

2. Значај хашких конвенција средњег периода

Успех хашких конвенција о заштити деце из средњег периода је различит у зависности од материје коју уређују. Питање „односа власти“ односно других мера за заштиту деце, као и проблем издржавања деце показали су се погодним за унификацију, што није био случај са међународним усвојењем. Поред тога, организација међународне сарадње је још увек традиционална, недовољно прецизно и систематски организована. Иако Конвенција 1961 и Конвенција 1965 предвиђају *обавезу* (Конвенција 1961, члан 11 став 2) односно *могућност* (Конвенција 1965, члан 6 став 3) одређивања органа преко којих ће се вршити међусобна обавештавања, сарадња није довољно добро успостављена. Тако, Конвенције 1961 није предвиђала начин на који се обавештавања спроводе нити су за то одређени рокови. Када је реч о Конвенцији 1965, обавеза одређивања ових органа чак није ни предвиђена. Са своје стране, конвенције о признању и извршењу одлука о издржавању не предвиђају ни обавезу ни могућност одређивања посебних органа који би помагали повериоцу да оствари издржавање у другој уговорници. И не само то. Ни Конвенција 1958 ни Конвенција Признање 1973 не пружају могућност да се конвенцијски механизам употреби и за мериторно одлучивање о издржавању, већ само за признање и извршење већ постојеће одлуке. У овом делу Хашка конференција се ослонила на друге међународне конвенције, што ће се у модерном периоду показати као недовољно.¹¹⁰

Међутим, било би погрешно да због проблема који су пратили примену хашких конвенција средњег периода закључимо да ове конвенције нису значиле крупан корак напред у материји заштите деце у међународном приватном праву. Идеје које ће се даље развијати у модерним хашким конвенцијама почеле су да се уобличавају управо у средњем периоду: превласт уобичајеног боравишта, паралелизам међународне надлежности и меродавног права и међународна сарадња посредством посебно одређених органа. Сем тога, Конвенција 1956 је успела да материју издржавања ослободи утицаја колизионих решења за породичне и статусне односе у оквиру којих је она често била уређена и створи посебне колизионе норме за издржавање.¹¹¹ Наиме, одређење за уобичајено боравиште је било знак да питање издржавања најпре деце

¹¹⁰ Видети *infra* стр. 114.

¹¹¹ А. Е. von Overbeck, *Une règle de conflits uniforme en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, Netherlands International Law Review 1958, p. 255 *et seq.*

(Конвенција 1956), а потом и свих других лица (Конвенција Меродавно право 1973 и Протокол 2007) заслужује посебну колизиону норму, а не решавање у оквиру личног статуса¹¹² у коме доминира држављанство.¹¹³

Такође, уочени недостаци у примени конвенција средњег периода послужиће као основ сасвим новом приступу регулисања материје заштите деце. Такав приступ допринеће знатно већем успеху модерних хашких конвенција, при чему су поједине (Конвенција 1980 и Конвенција 1993), како је већ примећено у домаћој литератури, постале и праве „повеље материје коју уређују“.¹¹⁴

¹¹² Martiny, *Maintenance Obligations*, pp. 172-173.

¹¹³ То је уједно и идеја на којој је био заснован некадашњи члан 40 ЗРСЗ-а. Такође, на пример, и у националним кодификацијама Француске и Италије. *Ibidem*.

¹¹⁴ Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 78.

ДРУГИ ДЕО

СТВАРАЊЕ МОДЕРНОГ ХАШКОГ СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ

Претходна разматрања

Хашке конвенције о заштити деце у старом и средњем периоду настајале су аутономно с обзиром да на међународној позорници још увек није било аката који би на системски начин уређивали питање права детета и његове заштите. У тим околностима, Хашка конференција имала је готово пионирску улогу у погледу заштите деце у прекограничним споровима. Поред ње, Уједињене нације су једина, такође светска организација, која се бавила овим питањем али само у материји издржавања. Најпознатији инструмент у тој области је Конвенција УН о остваривању алиментационих захтева у иностранству из 1956. године (Њујоршка конвенција).¹¹⁵ Она представља глобални међународни инструмент (у погледу отворености за ратификацију), али, с друге стране, она то није у односу на заштиту деце, из два разлога. Најпре, она нема посебне норме о остваривању издржавања деце, већ се односи на све врсте издржавања предвиђене у националним правним системима држава уговорница. Потом, она почива само на методу сарадње, што значи да се њоме не унификују норме о међународној надлежности или меродавном праву. Дакле, Њујоршка конвенција је, услед тога што се њоме не врши унификација међународног приватног права у материји издржавања, била паралелни колосек за остваривање издржавања у односу на хашке конвенције средњег периода. Међутим, специфичност односа Њујоршке конвенције и хашких конвенција о издржавању добиће свој пуни смисао управо у модерном периоду и довешће до занимљивог и неубичајеног односа две светске организације које се, свака на свој начин, баве заштитом деце у прекограничним споровима. Резултат тог односа представља Конвенција 2007.¹¹⁶

Развој конвенцијске заштите у модерном периоду одвија се у време када се међународна позорница битно мења у погледу права детета. У томе пресудну улогу има Конвенција о правима детета. Њено доношење представља прекретницу у односу

¹¹⁵ Сл.лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 2/60.

¹¹⁶ Видети детаљно *infra* стр. 114.

на права детета генерално, али, исто тако, и у погледу хашког система заштите деце. Ово стога што је Конвенција о правима детета извршила непосредни утицај на оне хашке конвенције које су донете након 1989. године, али је, уједно, допринела преиспитивању праксе држава уговорница у примени раније донетих хашких конвенција (пре свих, Конвенције 1980). Током овог периода, свет се од заштите људских права и слобода (стаблираних, барем у начелу), окренуо ка специфичној потреби заштити деце, тако да је ова материја постала један од приоритета међународне политичке и правне активности држава и међународних организација. У том светлу, Конвенција о правима детета, неспорно револуционарна и прогресивна, уједно представља снажан политички компромис између држава различитих правних система.¹¹⁷ Она установљава читав корпус права детета, које су државе чланице дужне да уграде у своје националне правне системе, било да је реч о супстанцијалном, процесном или међународном приватном праву. На тај начин је Конвенција о правима детета поставила стандарде и приликом усвајања нових или примене (тумачења) већ донетих међународних уговора, укључујући и конвенције Хашке конференције. Када је о њима реч, Конвенција о правима детета допринела је да хашке конвенције у модерном периоду можемо посматрати као систем - *модерни хашки систем заштите деце*, а не фрагментарно, као што је то био случај у претходним периодима (Глава I). У прилог тези да се ради о систему говори и чињеница да тај систем има своје основне идеје, заједничке свим модерним хашким конвенцијама о заштити деце (Глава II).

¹¹⁷ M. Sardenberg, *Judicial and Administrative Cooperation in Family Law Matters: Introduction, International Law and The Hague's 750th Anniversary*, T.M.C. Asser Press, 1999, p. 193. Даље Sardenberg, *Judicial and Administrative Cooperation*.

ГЛАВА I

НАСТАНАК И РАЗВОЈ МОДЕРНОГ ХАШКОГ СИСТЕМА ЗА ЗАШТИТУ ДЕЦЕ И УТИЦАЈ КОНВЕНЦИЈЕ О ПРАВИМА ДЕТЕТА

1. Обавеза међудржавне сарадње према Конвенцији правима детета и модерни хашки систем заштите деце

Захваљујући Конвенцији о правима детета, дете је од објекта заштите постало субјект права. На тај начин, оно се више не доживљава као припадник засебне категорије угрожених лица којима је потребна посебна заштита и помоћ, већ као равноправан правни субјект који ужива основна права и слободе, овлашћен да учествује у поступцима у којима се одлучује о питањима која утичу на његов живот. Другим речима, од пасивног примаоца заштите, дете је постало *активан и видљив грађанин*.¹¹⁸ Значај Конвенције о правима детета је изузетан, имајући у виду универзалну прихваћеност од стране држава чланица Уједињених нација.¹¹⁹

Осим што дефинише права детета и обавезује државе уговорнице да их гарантују на националном нивоу, Конвенција о правима детета истовремено захтева да државе ова права обезбеде и кроз међународну сарадњу (члан 4). На тај начин, она недвосмислено указује и на потребу прекограничне заштите права детета. У том смислу, модерне хашке конвенције о заштити деце се могу схватити управо као један

¹¹⁸ Sardenberg, *Judicial and Administrative Cooperation*, p. 194.

¹¹⁹ Конвенцију су ратификовале 193 државе. У односу на чланице УН-а, слику кваре само САД, Јужни Судан и Сомалија које нису ратификовале Конвенцију о правима детета. САД и Сомалија су је потписале с обзиром да су биле чланице УН у време њеног усвајања у Генералној скупштини, док то није случај са Јужним Суданом, који је након одвајања од Судана, иначе државе уговорнице Конвенције о правима детета, пријемљен у чланство у УН 14. јула 2011. године. Листа држава уговорница Конвенције о правима детета је доступна на https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV11&chapter=4&lang=en. Међутим, не би се могло тврдити да заштита најбољег интереса детета није део националних правних система и држава неуговорница, пре свега када је реч о САД-у. Наиме, U.S. Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families је, новембра 2012. године, издао једну врсту упутства савезним државама САД-а о утврђивању најбољег интереса детета, будући да све савезне државе, укључујући и Дистрикт Колумбију, америчку Самоу, Гуам, Порторико, америчка Девинчанска острва и америчка Северна Маријанска острва, у својим прописима изричито предвиђају да се најбољи интерес детета мора утврдити приликом одлучивања о праву на старање, смештају детета и свим другим одлукама које битно утичу на живот детета. Видети Child Welfare Information Gateway, *Determining the Best Interest of the Child*, November 2012, p. 1, доступно на https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/best_interest.pdf (12.08.2013).

од начина испуњења ове међународне обавезе будући да се њима штите права гарантована Конвенцијом о правима детета. Листа је следећа: а) права детета која се остварују кроз овлашћења и дужност родитеља и (привремене) алтернативне облике старања над децом, као што су старатељство, хранитељство, институционални смештај (Конвенција 1996), затим, б) спречавање незаконитог одвођења и задржавања деце односно поновно успостављање *statusa quo ante* (Конвенција 1980 и Конвенција 1996), потом, в) међународно усвојење (Конвенција 1993), те г) обавеза издржавања детета (Протокол 2007 и Конвенција 2007). Коначно, у појединим конвенцијама модерног хашког система изричито је предвиђена посебна заштита специфичних категорија деце, као што су деца избеглице и међународно расељена деца (Конвенција 1996 и Конвенција 1993).

2. Посебна права детета и улога модерног хашког система заштите деце

2.1. Родитељско право и алтернативни облици старања над децом

Када је реч о односу детета и његових родитеља, као и о привременим облицима старања (старатељство, хранитељство, институционални смештај), Конвенција о правима детета предвиђа посебну заштиту породице детета, али и заштиту детета од породице. Тако, ниједно дете не може бити одвојено од својих родитеља против њихове воље, осим ако надлежни органи, уз судски надзор, утврде да је то неопходно ради заштите детета и у његовом најбољем интересу, као што су случајеви занемаривања или злостављања детета, као и када родитељи живе одвојено па се мора донети одлука о месту становања детета (члан 9). С тим у вези, детету је признато и право да одржава личне односе и непосредне контакте са оним родитељем са којим не живи, осим ако је то у супротности са његовим најбољим интересом (члан 9 ст. 1 и 3). Такође, одређене су, *exempli causa*, и ситуације када се најбољи интерес детета мења и подразумева управо супротну ситуацију - или присуство родитеља угрожава дете (злостављање, занемаривање) или њихов заједнички живот више није фактички могућ (одвојени живот родитеља). Тада држава одређује родитеља са којим ће дете живети и уређује одржавање личних односа са другим родитељем или, пак, организује алтернативне начине збрињавања, као што су, на пример, старатељство или

хранитељство (јер је услед измењених околности овај вид бриге о детету у његовом најбољем интересу, члан 20).

Уколико наведене ситуације добију међународно обележје, онда се заштита деце у оквиру модерног хашког система остварује посредством Конвенције 1996. Она уређује, најпре, питање међународне надлежности за одлучивање о правима и дужностима родитеља, старатељству, хранитељству и другим облицима (привременог) алтернативног старања над децом, као и меродавно право. Потом, Конвенција 1996 омогућава да се одлуке о овим питањима, донете у једној држави уговорници, признају и изврше у свим осталим државама које су њоме обавезане, а уређује наведене односе и онда када се заснивају *ex lege*, на основу споразума или једностране изјаве воље. Такође, Конвенција 1996 може да обухвати и мере за заштиту од насиља у породици, уколико је дете жртва насиља. То одговара праву детета на заштиту од свих облика насиља, повреда или злоупотреба (члан 19 Конвенције о правима детета).¹²⁰

Коначно, веза са Конвенцијом о правима детета уочљива је већ из саме Преамбуле Конвенције 1996 у чијем тексту је указано да њене одредбе свој основ имају управо у Конвенцији о правима детета (параграф 6) и принципу најбољег интереса детета као примарном критеријуму (параграф 5).¹²¹ За разлику од Конвенције 1902, која је полазила од заштите деце с аспекта „очинске власти“ и власти националних државних органа, и Конвенције 1961, која представља компромис између добробити детета као његовог права и традиционалног схватања по којем су деца објект родитељске власти, Конвенција 1996 полази од најбољег интереса детета као главног критеријума. Стога, позивање на Конвенцију о правима детета у Преамбули није сувишно јер је од значаја приликом тумачења Конвенције 1996.¹²²

¹²⁰ С обзиром да Конвенција 1996 користи за све ове облике старања о детету термин „родитељска одговорност“, он ће се надаље и користити.

¹²¹ Иначе, Преамбула Конвенције 1996 је релативно дугачка у односу на друге хашке конвенције и представља компромис између држава које су хтеле уобичајену, краћу, преамбулу која би указивала на предмет Конвенције и позивала се, генерално, на Конвенцију о правима детета, и оних које су инсистирале да се у преамбули изричито наведу принципи Конвенције о правима детета. Решење је пронађено у усвајању 6 параграфа од који су три посвећена предмету Конвенције, два упућују на најбољи интерес детета и Конвенцију о правима детета, а један указује на потребу измене Конвенције 1961. N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, *International Movement of Children, Family Law*, Bristol, 2004, p. 539 *ad* 16. Даље Lowe, *International Movement*. Такође и P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, Proceedings of the Eighteenth Session (1996) - Protection of children, p. 543 *ad* 8. Даље Lagarde Report.

¹²² Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 8.

2.2. Незаконито одвођење или задржавање деце

Слична томе је и ситуација поводом незаконитог одвођења или задржавања детета у иностранству. Наиме, Конвенција о правима детета обавезује државе уговорнице на борбу против оваквих случајева, при чему је посебно истакнут значај закључивања двостраних или вишестраних уговора или приступање постојећим уговорима (члан 11). У том смислу, јасна је веза са Конвенцијом 1980 јер могућност испуњења ове обавезе из Конвенције о правима детета приступањем и већ *постојећим споразумима* обухвата управо ову хашку конвенцију. Притом, иако Конвенција 1980 уређује повратак детета *sedes materiae*, Конвенција 1996 такође може бити од значаја у случајевима незаконитог одвођења или задржавања.¹²³

2.3. Међународно усвојење као трајни облик збрињавања детета

Када је реч о међународном усвојењу, Конвенција 1993, опет, представља конкретизацију права детета на трајни облик збрињавања онда када је остваривање његове заштите унутар биолошке породице немогуће, а ни други облици алтернативног старања о детету у држави порекла не дају одговарајуће резултате. Према Конвенцији о правима детета, једна врста трајног алтернативног старања о детету је и међународно усвојење. При томе, она уводи и принцип супсидијарности у односу на домаће усвојење или на могућност смештаја детета у другу породицу односно старање о њему на други погодан начин у држави порекла (члан 21 став 1 тач. б). Осим тога, Конвенција о правима детета уводи стандарде за заснивање међународног усвојења, почев од тога да се усвојење може засновати само одлуком надлежног органа (члан 21 став 1 тач. а), преко потребне сагласности одређеног круга лица (члан 21 став 1 тач. а), забране стицања неоправдане финансијске користи лица која учествују у поступку заснивања усвојења (члан 21 став 1 тач. д), све до заштите усвојеника која мора бити једнака оној у случају домаћег усвојења (члан 21 став 1 тач. ц). Најзад, сви наведени стандарди међународног усвојења из Конвенције о правима детета преузети су Конвенцијом 1993 и у њој се остварују преко специфичног система сарадње између држава уговорница.

¹²³ Видети детаљно о овом односу Конвенције 1980 и Конвенције 1996 *infra* стр. 315.

2.4. Право детета на издржавање

Упркос тесној повезаности обавезе издржавања и породичних односа, суштина остваривања обавезе издржавања није таква да погађа саму срж ових односа (за разлику од права на виђање или одређивање родитеља са којим ће дете живети). Одлуке о овим другим питањима непосредно утичу на личне односе деце и родитеља, док издржавање има за циљ да детету обезбеди материјална средства за живот. Чињеница је и да обавеза издржавања, упркос томе што је повезана са породичним односима (који представљају њен правни основ), подразумева давање (најчешће) у новцу, те се она остварује као и било које друго новчано потраживање. Стога, она у исто време представља и класичну новчану обавезу.¹²⁴ Међутим, управо зато што је реч о обавези која треба да обезбеди детету егзистенцију, реч је о веома актуелном питању.¹²⁵ Могло би се рећи да, у поређењу са другим конвенцијама хашког система за заштиту деце, спорови поводом обавезе издржавања деце спадају у ред најчешћих. Штавише, у односу на случајеве отмице деце из Конвенције 1980, у оним државама чија је пракса најбројнија и најутицајнија, на сваки случај примене Конвенције 1980 долази између 500-1000 спорова о издржавању деце и сматра се да ће овај тренд, као последица глобализације, постати још израженији у будућности.¹²⁶

Право детета на издржавање, предвиђено Конвенцијом о правима детета је у оквиру модерног хашког система заштите деце конкретизовано Протоколом 2007 и Конвенцијом 2007. Према члану 27 Конвенције о правима детета, дете има право односно у његовом је најбољем интересу да му се омогући животни стандард примерен његовом физичком, менталном, духовном, моралном и друштвеном равоју. При томе

¹²⁴ Тако се изјаснио Европски Парламент, расправљајући о Предлогу Регулative о надлежности, меродавном праву, признању, извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања (*Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations* {SEC(2005) 1629}, COM/2005/0649 final - CNS 2005/0259). Видети приказ у J. Turoňová, *Maintenance claims within the European Union with regard to the new Maintenance Regulation*, Annals of the „Constantin Brâncuși“ University of Târgu Jiu, Juridical Sciences Series, Issue 1/2009, стр. 72, http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2009-01/6_TURONOVA_JANA.pdf.

¹²⁵ Према подацима Сталног бироа Хашке конференције, само између Аустралије, Канаде, Новог Зеланда, САД и држава ЕУ годишње се ово питање постави у 550.000 до 1.100.000 случајева. Ph. Lortie, *The 2007 Hague Child Support Convention and its Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations: challenges and opportunities for domestic reforms*, IFL, March 2012, p. 118.

¹²⁶ *Ibidem*. Вероватно да једино Конвенција 1996 може да у овом смислу парира конвенцијском пару Протокол 2007- Конвенција 2007. Наиме, Конвенција 1996 се примењује не само када постоји спор о родитељској одговорности него и када спора заправо нема зато што се родитељска одговорност заснива *ex lege* односно на споразуму или једностраној правној радњи. Услед тога, број случајева када њене одредбе имају практични значај значајно се повећава.

је издржавање детета првенствено дужност родитеља и других лица одговорних за дете. Држава, са своје стране, пружа помоћ ради остваривања овог права, посебно у случајевима када дете и лице које дугује издржавање не живе у истој држави, и тада се инсистира на приступању односно закључивању међународних конвенција. Протокол 2007, који уређује питање меродавног права, фаворизује управо децу као повериоце и то како у случајевима када су дужници родитељи тако и у односу на супсидијарне дужнике. Конвенција 2007 се, пак, односи на обавезе издржавања деце од стране родитеља, али се и обавезе супсидијарних дужника могу укључити посебним изјавама држава уговорница (члан 2 став 3). Осим тога, она штити право детета на издржавање тако што омогућава покретање поступка за мериторно одлучивање у државама уговорницама у три случаја. Најпре, онда када се о обавези издржавања први пут одлучује. Потом, у ситуацијама када одлука постоји али дете жели њену измену. Најзад, уколико се постојећа одлука о издржавању детета не може признати, она предвиђа могућност покретања новог поступка мериторног одлучивања у држави признања. Штавише, Конвенција 2007 обавезује државе и на пружање правне помоћи детету у случајевима када одлучивање о његовом издржавању зависи од утврђивања порекла према потенцијалном дужнику (очинство или, ређе, материнство).

2.5. Заштита права детета које има или тражи статус избеглице

Посебан проблем у хашком систему заштите представљају деца избеглице. Конвенција о правима детета предвиђа дужност њихове посебне заштите (члан 22), што се у појединим хашким конвенцијама постиже директно, предвиђањем посебних критеријума за заснивање међународне надлежности судова у погледу ове категорије деце (Конвенција 1996). У другима, то је остварено посредством одређених препорука (Конвенција 1993). Међутим, Конвенција 1980 не предвиђа изричито могућност незаконитог одвођења или задржавања деце избеглица, тако да ситуација није најјаснија и постоје скоро једнако прихватљиви аргументи *pro et contra* њиховом укључивању у систем ове хашке конвенције. Слична ситуација је и са Конвенцијом 1993.¹²⁷ У случају издржавања, Протокол 2007 и Конвенција 2007 не садрже посебну

¹²⁷ Видети детаљно *infra* стр. 348.

одредбу, али, начелно, не постоје сметње за њихову примену и на ову посебну категорију деце.

2.6. Право детета на мишљење

У погледу овог права, Конвенција о правима детета предвиђа да су државе уговорнице дужне да детету, способном да формира своје мишљење, омогуће и да га изрази у свим поступцима који се односе на њега. При томе, значај мишљења зависи од дискреционе оцене надлежног органа и од узраста и зрелости детета (члан 12). Иако се остваривање права детета на мишљење конкретизује и на националном нивоу држава уговорница Конвенције о правима детета, модерни хашки систем заштите му даје велики значај. Наиме, од остваривања овог права детета *изричито* зависи заснивање међународног усвојења (Конвенција 1993) или измена утврђеног износа издржавања на захтев дужника (Конвенција 2007), као и признање и извршење одлука о родитељској одговорности (Конвенција 1996), те напokon, одустајање од принципа успостављања *statusa quo ante* (Конвенција 1980).

Имајући у виду улогу модерног хашког система заштите деце у ширем међународном амбијенту у коме је настао, о њему би се могло говорити као о делу универзалног система заштите утврђеног Конвенцијом о правима детета. Дакле, правни основ хашког система није само компромис између држава које су учествовале у доношењу појединих конвенција, већ управо Конвенција о правима детета. На тај начин је из најширег глобалног система заштите деце који обухвата и чисто домаће и прекограничне ситуације (Конвенција о правима детета) створен, али у оквиру *међународног* међународног приватног права, глобални систем заштите деце под окриљем Хашке конференције. Другим речима, свака модерна хашка конвенција штити поједина права детета гарантована Конвенцијом о правима детета. Модерни хашки систем обухвата она права детета из тог универзалног система о чијој заштити у прекограничним случајевима државе (за сада) могу да постигну компромис. Но, будући да Конвенција о правима детета не уређује заштиту права детета у прекограничним случајевима, већ то препушта и другим организацијама, хашки систем може да се схвати као надградња Конвенције о правима детета односно њена продужена рука у *међународном* међународном приватном праву. Штавише, према

мишљењу Комитета за права детета, који тумачи и прати спровођење Конвенције о правима детета,¹²⁸ модерне хашке конвенције о заштити деце су компатибилне са Конвенцијом о правима детета и у том смислу оне међусобно могу бити „подршка у важним питањима заштите деце.“¹²⁹

ГЛАВА II

ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ХАШКОГ СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ

Претходна разматрања

Као и сваки систем, тако и онај настао у оквиру Хашке конференције има одређене карактеристике, без обзира на чињеницу да конвенције уређују различите материје. У том смислу, модерни хашки систем заштите деце, најпре, омогућује континуитет заштите. На тај начин, приметно је да се у прекограничним случајевима највећи број права детета које хашки систем обухвата штити комбинацијом више његових конвенција (1). Потом, хашки систем заштите деце одликују одређене заједничке идеје које повезују све појединачне конвенције, без обзира да ли су оне у њима спроведене на идентичан начин. То су појмови детета и његовог уобичајеног боравишта (2), као и механизам сарадње који се овим системом успоставља (3). Најзад, конвенције је могуће класификовати на више начина, при чему се може јасно видети да

¹²⁸ Комитет за права детета је основан у складу са чланом 43 Конвенције о правима детета. Чини га 18 међународних експерата за права детета. Његов задатак је да, на новоу сваке државе уговорнице, прати имплементацију гарантованих права детета у поступку тзв. конструктивног дијалога са владама држава уговорница. Више о Комитету за права детета на <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>. На основу Опционог протокола о поступку комуникације (жалбеном поступку) од 19.12. 2011. године (*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*, New York, 19 December 2011, скраћено *ОПСП*) који је, у складу са чланом 19 став 1 Протокола, ступио на снагу 01.04. 2014. године (након истека рока од 3 месеца након десете ратификације), деца (без на обзира на узраст, члан 5 *ОПСП*) али и друга лица па и владе држава уговорница ће моћи да се жале Комитету за права детета у случајевима када је повређено њихово право признато Конвенцијом о правима детета или опционим протоколима који је држава у питању ратификовала (члан 5 *ОПСП*). За сада, он обавезује само 10 држава које су га ратификовале (Албанија, Боливија, Костарика, Габон, Немачка, Црна Гора, Португалија, Словачка, Шпанија и Тајланд). Србија је једна од преосталих 35 држава које су га само потписале али не и ратификовале.

¹²⁹ Sardenberg, *Judicial and Administrative Cooperation*, p. 195.

ниједно право детета чију заштиту уређује хашки систем није обухваћено само једном врстом конвенција, без обзира који се критеријум поделе прихвати као релевантан (4).

1. Континуитет заштите деце у оквиру хашког система

Приликом разматрања потребе ратификације појединих модерних хашких конвенција, уобичајено је да се свака од њих анализира независно од њеног односа са осталим конвенцијама, осим ако је корелација очигледна (нпр. однос Конвенције 1996 и Конвенције 1980, који изричито проистиче из члана 50 Конвенције 1996).¹³⁰ Упркос томе, с аспекта континуитета заштите права детета, све конвенције хашког система међусобно су повезане, налазећи се у комплементарном односу. У том смислу, хашки систем заштите деце има свој логички редослед. Могло би се рећи да заштита почиње Конвенцијом 1996 која, пре свега, уређује питање међународне надлежности, меродавног прва и признања и извршења одлука о праву детета на породични живот тј. о односу између детета, с једне, и његових родитеља, с друге стране (родитељска одговорност у смислу овлашћења и дужности родитеља, члан 1 став 2). Међутим, она истовремено штити дете од породице, као и децу која нису под родитељским старањем. Наиме, у случају када биолошка породица постаје неадекватна средина за заштиту детета, Конвенција 1996 омогућава да се утврди међународна надлежност и меродавно право за организовање алтернативних облика старања над децом (родитељска одговорност у смислу старатељства, хранитељства, сличних установа и институционалног смештаја, члан 1 став 2), као и признање и извршење одлука о томе. У изузетним ситуацијама када је повређено право на старање засновано на било ком од ових односа тако што је дете незаконито одведено или задржано, решење, по правилу, предвиђа Конвенција 1980. Ипак, ни тада, Конвенцију 1996 не можемо заборавити и оставити је по страни јер у појединим случајевима њена примена може доћи у обзир (ако је дете старије од 16 година, а млађе од 18 година; ако постоји одлука о праву на

¹³⁰ Тако је, примера ради, Савет за међународно приватно право Републике Србије, у циљу разматрања потребе приступања Конвенцији 1996, у свом закључку, као задатак известиоца, посебно нагласио анализу односа Конвенције 1996 и Конвенције 1980 будући да је њихов однос изричито регулисан чланом 50 Конвенције 1996. Видети Записник са 14. седнице Савета, одржане 19. марта 2014. године, доступно на <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/1675/sednice-saveta.php> (20.03.2014).

старање која се може признати; ако је повратак детета одбијен и треба одлучити о праву на старање).

Када је реч деци над којом је организован алтернативни облик старања (у већини случајева реч је о деци која нису под родитељским старањем),¹³¹ може се десити да та привремена решења заштите детета нису одговарајућа. Уколико се не може засновати домаће усвојење (које Конвенција 1996 не уређује), решење може дати Конвенција 1993 која уређује механизам међународног усвојења. Она детету пружа могућност за успостављање трајне заштите у адоптивној породици, с обзиром да се правно успоставља најважнији однос из угла детета – однос између њега и родитеља. Но, и након заснивања међународног усвојења може се јавити потреба за заштитом права усвојеног детета на породични живот, али и за заштитом детета од његове адоптивне породице, на исти начин као да је реч о биолошкој породици. У том случају, Конвенција 1996 поново добија на значају. Када је реч о незаконитом одвођењу или задржавању усвојеног детета, његов се повратак може обезбедити механизмом Конвенције 1980, али и Конвенције 1996.

Најзад, право детета на издржавање је увек актуелно питање с обзиром да се поставља независно од тога да ли се о детету старају биолошки или адоптивни родитељи или је реч о деци без родитељског старања. У оквиру хашког система, дете може остварити ово своје право путем Протокола 2007 и Конвенције 2007. Са своје стране, Протокол 2007 омогућава да се меродавно право за издржавање одреди на што повољнији начин за дете (на основу посебних правила), а Конвенција 2007, да се одлука о издржавању призна и изврши или да се о издржавању мериторно одлучи (када је потребно Протоколом 2007 утврдити и меродавно право). Упркос томе, када је, у хитним случајевима детету потребно обезбедити што пре финансијска средства продајом неке његове имовине, онда је то питање које (поново) уређује Конвенција 1996, а не Конвенција 2007.¹³² С обзиром да у поступку за остваривање издржавања,

¹³¹ Изузетно, деца и у овом случају могу бити под родитељским старањем, али је из одређених разлога, неопходно да се брига о њима уреди и алтернативном методом. Такав је случај с установом хранитељства код нас. Наиме, према Породичном закону (члан 113 став 2), „хранитељство се може засновати и ако је дете под родитељским старањем, али има сметње у психо-физичком развоју или је дете са поремећајем у понашању.“

¹³² *Lagarde Report*, p. 567; Permanent Bureau, *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Protection Convention*, 2014, p. 42, доступан на <http://www.hcch.net/upload/handbook34en.pdf>. Даље *1996 Practical Handbook*.

парнично неспособно дете мора имати заступника, он ће такође бити одређен на основу Конвенције 1996.

Као што смо видели, модерне хашке конвенције с аспекта континуиране заштите права детета заиста граде систем, уређујући различите ситуације у којима је детету, током одрастања, потребна прекогранична заштита. Додуше, свака од њих и појединачно може допринети заштити одређеног права детета које уређује. Иако њихова ратификација није међусобно условљена, заштита која се на тај начин остварује ипак остаје непотпуна. Наиме, она права детета која нису обухваћена конкретном хашком конвенцијом остају предмет националних система међународног приватног права. Управо зато што у том погледу нема праве међународне сарадње држава, такав начин заштите не може да пружи системско решење. Примера ради, национални системи не пружају гаранције да ће одлука донета у једној држави бити призната и у другој или да ће, рецимо, правни однос настао *ex lege* у једној држави остати неизмењен и у иностранству. Насупрот томе, свеобухватнија заштита ових права детета, утврђених Конвенцијом о правима детета, могућа је тек у оквиру хашког система.¹³³ У њему је свих пет модерних конвенција повезано, не само у смислу већ наведене идеје о континуитету заштите, већ и осталих заједничких идеја на којима је заснован хашки систем заштите деце.

2. Заједничке идеје хашког система заштите деце

2.1. Аутономни појам детета

Модерни хашки систем превиђа аутономни појам *детета* уместо појма *малолетника*. То омогућава да се конвенције уједначено примењују *ratione personae* јер оне саме одређују узраст детета релевантан за њихову примену. Разлике приликом одређивања појма детета које постоје у појединим хашким конвенцијама кореспондирају са разликама у националним системима породичног права, омогућавајући тако флексибилнији приступ појединим материјама.

¹³³ То се може уочити и на примеру Србије, будући да систем заштите деце, као што је наведено у уводу, није заокружен зато што нису ратификоване Конвенција 1996 и Конвенција 2007.

2.1.1. Од појма малолетника до појма детета

Једна од карактеристика претходних периода заштите деце у оквиру Хашке конференције била је неуједначеност поља примене *ratione personae* будући да су Конвенција 1902 и Конвенција 1961 полазиле од појма малолетника, док су остале конвенције средњег периода прихватале појам детета. Основни проблем хашких конвенција које су предвиђале заштиту *малолетника* било је управо одређивање права по коме ће се вршити квалификација појма малолетник.¹³⁴ С обзиром да је материја пословне способности (која утврђује границу пунолетства) увек била искључена из поља примене конвенција,¹³⁵ појам малолетника морао се одређивати самим конвенцијама. Међутим, проблем је у томе што овај термин не дозвољава аутономну квалификацију јер би то значило унификацију границе малолетства у оквиру Хашке конференције, што ипак није њен задатак. Стога је овај појам, а самим тим и поље примене *ratione personae*, било одређено националним прописима држава уговорница. Тако, Конвенција 1961 *изричито* одређује и право по коме се врши квалификација малолетства, док Конвенција 1902 то чини *прећутно*. У том смислу, најпре, Конвенција 1902 предвиђа да се „у сваком случају, старатељство заснива и престаје према праву државе чији је малолетник држављанин“ (члан 5). То значи да ће се и граница малолетства одредити према *lex nationalis*. Међутим, ако су околности случаја такве да држава чији је малолетник држављанин односно њен дипломатско-конзуларни представник не могу да организују старатељство, онда се старатељство може засновати и вршити у складу са правом уобичајеног боравишта малолетника (члан 3). То би значило да и право државе уобичајеног боравишта, изузетно, може одредити границу малолетства, али само ако се старатељство не може организовати према *lex nationalis*. Са своје стране, Конвенција 1961 је тежњу ка успостављању равнотеже између држављанства и уобичајеног боравишта, о којој је већ било речи, пренела и на питање квалификације појма малолетника. У том смислу, он се одређује кумулативном

¹³⁴ Конвенција 1902 и Конвенција 1961 нису биле усамљене у смислу позивања на појам малолетника. У том периоду, и у другим међународним конвенцијама коришћени су термини „младе особе“ (*young persons*), „малолетник“ (*minor, minor child, juveniles*), без дефинисања употребљених појмова. Видети, примера ради, *International Covenant on Civil and Political Rights* (чл. 10(2)(б)(3) 14(1)(4), 24), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (чл. 10(3)). Наведено према Sh. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1999, p. 52. Даље Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*.

¹³⁵ *Steiger Rapport*, p. 12.

применом *lex nationalis* и права државе уобичајеног боравишта малолетника (члан 12). Другим речима, ако би, у конкретном случају, дете имало 19 година и, с једне стране, више не би било малолетник према праву државе чији је држављанин, али би с друге, тај статус задржало према праву државе уобичајеног боравишта (која предвиђа вишу старосну границу), Конвенција 1961 не би могла да се примени. Ипак, иако лице тада не би уживало конвенцијску заштиту, то не би спречило државу његовог уобичајеног боравишта да организује заштиту према нормама свог међународног приватног права.¹³⁶ Но, тако донете одлуке не би могле да буду признате према конвенцијском механизму већ према националним нормама. Поред тога, ни Конвенција 1902 ни Конвенција 1961 изричито не ограничавају појам малолетника на ону децу која нису еманципована, мада је таквих предлога било.¹³⁷ Основни проблем у примени појма малолетник је у томе што он не води уједначеној примени конвенција јер поље примене *ratione personae* зависи од тога чије држављанство малолетник има и у којој држави живи. Поред тога, свака промена уобичајеног боравишта или држављанства може, последично, да промени начин заштите малолетника. Тако, на пример, ако је малолетник уживао конвенцијску заштиту јер се старосна граница поклапала у обема државама, након стицања новог уобичајеног боравишта или држављанства, он је могао бити лишен те заштите (ако се старосне границе више не би поклапале).

С обзиром да је појам малолетника строго правни појам и услед тога не допушта флексибилизацију, он није одговарао ни потребама оних конвенција које су уређивале питање издржавања односно међународног усвојења. У материји издржавања деце, ова обавеза веома често постоји и након пунолетства детета, тако да појам малолетник не би обухватио све категорије деце која имају право на издржавање. Када је о међународном усвојењу реч, било је потребно прецизно одредити горњу старосну границу усвојеника да би било јасно на коју категорију усвојеника се Конвенција 1965 односи будући да поједине државе дозвољавају усвојење и пунолетних лица. У том смислу, прихватање решења Конвенције 1961 о кумулативној примени меродавних права није било адекватно јер би могло водити до лишавања детета конвенцијске

¹³⁶ *Steiger Rapport*, pp. 25-26.

¹³⁷ Током рада на Конвенцији 1961, било је предлога да се изричито наведе да појам малолетник подразумева само она малолетна лица која нису еманципована. Међутим, такво одређење би довело до потребе дефинисања еманципације што је, због чињенице да њени облици и дејства „варирају од државе до државе и чине је осетљивим питањем“, окарактерисано као тешко питање. *Steiger Rapport, loc.cit.* Разлог је, по свему судећи, тај што је еманципација статусно питање које, могло би се рећи традиционално, измиче међународној колизионој унификацији.

заштите уколико се релевантна права за одређивање старосне границе не поклапају (односно до неједнаког поступања у случају промене уобичајеног боравишта или држављанства усвојеника). То свакако није у складу ни са принципом правне сигурности. Управо зато је аутономни појам детета уведен у средњем периоду првим конвенцијским паром о издржавању (*лице млађе од 21 године*, члан 1 став 4 Конвенције 1956 и члан 1 став 1 Конвенције 1958), да би то исто, нешто касније, учинила и Конвенција 1965 (*усвојеник млађи од 18 година који није у браку у тренутку подношења захтева за усвојење*, члан 1). Дакле, у средњем периоду се с једне стране, конвенције о издржавању и међународном усвојењу окрећу појму детета, док материја мера за заштиту деце у смислу Конвенције 1961 остаје верна термину малолетник. Ова неуједначеност је још један разлог због кога се у средњем периоду није могло говорити о постојању система.

На трајно напуштање термина малолетник у модерном периоду утицала је, такође, и Конвенција о правима детета. Наиме, као што и сам њен назив указује, она уређује корпус права детета (а не малолетника). И она сама даје аутономну квалификацију овог појма, подразумевајући под дететом „свако људско биће које није навршило 18 година живота, ако се, на основу закона који се односи на дете, пунолетство не стиче раније“ (члан 1). Аутономна квалификација је, у овом случају, резултат тежње да се обезбеди уједначена примена Конвенције о правима детета и да се заштита детета обезбеди за што ширу групу деце.¹³⁸ Следећи идеју Конвенције о правима детета,¹³⁹ поједине хашке конвенције одређују појам детета на исти начин као и она, док друге од тога унеколико одступају, услед специфичности материје коју уређују.

2.1.2. Појам детета у модерном хашком систему заштите деце

У групу хашких конвенција које следе одређење појма детета из Конвенције о правима детета спадају Конвенција 1996 и Конвенција 1993. У том смислу се Конвенција 1996 примењује на децу млађу од 18 година (члан 2), док се Конвенција 1993 примењује ако су се централни органи сагласили о томе да се поступак усвојења

¹³⁸ Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, p. 52.

¹³⁹ Видети о томе на примеру промене опредељења Хашке конференције у погледу Конвенције 1996 и двоумљења око задржавања термина малолетник из Конвенције 1961, *Actes et documents de la Dix-huitième session, Tome II Protection des enfants*, p. 87.

може наставити пре него што је дете напунило 18 година (члан 3). Међутим, када је реч о појму детета према Конвенцији 1996, потребно је указати да упркос томе што се одређење поклапа са Конвенцијом о правима детета постоје извесне специфичности које се морају имати у виду. Иако је јасно да се Конвенција 1996 примењује на децу од рођења¹⁴⁰ до навршених 18 година, потенцијална замка лежи у томе што се она, понекад, може односити и на децу која су стекла делимичну или потпуну пословну способност пре 18. године. Када је реч о деци млађој од 18 година која према персоналном праву имају делимичну пословну способност, надлежни орган државе уговорнице Конвенције 1996 треба да примени то исто право на питање да ли је у конкретној ситуацији детету потребан заступник. Уколико је то потребно, Конвенција 1996 се може применити. Слично томе, и ако дете еманципацијом стекне потпуну пословну способност, меру за заштиту је такође могуће одредити ако то дозвољава супстанцијално право до кога се стиже колизионом нормом Конвенције 1996.¹⁴¹

С друге стране, материје међународне отмице деце и издржавања су одступиле од појма из Конвенције о правима детета. Конвенција 1980 спушта старосну границу, тако да она дефинише дете као лице млађе од 16 година (члан 4). Насупрот томе, Конвенција 2007 подиже старосну границу, као и све претходне хашке конвенције о признању одлука о издржавању, тако да се она односи на обавезе издржавања које проистичу из односа родитељ-дете према лицима млађим од 21 године (члан 2 став 1 тач. а). Коначно, када је реч о Протоколу 2007, ситуација је специфична. У њему није извршена аутономна квалификација већ се појам детета, у сваком конкретном случају, одређује правом које је према Протоколу меродавно за обавезу издржавања (члан 11 тач. а). Једина аутономна квалификација појма детета коју Протокол 2007 даје везана је за примену каскадног система. Наиме, деца која траже издржавање од родитеља и лица млађа од 21 године, која траже издржавање од неког другог лица (а не родитеља), убрајају се у категорију тзв. привилегованих поверилаца, за које важе посебне колизионе норме (члан 4). Ова специфична ситуација подразумева, по правилу, супсидијарне дужнике чија се обавеза издржавања активира уколико родитељ, из одређеног разлога, не може да издржава дете. Из тог разлога се може сматрати да је

¹⁴⁰ Приликом рада на Конвенцији 1996, било је предлога да се њоме обухвате и фетуси, посебно у односу на заштиту имовине, било изричито било брисањем речи „од рођења“ чиме би се оставила могућност државама да се саме одреде да ли ће је примењивати и на зачету децу. Више *Lagarde Report*, p. 545 *ad* 15.

¹⁴¹ *Lagarde Report*, p. 545 *ad* 16. Такође и Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 9.

Протокол 2007, одређујући горњу границу старости повериоца, индиректно извршио и аутономну квалификацију оне групе деце која издржавање могу тражити и од неког другог лица, ако родитељ не може да испуни своју обавезу.

Зашто се појам детета одређује другачије у свакој конвенцији, ако се има у виду да их је донела иста организација? Аутономне квалификације су, у првом реду, резултат разлика које постоје у погледу *материје* које конвенције уређују. Такође, оне су условљене и разликама у националним системима породичног права. Тако је у већини држава могуће *усвојење* само малолетног лица, а стицање пунолетства је, углавном, везано за узраст од 18 година. Ова граница пунолетства је одредила и појам детета у материји *родитељске одговорности*. У погледу *међународне отмице деце*, концепт детета одређен је строже у односу на друге хашке конвенције. Наиме, узраст од 16 година, по правилу, недвосмислено указује на постојање правно релеватне воље детета која се не може игнорисати ни од стране родитеља ни од стране надлежних судских односно управних органа.¹⁴² У материји *издржавања*, када је реч о Протоколу 2007, одређење појма детета зависи од права меродавног на основу његове колизионе норме. Оно дефинише узраст до којег дете има право на издржавање. Дакле, у овом случају долази до изражаја национално одређење појма детета, с тим што постоје, као што је наведено, посебна правила за лица млађа од 21 године. У погледу Конвенције 2007, узраст од 21 године одређен је с обзиром на горњу границу малолетства у националним правима. У овом случају, Хашка конференција је, ипак, била свесна да се неће све државе сложити са овако одређеном старосном границом. Зато је предвиђена могућност резерве, која би (реципрочно) ограничила примену Конвенције 2007 на лица млађа од 18 година. Другим речима, потпуно прихватање појма детета је у модерном периоду хашких конвенција омогућило стварање система заштите деце и у појединим специфичним ситуацијама. Други чинилац који је пресудно утицао на стварање система заштите деце у модерних хашким конвенцијама је појам уобичајеног боравишта детета.

¹⁴² E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Acts et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III, *Child abduction*, p. 450 ad 77. Даље *Pérez-Vera Report*.

2.2. Уобичајено боравиште детета и његове функције у хашком систему заштите деце

2.2.1. Уобичајено боравиште детета као вид специјализације општег појма уобичајеног боравишта физичког лица

Као што је познато, уобичајено боравиште је појам који је настао још далеке 1896. године под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право,¹⁴³ мада има и аутора који сматрају да се зачеци овог појма могу наћи и раније.¹⁴⁴ Од те прве конвенције која укључује уобичајено боравиште, као „изванредну тачку везивања“,¹⁴⁵ употреба овог појма за Хашку конференцију временом је постала скоро „рутинска“.¹⁴⁶ С обзиром да је данас прожео скоро све поре међународног приватног права - од надлежности до меродавног права, од уговорних и вануговорних обавеза до породичноправних и наследноправних односа, од физичких до правних лица - временом је дошло до његовог раслојавања. Тако су, поред општег појма уобичајеног боравишта, настали и његови посебни појмови, условљени специфичностима појединих ситуација или потребом за заштитом појединих категорија лица за које се овај појам везује.¹⁴⁷ Један од тих посебних појмова је управо и уобичајено боравиште детета. Међутим, нити општи нити посебни појам уобичајеног боравишта детета није дефинисан ни у једној од бројних хашких конвенција које га употребљавају. Разлог томе је фактичка природа овог концепта из које и произилази флексибилност и

¹⁴³ Хашка конвенција о грађанском поступку из 1896. године (*Convention de La Haye du 14 novembre 1896 relative à la procédure civile*) коју је касније заменила Хашка конвенција о грађанском поступку из 1905. године (*Convention de La Haye du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile*). Уопште о Конвенцији из 1869. године Т.М.С. Asser, *La Convention de la Haye du 14 Novembre 1896 Relative à la Procédure Civile*, London, 1901 (reprint 2013). Видети и Ј.Н.А. van Loon, *The Hague Conference on Private International Law: An Introduction*, The Hague: Legal Capital of the World (eds. P. J. Van Krieken, D. McKay), Т.М.С. Asser Press, The Hague, 2005, p. 519. Доступан је и на <http://www.hcch.net/upload/capital.pdf> (15.02.2014). Видети такође и F. Ferrari, *Contracts for the International Sales of Goods: Applicability and Application of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2012, p. 54 (фуснота 260).

¹⁴⁴ Сматра се да је први пут овај појам употребљен у двостраном уговору између Француске и Пруске, закљученом 1880. године, мада не под данашњим термином уобичајено боравиште. У овом уговору употребљен је немачки израз „*gewöhnliche Aufenthalt*“. Van Hoogstraten је, тим поводом, сматрао да се може претпоставити да се под овим изразом подразумевало оно што је данас уобичајено боравиште. Видети V.M.H. van Hoogstraten, *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, Recueil des Cours, 1967-III, tome 122, p. 359.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Nadelmann, *Habitual residence and nationality as tests at The Hague*, p. 768.

¹⁴⁷ Тако данас, поред уобичајеног боравишта физичког лица, постоји и уобичајено боравиште правних лица односно организација без својства правног лица, уобичајено боравиште предузетника и уобичајено боравиште детета. Видети Живковић, *supra* стр. 5 ad 22 (фуснота).

могућност специјализације општег појам уобичајеног боравишта. Да би се она сачувала, Хашка конференција је упорно одбијала да одреди макар руководеће принципе за његово утврђивање, сматрајући да би било каква интервенција довела до потпуног преображаја фактичке природе уобичајеног боравишта.¹⁴⁸ Стога је, као што је познато, заузет став да утврђивање уобичајеног боравишта у потпуности треба препустити пракси. Због тога је прву дефиницију општег појма уобичајеног боравишта дао Европски суд правде још 1994. године, подразумевајући под тим појмом „место у коме је ... лице засновало, са жељом да му дâ трајни карактер, трајни или уобичајени центар својих интереса“.¹⁴⁹ Када је реч о националним кодификацијама међународног приватног права, могу се пронаћи оне које дају дефиницију (или барем предвиђају смернице за утврђивање) општег појма уобичајеног боравишта¹⁵⁰ или неких његових посебних појмова,¹⁵¹ док је то крајње ретко у случају уобичајеног боравишта детета.¹⁵²

¹⁴⁸ Међутим, Хашка конференција је недавно ипак дала одређене смернице поводом Конвенције 1996, позивајући се на досадашњу праксу држава уговорница и *CJEU* у погледу Конвенције 1980. Видети 1996 *Practical Handbook*, p. 173 *et seq.*

¹⁴⁹ ECJ, C-452/93 P (Magdalena Fernández/Commission): „... *la résidence habituelle est le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts...*“ (p. 22), видети и E. Caló, *L'influence du droit communautaire sur le droit de la famille. Droit communautaire et droit de la famille*, Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard, Liber amicorum, Édition Defrénois, 2007, p. 65.

¹⁵⁰ Закон о међународном приватном праву Швајцарске из 1986. године (члан 20 став 1 тач. б), Закон о међународном приватном праву Белгије из 2004. године (члан 4 став 2 тач. 1), Закон о међународном приватном праву Бугарске из 2005. године (члан 48 став 7), Закон о међународном приватном праву Македоније из 2007. године (члан 12а став 1) и Закон о међународном приватном праву Црне Горе из 2013. године (члан 12 став 1, *Službeni list CG*, br. 1/2014 od 9.1.2014. i 6/2014). Нацрт новог Закона о међународном приватном праву Србије, према последњој верзији, садржи дефиницију у члану 6. Више о томе М. Живковић, *О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије*, Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу, 65/2013, стр. 84 *ad 18* (фуснота). Даље Живковић, *О примени Хашког протокола*.

¹⁵¹ На пример, Закон о међународном приватном праву Белгије из 2004. године (члан 4 став 2 тач. 2 – уобичајено боравање правног лица), Закон о међународном приватном праву Црне Горе из 2013. године (члан 40, уобичајено боравање правног лица или организације без својства правног лица), Нацрт ЗМПП-а Србије (члан 6 став 3 – уобичајено боравање предузетника; члан 7 – уобичајено боравање правног лица или организације без својства правног лица).

¹⁵² У малобројним државама у којима постоји дефиниција, уобичајено боравање детета је уређено другим законима а не оним посвећеним међународном приватном праву. Тако, *Children's Law Reform Act* (R.S.O. 1990, Chapter C.12) провинције Онтарио у Канади у члану 22 ставу 2 предвиђа дефиницију овог појма за потребе заснивања надлежности у споровима о вршењу права на старање. Слично томе, у Уједињеном Краљевству (Енглеска и Велс), пак, *Children's Act* (1989) у члану 105 ставу 6 садржи одређење појма који се у енглеској судској пракси често изједначава са уобичајеним боравањем детета. Реч је о тзв. *ordinary residence*. Тако се према овој одредби сматра да се приликом утврђивања *ordinary residence* не узима у обзир период проведен у школи и другим установама, потом, период проведен под надзором, као и период када смештај одређују локалне власти. У северној Ирској, *Children (Northern Ireland) Order* (1995) (1995 No. 755 (N.I. 2)) у члану 2 став 9 на исти начин уређује *ordinary residence* детета. J. O'Brien, *Conflict of Laws*, second edition, London, 1999, pp. 37-41. Даље O'Brien, *Conflict of Laws*. Када је реч о праву Републике Србије, тренутно не постоји дефиниција уобичајеног боравишта детета с обзиром да породично право Србије познаје само појам пребивалишта детета. О појму уобичајеног боравишта у праву Србије видети *infra* стр. 104.

Ипак, као што је примећено у доктрини, чак и када се врши одређивање појма уобичајеног боравишта физичког лица, оно је увек „лаконско“.¹⁵³

У сваком случају, општи појам уобичајеног боравишта, као и све друге *територијалне тачке везивања за физичка лица*, садржи два елемента – намеру боравка (настајења) као субјективни елемент и физичко присуство у одређеној држави (боравиште) као објективни елемент. Њихов међусобни однос је утврђивала пракса, као тумач и често креатор концепта уобичајеног боравишта *in concreto*, тако што је одређивала, прецизирала и набрајала чињенице којима је у конкретним случајевима давала посебан значај. Подупирући један или други елемент уобичајеног боравишта, пракса је на тај начин и коначно одређивала овај појам. Тако се може говорити о ситуацијама у којима, с једне стране, превагу односи боравак (објективни елемент), када је реч постојању тзв. невољног уобичајеног боравишта¹⁵⁴ или, с друге стране, о случајевима у којима намера има доминантну улогу (субјективни елемент).¹⁵⁵

Када је реч о посебним појмовима уобичајеног боравишта, па и деце, ова два елемента општег појма се, по правилу, подразумевају и у сваком од њих и увек се испитују. Друге релевантне околности се, као и код општег појма, утврђују у сваком конкретном случају. Процену испуњености ових услова, такође, врше судови односно други органи примене права. На тај начин, иако првенствено фактичке природе, уобичајено боравиште добија и одређену правну физиономију будући да је, пре свега, судски концепт.¹⁵⁶

2.2.2. Посебан појам уобичајеног боравишта детета и начини његовог утврђивања

Иако је критеријум уобичајеног боравишта детета коришћен још у старом и средњем периоду хашког система заштите деце, у то време није деловало да би његов

¹⁵³ A. Richez-Pons, *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004, p. 18 ad 16. Доступна на http://theses.univ-lyon3.fr/documents/lyon3/2004/richezpons_a/pdfAmont/richezpons_a.pdf (01.12.2013). Даље Richez-Pons, *La résidence en droit international privé*.

¹⁵⁴ *Cameron v. Cameron*, 1996 SC 17, INCADAT HC/E/UKs 71. Видети детаљније овај проблем *infra* стр. 83.

¹⁵⁵ Тако се могу издвојити три ситуације када намера заснивања уобичајеног боравишта односи превагу: најпре онда када је боравак кратак и сам по себи није довољан за заснивање ни боравишта ни уобичајеног боравишта; потом, ако је лице одсутно из државе у односу на коју се утврђује постојање уобичајеног боравишта и, коначно, уколико лице у питању проводи приближно подједнак временски период у више места. A. Richez-Pons, *La notion „résidence“*, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (sous la direction de H. Fulchiron, C. Nourissat), Dalloz, 2005, p. 156

¹⁵⁶ Видети о овом схватању у судској пракси, уместо свих *Court of Appeal Judgment, ZA & Anor v NA* [2012] EWCA Civ 1396, мишљење судије *Patten LJ ad para. 59*.

концепт могао да створи веће проблеме. На овакав закључак утицала је и претходна пракса држава уговорница, посебно у средњем периоду, која заиста није указивала на значајније дилеме у његовом утврђивању. Међутим, то је последица и чињенице да је у средњем, а поготову у старом периоду, дете још увек доживљавано као објект заштите, а не њен субјект. Овакво схватање се рефлектовало и на начин утврђивања уобичајеног боравишта детета које је увек било повезивано са уобичајеним боравиштем родитеља, слично појму пребивалишта. У овом случају реч је о тзв. *тесту везаности (dependancy test)*, као најстаријем начину утврђивања уобичајеног боравишта детета. Он се најједноставније може описати као схватање по коме је стицање уобичајеног боравишта детета пандан законском пребивалишту деце које зависи од пребивалишта родитеља. Дакле, и уобичајено боравиште детета нужно прати уобичајено боравиште родитеља који непосредно врши право на старање. То је уједно и најстарији приступ утврђивања уобичајеног боравишта детета који може бити користан у случајевима када је дете млађе доби. Тада дете у значајној мери зависи од родитеља са којим живи, тако да *dependancy test* одговара реалној ситуацији у којој се дете налази.¹⁵⁷ Ипак, имајући у виду да је према овом схватању уобичајено боравиште ближе правном него фактичком појму, општа примена *dependancy testa* не одговара правој природи концепта уобичајеног боравишта као фактичког појма, а самим тим није ни довољно флексибилан да би успешно решавао проблем утврђивања уобичајеног боравишта у свакој ситуацији. Другим речима, *dependancy test*, с једне стране, пориче старијој деци могућност да својом вољом заснују уобичајено боравиште независно од родитеља, а, с друге, потцењује „скоро бескрајне могућности споразума које родитељи у модерном свету закључују у циљу старања над децом“.¹⁵⁸

Међутим, усвајање Конвенције о правима детета је потпуно променило ову слику. Од тренутка када је детету на међународном плану признато својство субјекта заштите, појавили су се и нови начини за утврђивање његовог уобичајеног боравишта који у фокусу немају нужно родитеље већ дете. То не значи да је овај приступ у потпуности потиснуо претходне (који полазе од намере родитеља) већ су се паралелно примењивали у зависности од опредељивања судије у конкретном случају, као и од самих околности случаја. При томе се латентни ривалитет између различитих приступа

¹⁵⁷ Lowe, *International Movement*, p. 60 ad 4.46

¹⁵⁸ *Ibidem*.

утврђивања уобичајеног боравишта детета интензивира у сваком конкретном случају када се треба одредити за један од њих. Управо то је постало главни генератор проблема у вези утврђивања уобичајеног боравишта детета. С обзиром да хашке конвенције традиционално „ћуте“, велику улогу у одређивању овог појма имају национална права и судска пракса држава уговорница. Но, можда парадоксално, али проблем се тиме не решава у потпуности, већ се, пре би се могло рећи, компликује. Дилема је следећа - да ли се заиста може остварити унификација, уколико је основни појам на коме се конвенције заснивају терминолошки јединствено одређен, али је са садржинске стране предмет различитих тумачења? Посебно је сложена ситуација ако овај појам не познаје унутрашњи правни систем државе уговорнице, због чега остаје магловит и у свести судија, те се пракса колеба, решавајући питање „по осећају“.

Дуго се чинило да у пракси нема скоро никаквих проблема приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета. У обимној пракси држава уговорница хашких конвенција посебно средњег периода, надлежни органи су релативно често били у прилици да се запитају где се налази уобичајено боравиште детета и утврђивали га без већих потешкоћа.¹⁵⁹ Стога се можемо се запитати зашто се тада чинило (и заиста тако и било!) да утврђивање уобичајеног боравишта детета не изазива значајније недоумице. Како је већ речено, у овом периоду, карактеристичном по томе што се дете још увек не посматра као истински субјект права, уобичајено боравиште детета се првенствено посматрало кроз призму уобичајеног боравишта родитеља. При томе је намера родитеља имала већи значај од дужине боравка. Но, ова на изглед идилична слика промениће се, а међународна сцена прилично узбуркати у модерном периоду хашких конвенција. На то ће, с једне стране, утицати правни разлози утемељени у Конвенцији 1980 и Конвенцији о правима детета, а с друге, фактички разлози условљени повећаном мобилношћу међународних породица.

Када је реч о Конвенцији 1980, треба имати у виду да се она примењује у случају незаконитог одвођења или задржавања детета, као специфичној ситуацији, која захтева хитну реакцију - повратак детета у државу његовог уобичајеног боравишта пре отмице. С тим у вези, посебно је значајна одредба која уређује право на старање, из

¹⁵⁹ За ретке одлуке у којима су се судови упуштали у нешто детаљније утврђивање уобичајеног боравишта детета видети, на пример, пресуде поводом примене Конвенције 1961- Hof Amsterdam 12 juin 1984; NIPR 1984 nr. 283, M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome IV, p. 69; OLG Düsseldorf 16 décembre 1983 – 1 WF 336/83; FamRZ 1984, 194, note F.W. Bosch, *ibidem*.

кога првенствено проистиче обавеза повратка детета. Ово право може постојати и *ex lege*, према праву државе претходног уобичајеног боравишта. Управо је конвенцијска квалификација права на старање у пракси послужила као инспирација не само лицима која су незаконито одвела или задржала дете у њиховој борби да се повратак детета одбије, већ и лицима која су титулари права на виђање детета у њиховој борби да се нареди повратак детета, посебно ако *ex lege* могу ускратити сагласност за промену места у коме дете живи. Успех сваког од ових лица поводом захтева за повратак детета зависи, између осталог, и од тога које је право меродавно за право на старање односно право на виђање односно где је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре отмице.

Имајући у виду да је дете добило статус субјекта права према Конвенцији о правима детета, оваква концепција утицала је и на поимање његовог уобичајеног боравишта. Као што је истакнуто, у старом и средњем периоду дете се посматрало као својеврсни „припадак“ родитеља и није се ни могло размишљати о томе да ли дете може имати самостално уобичајено боравиште, независно од оног који имају родитељи. Међутим, након Конвенције о правима детета, створен је нови приступ у утврђивању уобичајеног боравишта детета који дете посматра као централну фигуру свих породичних односа у којима учествује. Стога, данас можемо говорити о три могућа начина за утврђивање уобичајеног боравишта детета: тзв. *тест везаности* (*dependancy test*), који је већ наведен,¹⁶⁰ *тест родитељског права* (*parental rights test*) и *тест „дете у фокусу“* (*child centered approach*).

За утврђивање уобичајеног боравишта детета важи нешто другачији приступ у погледу односа објективног и субјективног елемента. Наиме, *намера* за заснивање уобичајеног боравишта зависи од узраста детета. Тако, док уобичајено боравиште деце млађег узраста, по природи ствари, зависи од намере родитеља, у случају старије деце, оно може зависити и од њихове сопствене намере.¹⁶¹ Исто тако, постоје и приступи који су више окренути процени природе и квалитета уобичајеног боравишта детета у одређеној држави него намери родитеља.¹⁶² Из овога се може закључити да се и појам уобичајеног боравишта детета, слично општем појму, раслојава на уже категорије:

¹⁶⁰ Видети *supra* стр. 66.

¹⁶¹ У том смислу видети посебно одлуку Врховног суда УК од 14. јануара 2014. године *In the matter of LC (Children) and In the matter of LC (Children) (No 2)*. Доступна на http://supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0221_Judgment.pdf (28.01.2014).

¹⁶² Lowe, *International Movement of Children*, pp. 59-66.

убичајено боравиште *деце изразито млађег узраста, деце млађег узраста и деце старијег узраста.*

A) *Тест родитељског права (parental rights test)*

За разлику од *dependancy* теста, тест родитељског права полази од тога да се убичајено боравиште детета заснива намером родитеља, без обзира где дете заиста живи.¹⁶³ Уколико оба родитеља имају право да одреде где ће дете живети, ниједан од њих не може једностраном одлуком мењати дететово убичајено боравиште ако нема сагласност другог родитеља. Услед тога, утврђивање убичајеног боравишта детета се заправо своди на питање да ли родитељ који једнострано жели да промени убичајено боравиште детета уједно има самостално право да о томе одлучује.¹⁶⁴

У почетку, сматрало се да овај тест одговара концепту незаконитог одвођења односно задржавања у Конвенцији 1980 и да као таква омогућава њену ваљану примену, с обзиром да одвођење или задржавање детета постаје незаконито ако се тиме крши право другог родитеља на старање односно право да се одреди убичајено боравиште детета (члан 5).¹⁶⁵ Тест родитељског права је најпре био веома прихваћен. Штавише, судска пракса енглеских судова је у том смислу била водећа, сажимајући у два, посебно важним одлукама смисао теста родитељског права. Тако, поводом питања промене убичајеног боравишта детета у ситуацији када родитељи заједнички врше родитељско право, заузет је став да „... није могуће да родитељ једнострано оконча убичајено боравиште детета његовим пресељењем ... кршењем права другог родитеља“, као и да је убичајено боравиште детета у случају самосталног вршења права на старање исто као и убичајено боравиште тог родитеља.¹⁶⁶

Као што смо видели, у средишту и *dependancy* теста и теста родитељског права, су родитељи и њихова намера. При томе, ова два приступа се међусобно разликују по томе што је полазни став *dependancy* теста да дете аутоматски *стиче* убичајено боравиште родитеља (на сличан начин као и пребивалиште) а његова каснија промена

¹⁶³ Lowe, *International Movement of Children*, p. 61 ad 4.48.

¹⁶⁴ R. Schuz, *Habitual residence of children under the Hague Child Abduction Convention – theory and practice*, Child and Family Law Quarterly, Vol. 13, No 1, 2001. Даље Schuz, *Habitual residence of children*.

¹⁶⁵ Lowe, *International Movement*, p. 61 ad 4.48.

¹⁶⁶ *Lord Donaldson MR*, Апелациони суд и Лорд Брендон (*Lord Brandon*), Кућа лордова, у случају *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (1990) 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom *C. v. S. (A Minor) (Abduction)*, INCADAT HC/E/UKe 2.

зависи од промене уобичајеног боравишта родитеља, док је тест родитељског права окренут ка томе да дете *дели* уобичајено боравиште родитеља и да родитељи не могу једнострано мењати уобичајено боравиште детета чак и када промене своје. Међутим, за разлику од *dependancy* теста, који је брзо напуштен, тест родитељског права се у одређеној мери задржао и данас, мада је новим приступом, у чијем је фокусу дете, потиснут у други план.

Б) Тест „дете у фокусу“

С обзиром да је централна фигура овог теста управо дете (а не родитељи), уобичајено боравиште се утврђује на основу природе и квалитета веза између детета и места у коме је физички присутно. Полази се, дакле, од тога да дете може имати и самостално, своје уобичајено боравиште, различито од уобичајеног боравишта родитеља. Усвајање Конвенције о правима детета, којом је детету признат статус субјекта права, утицало је да се овај тест дубље укорени у судској пракси, иако се његови зачеци могу пратити и у првим деценијама после II Светског рата.¹⁶⁷ Најпознатија одлука која је утицала да се и у упоредној судској пракси тест фокусиран на дете нађе раме уз раме за тестом родитељског права (до тада био скоро неприкосновеним), је она донета у случају *Friedrich v Friedrich*¹⁶⁸, пред Апелационим судом САД.

Критеријуми које је у случају *Friedrich v Friedrich* истакао Апелациони суд представљају илустрацију теста фокусираног на дете: 1) дете може имати само једно уобичајено боравиште, 2) уобичајено боравиште подразумева уобичајени боравак пре одвођења (пресељења), 3) суд треба да гледа уназад а не унапред, 4) одређује се уобичајено боравиште детета, а не његових родитеља, 5) уобичајено боравиште се може променити само након географске промене и протеча времена, а не услед промена наклоности родитеља и титулара права на старање, и 6) географска промена

¹⁶⁷ На пример, *Re P (GE) (An Infant)* (1965) CH 586, (1965) 2 WLR 1. Видети Lowe, *International Movement*, p. 62 ad 4.50.

¹⁶⁸ US Court of Appeals; 983 F Supp 2d 1396, INCADAT HC/E/USf 142. Овај случај се односио на примену Конвенције 1980. Дечак Томас, рођен је у Немачкој од мајке америчке држављанке која је у својству војног лица била смештена у америчкој бази у Немачкој и оца немачког држављанина. Када је Томас имао скоро две године, родитељи су се растали. Мање од две недеље након тога, мајка је одвела Томаса у САД, а да претходно није обавестила његовог оца. Након пар недеља, отац је поднео захтев за Томасов повратак према Конвенцији 1980, пошто је претходно суд у Немачкој донео одлуку о самосталном вршењу родитељског права у корист оца. Ипак се чини да заправо и ова одлука комбинује тест родитељског права са тестом фокусираним на дете.

мора да претходи пресељењу.¹⁶⁹ Према тесту фокусираном на дете, уобичајено боравиште детета не мора да се подудара са уобичајеним боравиштем родитеља. Ако га родитељи привремено повере неком другом лицу (на пример рођацима док похађа школу у иностранству), онда дете има уобичајено боравиште у тој другој држави без обзира да ли лица са којима дете живи имају заиста и формално право или контролу над њим.¹⁷⁰

В) Тест фактичких околности

Тест фактичких околности је веома сличан тесту фокусираном на дете. Разлика је у томе што тест фокусиран на дете ипак даје одређени значај намери родитеља, док тест фактичких околности тежи да уобичајено боравиште детета посматра на основу свих околности случаја, независно (колико је могуће) од намере родитеља. Тако, чак и ако родитељ самостално врши право на старање, уобичајено боравиште детета се не мора увек поклапати са уобичајеним боравиштем родитеља. Другим речима, уобичајено боравиште детета може постојати и против воље родитеља. У случају *In re M (Abduction: Habitual Residence)*,¹⁷¹ родитељи су се договорили да пошаљу сина у Индију до његовог пунолетства како би га подизали баба и деда по оцу. С обзиром да се мајка накнадно предомислила, поставило се питање да ли дечак, који је још увек био у Индији, може поново стећи уобичајено боравиште у Енглеској само на основу тога што се мајчина намера променила. Енглески суд је утврдио да је уобичајено боравиште овог дечака у Индији, без обзира што је мајка живела у Енглеској.¹⁷²

2.2.3. Утврђивање уобичајеног боравишта детета – посебни проблеми

Иако се може чинити да је уобичајено боравиште детета релативно једноставно утврдити опредељујући се за један од наведених начина, ово питање је знатно сложеније. Штавише, некада се не може постићи сагласност поводом истог питања ни применом сличних приступа, а понекад чак ни у оквиру истог. У том смислу, нису ретки случајеви у којима се комбинују различити начини за утврђивање уобичајеног боравишта детета. Најчешћи пример за то јесте утврђивање уобичајеног боравишта детета истовременом применом теста родитељског права и теста фокусираног на дете.

¹⁶⁹ INCADAT HC/E/USF 142 *ad legal basis*.

¹⁷⁰ Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 13.

¹⁷¹ *In re M (Abduction: Habitual Residence)* (1996) 1 FLR 887. Судија *Balcombe LJ*.

¹⁷² Lowe, *International Movement*, p. 66 *ad* 4.56.

По правилу, ради се о случајевима утврђивања уобичајеног боравишта детета које се школује у иностранству (дакле, детета старијег узраста), али има примера када су у питању деца млађег узраста (А). Поред тога, посебне проблеме представљају и случајеви деце са више од једног уобичајеног боравишта, деце без уобичајеног боравишта и деце која се скривају (Б). Напослетку, у најновијој судској пракси поставило се и занимљиво питање неопходности боравишта као услова за стицање уобичајеног боравишта детета у атипичним ситуацијама (В).

А) Утврђивање уобичајеног боравишта деце комбинованим приступом - деца на школовању у иностранству и деца млађег узраста

Када је реч о уобичајеном боравишту детета које се налази на школовању у иностранству, треба рећи да ове ситуације нису ретке и да заслужују посебну пажњу, утолико пре што се ставови судова разликују. Један од разлога је и тај што сада треба утврдити уобичајено боравиште детета чији узраст већ може указивати на постојање релативно самосталне намере. Другим речима, субјективни елемент уобичајеног боравишта добија на значају односно што је дете старије, то је његова намера релевантнија.

Као што смо видели, основна идеја теста фокусираног на дете и теста фактичких околности садржана је у претпоставци да се уобичајено боравиште детета не мора поклапати са уобичајеним боравиштем родитеља. У том смислу, у наведеном случају *In re M (Abduction: Habitual Residence)*, одлука судије да дете има уобичајено боравиште у Индији управо је заснована на оцени *svих* околности случаја, при чему намера родитеља није имала утицаја. Међутим, када је тест фактичких околности примењен у сличној ситуацији, само годину дана раније, одговор је био другачији. Овога пута радило се о деци коју су родитељи послали у Пакистан на школовање. Тада је, такође енглески суд, одлучио да привремени боравак у иностранству ради школовања није сам по себи довољан, те да је уобичајено боравиште деце ипак у Енглеској.¹⁷³

¹⁷³ *In Re A (Wardship: Jurisdiction)* (1995) 1 FLR 767. Судија Хејл (*Hale J.*). Баш као и у случају *In re M (Abduction: Habitual Residence)*, оба родитеља су имала уобичајено боравиште у Енглеској. Судија Хејл је сматрала да иако су се родитељи договорили да децу пошаљу у Пакистан, услед различитих намера мајке и оца, може се матрати да договора више нема. Наиме, мајка је сматрала да деца треба да бораве у Пакистану само ради школовања, док је отац желео и да она *живе* тамо. Обоје су се одлучили на овај корак јер су хтели да деца буду школована у религиозној средини. Судија *Hale* је сматрала да боравак у иностранству ради школовања који је унапред ограничен не може утицати на промену уобичајеног боравишта деце, посебно што су долазила у Енглеску за празнике. При томе се, с обзиром

Слично томе, и у случају *Mozes v Mozes*,¹⁷⁴ амерички Апелациони суд је сматрао да када деца похађају школу у иностранству увек постоји очекивање да ће она успоставити личне везе у средини у којој том приликом бораве. Ипак, и родитељи и деца су обично уверени да ће након завршетка школске године наставити да уобичајено бораве у држави где су живели и пре одласка. Суд је, такође, истакао да су деца и иначе врло прилагодљива и да, услед тога, брзо стварају јаке везе чак и у кратком временског периоду. То не значи да она нужно очекују да боравак буде дуготрајан. Стога, сасвим је могуће да упркос томе што учествују у многобројним дневним активностима, деца у исто време остају свесна и живота који су водили пре одласка и коме ће се једног дана вратити. Једноставно речено, деца се врло брзо могу прилагодити животу у једној средини, али да ипак ту исту средину не доживљавају као своје уобичајено боравиште. У конкретном случају, чак ни боравак од 15 месеци у Калифорнији није био довољан за заснивање уобичајеног боравишта деце у овој америчкој држави. На овакву одлуку суда свакако је имао утицаја и узраст деце,¹⁷⁵ потом, чињеница да су родитељи заједнички вршили право на старање, те да је касније (у тренутку покретања поступка за развод брака) дошло до размимоилажења у њиховим намерама.¹⁷⁶

да сличних случајева није било раније (који подразумевају да оба родитеља имају уобичајено боравиште у истој држави), судија позвала на енглески Закон о усвојењу из 1976. године (*Adoption Act*) и његове одредбе о тзв. дому (*home*). На основу одредбе члана 72 (1) (а) овог Закона, приликом утврђивања где је дом детета, одсуства због боравка у болници или ради школовања се не узимају у обзир. Премда дом не мора да има исто значење као уобичајено боравиште, судија *Hale* је, иако тога свесна, сматрала да се ови критеријуми могу применити и за утврђивање уобичајеног боравишта, посебно што сличну одредбу садржи и члан 105 (б) Закона о деци Енглеске и Велса (*Children Act 1989*). Међутим, Закон о деци не уређује ни дом а ни уобичајено боравиште, већ, као што је већ наведено (фуснота 152), обично боравиште (*ordinary residence*). Уопште посматрано, у енглеском праву је у почетку постојао строги хијерархијски низ: боравиште - обично боравиште - уобичајено боравиште. Док је за уобичајено боравиште било потребно да боравак буде стваран, *bona fidae* и трајан, дотле је обично боравиште могло да се заснује на основу мање строгих критеријума. Међутим, почев од Ша формуле (видети *infra* стр. 91), граница између ова два појма је почела да се губи, да би временом постали практично синоними. У случају *Kapur v Kapur* (1985) Fam Law 22; (1984) FLR 920, који се тичао надлежности енглеског суда за развод брака Индијца који је живео у Лондону због школовања, суд је заузео став да нема разлике између уобичајеног и обичног боравишта. Слично томе, у случају *V v B (A Minor) (Abduction)* (1991) 1 FLR 266, поводом примене Конвенције 1980, енглески суд сматрао да уобичајено боравиште из Конвенције 1980 треба да буде изједначено са обичним боравиштем. Видети више O'Brien, *Conflict of Laws*, pp. 39-40. Што се тиче актуелног стања енглеског законодавства у овом смислу, Закон о деци Енглеске и Велса је измењен 2004. године, али је одредба о обичном боравишту остала да важи.

¹⁷⁴ *Mozes v Mozes*, US Appeals Court, 9th Cir, No 98-56505, 9 January 2001, INCADAT HC/E/USF 301.

¹⁷⁵ Старија девојчица је имала 8 и по година, а млађа 4 и по, као и њихов брат.

¹⁷⁶ Деца су живела и у Израелу и у САД. Априла 1997. године, мајка је одвела децу у САД на 15 месеци уз сагласност супруга. Повратак је био договорен за јули 1998. године. Међутим, априла 1998. године, мајка је поднела тужбу за развод брака суду у Лос Анђелесу, који јој је привремено поверио децу до завршетка бракоразводног поступка, а супруг је добио право на виђање. Убрзо након тога, маја исте

Сличан приступ је примењен и у случају *Karkkainen v. Kovalchuk*.¹⁷⁷ У средишту ове животне приче је једанаестогодишња девојчица Марија, рођена у Русији 1992. године. Након развода родитеља 1997. године, она се са мајком преселила у Финску. И мајка и отац су скопили нове бракове, а Марија је оца повремено посећивала у Европи или САД. Будући да је често имала проблема са добијањем америчке визе, родитељи су се договорили да предузму кораке како би Марија добила статус сталног резидента у САД, што су и успели 2002. године. Убрзо након тога, девојчица је изразила жељу да се пресели у САД и на лето 2003. године тамо је и отпутовала. При томе, и она и отац су сматрали да је овај боравак пробни, те да ће након тога девојчица одлучити са којим ће родитељем живети. Насупрот томе, мајка је сматрала да је у питању редовна посета оцу за време летњег распуста и да ће се Марија вратити августа месеца. Међутим, у току свог боравка, она је почела да похађа часове фотографије, путовала је широм САД и развила веома присне везе са маћехом и очевом новом породицом. Штавише, уписана је и у америчку приватну школу коју је требало да похађа од јесени. Како се августа месеца није вратила у Финску, мајка је поднела захтев за повратак. Окружни суд Пенсилваније (*District Court for the Western District of Pennsylvania*)¹⁷⁸ је одбио захтев сматрајући да је Марија засновала уобичајено боравиште у САД с обзиром да се потпуно уклопила у средину током свог боравка.

Одлучујући по жалби мајке, Апелациони суд се определио за примену теста фактичких околности, уз образложење да се утврђивање уобичајеног боравишта детета „не може свести на унапред дату формулу и да нужно варира од случаја до случаја.“¹⁷⁹ Уобичајено боравиште детета подразумева „место у коме је дете физички присутно одређени временски период, довољан да се (дете) прилагоди, и уз вези ког постоји одређени степен намере настајења из перспективе детета.“¹⁸⁰ Слично томе, суд је дао значаја и намери родитеља с обзиром да је она утицала на однос који је Марија успоставила према очевој новој породици у САД, као и на њену одлуку да остане у

године, супруг подноси захтев за повратак деце према Конвенцији 1980. Августа исте године, Окружни суд Калифорније (*District court*) је одбио захтев за повратак, уз образложење да деца имају уобичајено боравиште у Калифорнији. О жалби је одлучивао Федерални Апелациони суд који је утврдио да су деца задржала уобичајено боравиште у Израелу.

¹⁷⁷ *Karkkainen v. Kovalchuk*, US Court of Appeals, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), INCADAT HC/E/Usf 879.

¹⁷⁸ D.C. Civil No. 04-cv-00662.

¹⁷⁹ *Karkkainen v. Kovalchuk*, US Court of Appeals, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006).

¹⁸⁰ *Karkkainen v. Kovalchuk*, US Court of Appeals, позивајући се на одлуку у случају *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217, 222 (3d Cir. 1995) INCADAT: HC/E/US 83.

овој држави. Такође, њен узраст и степен зрелости и интелигенције однели су превагу над релативно кратким периодом који је провела у САД.

Суд је напоменуо и да праг прилагођености новој средини не сме да буде постављен сувише ниско како се не би охрабривали родитељи да једностраним одлукама утичу на уобичајено боравиште детета, али да је у овом конкретном случају Марија прекорачила тај праг пре него што је мајка схватила њеностанак у САД као незаконито задржавање. Коначно, за разлику од детета млађег узраста, у вези чијег уобичајеног боравишта судови, по природи ствари, придају скоро искључив значај заједничкој намери родитеља, када је реч о старијем детету школског узраста, такав приступ није адекватан. То не значи да намера родитеља нема баш никакву улогу. На пример, у случају *Mozes v Mozes*, Апелациони суд је инсистирао на заједничкој намери родитеља да би упутио јасан сигнал родитељима да не могу извлачити корист из једностраних одлука јер што се лакше може мењати уобичајено боравиште детета без сагласности оба родитеља, то је већи подстицај родитељима да управо то и покушају:

„При утврђивању уобичајеног боравишта детета, задатак суда није да процењује да ли је дете срећно у држави у којој се тренутно налази, већ да ли родитељ тежи да једнострано промени status quo у односу на примарни центар живота детета.“¹⁸¹

Стога, уколико не постоји истоветна намера родитеља, онда суд мора на основу *других околности* одлучити која од њих има већи значај. У Маријином случају није постојао класичан сукоб намера родитеља, с обзиром да су се и мајка и отац сложили да она може на крају распушта одлучити са ким ће живети.

Такође, усклађености праксе нема ни приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета у ситуацији када је до пресељења дошло због школовања *родитеља*. У случају *Re S (Minors) (Abduction: Wrongful Retention)*,¹⁸² поставило се питање где је уобичајено боравиште две девојчице од 4 и по и 1 године – у Израелу или Енглеској. Наиме, оне су рођене и живеле у Израелу све до тренутка када су родитељи добили прилику да у Енглеској учествују у истраживачком пројекту који је требало да траје најмање годину дана. Након 8 месеци проведених у Енглеској, отац се вратио у Израел и поднео захтев за повратак девојчица. Мајка је непосредно пре покретања поступка по

¹⁸¹ *Mozes v Mozes*, US Court of Appeals 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006).

¹⁸² *Re S (Minors) (Abduction: Wrongful Retention)* (1994) 1 FLR 82 Fam 70; INCADAT HC/E/Uke

Конвенцији 1980 добила дозволу привременог боравка у Енглеској и одлуку енглеског суда којом је оцу забрањено да децу одведе ван Енглеске и Велса (*prohibited steps order*) будући да је страховала да ће их он одвести у Израел.¹⁸³ Високи суд је закључио да деца нису изгубила уобичајено боравиште у Израелу, упркос чињеници да су се сви преселили у Енглеску са намером да ту уобичајено бораве у периоду који није безначајан. Управо из тог разлога је одлука и критикована.¹⁸⁴

Као пример другачијег приступа суда у сличним околностима може се навести случај *Stern v Stern*¹⁸⁵ о коме је одлучивао амерички Апелациони суд. Мајка (држављанка САД и Израела) и отац (држављанин Канаде и Израела) отишли су са мајчином децом из првог брака и заједничким сином из Израела у САД јер је мајка уписала докторске студије на Ајова Универзитету. Када је мајка након две године проведене у САД поднела тужбу за развод брака и након покушаја миренења, отац се вратио у Израел верујући да ће се и она убрзо вратити са децом. Међутим, мајка је након тога наставила поступак за развод и затражила самостално вршење права на старање. Након тога, отац је поднео захтев за повратак сина. Суд је стао на становиште да након 5 година проведених у САД дечак више нема значајне везе са Израелом већ да се интегрисао у средину у Ајови. Услед тога, његово уобичајено боравиште није више у Израелу него у САД јер су родитељи дошли са намером да заснују уобичајено боравиште (барем док трају докторске студије мајке), иако је постојала могућност да ће се једног дана ипак вратити у Израел. Осим тога, из дечакове перспективе, долазак је био инициран намером да се породица настани у САД-у. Према мишљењу суда, заштита деце подразумева да се приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета ствари сагледавају из перспективе детета.¹⁸⁶

¹⁸³ *Prohibited steps order* је мера којом се може ограничити родитељско право тако што родитељ не може учествовати у доношењу одлука о школовању детета или медицинским захватима, верском образовању детета и слично. Такође, она се може односити и на забрану пресељења деце ван Енглеске и Велса, о чему се радило у овом случају. Видети више на <http://www.familylawdecisions.co.uk/useful-information/prohibited-steps-order> (12.08.2013).

¹⁸⁴ За критику видети Lowe, *International Movement*, p. 68 ad 4.62. Такође и P. Beaumont, P. McElevy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, p. 107. Даље Beaumont, McElevy, *International Child Abduction*.

¹⁸⁵ *Stern v Stern*, United States Court of Appeals for the eight circuit, No. 10-2493 Submitted: April 12, 2011 Filed: May 6, 2011, одлука доступна на <http://media.ca8.uscourts.gov/opndir/11/05/102493P.pdf> (01.03.2013).

¹⁸⁶ *Stern v Stern*, United States Court of Appeals for the eight circuit, p. 5.

Случајеви као што су *Mozes v Mozes* и *Karkkainen v. Kovalchuk* указују на склоност судова да комбинују више начина за утврђивање уобичајеног боравишта детета. Тако, према званичној класификацији, одлука је у случају *Mozes v Mozes* донета применом теста родитељског права,¹⁸⁷ али има мишљења и да је у питању тест фокусиран на дете у комбинацији са намером родитеља.¹⁸⁸

Очигледно, можемо закључити да за утврђивање уобичајеног боравишта детета не постоји магична формула. Намера родитеља заиста мора имати већи значај када је у питању дете млађег узраста јер оно фактички зависи од њих и везе са широм средином или уопште нису успостављене (одојчад и деца изразито млађег узраста) или нису ни приближно јаке као оне које су успостављене са родитељима (деца млађег узраста). Но, то не значи да дете *стиче* уобичајено боравиште на основу уобичајеног боравишта родитеља већ да га оно, по природи ствари, *дели* са њима. На тај начин, уобичајено боравиште не постаје правни концепт. Управо супротно, оно остаје фактички концепт зато што се не остављају по страни друге околности случаја, као што је, рецимо, непостојање сагласности између родитеља о пресељењу у другу државу. У таквој ситуацији, једнострана намера родитеља, начелно, не може сама утицати на промену уобичајеног боравишта детета. Када је реч о деци старијег узраста, намера родитеља не губи сваки значај, али сада дете и његова намера морају бити у фокусу суда. При томе је нужна градација релевантности намере детета – не може имати исти значај намера детета које похађа основну школу и оног које је средњешколског узраста; али ни у првој категорији није свеједно да ли је реч о деци у нижим или вишим разредима основне школе.

Стога, ако бисмо сматрали да дете не може стећи ново уобичајено боравиште док је на школовању у иностранству, онда би то било одступање од фактичке природе уобичајеног боравишта. Свакако да неће сваки боравак у иностранству у овом случају постати уобичајен. То ће зависити посебно од дужине трајања боравка, као што је наведено у *In re Bates*:¹⁸⁹

“... школовање, посао, запослење, здравље, породица ... све је то неопходно у циљу намере живљења када постоји довољан степен континуитета...”

¹⁸⁷ INCADAT база, на пример, INCADAT HC/E/Uke 470 *ad Parental Intention Focus*.

¹⁸⁸ Lowe, *International Movement*, p. 63 ad 4.50.

¹⁸⁹ *In re Bates*, No. CA 122-89, High Court of Justice, Family Div'l Ct. Royal Courts of Justice, United Kingdom (1989), Lowe, *International Movement*, p. 10.

Б) Деца без уобичајеног боравишта, деца која се скривају и деца са више од једног уобичајеног боравишта

Када се ради о деци без уобичајеног боравишта, судови држава уговорница дуго нису били спремни да признају да су и овакве ситуације могуће. Пре свега, сматрало се да то ремети механизам Конвенције 1980 јер би у том случају дете остало ван њеног домаћаја, самим тим и без заштите коју она пружа.¹⁹⁰ У доктрини је било предлога да се по угледу на Конвенцију 1996 измени Конвенција 1980 и њеним одредбама обихвате и деца без уобичајеног боравишта,¹⁹¹ посебно у *common law* системима.¹⁹² Тако је у издвојеном мишљењу у одлуци у случају *Nessa*,¹⁹³ судија *Thorp* навео да је постојање вакуума између два уобичајена боравишта детета, када оно заправо остаје без претходног уобичајеног боравишта, а још увек није стекло ново, крајње непожељно јер у том периоду оставља децу без заштите.¹⁹⁴ То би, другим речима, значило да инсистирање на времену проведеном у конкретној држави (што није тако ретко у пракси),¹⁹⁵ не одговара увек фактичком стању када су деца у питању. У зависности од других околности случаја, квалитет успостављених веза са конкретном државом може утицати да и краћи временски период постане релевантан за стицање уобичајеног боравишта. Тако је понекад и боравак од два месеца¹⁹⁶ или месец дана¹⁹⁷ био довољан, а у одређеним ситуацијама, чак, и много краћи. Тада се временски фактор сводио само на чин доласка детета у „дом родитеља који је несумњиво место уобичајеног боравишта тог родитеља ако он самостално врши право на старање“.¹⁹⁸

¹⁹⁰ Видети одлуку аустралијског Апелационог суда у случају *Cooper v. Casey* (1995) FLC 92-575; INCADAT HC/E/AU 104.

¹⁹¹ K. Siehr, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and Successes in German Practice*, International Law and Politics, Vol. 33, 2000, p. 217. Даље Siehr, *Failures and Successes in German Practice*.

¹⁹² Lowe, *International Movement*, p. 73 ad 4.71.

¹⁹³ *Nessa v Chief Adjudication Officer* (1998) 1 FLR 879, (1998) 2 All ER 728, CA.

¹⁹⁴ Lowe, *International Movement*, p. 67 ad 4.60.

¹⁹⁵ S. I. Winter, *Home Is Where the Heart Is: Determining "Habitual Residence" Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Washington University Journal of Law & Policy, Volume 33: 351 The Politics of Identity after Identity Politics, 2010, p. 356.

¹⁹⁶ Из одлуке у случају *V. v. B. (A Minor) (Abduction)* [1991] 1 FLR 266. Lowe, *International Movement*, p. 68 ad 4.61 и INCADAT HC/E/Uke 43 ad *Legal Basis Habitual Residence - Art.3*.

¹⁹⁷ Из одлуке у случају *Re F. (A Minor) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195. Lowe, *International Movement*, p. 68 ad footnote 162 и INCADAT HC/E/Uke 40 ad *Legal Basis Habitual Residence - Art.3*.

¹⁹⁸ *Re M (Minors) (Residence Order: Jurisdiction)* (1993) 1 FLR 495. J. G. Collier, *Conflict of Laws*, third edition, Cambridge University Press, 2001, p. 56.

Заокрет је учињен у току последње деценије, када су судови држава уговорница ипак постали спремнији да признају да постоје ситуације у којима се уобичајено боравиште детета не може утврдити. У овим случајевима се заправо постављају два основна питања. Најпре – да ли дете може, у случају када намере родитеља нису исте, изгубити уобичајено боравиште у једној држави, а да пре тога не стекне ново уобичајено боравиште у другој држави? Друга дилема се односи на питање да ли дете може изгубити уобичајено боравиште које дели са родитељима упркос томе што један од њих и даље има намеру да трајније борави у истој држави а други родитељ још увек није стекао ново уобичајено боравиште.

Оба питања су подробније разматрана у случају *S.K. v. K.P.*¹⁹⁹ у коме је требало утврдити уобичајено боравиште двоје деце, једног детета рођеног у САД и другог детета рођеног на Новом Зеланду. Родитељи су били у браку и заједнички су вршили право на старање. Међутим, док за млађе дете (рођено на Новом Зеланду) није било спорно да је оно имало уобичајено боравиште на Новом Зеланду (јер никада није било ни у једној другој држави), дотле је прави проблем био везан за уобичајено боравиште старијег детета (рођеног у САД). Наиме, оно је у САД живело 5 месеци након рођења да би га онда мајка, уз сагласност оца, одвела на Нови Зеланд где је провело наредних наредних 5 месеци. По повратку у САД, мајка је затруднела са млађим дететом. Шест месеци касније, када је брак већ запао у озбиљну кризу, мајка се поново вратила са старијим дететом на Нови Зеланд, и овог пута уз сагласност оца деце. Но, како је отац веровао, боравак је требало да се оконча по рођењу млађег детета када би се мајка са децом вратила у САД. Десет месеци касније, отац је, схвативши да се мајка неће вратити, покренуо поступак за повратак детета према Конвенцији 1980. Породични суд Илиноиса одбио је захтев оца у погледу оба детета. Када је реч о млађем детету, разлози су већ наведени, док је у вези старијег детета суд сматрао да оно уопште нема уобичајено боравиште и да се Конвенција 1980 не може применити. Апелациони суд је, потом, добио прилику да се изјасни у вези уобичајеног боравишта старијег детета јер је отац поднео жалбу. Ипак, и овај суд је већином донео одлуку да дете нема уобичајено боравиште јер релативно кратко продужење боравка генерално не би требало да има утицаја на заснивање уобичајеног боравишта, посебно ако је повод покушај помирења

¹⁹⁹ Нови Зеланд, Апелациони суд Велингтона, *S.K. v. K.P.* [2005] 3 NZLR 590, INCADAT HC/E/NZ 816.

родитеља.²⁰⁰ Закључити супротно било би, према мишљењу већине судија, противно духу Конвенције 1980.

Међутим, иако није било потпуне сагласности судија у вези уобичајеног боравишта *in concreto* (имајући у виду случај старијег детета), када се ради о одговору на оба наведена питања *en général*, постојала је сагласност свих судија да дете у обе ситуацијама може остати без уобичајеног боравишта.²⁰¹ Слично томе, америчка судска пракса, која се такође бавила овим питањима, стала је, с једне стране, на становиште да ако сукоб између намера родитеља постоји већ у тренутку рођења детета, онда дете остаје без уобичајеног боравишта јер одојче не стиче аутоматски уобичајено боравиште своје мајке. С друге стране, ако до неслагања дође након што је дете стекло уобичајено боравиште у конкретној држави, онда чињеница да постоји сукоб између намера родитеља *ipso facto* не доводи до губитка уобичајеног боравишта детета.²⁰² Тако, одојче рођено у држави у којој његови родитељи имају уобичајено боравиште, по правилу, има уобичајено боравиште у тој држави. Ако је дете рођено док мајка привремено борави у другој држави оно, по правилу, неће имати уобичајено боравиште

²⁰⁰ *S.K. v. K.P.* [2005] 3 NZLR 590, судија Мекрат (*McGrath J*) позивајући се на одлуку Високог суда у случају *Re H (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72, INCADAT HC/E/UKe 46 донету поводом пристанка родитеља на пресељење детета.

²⁰¹ Судија Јанг (*Young J*) који се иначе није сложио са одлуком већине о томе да старије дете нема уобичајено боравиште, сматрао је да су *in abstracto* ове ситуације немогуће. Међутим, намера родитеља је оно што је утицало да такво становиште не прихвати у овом конкретном случају. Наиме, он је сматрао да је нерeално да дете може стећи уобичајено боравиште независно од намере родитеља, те да је оно само ћивело са мајком у кући мајчиних родитеља на Новом Зеланду. Да би дете изгубило уобичајено боравиште у САД било је, према његовом мишљењу, потребно да постоји таква намера мајке, а она је у том смилу била прилично нејасна. Видети *S.K. v. K.P.* [2005] 3 NZLR 590.

²⁰² *Delvoye v. Lee*, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003), United States Court of Appeals for the Third Circuit, HC/E/USf 529, INCADAT HC/E/USf 529. У овом случају, захтев за повратак тицао се дечака који је рођен у Белгији 14. маја 2001. године у ванбрачној вези мајке, држављанка САД, и оца, држављанина Белгије. Они су се срели у САД-у почетком 2000. године, када су започели везу. Отац је наставио да углавном живи у Белгији, а током пролећа и почетком лета 2000. године неколико пута је посетио мајку у Њујорку. У августу 2000. године мајка се преселила у стан дететовог оца на Менхетну. У септембру мајка је сазнала да је трудна и тада су отпочеле несугласице у одлучивању где би требало да се роди беба. У новембру мајка се преселила у Белгију, при чему је њена намера била спорна. Оно што је с тим у вези јасно је чињеница да је мајка имала визу на три месеца и само два кофера са стварима које су јој биле неопходне због порођаја. Друге ствари није преселила. Пре и после рођења детета, однос родитеља се погоршао. Након што је успела да добије сагласност оца, мајка је отпутовала са бебом у Њујорк 23. јула 2001. године. У периоду од јула до јануара 2002. године, отац је посетио мајку и дете неколико пута и покушали су да се помире. Како су ови покушаји пропали, почетком 2002. године, отац је покренуо поступак за повратак детета. Окружни суд САД (за дистрикт Њу Џерси) одбацио је захтев оца на основу тога да дете никада није стекло уобичајено боравиште у Белгији јер је долазак мајке био условљен чињеницом да је отац одбио да плати трошкове порођаја у САД с обзиром да су били знатно виши него у Белгији. То је утицало на став суда да родитељи нису никада имали заједничку намеру живљења у Белгији. Потом је и Апелациони суд, поводом жалбе оца, стао на становиште да дете једноставно нема уобичајено боравиште.

све док не буде живело у некој држави „на стабилној основи.“²⁰³ Стога, под претпоставком да се право на старање врши заједнички,²⁰⁴ дете не може стећи уобичајено боравиште независно од лица која се о њему старају, тако да оно дели постојање или непостојање уобичајеног боравишта својих родитеља.²⁰⁵ Међутим, у ситуацији када један родитељ самостално врши право на старање, уобичајено боравиште детета млађег узраста нужно прати судбину уобичајеног боравишта тог родитеља²⁰⁶ (и када оно постоји и када не постоји).

У овим случајевима је, као што смо видели, дете остало без уобичајеног боравишта услед непостојања истоветних намера родитеља у тренутку његовог рођења. Иако је у наведеном случају *S.K. v. K.P* постојала сагласност оца за повремена пресељења мајке на Нови Зеланд односно у САД, она је била последица његовог уверења да ће у једном тренутку породица наставити заједнички живот. У другом наведеном случају, пак, сагласност намера родитеља није постојала ни у тренутку рођења детета.

Поред ових ситуација, могуће су и оне у којима је непостојање уобичајеног боравишта детета везано за специфичан начин живота мајке. Због природе њеног посла, мајка се, у случају *F. v. A*,²⁰⁷ заједно са ванбрачним дететом (рођеним у Италији), често селила из Европе у САД, тако да је наизменично имала боравиште у Италији, Калифорнији и Белгији. При томе, није постојала заједничка намера родитеља у погледу места уобичајеног боравишта детета. Наиме, мајка је планирала да води

²⁰³ E. Clive, *The Concept of Habitual Residence*, *The Juridical Review* part 3, 1997, pp. 138, 146. Даље Clive, *The Concept of Habitual Residence*.

²⁰⁴ *Re F. (A Minor) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195, INCADAT HC/E/UKe 40.

²⁰⁵ Веома је занимљиво што су малобројни случајеви који се односе на проблем деце без уобичајеног боравишта односи на ону млађег узраста која у знатној мери зависе од родитеља.

²⁰⁶ *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom *C. v. S. (A Minor) (Abduction)*, INCADAT HC/E/UKe 2.

²⁰⁷ *F. v. A*. INCADAT HC/E/USs 582 (Врховни суд Калифорније) и Апелациони суд Калифорније по жалби - *Ferraris v. Alexander*, 125 Cal. App. 4th 1417 (Cal. App. 3d. Dist., 2005) INCADAT HC/E/USs 797. Мајка је била држављанка САД, а отац држављанин Италије. Оно што овај случај издваја од осталих је и чињеница да родитељи детета нису никада били у конвенционалној вези. Наиме, мајка је желела да роди дете, а како није имала партнера, договорила се са оцем, својим дотадашњим пријатељем. Дете је рођено у Италији у априлу 1999. године. Мајка, која је радила као компјутерски консултант, често је путовала у различите европске државе и САД због посла. Дете је имало честе контакте са оцем и његовом породицом. Међутим, у септембру 2003. године, у току још једне посете, очева породица је одбила да дете врати мајци. Мајка је, потом, отпутовала у Италију и договорила се да дете врате септембра месеца. На крају месеца одвела је дете у САД. Након тога, отац је поднео захтев за повратак који је одбијен јер дете није имало уобичајено боравиште у Италији (а ни у једној другој држави).

овакав начин живота све до поласка детета у школу, након чега би живела у САД. Отац је тврдио да су активности свих њих биле оријентисане ка Италији. Међутим, суд је сматрао да је боравак у Италији морао да буде праћен намером настајења, што није био случај јер је мајка у сваком месту остајала само због посла. Осим тога, све одлуке у вези детета мајка је доносила самостално, а отац је пристајао на планове мајке све док није, уз помоћ своје шире породице, задржао дете у Италији.²⁰⁸ Стога, дете не само да није имало уобичајено боравиште у Италији него га није стекло ни у једној другој држави.

Слично претходним случајевима, и *скривање детета* може довести до тога да оно не може засновати уобичајено боравиште ни у једној држави. На то могу утицати два разлога, оба условљена понашањем или намером родитеља. Најпре, могуће је да је пресељење детета незаконито, па дете због тога не може стећи уобичајено боравиште у држави у коју је одведено или у којој је задржано. Осим тога, намера родитеља који скрива дете се не може сматрати усмереном ка успостављању трајнијег боравка.²⁰⁹ У том смислу се може навести случај *Re L. (Abduction: Pending Criminal Proceedings)*²¹⁰ у коме је мајка скривала своје двоје деце у Енглеској, између осталог, и зато да би избегла поступак екстрадиције по налогу америчких власти због кривичног дела међународне отмице деце. Енглески суд је том приликом нашао да мајка не може да докаже да су деца интегрисана у овој држави имајући у виду је Енглеска изабрана само као добро место за скривање и избегавање екстрадиције.

Међутим, упркос томе што је последица скривања иста као и у случајевима када деца остају без уобичајеног боравишта услед намере или начина живота родитеља, разлика постоји. Она се огледа у томе што квалитет веза које се упостављају са државом уточишта у једном тренутку достиже ниво довољан за стицање уобичајеног боравишта. Најчешће се потребан степен интегрисаности јавља као последица боравка од више од годину дана под условом да је дете похађало школу у држави уточишта и социјализовало се у тој средини.²¹¹

²⁰⁸ Према белгијском праву, родитељи заједнички врше родитељско право без обзира да ли су у браку. Видети *Ferraris v. Alexander*, 125 Cal. App. 4th 1417 (Cal. App. 3d. Dist., 2005), Врховни суд Калифорније.

²⁰⁹ Lowe, *International Movement*, p. 73 ad 4.72.

²¹⁰ Високи суд Енглеске и Велса, *Re L. (Abduction: Pending Criminal Proceedings)* [1999] 1 FLR 433, INCADAT HC/E/UKe 358.

²¹¹ У одлуци суда у Лозани (*Justice de Paix du cercle de Lausanne*) којом је у случају *Justice de Paix du cercle de Lausanne, (Magistrates' Court)*, decision of 6 July 2000, J 765 CIEV 112E, INCADAT HC/E/CH 434 наређен повратак детета које су мајка и бака скривале у Швајцарској пуне 3 године након

Насупрот случајевима када дете нема уобичајено боравиште ни у једној држави, можемо се запитати и да ли дете може имати *више од једног уобичајеног боравишта*. Иако је у почетку упоредна судска пракса била чврсто уверена да овакво становиште није могуће прихватити²¹², развој супстанцијалног породичног права (у смислу допуштања да се право на старање заједнички врши и након развода брака или престанка ванбрачне заједнице), утицао је да на релативизовање почетног става. Ипак, у ситуацијама када дете наизменично живи у два државама, судови нису спремни да утврде истовремено постојање два конкурентна уобичајена боравишта, већ их посматрају сукцесивно – пресељење из једне у другу државу детета прати и промена његовог уобичајеног боравишта. Другим речима, док дете живи у једној од двеју држава, има уобичајено боравиште само у њој, тако да *сукоб уобичајених боравишта* не постоји. У случају *Re V (Abduction: Habitual Residence)*²¹³, вероватно најпознатијем у коме се ово питање поставило, деца су током туристичке сезоне живела на Крфу (где је њихов отац водио хотел), а у зимском периоду у Лондону у коме је мајка имала кућу, при чему су повремено путовала у Грчку. Родитељи су били у браку. Одговарајући на питање да ли су уобичајена боравишта деце у Грчкој односно Лондону истовремена, самим тим и конкурентна, судија је био мишљења да нису. Признајући могућност да се уобичајена боравишта деце периодично мењају услед намере и начина живота родитеља, уобичајено боравиште детета, ипак, не може истовремено постојати у два државама. Будући да у једном делу године постоји довољан степен континуитета боравишта у Лондону, којим родитељи стичу уобичајено боравиште у Уједињеном Краљевству, а у другом делу године, из истих разлога, родитељи стичу уобичајено боравиште у Грчкој, и деца имају током одређеног периода уобичајено боравиште у Уједињеном Краљевству, а током другог у Грчкој.²¹⁴

незаконитог одвођења, суд је навео да се дете није прилагодило средини управо зато што није похађало школу и није успоставило било какве друштвене везе. Из овога се може закључити да дете није могло ни стећи ново уобичајено боравиште у Швајцарској.

²¹² *Cameron v. Cameron* 1996 SC 17, INCADAT HC/E/UKs 71 позивајући се на одлуку у случају *R v Barnet London Borough Council, ex parte Shah*. Такође и Врховни суд Квебека у случају *S.S.-C. c. G.C.*, Cour supérieure du Québec, 15 août 2003, n° 500-04-033270-035, INCADAT HC/E/CA 916.

²¹³ *Re V (Abduction: Habitual Residence)* [1995] 2 FLR 992, INCADAT HC/E/UKe 45. Родитељи су заједнички вршили родитељско право.

²¹⁴ Сличну одлуку донео је и Високи суд Северне Ирске у случају *In re CL (a minor) and in re the Child Abduction and Custody Act 1985*; *JS v CL*, INCADAT HC/E/UKn 390. У периоду када је дете наизменично, по неколико недеља, живело са мајком (Република Ирска) односно са оцем (Северна Ирска), његово уобичајено боравиште је било у оној држави у којој је у том тренутку било.

B) Неопходност боравишта као услова за стицање уобичајеног боравишта детета у атипичним ситуацијама

Да ли дете може имати уобичајено боравиште у држави у коју никада није крочило? На ово питање, сасвим извесно, већина правника би одречно одмахнула главом, изненађена што се о таквој могућности уопште говори. И заиста, у први мах, дилема делује крајње необично. Међутим, несвакидашње околности појединих случајева могу понекад довести у сумњу неопходност (физичког) присуства као елемента уобичајеног боравишта детета.

Питање које је у фокусу односи се, дакле, на неопходност другог елемента уобичајеног боравишта – *физичко присуство (боравак) детета у одређеној држави*. У том смислу, предмет анализе је најновија одлука Врховног суда УК у случају *A v A (Children) (Habitual Residence)*, који за потребе дисертације скраћено назван случај *Харун* (како је Врховни суд назвао овог дечака у својој одлуци).²¹⁵ При том је циљ да се укаже на опасност које ова пресуда Врховног суда потенцијално представља за Конвенцију 1980 јер иако није директно везан за њену примену, случај *Харун* има значај за утврђивање уобичајеног боравишта детета и у смислу Конвенције 1980. С обзиром да се судије у одлуци поводом случаја *Харун* позивају на пресуду коју је десетак година раније, у веома сличним околностима, донео енглески Високи суд (*High Court, Family Division*), потребно је и њу узети у обзир. Реч је о одлуци у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)*²¹⁶

Поступак у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* тицао се захтева мајке, држављанке Бангладеша, за повратак њено четворо деце из Бангладеша, држављана Бангладеша и УК.²¹⁷ То је подразумевало да се претходно утврди уобичајено боравиште деце, с обзиром да би енглески суд био надлежан за одлучивање о вршењу права на старање тек ако деца имају уобичајено боравиште у Енглеској. Чињенично стање је било веома занимљиво с обзиром да је најмлађе (четврто) дете рођено у Бангладешу и никада није било у Енглеској.

²¹⁵ *A v A (Children) (Habitual Residence)* (2013) UKSC 60, INCADAT HC/E/Uke1233. Пресуда Врховног суда донета је 9. септембра 2013. године. Дечак који је у жижи овог случаја назван је *Харун (Haroon)* у образложењу Врховног суда, које је у име већине судија саопштила судија *Lady Hale (Lady Hale)*. Пресуда доступна на http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0106_Judgment.pdf (10.10.2013).

²¹⁶ *B v H (Habitual Residence: Wardship)*, 19.10. 2001 [2002] 1 FLR 388.

²¹⁷ Случај се није тицао примене Конвенције 1980, с обзиром да Бангладеш није држава уговорница, али је у пресуди, у циљу утврђивања уобичајеног боравишта детета, разматрана судска пракса поводом примене Конвенције 1980.

Конкретно, радило се о томе да је мајка заједно са (тада) троје деце и њиховим оцем, дошла из Енглеске у Бангладеш у посету која је, према њеном уверењу, требало да траје 4-5 недеља. Родитељи су били у браку. Међутим, отац (држављанин Бангладеша и УК) јој је, месец дана након доласка у Бангладеш, саопштио да није купио повратне карте и да се породица неће вратити у Енглеску. Такође, одузео је пасоше и њој и деци. Он сâм је, пак, у неколико наврата одлазио у Енглеску и остајао тамо око 4-8 недеља, што би мајка сазнала тек када би јој се јавио телефоном. Како је она већ била трудна кад су отпутовали из Енглеске, четврто дете је рођено у Бангладешу. Након рођења детета, отац је у неколико наврата тражио од мајке да оде у Енглеску и поведе троје старије деце, али да најмлађе остави у Бангладешу, уз образложење да оно још увек нема пасош. Мајка је то одбила. Када су и најмлађем детету извадили пасош (Уједињеног Краљевства), она је поново тражила да се са сво четворо деце врати у Енглеску, али отац ни сада није дозволио да најмлађе дете оде и одузео је његов пасош. Након још једне сцене породичног насиља којем је и раније била изложена, мајка је пријавила супруга полицији у Бангладешу. Након тога, брак је окончан по шеријатском праву, а отац деце јој је потом вратио пасош (али не и пасоше деце). Мајка је отпутовала у Енглеску и поднела тужбу тражећи да се деца повере њој.

Суд је донео одлуку по којој сва деца, укључујући и најмлађе (рођено у Бангладешу), имају уобичајено боравиште у Енглеској. У својој одлуци, судија је навео да најмлађе дете није стекло уобичајено боравиште у Бангладешу јер његово уобичајено боравиште *прати* уобичајено боравиште чланова породице:

„Одојче је имало, а има и даље уобичајено боравиште у Енглеској иако тамо никада није било. Дете не може стећи уобичајено боравиште док се не роди и постане независно биће; по рођењу, уобичајено боравиште детета је исто као и уобичајено боравиште лица која имају родитељско право... одојче има уобичајено боравиште ако га имају његови родитељи. Сâма чињеница да је дете рођено у иностранству не доводи до закључка да одојче нема уобичајено боравиште у Енглеској... Очева једнострана одлука да остану у Бангладешу, иако донета и саопштена пре његовог рођења, није променила уобичајено боравиште бебе у тренутку рођења, већ је оно исто као и (уобичајено боравиште, С.М) мајке и браће.... уобичајено боравиште у Енглеској није изгубљено као последица продуженог боравка у Бангладешу.“²¹⁸

Троје старије деце, пак, нису засновала ново уобичајено боравиште у Бангладешу јер је намера родитеља била једнострана – само је отац долазак у

²¹⁸ Из одлуке случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)*, образложење.

Бангладеш сматрао пресељењем породице, али је своју намеру мајци саопштио тек након доласка у ову државу. Насупрот томе, она није желела да промени уобичајено боравиште већ је отпутовала из Енглеске уверена да је реч о привременој посети. Стога је мајка, баш као и троје старије деце, задржала уобичајено боравиште у Енглеској.

Иако донета пре десетак година, ова одлука још увек представља предмет интересовања доктрине. Основна критика (наведена и у каснијем случају *Харун*), тиче се паралеле која је, по преовлађујућем тумачењу енглеских судија, повучена са пребивалиштем.²¹⁹ Проблем је у томе што је уобичајено боравиште фактички концепт, а пребивалиште правни, те се не могу утврђивати на исти начин. Штавише, уобичајено боравиште и пребивалиште се не морају нужно поклапати. Међутим, питање је да ли је судија у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* заиста утврдио уобичајено боравиште најмлађег детета на основу паралеле са пребивалиштем или је, пак, реч о оцени свих *фактичких* околности везаних за његово рођење и боравак у Бангладешу. Ово тим пре што се у одлуци изричито не наводи да је питање решено на исти начин као што би се поступило у случају утврђивања пребивалишта. Најзад, судија није тежио да донесе одлуку која би била *универзално* применљива већ се јасно ограничио на утврђивање уобичајено боравиште *одојчета (бебе)* у овим конкретним и *изузетним* околностима:

„Један пример би био превремени порођај током викенда који је брачни пар са уобичајеним боравиштем у Енглеској провео у Француској. У таквим околностима... зар беба не би имала уобичајено боравиште у Енглеској већ у тренутку рођења, пре него у тренутку повратка у Енглеску или тек по протеклу одређеног временског периода након повратка? Имајући у виду да уобичајено боравиште није дефинисано и да је то фактичко питање које се утврђује на основу свих околности случаја, позивањем на намеру и поступке родитеља, по мом мишљењу, нема разлога да беба не стекне уобичајено боравиште у Енглеској у тренутку рођења... Другим речима... ако се ово питање разматра као фактичко, онда не може бити случај да беба нема уобичајено боравиште у Енглеској док не буде овде физички присутна. У доласку до овог закључка прихватам да случајеви губљења уобичајеног боравишта и стицања новог показују да лице може бити без уобичајеног боравишта. Међутим, у мојој пресуди је примењен другачији приступ на новорођенче у смислу да ако релевантни родитељ или родитељи имају уобичајено боравиште у тренутку рођења детета онда је то и уобичајено боравиште детета.“²²⁰

²¹⁹ Сматра се да је у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* судија *Charles J.*, приликом утврђивања уобичајеног боравишта најмлађег детета, применио тест повезаности (*dependancy test*). *Lowe, International Movement*, p. 61.

²²⁰ Из одлуке у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)*, судија *Charles J. ad 113-115.*

Очигледно је да судија у овом случају није имао у виду *сву* децу, већ *новорођенчад* односно *одојчад* и питање да ли она стичу уобичајено боравиште у *тренутку рођења* ако се роде ван државе у којој родитељи имају уобичајено боравиште или *остају без уобичајеног боравишта* све док се породица не врати у ту државу. С обзиром да новорођенче не може имати своју вољу, намера родитеља заиста има одлучујући утицај. То не значи да постоји паралела са пребивалиштем, него да је оваква одлука суда последица управо фактичких околности случаја будући да је реч о *беби која нема своју вољу и зависи од чланова породице, односно у овој ситуацији од родитеља, који већ имају засновано уобичајено боравиште у тренутку њеног рођења.*

Штавише, чак и да оставимо по страни контроверзе око врсте теста на основу којег је у овом случају суд утврдио уобичајено боравиште бебе, чини се да би се до истог закључка дошло оценом субјективних и скоро свих објективних елемената овог појма, како на основу теста родитељског права тако и применом теста фокусираног на дете. Тест родитељског права, полазећи, најпре, од фактичке природе уобичајеног боравишта детета (посебно млађег узраста), предност (ипак) даје намери родитеља. С друге стране, примена теста фокусираног на дете такође би требало да води истом закључку јер у случају новорођенчади односно одојчета намера родитеља има утицај управо као одлучујућа *фактичка* околност на коју указују и све друге објективне фактичке околности случаја (узраст бебе, немогућност постојања њене воље, упућености бебе на породицу, постојање уобичајеног боравишта породице). Дакле, *све ове* околности указују да уобичајено боравиште детета на рођењу прати уобичајено боравиште родитеља. Проблем је само боравиште као објективни елемент, кога нема зато што је његово остваривање други родитељ силом спречио у наведеном примеру.

Чињенично стање случаја *Харун (A v A (Children) (Habitual Residence))* веома подсећа на околности под којима су се догађаји одиграли у претходном примеру. Конкретно, овде се радило о поступку који је покренула мајка у циљу повратка деце из Пакистана у Енглеску, након што су тамо задржани мимо њене воље.²²¹ Наиме, мајка (држављанка Пакистана) је заједно са троје деце (држављана Уједињеног Краљевства и

²²¹ Случај се не тиче примене Конвенције 1980, већ вршења родитељског права (иако је у заглављу пресуде наведено да је реч о повратку) и то на основу Регулative ЕУ 2201/2003 о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности (*Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 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*), даље Брисел *Ibis*. Ипак, одлука коју је донео Врховни суд (*Supreme Court*) има значаја и за одређивање уобичајеног боравишта детета.

Пакистана), рођене у Енглеској, дошла у Пакистан у посету свом оцу не знајући да је њен муж (отац деце, такође држављанин обеју држава) већ тамо.²²² Брак између њих није био најсрећнији и често је долазило до физичког насиља.²²³ Међутим, након доласка у Пакистан, на њу је извршен притисак да се помири са мужем. Муж и његови рођаци су је и физички нападали, а одузети су јој пасоши деце (и њен). Након што ју је муж уверавао да ће се вратити у Енглеску ако пристане да се помири са њим, она је то и учинила, сматрајући, како је наведено у првостепеној одлуци, „да је притисак на њу био толики да она није имала другог избора, посебно због тога што није хтела да остави децу и бојала се последица.“²²⁴ У међувремену је затруднела и Харун је рођен 20. октобра 2010. године. Троје старије деце су, против њене воље, уписани у пакистанске школе, с обзиром да отац није ни имао намеру да испуни своје обећање о повратку у Енглеску. Након бројних потешкоћа, маја 2011. године, уз помоћ свог оца и неколицине рођака, успела је да добије пасош (али само свој) и отпутује у Енглеску, уз изговор да ће остати пар дана како би посетила рођаке. Она у Енглеској, потом, покреће поступак да јој се деца повере на чување и васпитање и врате. Поступак је покренут јуна 2011. године и донета је одлука којом су сва деца (њих четворо) стављена под старатељство суда, а оцу наређено да омогући повратак деце.²²⁵ После тога, октобра 2011. године изречена је мера којом су одређена средства обезбеђења на имовини оца у Енглеској (*freezing order*) како би се извршио притисак на њега да поступи по претходној одлуци или да барем обезбеди мајци финансијска средства за вођење поступка у Пакистану.²²⁶ О овом случају су даље одлучивали Високи суд, а потом и Апелациони односно Врховни суд.

Високи суд (*High Court, Family Division*) је, 20. фебруара 2012. године, одлучио да се деца врате у Енглеску, сматрајући, управо на основу одлуке у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* из 2001. године, да она имају уобичајено боравиште у

²²² Мајка и деца су отпутовали 13. октобра 2009. године и имали су повратне карте за почетак новембра исте године.

²²³ У току 2008. године мајка је заједно са децом због породичног насиља живела у сигурној кући. Почетком 2009. године, њих четворо су се преселили у стан чији је власник био очев брат и мајка је плаћала закупнину.

²²⁴ Одлука Високог суда (*High Court*) и судије *Parker J.* Наведено према одлуци Врховног суда.

²²⁵ Такође, надлежни органи Исламске Републике Пакистан су замољени, на основу Судског Протокола о стварима у вези деце између УК и Пакистана из 2003. године, да помогну при предузимању неопходних мера, посебно у циљу проналажења деце, њихове сигурности и олакшања повратка у Енглеску (*UK-Pakistan Judicial Protocol on Children Matters signed by the Chief Justice of Pakistan and the President of the Family Division of the High Court of England and Wales on 17 January 2003*).

²²⁶ Тада се у поступак укључује очев брат као сувласник једне од ствари на коју се мера обезбеђења односила. Отац није учествовао у поступку (иако је судија и телефоном покушао да ступи у контакт са њим), али јесу његова два брата.

Енглеској. Отац се жалио и Апелациони суд (*Court of Appeal*) је у поступку који је трајао од јула 2012. године до јануара 2013. године дошао до другачијег закључка. Сматрајући да уобичајено боравиште детета не може бити засновано без боравишта у конкретној држави, судско веће донело је одлуку да троје старије деце заиста имају уобичајено боравиште у Енглеској јер се „уобичајено боравиште не може мењати једностраном одлуком једног родитеља“.²²⁷ Насупрот томе, најмлађе дете, рођено у Пакистану нема уобичајено боравиште у Енглеској, с обзиром да је „један од (његових, С.М) суштинских елемената ... да је лице у неком тренутку боравило у тој држави. Ако нема боравка, нема ни уобичајеног боравишта.“²²⁸ Међутим, одлука није била једногласна, те је судија *Lord Justice Thorp* у издвојеном мишљењу навео да се, у изузетним околностима, уобичајено боравиште детета може стећи и без физичког присуства, уверен да би приступ проблему у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* из 2001. године и у овом случају био основан. Након Апелационог суда, случај доспева, по жалби мајке, и до Врховног суда (*Supreme Court*).

Одлука коју је донео Врховни суд (09. септембар 2013. године) није се у меритуму тицала уобичајеног боравишта, већ могућности за заснивање надлежности енглеског суда преко резидуалне (помоћне) надлежности.²²⁹ Упркос томе, судије су изнеле и своје ставове о начину утврђивања уобичајеног боравишта детета. Мишљење већине ишло је у прилог тези да деца не могу имати уобичајено боравиште у држави у коју никада нису крочила.²³⁰ Том приликом, скренута је пажња и да су енглески судови склони да фактички концепт уобичајеног боравишта замене правним, те да ако родитељи заједнички врше право на старање (што је управо био случај), уобичајено боравиште не може бити промењено једностраном одлуком неког од њих. Из овог правила судови су створили још једно, по коме дете нужно дели уобичајено боравиште лица које се непосредно стара о њему (*primary caretaker*).

²²⁷ *ZA v NA [2012] EWCA Civ 1396, [2012] 3 F.C.R. 421, INCADAT HC/E/UKe 1192.*

²²⁸ Судија *Lord Justice Rimer*, који је дао образложење у име већине.

²²⁹ Случај се тицао примене члана 14 Регулative Брисел *Ibis* који дозвољава заснивање надлежности у спору о родитељском праву на основу националних норми о међународној надлежности, ако ниједан суд државе ЕУ не би био надлежан на основу других одредаба ове Регулative. У случају *Харун* поставило се питање заснивања надлежности енглеског суда преко држављанства или уобичајеног боравишта деце.

²³⁰ Овај став су заузеле судије *Lady Hale, Lord Wilson, Lord Reed* и *Lord Toulson*.

Позивајући се на одлуку донету у случају *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*²³¹, по којој лице не може засновати уобичајено боравиште у току једног дана (иако га може изгубити у једном дану ако постоји намера да се никада не врати), Судско веће Врховног суда је сматрало да је у највећем броју случајева за заснивање новог уобичајеног боравишта, поред намере, потребан и боравак у одређеном временском периоду. Међутим, судије се истовремено нису сложиле са ставом заузетим у наведеној одлуци о томе да се уобичајено боравиште не може стећи у једном дану. Напротив, таква могућност остаје отворена и зависи од околности случаја. Осим тога, лице не мора увек имати уобичајено боравиште – оно га може изгубити у једној држави али га не мора одмах стећи у другој. Такође, лице може имати и уобичајено боравиште у држави у којој се не налази у релевантном тренутку.

Разматрајући да ли је присуство неопходан услов за стицање уобичајеног боравишта и у овом конкретном случају или је, пак, довољан само однос који постоји између Харуна и његове породице, већина судија Врховног суда предност је дала присуству и закључила да он нема уобичајено боравиште у Енглеској. При томе је повучена разлика између интегрисаности детета у конкретну средину (која, када је реч о детету млађег узраста, првенствено зависи од степена интегрисаности родитеља), и немогућности да се дете интегрише у средину у коју га родитељ никада није одвео.

Међутим, као што је већ напоменуто, мишљење Врховног суда у погледу Харуновог уобичајеног боравишта²³² није било истоветно. Наиме, судија Лорд *Hughes* је у свом издвојеном мишљењу сматрао да би у овом случају адекватан био приступ сличан управо оном примењеном у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)*. По његовом мишљењу, ни у једном од ова два случаја није реч о томе да дете своје уобичајено боравиште *стиче (C.M)* из уобичајеног боравишта родитеља *ex lege*.²³³

²³¹ Мишљење судије *Lord Brandon* у случају *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (1990) 2 A.C. 562 INCADAT HC/E/УКЕ. Чињенично стање у овом случају је било следеће: дечак од 2 године и 4 месеца је цео свој живот провео у Аустралији у којој је и рођен. Родитељско право је вршила само мајка јер је дете било ванбрачно. Мајка се заједно са дететом 21. марта 1990. године вратила у Енглеску (из које потиче). Потом, Породични суд западне Аустралије (*Family Court of Western Australia*), 12. априла исте године, додељује оцу самостално вршење родитељског права, и у складу са тим, након 7 дана, покреће се механизам Конвенције 1980 за повратак детета. Одлучујући о овом захтеву, енглески Високи суд (*High Court*) долази до закључка да не постоји незаконито одвођење детета јер је дете изгубило уобичајено боравиште у Аустралији по одласку са мајком. Отац се жалио на ову одлуку али безуспешно јер је Апелациони суд одбио жалбу и потврдио одлуку Високог суда.

²³² Судско веће није формално донело одлуку о томе где се налази Харуново уобичајено боравиште јер је њихов задатак био да утврде има ли места примени резидуалне надлежности према Регулативи Брисел *Ibis*. Зато су у погледу уобичајеног боравишта дали само своје мишљење.

²³³ Одлука Врховног суда, издвојено мишљење, Лорд *Hughes ad 90*.

Напротив, фактички концепт уобичајеног боравишта подразумева управо оцену интегрисаности у одређену средину породице којој дете припада, из чега следи да оно, заправо, *дели* (С.М) уобичајено боравиште породице, чак и ако никада није било у конкретној држави.²³⁴ У ситуацији када је један родитељ *силом* спречаван да напусти одређену државу и врати се у ону у којој има уобичајено боравиште, веома је опасно сматрати да новорођено дете уопште нема уобичајено боравиште. Посматрано шире, у контексту Конвенције 1980, одвођење или задржавање детета се онда не би могло сматрати незаконитим.²³⁵ Судија *Hughes* је сматрао да је управо овај случај пример онога што би се према Конвенцији 1980 квалификовало као незаконито задржавање и то у погледу све деце, укључујући и малог Харуна.²³⁶

Узимајући у обзир наведену аргументацију судија Врховног суда, утисак је да издвојено мишљење заслужује посебну пажњу. Наиме, фактички концепт уобичајеног боравишта подразумева да се оно цени *in concreto*, у зависности од околности случаја. При томе, у образложењу већине судија Врховног суда (али и Апелационог суда) наводи се да уобичајено боравиште подразумева и физичку присутност у одређеној држави и намеру боравка. Међутим, овај концепт, познат као *Ша формула* (*Shah formula*),²³⁷ који је потпуно применљив на пунолетна лица, постаје проблематичан када је реч о деци. Наиме, одступање од њега већ постоји када је реч о намери боравка. Разлог је једноставан - дете, пре свега млађег узраста, не само да нема правно релеватну вољу за заснивање уобичајеног боравишта, већ и потпуно зависи од лица која се непосредно старају о њему. Другим речима, деца у овом узрасту, по правилу, *деле* уобичајено боравиште своје породице и то не *ex lege*, већ управо на основу

²³⁴ Издвојено мишљење, Лорд *Hughes*, *loc.cit.*

²³⁵ Издвојено мишљење, Лорд *Hughes ad 93.*

²³⁶ Према члановима 3 и 5 Конвенције 1980, одвођење или задржавање деце из државе њиховог уобичајеног боравишта постаје незаконито ако се тиме крши право на старање које, према Конвенцији, подразумева нарочито право на одређивање уобичајеног боравишта детета. Детаљно *infra* стр. 133.

²³⁷ *Akbarali v Brent London Borough Council; Abdullah v Ahropshire County Council; Shabpar v Barnet London Borough Council; Jitendra Shah v Barnet London Borough Council; Barnet London Borough Council v Nilish Shah*, (1983) 2 AC 309[1983] 2 WLR 16, [1983] 1 All ER 226, HL. У овом радило се о примени прописа о образовању. Петоро страних студената је поднело захтев локалним властима да им се одобри награда која је била обавезна осим у погледу странаца који немају боравиште у Енглеској у протекле 3 године. Захтев четворо студената је одбијен и пред локалним властима и у поступку по жалби поднетој Окружном суду (*Divisional Court*). У односу на петог студента, жалба је била допуштена. Потом је о жалбама четворо студената и локалних власти (у случају петог студента) одлучивао Апелациони суд, који је поново одбио жалбе 4 студента јер се сматрало да немају боравиште у Енглеској с обзиром да обраовање не може бити повод за његово стицање (реч о боравку чије је трајање унапред одређено), а жалбу петог студента дозволио. Нове жалбе су поднете Кући лордова (*House of Lords*), који је усвојио све жалбе студената сматрајући да образовање може бити основ за стицање боравишта.

фактичких околности (узраст и чињеница да зависе од чланова породице). Осим тога, *Ша формула* је усвојена у случају који се није тичао ни Конвенције 1980 ни деце. Штавише, и сам Врховни суд је истакао у образложењу да *Ша формула* не треба да се примењује на децу.²³⁸

Када је конкретно реч о уобичајеном боравишту Харуна, Врховни суд је истакао и да „одојче или дете млађег узраста дели друштвено и породично окружење са оним лицима (без обзира да ли су то родитељи или друга лица) од којих зависи.“²³⁹ Услед тога, неопходно је оценити интегрисаност тог или тих лица у друштвено и породично окружење у релеватној држави.“²⁴⁰ С тим у вези, не би се могло тврдити да је породица засновала уобичајено боравиште у Пакистану јер је очигледно да не постоји таква намера оба родитеља и у погледу тога је постигнута сагласност свих судија. Како је истакао Врховни суд, уобичајено боравиште детета процењује се на основу интегрисаности у друштвено и породично окружење лица од којих оно зависи. Ако је пресељење последица једностране одлуке, при чему је други родитељ непрестано покушавао да се врати у државу свог уобичајеног боравишта, онда се не може говорити о интегрисаности породице у нову средину у којој је задржана услед насиља у породици. Надаље, будући да се Врховни суд сложио у погледу могућности стицања уобичајеног боравишта у једном дану, можемо поставити и ново питање - да ли би онда било довољно да Харун проведе само тај један дан у Енглеској како би стекао уобичајено боравиште, које већ имају и његова мајка, сестре и брат? Чини се да би такав захтев онда био усмерен на задовољење пуке форме. Наиме, у том случају би било очигледно да је уобичајено боравиште Харуна све време фактички гравитирало ка Енглеској, а да је било потребно само да коначно и угледа небо изнад ње, макар на један дан.²⁴¹

²³⁸ Образложење које је у име свих судија дала *Lady Hale*, Одлука Врховног суда *ad 54 v*). Иначе, *Ша формула* се односила на концепт (*привременог*) боравишта (*ordinary residence*), а не уобичајеног боравишта. Због тога је позивање на ову одлуку у случајевима утврђивања уобичајеног боравишта детета окарактерисано у делу доктрине као парадоксално. Видети о томе R. Schuz, *Habitual residence of children under the Hague Child Abduction Convention – theory and practice*, Child and Family Quarterly, Vol. 13, No 1, 2001.

²³⁹ Овај став Врховног суда заправо се заснива на одлуци *CJEU* у случају *Mercredi v Chaffe* (C-497 PPU; INCADAT HC/E/ 1044). Видети *infra* 93 (фуснота 242).

²⁴⁰ Одлука Врховног суда, образложење *Lady Hale ad 54 vi*).

²⁴¹ Слично овом аргументу, судија *Hughes* у свом мишљењу с правом наводи да би одговор сваког, осим правника, на питање где је уобичајено боравиште детета рођеног док је мајка била на одмору у Шпанији или на прекоморском крстарењу или док је бежала из неке државе, било „тамо где

Осим тога, ниједна од судских одлука на које се Врховни суд позивао у образложењу већине, како истиче Лорд *Hughes*, заиста се није тичала породице која је против своје воље задржана у другој држави јер је један од родитеља прибеглао насиљу у породици.²⁴² Самим тим се може поставити питање оправданости примене класичног начина утврђивања уобичајеног боравишта детета (који подразумева боравиште у одређеној држави) и у случају *Харун*. Парадоксално, поводом једине одлуке која је донета у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)*, чије околности неодољиво подсећају на случај *Харун*, већина судија је сматрала да је приступ по коме боравиште *изузетно* не мора да постоји погрешан. Штавише, једина разлика између ова два случаја је та што је дете у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* зачето у

имају и мајка, браћа и сестре, наравно.“ Видети одлуку Врховног суда, издвојено мишљење Лорда *Hughes ad 88*.

²⁴² То су, пре свега, два случаја које је решавао *CJEU* и који представљају камене темељце схватању уобичајеног боравишта детета. Први (*C-523/07* од 2. априла 2009. године, INCADAT HC/E/ 1000) се тичао троје деце која су живела и у Финској и у Шведској са својом мајком и очухом. Будући да је очух био насилан према њима, организована је алтернативна брига о њима од стране локалних органа у Финској. Спровођење мере је прекинуто и породица се преселила у Шведску децембра 2001. године. У лето 2005. године отишли су на одмор у Финску. Породица је живела у приколицама и камповима, а деца нису похађала школу. Октобра исте године пријавили су се за социјално становање. Средином новембра мајка и очух су отишли у Шведску а децу су оставили код очухове сестре. Истог месеца деца су преузета на старање с обзиром да су сматрана напуштеном. Према одлуци *CJEU*, уобичајено боравиште треба да означава нешто више од пуке физичке присутности детета. *CJEU* је заузео став да у случају деце мањег узраста уобичајено боравиште одређује намера родитеља, али само као један од могућих индикатора, посебно ако између родитеља постоји неслагање о овом питању. Суд је сматрао да се уобичајено боравиште детета мора одређивати **на основу свих околности конкретног случаја** (С.М). Поред физичке присутности, други фактори треба да укажу да није реч о краткотрајном или привременом боравку. У том смислу, суд је назначио следеће критеријуме: **степен интегрисаности у друштвену и породичну средину**, трајање, редовност, **услове и разлоге за останак на територији одређене државе** (С.М) чланице, пресељење породице, држављанство детета, место и услови похађања школе, познавање језика, породичне и друштвене везе детета у конкретној држави. У другом случају (*C 497/10 PPU Mercredi v Chaffe* од 22.12.2010. године, INCADAT HC/E/ 1044) који је *CJEU* разматрао, мајка је повела своју двомесечну ћерку на острво Реунион као своју државу порекла, у намери да тамо стално живи. Отац није живео са њима и није био титулар права на старање нити је био у браку са мајком а није био наведен ни у матичној књизи рођених као отац. *CJEU* је у својој одлуци, позивајући се на ставове из случаја *C-523/07*, проширио критеријуме за утврђивање уобичајеног боравишта детета. Посебан значај дат је **узрасту детета**, мајчином географском и породичном пореклу и породичним и друштвеним везама које мајка и дете имају у новој држави. Породично и друштвено окружење детета је основно за утврђивање његовог уобичајеног боравишта, као што је његов узраст од посебног значаја. Тако, **млађе дете нужно дели друштвену и породичну средину круга људи на које је упућено и од којих зависи. Његова средина је суштински породично окружење одређено вољом лица са којима оно живи** (С.М). Слично томе, ни одлуке енглеских судова на које се већина судија Врховног суда позивала у образложењу нису донете у случајевима који би били слични Харуновом. У једном од њих (случај *Al Habtoor v. Fotheringham* [2001] EWCA Civ 186 (INCADAT HC/E/Uke 875), поставило питање уобичајеног боравишта дечака чија се цела породица преселила у Дубаи у коме је живео отац. Међутим, мајка се накнадно предомислила и вратила у Енглеску без дечака, те се поставило питање да ли је и дечак поново стекао уобичајено боравиште у Енглеској с обзиром да мајка јесте. Такође, у случају *In re M (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 FLR 887, родитељи су се договорили да пошаљу сина у Индију до његовог пунолетства како би га подизали баба и деда. Мајка се накнадно предомислила и поставило се питање да ли дечак који је још увек био у Индији може поново стећи уобичајено боравиште у Енглеској само на основу тога што се мајка предомислила.

Енглеској, а рођено у Бангладешу, док је Харун стицајем околности зачет и рођен у Пакистану *након* што је његову породицу отац присило да остану у овој држави. Међутим, као што је већ истакнуто, највећи проблем у прихватању приступа којим би се у изузетним околностима дозволило одступање од објективног елемента уобичајеног боравишта детата везан је за чињеницу да је већина судија сматрала да се на тај начин повлачи аналогија са пребивалиштем, што је, видели смо, ипак дискутабилно.

Насупрот томе, Лорд *Hughes* у свом издвојеном мишљењу наводи важне аргументе у смислу изузетног одступања од постојања боравишта. Пре свега, Суд правде ЕУ, као и енглески судови чије је одлуке Врховни суд овом приликом разматрао,²⁴³ приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета полазе од тога да је породица примарно окружење одојчета односно детета млађег узраста, те да његово уобичајено боравиште тада зависи од степена интегрисаности његове породице узимајући у обзир *све* околности случаја. Када се овај став примени на случај *Харун*, онда се не могу пренебрегнути да су *све* околности *потпуно специфичне* – да су мајка, сестре, браћа, па и сâм Харун силом задржани, те да је породица интегрисана у енглеску средину, а не ону у Пакистану. Међутим, може се тврдити и да је Харун након три године проведене у Пакистану у одређеној мери интегрисан у средину у којој је рођен и коју једино познаје као своју,²⁴⁴ с обзиром да живи у Пакистану, да се у Пакистану остварује непосредно старање о њему, да су у овој држави његов отац, рођаци, две старије сестре и брат.²⁴⁵ Међутим, како Лорд *Hughes* истиче, то је само зато што га је, баш као и сестре и брата, отац *силом незаконито задржао*.²⁴⁶

Постојање боравишта као услова за стицање уобичајеног боравишта детета, чак и у случајевима који нису толико специфични као случај *Харун*, није апсолутно најважнији елемент, већ његов значај зависи од других околности случаја.²⁴⁷ Тако је чак и боравак од 11 година био без значаја за стицање новог уобичајеног боравишта

²⁴³ Видети *supra ad 242* (фуснота).

²⁴⁴ Мада треба имати у виду да је томе допринео и необично дуг поступак пред Апелационим судом.

²⁴⁵ Одлука Врховног суда, издвојено мишљење Лорда *Hughesa*. Харун је, подсећања ради, рођен октобра 2010. године. У тренутку покретања поступка имао је 7 месеци. Одлука Врховног суда је донета 9. септембра 2013. године, када је имао већ 3 године.

²⁴⁶ Лорд *Hughes*. Издвојено мишљење, *loc.cit.*

²⁴⁷ Како наводи и судија Лорд *Hughes*. Издвојено мишљење *ad 87*.

детета.²⁴⁸ Осим тога, ни у случају Харунових сестара и брата, чињеница да су они живели у Пакистану годину дана дуже (од 2009. године) у односу на Харуна (од 2010. године) и да су уписани у пакистанске школе није, по мишљењу Врховног суда, било довољно да објективни елемент (боравак) превагне. Дакле, ако постојање објективног елемента није пресудно чак и када изузетно дуго постоји као у претходном примеру, онда би уобичајено боравиште детета могло постојати и без њега, будући да оно није ни могло настати услед неочекиване, али озбиљне присиле. Заправо, ни у једној одлуци на које се Врховни суд позива није дат одговор на питање да ли је присуство увек неопходно.²⁴⁹ Тим питањем се, као што Лорд *Hughes* истиче, није до сада бавио ни Европски суд правде. Једина разлика између Харуна и његових сестара и брата је у томе што он није био присутан у Енглеској, а није био присутан зато што га је отац незаконито задржао применом силе. Упркос томе, Харун је део исте породице као и његове сестре и брат који имају уобичајено боравиште у Енглеској јер, као што смо видели, судска пракса *не дозвољава* да се уобичајено боравиште деце мења вољом *само једног родитеља када се родитељско право врши заједнички*.

Такође, постоји још један изузетно важан аргумент, а којим се указује на шири значај случаја *Харун*. Наиме, уколико се мишљење већине судија Врховног суда о томе да уобичајено боравиште Харуна није у Енглеској сматра исправним, онда би га отац могао одвести из Пакистана у неку другу државу, а да одвођење не буде квалификовано као незаконито. При томе треба имати у виду да сукцесивна пресељења деце из једне у другу државу нису реткост, посебно када један родитељ покушава да осујети извршење одлуке којом се дете поверава другом родитељу. Ако дете у оваквим околностима може бити без уобичајеног боравишта, онда његово накнадно пресељење никада не би могло да се подведе под појам незаконитог одвођења или задржавања у смислу Конвенције 1980. Другим речима, да је Пакистан у ком живи Харун којим случајем држава уговорница Конвенције 1980 да ли би мајка могла да тражи његов повратак? Одговор већине судија Врховног суда био би – не, јер Харун нема

²⁴⁸ Случај *Isaacs v. Rice*, 1998 U.S. Dist. Lexis 12602. Наведено према R. Schuz, *Policy Consideration in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, *Journal of Transnational Law and Policy* 11, 2001, стр. 56. Даље Schuz, *Policy Consideration in Determining the Habitual Residence of a Child*. У домаћој литератури случај наводи и П. Ђундић, *Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25 октобра 1980. године*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, 2004, стр. 565-566. Даље Ђундић, *Редовно боравиште детета*.

²⁴⁹ Као што судија *Hughes* и примећује. Издвојено мишљење Лорда *Hughesa ad 87*.

убичајено боравиште у Енглеској те његов боравак у Пакистану није незаконит иако је ту само зато што отац силом не дозвољава да оде из ове државе. Насупрот томе, ако би став Врховног суда био да је Харун стекао уобичајено боравиште у Пакистану, да ли то значи да један родитељ може вршећи насиље у породици да издејствује останак деце у одређеној држави против воље другог родитеља који такође врши родитељско право?

Потврдан одговор на последње питање заиста може да угрози примену Конвенције 1980 уколико се постојање уобичајено боравиште детета у сличним ситуацијама доведе у питање. Наиме, пракса енглеских судова једна је од најутицајнијих и најчешће цитираних и у одлукама судова других држава уговорница.²⁵⁰ С обзиром да се одређивање уобичајеног боравишта детета показало као проблематично услед различитих тумачења, праћење упоредне судске праксе је, за сада, можда и једини начин да се унапреди функционисање Конвенције 1980.²⁵¹ У том смислу, иако се случај Харун не односи на примену те конвенције (јер Пакистан није држава уговорница), његов значај у погледу утврђивања уобичајеног боравишта детета је несумњив. Наиме, у *INCADAT* бази случајева Хашке конференције која се води поводом примене Конвенције 1980 он је званично означен као веома важан.²⁵² Управо зато, ако би се прихватила одлука већине судија Врховног суда по којој Харун нема уобичајено боравиште у Енглеској само зато што никада није био у њој, иако је то последица незаконитог понашања оца, онда се тиме, *en général*, даје зелено светло родитељима да могу на силу задржавати децу без икаквих последица. Заправо, на тај начин се дозвољава да се *легалује* понашање родитеља које би иначе требало да буде квалификовано као незаконито одвођење или, у овом случају, задржавање.

Управо зато се стиче утисак да у одлуци већине судија Врховног суда није довољно пажње поклоњено *изузетним* околностима овог случаја, односно прихичком и физичком насиљу, које је спречило да Харун заједно са мајком, сестрама и браћом

²⁵⁰ Довољно је погледати случајеве унете у званичну базу *INCADAT* (<http://www.incadat.com>) Хашке конференције за међународно приватно право да би се стекла права слика о значају одлука судова Уједињеног Краљевства. Ипак, међу њима има и оних којима је чак дозвољено да фактичка веза добије превагу над различитим намерама родитеља у погледу заснивања уобичајеног боравишта детета, уколико је боравак довољно дуго трајао. Више Р. McEavey, *Habitual residence and children*, IFL, March 2012, стр. 21. Даље McEavey, *Habitual residence and children*.

²⁵¹ *A v A and another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre intervening)* (2013) UKSC 60 (2013) 3 WLR 761 *INCADAT* HC/E/Uke 1233, *INCADAT Comment ad Habitual Residence*.

²⁵² *INCADAT* HC/E/Uke 1233.

оде у Енглеску. Овакво понашање оца је имало за циљ да мајци онемогући повратак у Енглеску *са децом* и присили је да *остане* у Пакистану. Баш зато су сви судови који су одлучивали у случају Харун сматрали да мајка и троје старије деце нису изгубили уобичајено боравиште у Енглеској. Такође, од тренутка када је сазнала за трудноћу, мајка је интензивирала позиве сигурној кући у Енглеској (чије је „услуге“ и раније користила заједно са децом) молећи за помоћ,²⁵³ што додатно говори о томе да је она све време имала намеру да се врати у Енглеску, укључујући и период пре и током трудноће, као и након Харуновог рођења. Осим тога, одузимањем пасоша мајци и деци, отац је прекршио и једно од основних људских права – право на слободу кретања. У таквој ситуацији, није постојала никаква могућност да се мајка заједно са децом врати у Енглеску.

Стога се стиче утисак да је у случају малог Харуна физичко присуство односно одсуство *однело превагу над свим другим, неспорно изузетним, околностима случаја*. Насупрот томе, у свим одлукама *CJEU* које је Врховни суд цитирао боравак је само један од елемената, који има значаја у мери у којој је у сагласности са другим фактичким околностима, пре свега, са степеном интегрисаности *породице* којој дете припада у одређену средину. Када би присуство имало већи значај од других околности, онда не би биле могуће ситуације у којима дете нема уобичајено боравиште ни у једној држави.²⁵⁴ Заправо, све околности случаја Харун, које су, по схватању суда

²⁵³ Из Одлуке Врховног суда, образложење *Lady Hale*, стр. 4 *ad* 6. Сигурна кућа у Енглеској којој се мајка обратила за помоћ потврдила је ову чињеницу.

²⁵⁴ Видети, на пример, врло значајну одлуку у случају *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008, INCADAT HC/E/Uke 470 од 18. 02.2002. године, којом је утврђено да близанци, зачети вештачком оплодњом, немају уобичајено боравиште ни у једној држави. Наиме сурогат мајка је затруднела у Калифорнији, али се након тога вратила у Енглеску да би се породила, прекршивши споразум са родитељима овако зачетих близанаца. Наиме, сурогат мајка је требало да се пред порођај врати у Калифорнију јер су родитељи желели да присуствују порођају. Стога су родитељи поднели захтев за повратак у складу са Конвенцијом 1980, али су морали да докажу да су деца имала уобичајено боравиште у Калифорнији пре незаконитог задржавања. Према праву ове савезне државе родитељско право припада само биолошком оцу јер је јајна ћелија донирана. Штавише, спор између сурогат мајке и америчког брачног права настао управо када је сурогат мајка сазнала да је у питању близаначка трудноћа и тужила брачни пар суду у Калифорнији. Суд у Калифорнији је, тим поводом, донео одлуку којом је утврдио да заједничко родитељско право припада америчком брачном пару „...јер сурогат мајка није ни у каквом родитељском односу ни са једним дететом.“ Међутим, у време када се поступак за повратак водио пред судом у Енглеској, деца су била стара само 3 месеца и све време су живела у Енглеској са сурогат мајком која је, неспорно, имала уобичајено боравиште у овој држави. Високи суд (*High Court*) је одбио захтев за повратак детета јер је утврђено да деца немају уобичајено боравиште ни у Енглеској ни у Калифорнији:

„...На крају, морам закључити да ова деца, без обзира какви су правни односи у питању, једноставно немају уобичајено боравиште у Калифорнији у којој никада нису била. Ако бисмо тврдили да имају, то би била у одређеном степену вештачка творевина која није у складу са

ЕУ, релевантне за утврђивање уобичајеног боравишта детета, сем физичког присуства, гравититрају управо ка Енглеској; присуства нема јер га је отац силом онемогућио.

Но, могло би се тврдити и да се у оваквим случајевима ради о *невољном* уобичајеном боравишту, које постоји када је једно лице принуђено да живи у одређеној средини у којој се обрело мимо своје воље. Паралела би се у том случају могла повући у односу на уџбеничке примере уобичајеног боравишта Робинзона Крусое или, пак, затвореника.²⁵⁵

У том смислу је енглески суд у често цитираној одлуци у случају *Cameron v. Cameron*²⁵⁶ заузео следећи став:

„Боравиште не мора увек да буде засновано добровољно пре него што постане уобичајено боравиште. На пример, иако Робинзон Крусое није имао прилику за бекство, врло је вероватно да је он имао уобичајено боравиште на свом пустом острву.“

Слична је ситуација и са затвореницима јер ни њихов боравак у затвору није добровољан, али они ипак, до истека казне, имају уобичајено боравиште у држави у којој је издржавају. Међутим, утисак је да се ова два случаја у погледу чињеничних околности значајно разликују од случаја *Харун*, што онемогућава да се између њих стави знак једнакости. С једне стране, у случају Робинзона Крусое, стицање уобичајеног боравишта је резултат дејства *више силе* која је узроковала бродолом и његов останак на пустом острву. С друге стране, затвореници стичу уобичајено боравиште зато што су осуђени и лишени слободе на основу *правноснажне судске одлуке*. Харун, са своје стране, није боравио у Пакистану нити на основу одлуке суда нити услед дејства *vis maior*. У његовом случају, задржавање јесте резултат силе, али не више, већ оне коју је применио родитељ!

Такође, могло би се тврдити и да пракса поводом Конвенције 1980 допушта да (невољно) боравиште детета однесе превагу над другим околностима (пре свега, над намером родитеља) у случајевима стицања уобичајеног боравишта детета.²⁵⁷ Ипак, то

чињеницама... Исто тако, не сматрам ни да она имају уобичајено боравиште у Енглеској. Упркос томе што се, према енглеском праву, Н сматра њиховом мајком, она нису биолошки повезана са њом... дошао сам до закључка да за сада ова деца немају уобичајено боравиште...”

²⁵⁵ Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 116.

²⁵⁶ Видети *supra* стр. 65, фуснота 154.

²⁵⁷ Тако Ђундић наводи да „вишегодишњи боравак у једном месту неизбежно доводи до заснивања редовног боравишта, па и ако једно лице на том месту борави противно својој вољи, законским нормама или судској одлуци.“ Ђундић, *Редовно боравиште детета*, стр. 566.

важи само за поједине ситуације када боравиште детета дуго траје, али је и тада овакав став резултат основне идеје Конвенције 1980 – *спречавање отмицара да из свог незаконитог понашања извуче корист*.²⁵⁸ Међутим, на случај малог Харуна се не може применити ни овај начин размишљања јер закључак да Харун по рођењу није стекао уобичајено боравиште у Енглеској управо *награђује* оца који га је задржао у Пакистану.²⁵⁹

Конечно, у свим наведеним примерима (Робинзон Крусо, затвореници, спречавање родитеља отмицара да извуче корист) реч је *промени* уобичајеног боравишта одређеног лица, када се заснивањем *новог* уобичајеног боравишта прекида веза са државом *претходног* уобичајеног боравишта. Насупрот томе, случај *Харун* није пример промене уобичајеног боравишта детета већ заснивања *првог* уобичајеног боравишта детета у *тренутку његовог рођења* у околностима које су несвакидашње.

²⁵⁸ Видети посебно случај *Friedrich v. Friedrich*, US Court of Appeals; 983 F Supp 2d 1396, INCADAT HC/E/USf 142. Овај случај се односио на примену Конвенције 1980. Дечак Томас рођен је у Немачкој. Његова мајка је америчка држављанка, која је у својству војног лица била смештена у америчкој бази у Немачкој, а отац има држављанство Немачке. Када је Томас имао скоро две године, родитељи су се растали. Мање од две недеље након тога, мајка је одвела Томаса у САД, а да претходно није обавестила његовог оца. Након пар недеља, отац је поднео захтев за Томасов повратак према Конвенцији 1980, пошто је претходно суд у Немачкој донео одлуку о самосталном вршењу родитељског права у корист оца. Критеријуми које је у случају *Friedrich v Friedrich* истакао амерички Апелациони суд, заправо, представљају илустрацију теста фокусираног на дете: 1) дете може имати само једно уобичајено боравиште, 2) уобичајено боравиште подразумева уобичајени боравак пре одвођења (пресељења), 3) суд треба да гледа уназад а не унапред, 4) одређује се уобичајено боравиште детета, а не његових родитеља, 5) уобичајено боравиште детета се може променити само након географске промене и по протеклу одређеног временског периода, а не услед промена наклоности родитеља, и 6) географска промена мора да претходи пресељењу. INCADAT HC/E/USf 142 *ad legal basis*.

²⁵⁹ Тим поводом се можемо запитати и да ли би задржавање Харуна било незаконито у хипотези да се Конвенција 1980 може применити. Тада би било речи о тзв. „предвиђеном задржавању“ који подразумева дилему да ли задржавање може постати незаконито пре одређеног датума предвиђеног за повратак, како је овај случај окарактерисан у INCADAT бази. Судови држава уговорница Конвенције 1980 су у већем броју случајева негирали могућност да задржавање пре одређеног датума за повратак постане незаконито зато што је оно било последица или 1) *споразума родитеља* (случај о коме је одлучивао Апелациони суд у Хонг Конгу, *B.L.W. v. B.W.L.* [2007] 2 HKLRD 193, INCADAT HC/E/CNh 975. Такође и одлука Апелационог суда Новог Зеланда у случају *P. v. Secretary for Justice* [2004] 2 NZLR 28, INCADAT HC/E/NZ 583. Посебан случај који би спадао под споразум родитеља је и онај у коме је подељено уобичајено боравиште детета резултат договора родитеља те се боравак код једног од њих у складу са споразумом не може сматрати незаконитим задржавањем. Одлука суда у Шкотској, *Watson v. Jamieson* 1998 SLT 180 INCADAT HC/E/UKs 75 или 2) *чињенице да још увек није протекло договорени период који дете проводи са другим родитељем* (тада боравак још увек није постао незаконит јер је захтев за повратак детета преурањен - видети одлуку Апелационог суда САД, *Toren v. Toren*, 191 F.3d 23 (1st Cir. 1999), INCADAT HC/E/USf 584 или 3) *пристанка родитеља који тражи повратак детета* (Одлука француског Касационог суда у случају *Cass Civ 1ère 19/03/2002(Arrêt n° 516 FS-P, pourvoi n° 00-17692)*, INCADAT HC/E/FR 512. С тим у вези, очигледно је да боравак малог Харуна у Пакистану није резултат ниједног од ових разлога. Штавише, могло би се тврдити и да он никада и није био законит. У том смислу и судија Лорд *Hughes* наводи да је задржавање Харуна у Пакистану постало незаконито одмах по његовом рођењу. Видети Одлуку Врховног суда, издвојено мишљење Лорда *Hughesa ad 93*.

Ови аргументи говоре у прилог тези да *изузетне околности* ситуације у којој се дете налази захтевају *специфичан приступ проблему утврђивања његовог уобичајеног боравишта*. То не значи да би евентуално одступање од обавезног услова боравишта детета у одређеној држави постало правило нити се, пак, поистовећују пребивалиште и уобичајено боравиште, што је, као што смо видели, била главна бојазан Врховног суда Уједињеног Краљевства. Управо супротно, ово одступање би било резултат оцене *изузетних* фактичких околности. На тај начин се, у сличним случајевима, родитељима шаље јасно упозорење да не могу извући корист из свог незаконитог понашања, те да судови неће толерисати примену силе и манипулацију децом. Коначно, с обзиром да, како чак *све* судије Врховног суда примећују, ниједно мишљење поводом оваквих случаја није *acte claire*, све су очи сада упрте у *CJEU*²⁶⁰ који треба да постави јасне критеријуме у атипичним ситуацијама, као што је случај *Харун*²⁶¹ или неки други њему сличан случај.

2.2.4. Однос уобичајеног боравишта и држављанство детета у хашким конвенцијама модерног периода

За разлику од средњег периода у коме је Хашка конференција покушавала да успостави равнотежу између држављанства и уобичајеног боравишта, у модерном периоду тас је превагнуо у корист уобичајеног боравишта у свим областима које хашке конвенције о заштити деце уређују. Као што смо видели, повод за сукоб држављанства и уобичајеног бравишта детета дала је још Конвенција 1902, која се заснивала на Манџинијевом учењу о примату држављанства. На тај начин је држављанство преовладало и у материји сукоба надлежности и у оквиру сукоба закона.²⁶² Како се показало током претходна два периода, држављанство, само по себи, не може бити иманентно систему заштите деце из три разлога. Први се односи на чињеницу да су

²⁶⁰ *CJEU* до сада заиста није имао сличан случај, али оно што охрабрује јесте чињеница да је његов приступ индивидуалистички односно прави се разлика између деце у зависности од узраста и степена развоја. Тако су до сада разматрани случајеви деце која су напустила школу; деце школског узраста; деце млађег узраста и одојчади, с тим што околности нису биле сличне онима из случаја *Харун*. Видети више о овој пракси Суда правде ЕУ, McEavey, *Habitual residence and children*, pp. 20-23.

²⁶¹ Ова могућност постоји и зависиће од одлуке првостепеног суда о надлежности. Наиме, ако он одлучи да не заснује надлежност на основу Харуновог држављанства, онда Харунова мајка може да затражи да се енглески суд обрати *CJEU*, који би потом требало да појасни тест уобичајеног боравишта детета. Видети образложење *Lady Hale*, Одлука Врховног суда *ad 67*.

²⁶² W. Duncan, *Nationality and the Protection of Children Across Frontiers, and the Example of Intercountry Adoption*, YPIL, Volume VIII, 2006, p. 76. Даље Duncan, *Nationality and the Protection of Children*.

дете и његова породица могли да изгубе сваку значајнију везу са државом чије држављанство имају или, чак, да такву везу никада нису ни имали.²⁶³ Тада је реч о ситуацији, коју можемо назвати феномен „*папирнатог држављанства*“, подразумевајући под тим да се веза са државом држављанства заснива претежно *на папиру* тј. на јавној исправи којом се доказује држављанство конкретне државе. Други разлог који указује на недостатак држављанства као критеријума везан је за проблем дискриминације.²⁶⁴ Наиме, као што је показао својевремено још случај *Boll*, подвргавање деце која живе у истој држави различитим начинима и степенима заштите (или чак и непостојању заштите), само зато што су различитог држављанства нема оправдања. Осим тога, чак иако је оваква дискриминација по националном пореклу била могућа током старог и средњег периода, такав приступ је у модерном периоду неприхватљив. Разлог томе је Конвенција о правима детета, која забрањује дискриминацију деце по било ком основу, изричито укључујући и њихово *национално порекло* (члан 2 став 1).²⁶⁵ Коначно, трећи разлог за одустајање од примата држављанства је и чињеница да, слично као и када је реч о пребивалишту, деца, за разлику од одраслих лица, немају апсолутно никакав утицај на стицање или губљење држављанства. Наиме, дете добија држављанство конкретне државе или преко система *ius sanguinis*, што ће рећи преко држављанства родитеља, или путем правила *ius soli*, што поново, по правилу, зависи од намере родитеља.²⁶⁶

Ипак, то не значи да је држављанство потпуно напуштено у хашком систему заштите деце, али се јавља само спорадично и у изузетним случајевима. Прва модерна конвенција која предвиђа само уобичајено боравиште детета као релевантни критеријум је Конвенција 1980 и у њеним одредбама није дат било какав значај држављанству. Слично томе, и примена Конвенције 1993 зависи од постојања уобичајеног боравишта усвојеника и потенцијалних усвојитеља у различитим државама уговорницама (члан 2 став 1). Међутим, с обзиром да је реч о специфичној *конвенцији о сарадњи*, она (прећутно) оставља могућност да држављанство ипак има одређену улогу приликом одређивања међународне надлежности или меродавног

²⁶³ То се јасно уочава већ у случају *Boll* будући да Елизабета Бол никада није крочила у Холандију, иако је имала холандско држављанство.

²⁶⁴ Duncan, *Nationality and the Protection of Children*, p. 78.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Додуше, слично се може тврдити и за уобичајено боравиште, посебно млађе деце, које у великој мери зависи од родитеља, али, као што смо видели, разлика ипак постоји.

права за усвојење, односно за његова дејства и престанак, јер су то питања која остају ван њеног домаћаја. У том делу, утицај националних норми је апсолутан.

Са своје стране, Конвенција 1996 оставља одшкринута врата држављанству на два начина. Најпре, имајући у виду да се меродавно право одређује на основу принципа *lex fori* (члан 15), могуће је извршити трансфер (пренос) надлежности у корист државе чији је дете држављанин (члан 8 став 2 тач. а) и члан 9 став 1) тако да меродавно право за заштиту деце аутоматски постаје *lex nationalis* (члан 15 став 1). У овом случају, држављанство има двоструку улогу – на основу њега се може засновати надлежност (*forum*) и одредити меродавно право (*ius*), а крајњи резултат је примена домаћег права. Други случај тиче се улоге држављанства у корекцији основне колизионе норми *lex fori* посредством специфичне клаузуле одступања (члан 15 став 2). Ова клаузула омогућава да се, у зависности од најбољег интереса детета у конкретном случају, узме у обзир или примени право неке друге државе са којом постоји значајна веза, која би могла указати и на државу чији је дете држављанин.²⁶⁷

Када је реч о материји издржавања, Протокол 2007 и Конвенција 2007 се међусобно разликују по приступу питању односа уобичајеног боравишта и држављанства детета. Тако, према Протоколу 2007, држављанство има двоструку улогу. Најпре, примена права ове државе долази у обзир само у случају привилегованих поверилаца (члан 4). Ова категорија укључује децу која издржавање остварују према родитељима или другим сродницима (као супсидијарним дужницима), с тим што у последњем случају дете мора бити млађе од 21 године. Међутим, и тада је примена овог права тек последња могућност каскадног система и то само ако и дете и дужник имају заједничко држављанство (члан 4 став 4). Друга ситуација у којој, према Протоколу 2007, држављанство може имати одређени значај тиче се посебног права на одбрану (члан 6). У случају издржавања деце, право одбране се може искористити само ако је реч о дужницима чија је обавеза супсидијарна у односу на обавезу родитеља. Тада постојање заједничког држављанства детета и дужника представља отежавајућу околност за дужника. Да би се ослободио своје обавезе, дужник мора да докаже да она не постоји ни према *lex nationalis communis* ни према праву државе уобичајеног боравишта дужника.

²⁶⁷ *Lagarde Report*, p. 575 ad 89.

Конвенција 2007, уређујући питање индиректне надлежности, заузима негативан став према *forum nationalis*. Наиме, држављанство као критеријум индиректне надлежности долази у обзир ако је реч о атракцији надлежности (*forum nationalis communis*). Тада суд који је своју надлежност за статусно питање или родитељску одговорност (као главни тужбени захтев) засновао на основу заједничког држављанства странака, може да одлучи и о обавези издржавања (члан 20 став 1 тач. ф). Другим речима, *forum nationalis communis* не може бити самостални основ надлежности за спор о обавези издржавања, већ је реч о критеријуму надлежности за главни тужбени захтев (у оквиру кога се одлучује о издржавању).

Такође, важно је истаћи заједничку карактеристику модерних хашких конвенција које уређују (и) питање меродавног права (Конвенција 1996, Протокол 2007 и на специфичан начин Конвенција 1980) у погледу односа држављанства и уобичајеног боравишта детета. Наведена доминација уобичајеног боравишта у односу на држављанство прелази конвенцијске оквире, захваљујући принципу универзалне примене.²⁶⁸ С обзиром да је овај принцип у модерном периоду постао *стандардно правило* хашког система заштите деце, конвенцијске колизионе норме у потпуности замењују дотадашње националне колизионе норме држава уговорница. Тако конвенцијски однос уобичајеног боравишта и држављанства детета добија опште дејство и важи у односу на све друге државе, без обзира да ли су и оне уговорнице конкретне конвенције или, пак, то нису. Истовремено, „педагошки“ значај²⁶⁹ унификације норми међународног приватног права, путем принципа универзалне примене, још више долази до изражаја јер може потпуно да промени дотадашњи став националног међународног приватног права према односу уобичајеног боравишта и држављанства. Пример за то не морамо посебно тражити, довољно је узети у обзир утицај који је ратификација Протокола 2007 имала на међународно приватно право Србије. До тада је постојала скоро неприкосновена доминација држављанства странака, које се, у случају обавезе издржавања детета од стране родитеља (члан 40 ЗРСЗ), појављује као тачка везивања чак три пута (!) у хијерархијском низу (*lex nationalis communis*, *домаће држављанство детета или било ког родитеља*, *lex nationalis deteta*), уз одређен утицај пребивалишта (*lex domicilii communi*). Када је,

²⁶⁸ О принципу универзалне примене видети детаљно *supra* стр. 38.

²⁶⁹ Droz, *Regards sur le droit international privé comparé*, p. 389 et seq.

пак, реч о супсидијарним обавезама других дужника (члан 42 ЗРСЗ), утицај држављанства је апсолутан (*lex nationalis* дужника). У оба случаја, уобичајено боравиште није ни било предвиђено као тачка везивања. У тренутку када су норме Протокола 2007 ступиле на снагу²⁷⁰ и ове одредбе послале у прошлост, колизионоправни профил система издржавања деце у нашем међународном приватном праву се из корена променио.

2.2.5. Уобичајено боравиште детета у праву Републике Србије

Општи појам уобичајеног боравишта уведен је у домаћи систем међународног приватног права путем хашких конвенција које обавезују Србију, иако га ниједна од њих не дефинише.²⁷¹ У погледу унутрашњих извора, правни систем Републике Србије још увек не познаје овај појам јер домаће право следи традиционалну трипартитну поделу држављанство-пребивалиште-боравиште. Тако, ни Закон о пребивалишту и боравишту грађана²⁷² ни Закон о странцима,²⁷³ али ни ЗРСЗ не познају појам уобичајеног боравишта. У том смислу, Закон о пребивалишту и боравишту грађана у члану 3 ставу 1 тач. 2) уноси забуну предвиђајући да се под пребивалиштем подразумева место у коме се грађанин настанио са намером да у њему стално живи, односно место у коме се налази *центар његових животних активности, професионалних, економских, социјалних и других веза које доказују његову трајну повезаност с местом у коме се настанио*. На овај начин, заправо, појам пребивалишта је, у смислу наведеног Закона, поистовећен са уобичајеним боравиштем.

Посебан проблем се јавља у погледу странаца, с обзиром да Закон о странцима познаје боравак до 90 дана, привремени боравак и стално настањење. У домаћој доктрини се сматра да се привремени боравак може изједначити са уобичајеним

²⁷⁰ У складу са чланом 25 став 2 тач. а) Протокола 2007, ступио је на снагу између Србије и ЕУ (као јединих уговорница) 1. августа 2013. године.

²⁷¹ То су Конвенција 1980, Конвенција 1993, Протокол 2007, као и Конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 26/1097), Конвенција о закону који се примењује у случају одговорности произвођача за своје производе (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 8/1977), Конвенција о сукобу закона у погледу облика тестаментарних одредаба (*Сл. лист ФНРЈ – додатак*, бр. 11/1962), Конвенција о олакшању међународног приступа судовима (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/1988), Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/1984) и Конвенција о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/1978).

²⁷² *Сл. гласник РС*, број 87/2011.

²⁷³ *Сл. гласник РС*, број 97/2008.

боравиштем, а стално настањење са пребивалиштем.²⁷⁴ Но, ипак је то став доктрине, а не недвосмислено законско одређење. Осим тога, и у домаћој теорији међународног приватног права није до краја спроведено разликовање уобичајеног боравишта и боравишта. Примери који се наводе за боравиште (нпр. школовање) ближи су појму уобичајеног боравишта.²⁷⁵ Штавише, проблем је још сложенији ако се има у виду да за стицање уобичајеног боравишта није потребан никакав упис нити одобрење јер је реч о фактичком концепту.

Међутим, општи појам уобичајеног боравишта ће ускоро постати широко прихваћена тачка везивања путем Нацрта о новом Закону о међународном приватном праву Србије (даље Нацрт),²⁷⁶ који по први пут уводи дефиницију овог појма у домаће међународно приватно право. Дефиниција из члана 6 Нацрта предвиђа следеће:

„1. Уобичајеним боравиштем физичког лица сматра се место у држави у којој се налази центар његових животних интереса и у којој уобичајено борави, без обзира да ли је његов боравак уписан у евиденцију надлежног органа и независно од дозволе боравка или настањења.

2. У циљу одређивања уобичајеног боравишта у смислу става 1 овог члана, узимају се у обзир све околности личне или пословне природе које указују на трајније везе са овом државом или на намеру да се такве везе заснују.“

Ипак, док је општи појам уобичајеног боравишта дат у Нацрту, појам уобичајеног боравишта детета остао је ван његовог домашаја. Не познаје га ни Породични закон.²⁷⁷ Притом, треба имати у виду да део проблема који Република Србија има у примени Конвенције 1980 потиче управо услед недостатка критеријума за утврђивање уобичајеног боравишта детета,²⁷⁸ али и непрецизног превода овог термина у закону о ратификацији (од *места сталног боравка* – члан 5 став 1 тач. б) до *сталног настањења*, члан 3 став 1 тач. а).

²⁷⁴ Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 106.

²⁷⁵ *Ibidem.*

²⁷⁶ Коначна верзија доступна на <http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>.

²⁷⁷ *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005 и 72/2011.

²⁷⁸ Тако Виши суд у Новом Саду наводи да *„сам појам уобичајеног боравишта одговара у принципу појму пребивалишта. Будући да је реч о деци која не могу да имају вољно пребивалиште, њихово уобичајено боравиште је у држави где се налази уобичајено боравиште њихових родитеља или стараоца, односно боравиште родитеља коме је оно поверено на чување и васпитање.“* Дете је рођено 04.02.2012. године, а Виши суд је одлуку донео 11.09.2013. Решење Вишег суда у Новом Саду Посл.бр.Гж.2-38/2013 од 11.09.2013. године, *необјављено*.

Постојање јединствених критеријума за утврђивање појма уобичајеног боравишта детета значајно је за право и праксу надлежних органа Републике Србије. Насупрот позитивном законодавству, у члану 4 Нацрта Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења или задржавања детета²⁷⁹ дати су, по први пут, критеријуми за утврђивање уобичајеног боравишта, по угледу на критеријуме из праксе *СЈЕУ*:²⁸⁰

„Приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета у сваком поједином случају посебно се узимају у обзир следеће околности:

- 1) трајање, регуларност, услови и разлози боравка детета;*
- 2) пресељење породице;*
- 3) држављанство детета;*
- 4) узраст детета;*
- 5) место и услови његовог школовања;*
- 6) познавање језика;*
- 7) породични и друштвени односи детета.“*

С обзиром да је то једини покушај правног дефинисања уобичајеног боравишта детета, иако је посвећен спровођењу Конвенције 1980, он има универзалну вредност и може се примењивати и ван случајева отмице деце.

3. Међународна сарадња држава уговорница

3.1. Улога централних органа

У старом и средњем периоду развоја, Хашка конференција је првенствено била окренута питањима надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука, а сарадња је била секундарно питање. Заправо, механизам сарадње држава уговорница није био успостављен на јединствени начин с обзиром да је у конвенцијама углавном сведена на консултовање, без посебно означених надлежних органа и без уређеног начина комуникације између држава. Највећа слабост овог система је та што дете односно његов заступник не уживају посебну конвенцијску помоћ приликом покретања поступка у другој држави уговорници. Другим речима, органи који су према

²⁷⁹ Нацрт овог Закона доступан је на <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/radna-verzija-zakona-o-gradjanskopravnoj-zastiti-dece-od-nezakonitog-prekogranicnog-odvodjenja-i-zadrzavanja..html>.

²⁸⁰ Видети *supra* стр. 93 (фуснота 242).

конвенцији дужни да сарађују нису обавезни да пружају посебну помоћ деци при вођењу поступка.

Међутим, модерни период обележен је „плуралитетом извора, метода и циљева“²⁸¹ на плану заштите деце. Таква ситуација је наметнула јачање међународне сарадње и њено издвајање као метода комплементарног класичном методу унификације (до тада једином заступљеном у хашким конвенцијама о деци). На тај начин настао је нови тип хашких конвенција који питање заштите деце уређују путем административне и/или судске сарадње – Конвенција 1980, Конвенција 1993, Конвенција 1996 и Конвенција 2007. Једини изузетак је Протокол 2007. Ипак, то није последица одустајања од међународне сарадње, већ чињеница да она није применљива у материји меродавног права. Међутим, ако се Протокол 2007 посматра као „конвенцијски пар“ са Конвенцијом 2007, онда и он посредно постаје део система сарадње, карактеристичне за Конвенцију 2007. У прилог томе сведочи и чињеница да су скоро све уговорнице Протокола 2007 ратификовале и Конвенцију 2007.²⁸²

Механизам међународне сарадње држава уговорница у хашком систему заштите деце подразумева успостављање система *централних органа*. Иако је ова идеја стара, ново је њено подручје примена, с обзиром да је то тада била карактеристична за хашке конвенције о процесном међународном приватном праву,²⁸³ али и начин организације. Наиме, сарадњу путем система централних органа увеле су Уједињене нације кроз Њујоршку конвенцију коју карактерише постојање отпремних и посредничких органа,

²⁸¹ Hélène Gaudemet - Tallon, *De quelques souhaits pour une meilleure coherence des règles de conflits de lois*, Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. Gonzáles Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia, Madrid, 2005, pp. 1594-1595. Синтагма коју Gaudemet – Tallon користи односи се у њеном раду на материју сукоба закона. Међутим, чини се да се она може проширити на целокупну област коју уређују модерне хашке конвенције о деци.

²⁸² Европска унија је такву одлуку, најпре, званично најавила на седници Општег Савета за Опште послове и политику Хашке конференције за међународно приватно право одржане 09. и 10. априла 2013. године. Видети званичну одлуку ЕУ о томе: *Council Decision 2011/220/EU of 31 March 2011 on the signing, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, OJ. L 93, 7.4.2011 и *Proposal for a Council Decision amending Annexes II and III of Council Decision of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of The Hague Convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, COM/2013/0035, <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130035>. ЕУ се и коначно обавезала Конвенцијом 2007 априла 2014. године. Када је реч о Републици Србији, као другој уговорници Протокола 2007, Савет за међународно приватно право Владе Републике Србије је јуна месеца 2013. године формирао комисију која треба да утврди потребу ратификације Конвенције 2007.

²⁸³ То су Хашка конвенција о достављању у иностранству судских и вансудских аката (1965) и Хашка конвенција о извођењу доказа у иностранству (1970). W. Duncan, *Administrative and Judicial Co-operation with regard to the International Protection of Children*, *International Law and The Hague's 750th Anniversary* (editor W. P. Heere), T.M.C. Asser Press, 1999, p. 200. Даље Duncan, *Co-operation*.

те је могуће одредити различите државне органе који ће обављати ове функције.²⁸⁴ Скоро деценију након доношења Њујоршке конвенције, идеју о централним органима преузима Хашка конференција најпре у конвенцијама о међународном процесном праву, а након следеће две деценије и у материји заштите деце.²⁸⁵ Но, за разлику од Њујоршке конвенције, сарадња у хашким конвенцијама није организована по принципу дуплих, већ јединствених централних органа.

Међународна сарадња се у хашком систему заштите деце остварује на неколико начина. Први се тиче организовања система сарадње између органа држава уговорница конкретне конвенције. Други вид се односи на потпуно отварање Хашке конференције према државама нечланицама ове организације. Наиме, док је у средњем периоду приступање конвенцијама о заштити деце било на нивоу изузетка,²⁸⁶ дотле су хашке конвенције модерног доба привукле знатно већи број држава нечланица.²⁸⁷ У том смислу је ова промена у последњих неколико деценија омогућила да Хашка конференција „од форума за поједине постане истински глас за многе“.²⁸⁸ Коначно, последња врста сарадње подразумева ону између Хашке конференције за међународно приватно право и других међународних организација које се баве питањима заштите деце. Овај вид сарадње представља камен темељац свих модерних хашких конвенција

²⁸⁴ Република Србија је уговорница Њујоршке конвенције и искористила је могућност да посебни државни органи буду одређени за сваку од ових функција. Тако Министарство финансија има улогу отпремног органа, а Канцеларија Владе Републике Србије за људска и мањинска права обавља послове посредничког органа.

²⁸⁵ Скоро истовремено, то чини и Савет Европе у Европској конвенцији о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања из 1980. године (*Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/2001). О односу ове конвенције и Конвенције 1980 и Конвенције 1996 видети детаљно *supra* стр. 315.

²⁸⁶ У средњем периоду, приступање држава нечланица хашким конвенцијама о заштити деце је у пракси изузетно ретко. Тако је Лихтенштајн постао уговорница Конвенције 1956 и Конвенције 1958, а Андора Конвенције Признање 1973. Насупрот томе, међу државама уговорницама Конвенције 1961, Конвенције 1965 и Конвенције Мерадно право 1973 нема држава нечланица.

²⁸⁷ У модерном периоду је број држава нечланица које су постале уговорнице конвенција о заштити деце знатно већи. Тако су Конвенција 1980 и Конвенција 1993 привукле највећи број држава нечланица (25 односно 31), док су Конвенцији 1996 приступиле 3 државе нечланице. За сада су Протокол 2007 и Конвенција 2007 ратификовале само поједине државе чланице, али то не значи да се ова слика неће изменити у будућности, посебно с обзиром да ЕУ намерава да ратификује и Конвенцију 2007. Ако то учине и САД (које су је, као и ЕУ, потписале), онда је талас нових ратификација односно приступања сасвим извесан.

²⁸⁸ Како је ову промену описао А. Reyes, *The Hague Conference on Private International Law and Asia (revised and updated version of a talk entitled "The Hague Conference: Promoting Cooperation in Civil and Commercial Matters in the Asia-Pacific Region" at The 2nd EU-Macao Cooperation Programme in the Legal Field -- Conference on International Judicial Cooperation held on 28 - 29 May 2013 under the joint auspices of The Legal and Judicial Training Centre and The Law Reform and International Law Bureau of the Macao Special Administrative Region)*, 2013, р. 2 ad 3, доступно на http://www.jsil.jp/annual_documents/2013/1012222.pdf (15.07.2013).

о заштити деце с обзиром да је свака од њих донета уз активно учествовање других међународних организација. Тиме је успостављена одређена координација између конвенција Хашке конференције о заштити деце и аката других међународних организација.²⁸⁹ Штавише, у односу са Европском унијом, ова сарадња је довела и до прве промене Статута Хашке конференције чиме је ЕУ добила статус чланице Конференције.²⁹⁰

Јачањем међународне сарадње генерално, Хашка конференција се од традиционалног приступа међународном приватном праву, који подразумева тзв. међународно право коегзистенције (*international law of coexistence*), окренула ономе што ће постати тзв. међународно право сарадње (*international law of cooperation*).²⁹¹ Наиме, међународно право коегзистенције заснива се на идеји решавања прекограничних приватноправних односа путем конвенцијске унификације националних норми о међународној надлежности, меродавном праву и(ли) признању и извршењу страних одлука. При томе се полази од националних норми међународног приватног права, које су, без обзира колико различите, свет за себе, управо зато што је њихово порекло везано за правни систем конкретне државе. Опште уверење држава чланица Хашке конференције, па самим тим и ове организације, било је да се повезивање тих малих засебних националних светова у *међународно* међународно приватно право може извршити класичним вишестраним конвенцијама које треба да уреди основне целине међународног приватног права. У том смислу, ова законодавна сарадња²⁹² (унификација) је била и први метод Хашке конференције, с обзиром да се у то време сматрало да ће унификација, сама по себи, решити све проблеме са којима су физичка и правна лица суочена у приватноправним односима са међународним обележјем. Имајући у виду хашке конвенције о заштити деце, овај тренд је успео да се одржи чак и током шездесетих година, у време када Хашка конференција већ уводи

²⁸⁹ О координацији са Њујоршком конвенцијом *infra* стр. 114, Европском конвенцијом 1980 *infra* стр. 315 и регулативама ЕУ *infra* 365.

²⁹⁰ Наиме, промена Статута Хашке конференције 2007. године је омогућила да чланство у овој међународној организацији не буде резервисано само за државе, већ и да Европска унија може бити њен члан, с обзиром да је реч о материји која спада у њену спољну надлежност. Конкретан повод је била управо могућност ратификације хашких конвенција о заштити деце и то Протокола 2007 и Конвенције 2007. Видети изјаве ЕУ на http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn (20.09.2013) и члан 3 Статута Хашке конференције, доступан на

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=29.

²⁹¹ J.H.A. van Loon, *Unification and Co-operation in the Field of International Family Law: A Perspective from The Hague*, E Pluribus Unum - Liber Amicorum Georges A.L. Droz (eds. A. Borrás et al.), Kluwer Law International, 1996, p. 174. Даље *van Loon, Unification and Co-operation*.

²⁹² *Ibidem*, p. 184.

систем централних органа у конвенције међународног процесног права.²⁹³ Међутим, суочена са озбиљним проблемом – slabим успехом конвенција средњег периода,²⁹⁴ Хашка конференција у модерном периоду мења метод којим је то тада градила систем заштите деце, тако што се унификацији норми придружује и сарадња. При томе, међусобни однос метода унификације и метода сарадње се разликује у зависности од конкретне материје у којој је потребно да се детету пружи заштита. У највећем броју модерних конвенција ова сарадња је *пратећи партнер* унификације јер је допуњује у циљу што ефикасније заштите деце, док, с друге стране, у Конвенцији 1980 и, посебно, Конвенцији 1993, сарадња представља једини кључ који је заиста успео да отвори врата решењима за проблеме који су се до тада чинили непремостивим - незаконито одвођење односно задржавање деце и међународно усвојење.

Хронолошки посматрано, одређени вид међународне сарадње између органа држава уговорница хашких конвенција о заштити деце постојала је и у старом и средњем периоду, али тек као зачетак онога што ће се потпуно остварити у модерном периоду. Први корак ка уређењу систему сарадње (али без централних органа) представља Конвенција 1961, која се из тог разлога описује и као „ембрионска“.²⁹⁵ Она је, подсећања ради, предвиђала размену мишљења између инволвираних држава уговорница приликом предузимања нових мера за заштиту док претходне још увек важе (чл. 5 и 10), као и обавештавање државе држављанства детета и, када је то потребно, државе његовог уобичајеног боравишта о предузетим мерама (члан 11). Посебан облик сарадње представљала је и одредба по којој су органи државе држављанства детета у договору са државом његовог уобичајеног боравишта могли да им повере спровођење мера које су одредили. Исту могућност имали су органи државе уобичејеног боравишта детета у односу на државу у којој оно има имовину (члан 6). Ипак, као ни остале хашке конвенције пре модерног периода, сарадња у Конвенцији 1961 није организована у том смислу да постоји јасно дефинисан начин комуникације,

²⁹³ У то време је донета и Конвенција 1965 која почива управо на схватању *међународног међународног* међународног приватног права као међународног права коегзистенције. Специјална комисија која је била задужена за њену израду полазила је од идеје да ће сама унификација норми међународног приватног права заштити интересе лица која су укључена у поступак заснивања усвојења. О раду Специјалне комисије видети *Ibidem*.

²⁹⁴ Подсећања ради, Конвенција 1965 је ступила на снагу тек 1978. године и до стављања ван снаге имала је само 3 државе чланице од којих ниједна није била типичан представник држава усвојеника. Остале конвенције из средњег периода су привукле релативно мали број држава у приметан изостанак држава англосаксонских држава.

²⁹⁵ Како је ову Конвенцију назвао тадашњи први секретар Хашке конференције *G. Droz*, наведено према Dupcan, *Co-operation*, p. 200.

тако да је лоше практично функционисање одредаба о сарадњи један од разлога њеног неуспеха.²⁹⁶

У погледу заштите деце, прва хашка конвенција која уводи систем централних органа је Конвенција 1980, коју потом следе и све остале конвенције модерног периода, сем Протокола 2007, као што је већ наведено. Међутим, у том погледу, између њих постоје одређене разлике. Прва од њих односи се на врсту сарадње која се успоставља, а која може бити судска или административна. С једне стране, под судском сарадњом подразумева се директна комуникација између органа надлежних да о заштити деце одлучују у меритуму. С обзиром да је у већини случајева²⁹⁷ реч о судовима, отуда је и сарадња у овом смислу добила назив судска. С друге стране, административна сарадња подразумева ону која се одвија непосредно између централних органа држава уговорница.²⁹⁸

Сарадња се у оквиру Конвенција 1980, Конвенције 1996 и Конвенције 2007 дели на административну и судску, док је она у Конвенцији 1993 организована као административна. Када се ради о административној сарадњи, улога централних органа се не своди само на међусобно обавештавање. Напротив, ови органи су активни учесници конвенцијског поступка за повратак незаконитог одведеног или задржаног детета (Конвенција 1980 и Конвенција 1996), односно поступка за одређивање мера за заштиту у ужем смислу (Конвенција 1996), као и за признање и извршење одлука о издржавању (Конвенција 2007), односно за заштиту деце у поступку усвојења (Конвенција 1993). С обзиром на однос према *унификацији* међународног приватног права, сарадња се у овим конвенцијама јавља као њен *пратећи партнер* (Конвенција 1996 и Конвенција 2007) односно као *водећи партнер* (Конвенција 1980 и Конвенција 1993). Сарадња као *пратећи* партнер треба да олакша функционисање релевантне конвенције и у њој постигнуте унификације, али и да побољша практично остваривање заштите деце у конкретној материји. С друге стране, сарадња као *водећи* партнер се јавља у случајевима када је специфична ситуација у којој се дете налази захтева хитну реакцију (Конвенција 1980) или услед немогућност постизања компромиса између

²⁹⁶ *Ibidem.*

²⁹⁷ У смислу одлучивања о повратку незаконито одведене или задржане деце, одлучивања о родитељској одговорности и сличним мерама за заштиту.

²⁹⁸ J.H.A van Loon, *The Hague Conference on Private International Law*, Hague Justice Journal, Volume 1, Number 2 /2007, p. 8, доступно на

[http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_2\(2\)/Article%20van%20Loon-EN.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_2(2)/Article%20van%20Loon-EN.pdf)
(10.06.2013).

држава чланица Конференције о унификацији норми међународног приватног права (Конвенција 1993).

Док је улога сарадње као пратећег партнера у основи конципирана на исти начин у свим релеватним хашким конвенцијама, уз извесне разлике у погледу дужности и овлашћења централних органа у зависности од конкретне материје, дотле се начин организовања сарадње као водећег партнера разликује у Конвенцији 1980 и Конвенцији 1993 према укључености централних органа у поступак одлучивања о заштити деце. Опште је познато да се улога централних органа у Конвенцији 1980 првенствено односи на прослеђивање захтева за повратак детета и међусобно обавештавање о току поступка. Њихове друге дужности се крећу од пружања помоћи у проналажењу детета, у ситуацијама када није извесно у којој се држави уговорници дете налази или ако је реч о деци коју отмицар крије, до покретања поступка за повратак детета (члан 7), уз могућност да помогну при спровођењу покушаја за постизање споразума између странака, заштити и остваривању права на виђање детета (члан 21). Међутим, централни органи не учествују непосредно у одлучивању о повратку детета, већ је тај задатак поверен судовима држава уговорница. Једини пример када централни орган може непосредно допринети проналажењу решења односи се на њихову улогу у медијацији (члан 21). Заправо, улога централних органа према Конвенцији 1980 се првенствено огледа у помоћи коју пружају органу који одлучује, као и подносиоцу захтева, док непосредну помоћ детету пружају судови, који, ако је потребно, могу предузимати хитне и привремене мере за његову заштиту.

За разлику од административне сарадње која је директно уређена, судска сарадња у Конвенцији 1980 не предвиђа обавезу међусобног обавештавања судија у конкретним државама уговорницама. Ипак, овај вид сарадње јесте један од принципа Конвенције 1980 који се остварује на два начина. Први се односи на судију који одлучује о повратку детета, који треба да има поверење у сваку одлуку о поверавању детета или о праву на виђање претходно донету у држави уобичајеног боравишта детета непосредно пре отмице. Други, пак, подразумева могућност поделе одговорности тако што се судија у држави уточишта може тражити мишљење судије у држави уобичајеног боравишта детета о томе да ли је одвођење или задржавање детета заиста незаконито (члан 15).²⁹⁹

²⁹⁹ Duncan, *Co-operation*, p. 202.

Конвенција 1993 почива на административној сарадњи у пуном смислу те речи зато што цео поступак заснивања усвојења и заштите детета (усвојеника) подразумева управо *заједничко одлучивање централних органа* (тзв. *co-decision process*) државе порекла (усвојеника) и државе пријема (усвојитеља). Другим речима, механизам сарадње сада није допуна већ алтернатива традиционалним техникама међународног приватног права којима се врши унификација.³⁰⁰ У том смислу, унификација се јавља само у погледу признања одлука о усвојењу донетих применом Конвенције 1993. Када је реч о сарадњи централних органа, још једна важна новина односи се на могућност преношења појединих функција централних органа на друге јавноправне органе или акредитована тела при чему централни органи (посебно државе порекла) задржавају контролу и надзиру спровођење поверених функција (чл. 8 и 9).

Стога, иако Конвенција 1980 због механизма сарадње који предвиђа важи за конвенцију *sui generis*, чини се да таква квалификација више одговара Конвенцији 1993 јер је то једина хашка конвенција о заштити деце која се ослања на заједничко одлучивање централних органа и један проблем међународног приватног права (међународно усвојење) решава механизмом који није његов класични метод.³⁰¹

Ако, насупрот овим двама конвенцијама, говоримо о осталим модерним хашким конвенцијама о заштити деце које обједињују традиционалне технике међународног приватног права и сарадњу, онда је родоначелник овог *комбинованог* метода (унификације и сарадње) заправо Конвенција 1996. Сарадња је у оквиру Конвенције 1996 успостављена у односу на унификоване норме о међународној надлежности чиме је доктрина *forum non conveniens* (путем установе трансфера надлежности) ушла на велика врата и у системе међународног приватног права држава европско-континенталне правне традиције.³⁰² У односу на сарадњу у Конвенцији 1980 али и Конвенцији 1993, она уноси још израженији степен децентрализације. Већина функција централних органа може бити извршена непосредно или уз помоћ јавноправних органа или других тела. Ипак, административна и судска сарадња у Конвенцији 1996 почивају, пре свега, на размени обавештења поводом поступака предузетих у циљу заштите деце. Слично важи и за сарадњу у оквиру Конвенције 2007.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 204.

³⁰¹ van Loon *Intercountry Adoption*, p. 335.

³⁰² Видети више *infra* стр. 172.

Хашке конвенције о заштити деце које се ослањају на сарадњу а не на унификацију, имају знатно више успеха од конвенција унификације, па и комбинованих конвенција у погледу броја држава уговорница (Конвенција 1980 и Конвенција 1993 имају по 93 државе уговорнице). Разлог је управо тај што оне не захтевају измену националних норми међународног приватног права, тако да је постизање компромиса између држава олакшано. Самим тим су из угла држава ове конвенције привлачније за ратификацију односно приступање. Ипак, управо је ово умерено дејство на националне системе међународног приватног права основни разлог што је њихов стварни утицај на промену националног приступа проблемима деце у међународном приватном праву ограничен.³⁰³

Када је реч о сарадњи Хашке конференције са другим међународним организацијама које се баве заштитом деце, значајне примере ове сарадње пружају Конвенција 1993 и Конвенција 2007. Наиме, у изради Конвенције 1993 учествовале су бројне међународне организације које се баве заштитом деце.³⁰⁴

Ипак, најочигледнији пример утицаја конвенције друге међународне организације на стварање хашке конвенције представља Њујоршка конвенција УН. То је веома необичан случај, утолико што Конвенција 2007 искључује примену Њујоршке конвенције између држава уговорница обеју конвенција. С обзиром на значај овог односа генерално, али и у односу на Србију као уговорницу Њујоршке конвенције и, потенцијално, Конвенције 2007, њихов однос ће бити детаљније објашњен.

3.2. Конвенција 2007 и Њујоршка конвенција у светлу заштите поверилаца издржавања

Конвенција 2007, као и Протокол 2007, представљала је већи изазов за Хашку конференцију него што је то био случај са Конвенцијом 1996, иако је овом другом извршена унификација свих целина међународног приватног права у посебно осетљивој материји као што је родитељска одговорност. Разлог лежи у разликама које су у материји издржавања израженије него у погледу питања коју уређује Конвенција

³⁰³ У том смислу, van Loon, *Unification and Co-operation*, p. 183.

³⁰⁴ van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 330.

1996.³⁰⁵ Потреба за изменом Конвенције Признање 1973 посвећене питању признања и извршења одлука о издржавању односно отклањањем недостатака које она садржи један је од разлога за настанак Конвенције 2007. Међутим, главни разлог тицао се конвенције која није донета под окриљем Хашке конференције, већ друге светске организације са којом она блиско сарађује. Реч је о Њујоршкој конвенцији УН. Особеност Конвенције 2007 огледа се у чињеници да се њоме ставља ван снаге у односима држава уговорница не само Конвенција 1958 и Конвенција Признање 1973, које је донела Хашка конференција, већ и Њујоршка конвенција. Иако је овакво решење неуобичајено, мора се имати у виду да Уједињене нације нису пратиле примену Њујоршке конвенције,³⁰⁶ док Хашка конференција обавезно прати примену својих конвенција, о чему се у периодичним интервалима изјашњавају и специјалне комисије. У том смислу, да би проценила ефикасност Конвенције 1958 и Конвенције Признање 1973 било је неопходно да Хашка конференција стекне увид у функционисање Њујоршке конвенције коју је сматрала *комплементарном*³⁰⁷ њеним конвенцијама у материји признања и извршења одлука о издржавању. Управо зато што су и УН биле свесне да не располажу поузданим информацијама о начину примене своје конвенције, одлучиле су да дају пуну подршку Хашкој конференцији.³⁰⁸

За државе које су биле уговорнице Конвенције 1958 односно Конвенције Признање 1973, поставило се питање односа ових хашких конвенција са Њујоршком конвенцијом. Наиме, Хашка конференција се приликом израде ових конвенција руководила идејом о њиховој комплементарности са Њујоршком конвенцијом.³⁰⁹ Могућност њихове комбиноване примене последица је, с једне стране, непостојања система централних органа у Конвенцији 1958 и Конвенцији Признање 1973 и, с друге стране, административне природе поступка за остваривање захетва за издржавање према Њујоршкој конвенцији. С обзиром да су хашке конвенције средњег периода, услед непостојања система сарадње, усмерене директно ка судовима држава

³⁰⁵ R. Spector, *Maintenance in Private International Law in the United States: Harmonization of divergent rules and the proposed Hague Maintenance Convention*, YPIL, Vol. 7, 2005, p. 64. Даље Spector, *Maintenance in Private International Law in the United States*.

³⁰⁶ *Pelichet Note ad 7*.

³⁰⁷ *Ibidem ad 100*.

³⁰⁸ *Pelichet Note ad 7*.

³⁰⁹ *Verwilghen Rapport ad 4*. W. Duncan, *Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance*, Prel. Doc. No 3 of April 2003, p. 15 ad 24. Даље Duncan, *Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance*.

уговорница (и последично, према повериоцу), поверилац је могао да захтев за признање и извршење достави централном органу одређеном за потребе Њујоршке конвенције (отпремни орган), који би га затим директно проследио централном органу државе у којој живи дужник (посреднички орган), без потребе да се користе други компликованији начини међународног достављања. Посреднички орган би, након тога, предузео све мере за покретање поступка признања и извршења.³¹⁰ Сам поступак би се, потом, спровео према конкретној хашкој конвенцији, с обзиром да Њујоршка конвенција не уређује поступак признања и извршења јер се бави само „административним проблемима“³¹¹ који прате остваривање издржавања у иностранству. Међутим, поједине државе уговорнице Њујоршке конвенције нису сматрале да је она комплетарна хашким конвенцијама већ да су оне у алтернативном односу – поступак се може спровести само на основу једне од њих.³¹²

Иако је Њујоршка конвенција послужила као главна инспирација за увођење система централних органа у конвенције Хашке конференције, у оквиру саме Њујоршке конвенције он није добро функционисао. У том смислу, многе државе су имале проблема у сарадњи са централним органима других држава,³¹³ а они нису

³¹⁰ У том смислу и *Pelichet Note ad 100*.

³¹¹ *Ibidem ad 98*. Такође и Ph. Lortie, *Co-ordination between the maintenance project and other international instruments*, Prel. Doc. No 18 of June 2006, p. 11 *ad 15*.

³¹² У том смислу, најочигледнији је пример УК у којој поверилац треба да се определи још у захтеву који шаље посредничком органу да ли жели примену Њујоршке конвенције или Конвенције 1973. Уколико поверилац то не назначи у захтеву, сматра се да се определио за Њујоршку конвенцију, која *увек* значи покретање новог поступка за мериторно одлучивање о захтеву за издржавање, чак и онда када постоји одлука која би се могла извршити према Конвенцији 1973! Дакле, алтернативна примена Конвенције 1973 зависи искључиво од повериоца, који неће увек ни бити свестан могућности које има. *Pelichet Note ad 122*.

³¹³ *Шведска* је навела као проблем управо одбијање појединих држава да се комбинује примена Њујоршке конвенције и других конвенција о признању и извршењу, *Аустралија* - лош рад посредничких органа појединих држава уговорница, *Белорусија* - нема довољно података о отпремним органима других држава, истичући да ни депозитар не располаже свим информацијама, *Чиле* - проблем постоји посебно са Француском, Белгијом и Португалијом зато што ове државе инсистирају на постојању одлуке, *Француска* - лоша примена или потпуна непримена Њујоршке конвенције у појединим државама, непотпуна документација, *Белгија* - проблем су непотпуни подаци који се добијају од других држава, *Естонија* - недостатак информација о другим државама, *Немачка* - посреднички органи су пријавили проблеме са извршењем немачких одлука у појединим државама, те да се по захтевима поступа споро; често и дуже од 6 месеци нема никаквог обавештења о фази у којој се захтев налази; отпремни органи су се жалили да често њихова питања остају без одговора или се упућују подносиоцу захтева који не може на њих да одговори, *Ирска* - непотпуни подаци о поступцима и условима за њихово покретање у другим државама уговорницама, *Израел* - лоша комуникација са појединим државама и кашњења са слањем документације, *Италија* - означавање више органа као отпремних и посредничких што компликују поступак, *Мароко* - дужина трајања поступка, *Мексико* - слање докумената који нису снабдени пречатом *апостиј* или нису легализовани или преведни на шпански језик, *Холандија* – инсистирање појединих држава на легализацији докумената и преводима, као и одбијање појединих држава да поступају ако нема холандске одлуке о издржавању или одбијање признања одлуке и вођење

мимоишли чак ни државе чланице ЕУ у међусобним односима.³¹⁴ Ти проблеми су углавном везани за економске тешкоће, недостатак ресурса и ефикасне административне организације,³¹⁵ али и чињеницу да једна држава уговорница није одредила централне органе.³¹⁶ Такође, неке државе уговорнице Њујоршке конвенције у случајевима издржавања деце сматрају релевантним финансијско стање родитеља који врши право на старање.³¹⁷ Поједине државе уговорнице су тражиле постојање одлуке о обавези издржавања да би се механизам Њујоршке конвенције покренуо, што није у складу са циљем конвенције.³¹⁸ Слично томе, размимоилажења постоје и поводом права јавноправног органа да тражи регрес за издржавање које је платио уместо дужника или ако овај орган подноси захтев у име повериоца.³¹⁹ Ипак, без обзира што

новог поступка, *Нови Зеланд* - не постоје стандардизоване форме за документа која се шаљу, *Норвешка* - проблем са државама које нису уједно уговорнице Конвенције 1958 или Конвенције 1973 зато што Норвешка не признаје одлуке о издржавању из држава са којима нема дипломатски реципроцитет, већ треба покренути нов поступак у Норвешкој, *Пољска* - држављани Пољске добијају у иностранству мање износе издржавања од оних који се досуђују држављанима државе у којој је поступак покренут у истим околностима, што је супротно члану 4 Њујоршке конвенције; непотпуност и лоша обрада захтева, *Румунија* - поједине државе не признају румунске одлуке у зависности од суме коју треба наплатити од родитеља-дужника, *Шкотска* - недовољно информација о неопходним документима и поступку у другим државама, *Словачка* - дуго трајање поступка извршења у појединим државама, *Швајцарска* - поступци за остваривање издржавања често неефикасни чак и за ниже износе издржавања и превише дуго трају, *УК (Енглеска и Велс)* - недостатак превода на енглески језик, а отпремни органи често добијају информацију да су документа која су послали непотпуна што доводи до кашњења у поступцима. Permanent Bureau, *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*, Prel. Doc. No 3 of April 1999, pp. 35-42, доступно на <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf> (27.01.2014). Даље Permanent Bureau, *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*.

³¹⁴ *Аустрија* - посебно у односу на Француску с обзиром да имају компликоване поступке и траже да се сваке године обнавља захтев за правну помоћ у свакој фази поступка; такође наведено је да проблем постоји и са Белгијом јер систем правне помоћи у овој држави омогућава заступнику да тражи плаћање трошкова чак и за поступак поводом издржавања детета, при чему је често износ издржавања мањи од износа који треба платити адвокату, *Чешка* - посреднички органи појединих држава веома пасивни, *Мађарска* - проблем са Шведском у вези неспремности ове државе да се у њој води поступак за измену мађарске одлуке након њеног признања у Шведској (комбинована примена Конвенције 1958 и Њујоршке конвенције), већ поверилац мора да покреће нов поступак у Мађарској да би потом тражио признање и извршење одлуке у Шведској, *Шведска* - проблем признања одлука у Француској и одбијање признања шведских одлука о пореклу детета и разводу (као правном основу за издржавање) због чега о томе мора да се води нови поступак. *Ibidem*.

³¹⁵ Duncan, *Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance*, p. 15 ad 24a).

³¹⁶ Казахстан (без одређеног отпремног органа). Видети <https://treaties.un.org>, и за Њујоршку конвенцију под *Notifications made under article 2 (Designation of administrative or judicial authority)*.

³¹⁷ Француска, према одговору Аустрије. Permanent Bureau, *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*, p. 35.

³¹⁸ Француска, Белорусија, Мађарска, Израел, Италија, Монако, Мароко, Румунија, Словачка. Финска је навела да је поступање централних органа најефикасније када постоји одлука, а УК тражи одлуку само за издржавање између (бивших) супружника. *Ibidem*, pp. 8-9.

³¹⁹ На јавноправне органе Њујоршку конвенцију не примењују, на пример, Израел, Мексико, Монако, Нови Зеланд, Румунија и Шри Ланка. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family*

се проблеми не јављају баш у свим случајевима примене Њујоршке конвенције, они су били довољно учестали да би оправдали доношење Конвенције 2007.³²⁰

Када је реч о међусобном односу Конвенције 2007 и Њујоршке конвенције, читајући члан 49 Конвенције 2007, који уређује ово питање, чини се да је одговор веома једноставан. Наиме, Конвенција 2007 замењује Њујоршку конвенцију у односима држава које су уговорнице обеју конвенција у мери у којој се поља примене поклапају. Важно је истаћи да стварање двостуког колосека између ове две конвенције подразумева следеће ситуације. Најпре, Њујоршка конвенција и даље важи у односу на оне државе које нису ратификовале Конвенцију 2007,³²¹ с тим што ће слика након што се ЕУ придружила Конвенцији 2007, по свему судећи, бити другачија.³²² Дакле, држава која је уговорница Конвенције 2007 мораће да примењује Њујоршку конвенцију према државама које су само њоме обавезане.

Други случај односа Конвенције 2007 и Њујоршке конвенције далеко је компликованији и подразумева ситуацију када су обе инволвиране државе истовремено уговорнице и Конвенције 2007 и Њујоршке конвенције. С обзиром да њихов однос сада дефинише степен поклапања поља примене, могућност примене једне или друге конвенције у конкретном случају зависиће од тога да ли је поље примене Конвенције 2007 идентично у обема државама уговорницама. Конвенција 2007 се примењује на обавезе издржавања које имају за свој основ родитељско-дечји однос у случају да је поверилац млађи од 21 године, као и на обавезе издржавања између (бивших)

maintenance, Prel. Doc. No 2 of April 2003, p. 12. Међутим, Специјална комисија је посебно указала на растући значај улоге јавноправних органа у остваривању издржавања, када након овлашћења које добијају од повериоца, подносе у његово име захтев или, пак, остварују право на регрес средстава која су уместо дужника исплатили повериоцу. Том приликом је истакнуто и да постоји бојазан да би њихово укључивање можда довело до тога да државе дају приоритет случајевима када сам поверилац подноси захтев. *Report and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*, pp. 15-16 ad 22.

³²⁰ Duncan, *Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance*, p. 15 ad 24.

³²¹ Њујоршка конвенција више не важи између Босне и Херцеговине, Норвешке и Украјине у мери у којој се поклапају поља примене са Конвенцијом 2007. За сада, она и даље у потпуности обавезује ове три државе у односу на преостале 62 државе уговорнице Њујоршке конвенције: Алжир, Аргентина, Аустралија, Аустрија, Барбадос, Белорусија, Белгија, Бразил, Буркина Фасо (тренутно само потписница Конвенције 2007), Кабо Верде, Централноафричка Република, Чиле, Колумбија, Хрватска, Кипар, Чешка, Данска, Еквадор, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Гватемала, Хаити, Света Столица, Мађарска, Ирска, Италија, Израел, Казахстан, Киргистан, Либериа, Луксембург, Мексико, Холандија, Нови Зеланд, Нигерија, Пакистан, Филипини, Пољска, Португалија, Молдавија, Румунија, Србија, Сејшели, Словачка, Словенија, Шпанија, Шри Ланка, Суринам, Шведска, Швајцарска, Македонија, Тунис, Турска, УК и Северна Ирска и Уругвај.

³²² Од 28 држава ЕУ, Њујоршка конвенција је на снази у 24 државе (њене уговорнице нису Малта, Бугарска, Латвија и Литванија).

супружника. Међутим, поље примене Конвенције 2007 није одређено само чланом о пољу примене већ и системом резерви и изјава са реципрочним дејством. Наиме, Конвенција 2007 једина у модерном хашком систему за заштиту деце допушта да њено поље примене државе уговорнице могу на одређени начин мењати. У зависности од тога да ли желе да ограниче или, пак, прошире поље примене стоје им на располагању два начина – резерве и изјаве. Због тога се у контексту Конвенције 2007, с једне стране, може говорити о *објективном* пољу примене под којим се подразумевају обавезе које она сама обухвата (издржавање деце млађе од 21 године од стране родитеља и, у одређеном обиму, издржавање између супружника) и, с друге стране, о *субјективном* пољу примене специфичном за сваку државу уговорницу које зависи од система резерви и изјава, мењајући између конкретних држава *објективно поље примене* Конвенције 2007 у мањој или већој мери. *Систем резерви* односи се на сужавање поља примене *ratione personae* на повериоце до 18. године за оне државе којим концепција издржавања деце „од колевке па до гроба“³²³ није прихватљива (члан 2 став 2). *Систем изјава* омогућава проширивање поља примене *ratione materiae*, али и *ratione personae*. Проширивањем *ratione materiae* укључују се и било које друге обавезе издржавања засноване на породичним односима, крвном сродству, браку или тазбинском сродству (члан 2 став 3). Ширење поља примене *ratione personae*, сада значи да оне државе које, за разлику од држава које су ставиле наведену резерву, сматрају да издржавање деце „од колевке па до гроба“ није претерано, могу Конвенцијом 2007 обухватити и децу старију од 21 године у целини или само за неки њен део.³²⁴ Међутим, док се систем резерви везује за ограничење у примени свих делова Конвенције 2007 (мериторно одлучивање о захтеву, измена одлуке, признање и извршење или извршење одлуке), дотле систем изјава може обухватити све или само поједине њене делове (нпр. само признање и извршење). У сваком случају, оба система имају реципрочно дејство.³²⁵ То значи да у случају ограничавања примене Конвенције 2007 на децу до 18. године,

³²³ Како је то духовито приметно Martiny, *Maintenance Obligations*, p. 142.

³²⁴ Такву изјаву дале су, за сада, Норвешка и Албанија. Наиме, Норвешка је проширила примену Конвенције 2007 и на извршење одлука о издржавању деце до 25. године, али не и за покретање поступка о мериторном одлучивању поводом њиховог издржавања. Скоро истоветну изјаву је дала и Албанија у погледу извршења одлука о издржавању деце до 25. године која похађају средњу школу или стичу високо образовање. Видети *Status table* на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=131 (15.02.2014).

³²⁵ A. Borrás, J. Degeling with the assistance of William Duncan and Philippe Lortie, *Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, 2014, pp. 21-22, доступно на <http://www.hcch.net/upload/expl38.pdf> (05.08.2014). Даље Borrás, Degeling, *Explanatory Report*.

држава која ставља такву резерву не може другим државама уговорницама које и даље примењују Конвенцију 2007 на децу до 21. године, упућивати захтеве у погледу категорије деце коју је резервом искључила. У односу, пак, на проширења поља примене, она обавезују само оне друге државе уговорнице које су такође на исти начин прошириле примену Конвенције 2007. Тако ће Њујоршка конвенција бити примењена од стране државе уговорнице Конвенције 2007 не само према оним државама које су уговорнице једино Њујоршке конвенције, већ и према оним државама уговорницама Конвенције 2007 са којима се поље примене не поклапа. Када се ради о издржавању деце, Њујоршка конвенција би могла бити примењена у случајевима супсидијарне обавезе издржавања која долази на ред ако родитељ не може да издржава дете. Наиме, Конвенција 2007 под обавезом издржавања деце подразумева ону обавезу која има за свој правни основ *родитељско-дечји* однос. Друге обавезе издржавања, као што су издржавање пасторка од стране очуха или маћехе, потом издржавање малолетне браће и сестара или, пак, издржавање унука од стране бабе или деде, нису аутоматски покривене Конвенцијом 2007. Разлог је тај што оне за свој правни основ, упркос чињеници да су у односу на обавезу родитеља супсидијарне природе, имају неки други породични однос – тазбинско сродство (пример пасторка) или крвно сродство у правој линији (пример унука) или крво сродство у побочној линији (пример браће и сестара), који није у свим државама прихваћен као основ обавезе издржавања.

Дакле, управо *субјективно* одређено поље примене оставља простор за активирање механизма Њујоршке конвенције између оних држава уговорница Конвенције 2007 које нису на идентичан начин ограничиле или прошириле ову врсту поља примене. Пример Норвешке, Украјине и Босне и Херцеговине, као држава које су уједно уговорнице и Конвенције 2007 и Њујоршке конвенције, може послужити за објашњење. Украјина је ставила резерву којом је ограничила поље примене Конвенције 2007 и на децу млађу од 18 година, док Норвешка такву резерву нема (али је проширила део о извршењу на децу до 25. године) Дакле, сада је за остваривање издржавања деце на основу родитељско-дечјег односа старије од 18 а млађе од 21 године, потребно да Норвешка у односу на Украјину примени Њујоршку конвенцију. Коначно, с обзиром да Босна и Херцеговина није мењала поље примене Конвенције 2007 ни на један од ова два начина, Украјина ће, у односу на остваривање издржавања пасторка, браће односно сестара или унука у Босни и Херцеговини такође покренути

поступак према Њујоршкој конвенцији. Међутим, будући и да Босна и Херцеговина у свом породичном праву познају издржавање детета од стране родитеља до 26. године, као и остале супсидијарне обавезе издржавања које је Украјина навела, онда ће и ова држава ради остваривања издржавања деце старије од 18 година од стране родитеља и свих других обавез издржавања које су наведене покретати поступак по Њујоршкој конвенцији према Украјини. Ако је, пак, потребно остварити издржавање издржавања пасторка, брата или сестре односно унука у Норвешкој, тада Босна и Херцеговина мора посегнути за системом Њујоршке конвенције. Поред тога, Норвешка, Албанија и Украјина су дале изјаву и о проширењу дела Конвенције 2007 који се односи само на извршење одлука о издржавању према деци тако што Норвешка то дозвољава до 25. године детета, као и Албанија уз додатни услов да студирају, а Украјина је, пак, проширила поље примене Конвенције 2007 на читав низ породичних односа у домену признања и извршења одлука о издржавању. Конкретно, реч је о обавези родитеља према пунолетном детету које је на школовању до 23. године или које је неспособно да се самостално стара о својим интересима, потом, на малолетног унука од стране бабе или деде, на издржавање малолетне или неспособне браће и сестара од стране понолетне браће и сестара, као и на издржавање малолетног пасторка од стране очуха или маћехе.³²⁶ С друге стране, Норвешка је дала изјаву о проширеној примени дела Конвенције о извршењу у погледу деце до 25. године. Услед ових разлика у пољу примене, примера ради, Норвешка би за признање и извршење одлука о обавези родитеља да издржавају дете старије од 23 године у Албанији или Украјини које не студира могла да покрене поступак према Њујоршкој конвенцији.

Стога се може закључити да Конвенција 2007 (за разлику од Конвенције 1958 и Конвенције Признање 1973) није комплементарна Њујоршкој конвенцији у смислу да се њихова примена у једном истом случају може комбиновати. Наиме, у односу на ове претходне конвенције таква примена је била могућа зато што су оне полазиле само од метода унификације у материји признања и извршења али без система сарадње централних органа што је чинила Њујоршка конвенција. Међутим, будући да Конвенција 2007 обједињује метод унификације и метод сарадње централних органа,

³²⁶ Поред тога, Украјина је проширила признање и извршење и на обавезу одраслог детета према родитељима који су неспособни да се старају о својим интересима, потом, обавезу пунолетног унука и прауку према(пра)баби или (пра)деди који су такође неспособни да се старају о својим интересима и, коначно, обавезу пунолетног пасторка према очуху или маћехи под истим условом као и у претходним случајевима.

комбинована примена није више могућа у том облику. Ипак, њихов међусобни однос се може схватити као комплементаран у нешто ширем смислу зато што примена Њујоршке конвенције долази у обзир само у случајевима који нису обухваћени реципрочним мењањима поља примене Конвенције 2007. Заправо, чак и када би све државе уговорнице Њујоршке конвенције постале обавезане и Конвенцијом 2007, то не би значило да је Њујоршка конвенција потпуно гурнута у прошлост јер се чак ни тада (осим теоријски) не може десити да поља примене Конвенције 2007 у државама уговорницама буду идентична. На овај начин, разлике у супстанцијалним правима држава уговорница Конвенције 2007, због којих се и врше евентуалне измене њеног поља примене, истовремено одређују и однос два вишестрана уговора. То је необичан случај у међународном приватном праву будући да према Бечкој конвенцији о уговорном праву однос међународних уговора зависи од поклапања објективних поља примене.

С обзиром да је сасвим сигурно да однос Конвенције 2007 и Њујоршке конвенције води стварању двоструког колосека, изузетно је важно да као централни органи који поступају према Конвенцији 2007 буду одређени они исти органи који већ примењују Њујоршку конвенцију. Ова *централизација* централних органа је нужна јер се њихова улога у овој ситуацији може упоредити са задатком скретничара који треба правилно да упути, односно прими захтеве за остваривање издржавања према једној или другој конвенцији у зависности од тога која се у конкретном случају примењује. Од њихове професионализације зависи колико ће ти захтеви бити уредни. Уколико они начине грешку и поступе по конвенцији по којој не би требало, онда ће суд тај захтев одбацити и поступак ће морати да се понови, сада према другој конвенцији. С обзиром да Њујоршка конвенција предвиђа систем два централна органа, проблем ће се сводити на одабир једног од њих. У случају Републике Србије то би требало да буде Министарство финансија које је ангажовано као отпремни орган према Њујоршкој конвенцији зато што располаже бољим ресурсима и организационом структуром од Канцеларије Владе Републике Србије за људска и мањинска права која је одређена као посреднички орган. Тим пре би се могло размишљати и о измени централних органа према Њујоршкој конвенцији тако што би Министарство финансија преузело улогу и

посредничког органа, што је могуће учинити на основу члана 2 става 3 Њујоршке конвенције.³²⁷

Међутим, овакав однос ових конвенција значи и да деца као повериоци издржавања не уживају потпуно исту заштиту према Конвенцији 2007. Наиме, у погледу деце млађе од 18 година коју издржавају родитељи, у суштини нема проблема јер се је то *доња граница* измене поља примене. Ипак, ако је реч о супсидијарним обавезама издржавања и за децу овог узраста, начини заштите ће, као што смо видели, варирати у зависности од тога да ли се у конкретном случају покреће механизам Конвенције 2007 или Њујоршке конвенције. Док Конвенција 2007 нуди потпунију заштиту управо зато што питања међународног приватног права у овој материји уређује и методом унификације, Њујоршка конвенција то чини методом хармонизације који је усмерен само ка решавању административних аспеката заштите. Опет, то ће бити још чешће у случају издржавања деце старије од 18 година, без обзира да ли обавеза издржавања почива на родитељско-дечјем односу или другом облику сродства. Ипак, чак и у таквој ситуацији, заштита коју обезбеђује Конвенција 2007 довољно је ефикасна да привуче и већи број држава уговорница Њујоршке конвенције.

4. Подела конвенција које чине хашки систем заштите деце

Успостављање система за заштиту деце у оквиру модерних хашких конвенција се може сагледати на више начина. Уколико је критеријум за њихову поделу *предмет заштите*, оне се могу сврстати у три групе. Прва група тежи заштити породичног живота детета. Циљ може бити да се деци омогући живот у породичном окружењу, онда када он из неког разлога недостаје (Конвенција 1993) или да се поново успостави онај модел породичног живота које је дете уобичајено водило пре него што је незаконито одведено или задржано у иностранству (Конвенција 1980). Друга група

³²⁷ Према тексту овог члана, „свака страна уговорница ће без одлагања саопштити Генералном секретару Уједињених нација наименовања учињена по параграфима 1 и 2 **и сваку промену која би у том наступила**“ (истакла С.М). Велики број држава уговорница Њујоршке конвенције је одредио да функције отпремног и посредничког органа обавља исти државни орган (Алжир, Аргентина, Аустралија, Чиле, Кипар, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Гватемала, Израел, Италија, Киргистан, Луксембург, Мексико, Молдавија, Црна Гора, Мароко, Холандија, Нови Зеланд, Нигерија, Норвешка, Сејшели, Словачка, Словенија, Шпанија, Шри Ланка, Суринам, Шведска, Швајцарска, Мекодонија, Тунис, Турска, Украјина, УК). Видети <https://treaties.un.org>, и за Њујоршку конвенцију под *Notifications made under article 2 (Designation of administrative or judicial authority)*.

штити дете у односу на сâму породицу и његово непосредно друштвено окружење (Конвенција 1996). Трећи тип конвенција треба детету да обезбеди материјална средства за задовољење егзистенцијалних и других потреба у зависности од узраста (Протокол 2007, Конвенција 2007).

С друге стране, ако је критеријум поделе *метод* којим се остварује заштита деце онда, се оне такође могу поделити у три групе. Прву чине хашке конвенције које су инструмент класичног међународног приватног права, без међународне сарадње (*метод унификације*). Оне уређују традиционалне правне целине међународног приватног права – сукоб закона и сукоб јурисдикција, одвојено или заједно. У овом случају, то чини Протокол 2007. Другу групу представљају конвенције које бисмо могли назвати комбинованим, с обзиром да, у мањој или већој мери, обједињују метод унификације, али и метод међународне сарадње (*комбиновани метод*). То су Конвенција 1996 и Конвенција 2007. Коначно, у трећу групу спадају конвенције које представљају, условно речено, конвенције о сарадњи јер или уопште не врше унификацију норми о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу или то чине у мери која битно не утиче на доминацију *метода сарадње*. Таква је без сумње Конвенција 1980. Такође, Конвенција 1993, иако предвиђа систем признања одлука о усвојењу (укључујући и конверзију усвојења), ипак, по свом начину организовања заштите усвојеника представља конвенцију о сарадњи *sui generis*.

Када се све ове конвенције посматрају као систем који треба да пружи континуирану заштиту детету, онда се може запазити да се методи такође надовезују. Тако, односи родитеља и деце заједно са старатељством и хранитељством подразумевају заштиту комбинованим методом (комбинована конвенција - Конвенција 1996), али се заштита у случају отмице уређује методом сарадње (конвенцијом сарадње - Конвенција 1980) или опет комбинованим методом (Конвенција 1996). Међународно усвојење подразумева само метод сарадње (конвенција сарадње - Конвенција 1993), али заштита детета пре, у току и након заснивања усвојења може покренути механизме и комбинованог метода (Конвенција 1996) и метода сарадње (Конвенција 1980). Коначно, финансијска заштита детета, које се остварује без обзира да ли је дете под родитељским старањем, обухвата и пример класичне унификације (конвенција унификације - Протокол 2007) али и комбинованог метода (комбинована конвенција - Конвенција 2007). На овај начин постаје јасно да, иако су све конвенције независне

једна од друге, хашки систем заштите деце подразумева њихово садејство, чиме оне, условно речено, могу чинити и конвенцијске парове. Премда је најочигледнији пример за то питање издржавања деце, које је у оквиру Хашке конференције традиционално обележено постојањем оваквих парова,³²⁸ они су могући и поводом заштите деце у другим материјама. Анализа хашког система заштите деце указаће на предности и недостатке начина на који се штити најбољи интерес детета (комбиновани метод, метод унификације или сарадње).

³²⁸ У погледу конвенцијског пара Протокол 2007 и Конвенција 2007, треба имати у виду да иако носи назив Протокол, он је самостални међународни уговор. Наиме, издржавање у хашким конвенцијама је увек уређивано конвенцијским паровима (меродавно право – признање и извршење), мада је свака од ових конвенција била потпуно самостална у односу на другу. Тако се државе могу определити да ратификују само конвенцију о меродавном праву или само конвенцију о признању и извршењу или, пак, обе. Назив „протокол“ је изабран да би се истакла независност Конвенције 2007 која са Протоколом 2007 чини тај, условно речено, конвенцијски пар. Истини за вољу, његов назив је резултат инсистирања држава *common law* система које иначе нису превише заинтересоване за ратификацију конвенција о меродавном праву. Разлог је тај што оне у породичним односима примењују домаће право, без обзира на прекогранични карактер правног односа. Видети Working Group on the law applicable to maintenance obligations, *Prel. Doc. No 14 of March 2005 - Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligation*, Retrieved 10, August, 2013, from http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd14e.pdf.

ДЕО ТРЕЋИ

НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА У ХАШКОМ СИСТЕМУ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ

Претходна разматрања

Конвенција о правима детета имала је значајан утицај на повезивање модерних хашких конвенција у систем заштите деце. Међутим, њен значај се не своди само на чињеницу да је хашки систем усмерен ка заштити појединих *права детета*. Напротив, модерни период хашких конвенција је истовремено окренут ка заштити једног од темељних принципа Конвенције о правима детета. То је, без сумње, принцип најбољег интереса детета.³²⁹ У том смислу, државе уговорнице Конвенције о правима детета су дужне да у свим активностима које се тичу деце, без обзира на врсту органа који их предузима (приватна или јавна институција), воде рачуна о (најбољем) интересу детета као критеријуму од *примарног значаја* (члан 3 став 1). Поред тога, државе уговорнице су обавезне да детету пруже такву заштиту и бригу која је неопходна за његову добробит, узимајући у обзир права и обавезе његових родитеља, старатеља или других појединаца који су правно одговорни за дете. Ради испуњења ове обавезе, државе предузимају све потребне законодавне и административне мере (члан 3 став 2). На овај начин, Конвенција о правима детета уводи најбољи интерес детета као *општи стандард* или „кишобран одредбу“³³⁰ у свим поступцима у којима се детету пружа одређени вид заштите. Управо захваљујући таквој његовој правној природи, много тога је до данас речено о принципу најбољег интереса детета, али његову прецизну садржину је скоро немогуће одредити на начин који би био универзално прихватљив. Препреку представља чињеница да овај принцип није искључиво правни појам, већ исто тако зависи од других фактора, као што су културне, друштвене и религијске

³²⁹ Генерално, Конвенција о правима детета предвиђа четири основна принципа: принцип недискриминације (члан 2), принцип најбољег интереса детета (члан 3), право на живот и развој детета (члан 6) и право детета на учешће у поступцима који се њега тичу (члан 12). Sardenberg, *Judicial and Administrative Cooperation*, p. 194.

³³⁰ Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, p. 92.

вредности које су специфичне одлике сваке појединачне државе.³³¹ У том смислу, можемо рећи да постоји онолико принципа најбољег интереса детета колико има држава јер је свака од њих слободна да га конкретизује на начин који одговара основним вредностима њеног друштва.³³² Зато се, заправо, овај принцип описује и као „прозор у односу културе и људских права“.³³³ Исто тако, могло би се рећи да најбољи интерес детета постаје „нови *renvoi*“. Наиме, чувен је духовити коментар *Malauriea* о професору који, ако истински жели да помогне слабом студенту на испиту, треба да постави само питање шта је *renvoi*, јер без обзира на то шта студент буде рекао, вероватно ће бити у праву.³³⁴ Исто важи и за принцип најбољег интереса детета који је, стога, постао истинска „магична формула“.³³⁵ Међутим, услед своје неодређености, овај принцип је погодан и за злоупотребе³³⁶ и зато је његова конкретизација неопходна. Као што је већ наведено, и сâма Конвенција о правима детета захтева од држава уговорница да изврше имплементацију овог принципа, при чему се има у виду управо његово прецизирање ради „попуњавања празнина“,³³⁷ које су незаобилазни пратилац сваког правног стандарда, а не „пуко понављање конвенцијске одредбе“.³³⁸

Када је реч о конкретизацији принципа најбољег интереса детета, постоји неколико нивоа његовог прецизирања. Најпре, у одређеном смислу то чини и сâма Конвенција о правима детета кроз, на пример, право детета на породични живот и

³³¹ P. Alston, *The Best Interests Principle : Towards of Reconciliation of Culture and Human Rights*, International Journal of Law and the Family, Vol. 8, Number 2, 1994, p. 5. Даље Alston, *The Best Interests Principle : Towards of Reconciliation of Culture and Human Rights*.

³³² О томе сведоче и називи појединих чланака: A. Alice, *School and Sadza: Custody and the Best Interests of the Child in Zimbabwe*, International Journal of Law and the Family, Vol. 8, Number 2, 1994, pp. 151-190. A. Belembaogo, *Best Interests of the Child - The Case of Burkina Faso*, International Journal of Law and the Family, Vol. 8, 1994, pp. 202-226. S. Minamikata, *Best Interests of Children and Children's School Experience in Japan: The Parents' Perspective*, International Journal of Law and the Family, Vol. 8, 1994, pp. 281-290. J. Rubellin-Devichi, *Best Interests Principle in French Law and Practice*, International Journal of Law and the Family, Vol. 8, 1994, pp. 374-385.

³³³ Alston, *The Best Interests Principle : Towards of Reconciliation of Culture and Human Rights*, p. 16.

³³⁴ Ph. Malaurie, *Discussion du rapport Foyer*, Comité français de droit international privé. Наведено према А.Е. von Overbeck, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé*, Recueil des Cours, tome 176, 1982, p. 236. Такође ову опаску у нашој литератури наводе и М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 261.

³³⁵ J. Carbonier, *Droit civil – Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, 2004, p. 833.

³³⁶ В. Влашковић, *Проблем одређивања садржине „најбољег интереса детета“*, *Анали*, 1/2012., стр. 355. Даље Влашковић, *Проблем одређивања садржине „најбољег интереса детета“*

³³⁷ P. Alston, *The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child*, UN Bulletin of Human Rights: The Rights of the Child, 1992/2, pp. 1-15. Наведено према Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, p. 94.

³³⁸ *Ibidem*.

могућност одвајања детета од породице (члан 9), родитељска одговорност у погледу подизања и развоја детета (члан 18), усвојење и слични поступци (чл. 20 и 21).³³⁹ Тако, рецимо у члану 9 Конвенција о правима детета предвиђа да ниједно дете не може бити одвојено од својих родитеља против његове воље, осим ако државни органи утврде да је то неопходно ради заштите детета и у његовом најбољем интересу, као што су случајеви занемаривања или злостављања детета, као и када родитељи живе одвојено па се мора донети одлука о месту становања детета. С тим у вези, детету је признато и право да одржава личне односе и непосредне контакте са оба родитеља, осим ако је то у супротности са његовим најбољим интересом (члан 9 ст. 1 и 3). Из овог права детета се може закључити да је, по правилу, живот детета са оба родитеља и одржавање личних контаката у најбољем интересу детета. Такође, одређене су, *exempli causa*, и ситуације када се најбољи интерес детета мења и подразумева супротну ситуацију - присуство родитеља или угрожава дете (злостављање, занемаривање) или њихов заједнички живот више није могућ (одвојени живот родитеља). Тада држава организује или алтернативне начине збрињавања (као што су старатељство или хранитељство) јер је услед измењених околности управо овај вид бриге о детету у његовом најбољем интересу или одређује родитеља са којим ће дете живети (јер је сада то у његовом најбољем интересу). На тај начин, заправо, Конвенција о правима детета *усмерава или профилише* принцип најбољег интереса детета као групе (*in abstracto*).

Други ниво конкретизације подразумева имплементацију најбољег интереса детета на нивоу држава уговорница. У том смислу, државе, с једне стране, законски прецизирају најбољи интерес деце као групе (*in abstracto*), предвиђајући, на пример, услове и начин за вршење родитељског права, лишење родитељског права, границе овлашћења родитеља према детету, надзор над вршењем родитељског права, услове за стицање опште адоптивне подобности усвојеника, итд. С друге стране, државе треба да имплементирају овај принцип и *in concreto* односно да, колико је могуће, прецизирају како се утврђује најбољи интерес конкретног детета. Имајући то у виду, оне се, генерално, могу поделити у две групе – на оне које процену и конкретизацију препуштају надлежним органима³⁴⁰ (тзв. *судски систем*)³⁴¹ и на оне у којима то чини

³³⁹ То су уједно одредбе у којима се Конвенција о правима детета директно позива на принцип најбољег интереса детета. Поред њих, најбољи интерес детета се појављује и у чл. 37 и 40 о правима детета у односу лишење слободе и кривични поступак који с епротив њега води.

³⁴⁰ Ова група држава је и најбројнија. То су, на пример, све државе Европе, САД, Аустралија, Канада, Русија. У ову групу спада и Србија. Из судске праксе, може се издвојити као пример пресуда

законодавац³⁴² (тзв. *законски систем*).³⁴³ Ипак, као што се може закључити, управо захваљујући различитим могућностима за његову конкретизацију, принцип најбољег интереса детета представља „један од најтежих правила за примену“.³⁴⁴

Коначно, трећи ниво конкретизације се везује за међународне уговоре у које спада и хашки систем заштите деце.³⁴⁵ Овај принцип је, најпре, извршио утицај на поједине опште установе међународног приватног права, стварајући на тај начин *опште установе хашког система заштите деце*. Међу њима можемо разликовати *опште установе заједничке за све конвенције* или, пак, *оне заједничке за поједине конвенције* (Глава I). Исто тако, принцип најбољег интереса детета изричито је наведен као критеријум од примарног значаја већ у преамбулама свих модерних конвенција сем Протокола 2007. Ситуација у погледу Протокола 2007 је разумљива будући да се он не односи само на издржавање деце већ на све облике издржавања у породици, али то не значи да он не води рачуна о најбољем интересу детета. Заправо, и у Протоколу 2007 и у свим другим модерним конвенцијама принцип најбољег интереса детета је добио своју материјализацију *in abstracto* (тзв. категоријална конкретизација)³⁴⁶ али и *in concreto* (тзв. конкретно повољније решење).³⁴⁷ То је остварено и методом унификације (Глава II) и методом сарадње (Глава III).

Врховног касационог суда у којој је наведено да је „најбољи интерес детета правни стандард који суд цени према околностима сваког случаја конкретно.“ Видети пресуду Врховног касационог суда Србије, Рев. 2075/2008 од 28.8.2008. године, доступна на prragrafnetu. Међутим, оно што јесте занимљиво да постоји идеја о једном виду законске конкретизације у Преднацрту Закона о правима детета, који предвиђа листу критеријума за процену најбољег интереса детета (члан 18). Видети критички осврт Влашковић, *Проблем одређивања садржине „најбољег интереса детета“*, стр. 362.

³⁴¹ Живковић, *Поверавање деце*, стр. 21-31.

³⁴² Претежно је реч о државама у којима је утицај религије веома изражен (нпр. Бангладеш, Алжир, Бахреин, Египат, Индија, Гамбија, Индонезија, Иран, Мароко). Чак и у оним државама, као што је Мароко, у којима је извршена законодавна реформа (2004), овакав начин конкретизације је и даље присутан, иако у ублаженом облику. Видети Reunite International Child Abduction Centre, *Summary text for Morocco, Family Code 2004*, р. 2 *ad Custody*. Доступно на <http://www.reunite.org/edit/files/Islamic%20Resource/MOROCCO%20text.pdf> (22.11.2013). За остале наведене државе видети <http://www.reunite.org> (22.11.2013).

³⁴³ Живковић, *Поверавање деце*, стр. 18-21.

³⁴⁴ R.C.Pérez Manrique, *The principle of the 'best interest of the child' in the context of the 1980 Hague convention: guidelines concerning its interpretation*, IFL March 2012, р. 31. Даље Manrique, *The principle of the 'best interest of the child'*.

³⁴⁵ Поред конвенција хашког система, конкретизацију врши и, примера ради, Европска конвенција 1980, која у Преамбули наводи да је „...у државама чланицама Савета Европе узимање у обзир интереса детета од одлучујућег значаја у доношењу одлука о његовом старању...“

³⁴⁶ Термин који је користио Живковић, видети Живковић, *Поверавање деце*, стр. 87.

³⁴⁷ Живковић, *Поверавање деце*, стр. 88, с тим што Живковић наводи термин „конкретно повољније право“. Будући да у хашком систему није реч само о меродавном праву, ауторка користи израз „конкретно повољније решење.“

ГЛАВА I

ПРИНЦИП НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА У ЗАЈЕДНИЧКИМ ОПШТИМ УСТАНОВАМА ХАШКОГ СИСТЕМА

1. Опште установе заједничке за све конвенције

Под општим установама заједничким за све конвенције подразумевамо проблем квалификације (1.1) и клаузулу јавног поретка (1.2).

1.1. Квалификација

1.1.1. Родитељска одговорност и њен правни основ

Конвенција 1996 обухвата и родитељску одговорност и мере за заштиту. Када је реч о овој првој, она изискује посебну пажњу јер термин *родитељска одговорност* нема исто значење као родитељско право које користи Породични закон. Конвенцијски појам је знатно шири, и о томе треба посебно водити рачуна.³⁴⁸ Док је *родитељско право* у смислу нашег породичног права везано искључиво за родитеље (члан 67 Породичног закона), дотле термин *родитељска одговорност* у Конвенцији 1996 подразумева не само права и дужности родитеља, већ и старатеља, хранитеља и заступника детета који се старају о његовој личности или имовини (члан 1 став 2). Директна последица овакве концепције је посебно изражена у делу о меродавном праву јер се, на пример, колизиона норма о стицању и престанку родитељске одговорности *без одлуке државног органа* (члан 16) односи и на старатеља, хранитеља или заступника детета када се он одређује једностраним изјавама воље или споразумом.³⁴⁹

Мере за заштиту које уређује Конвенција 1996 могу се поделити према два критеријума. Први подразумева разликовање мера управљених на заштиту личности детета и мера којима се штити његова имовина (члан 1 став 2). Други критеријум се односи на начин на који су мере за заштиту детета обухваћене Конвенцијом 1996 (члан 3). Иако може деловати необично, оне се могу поделити на *изричито* предвиђене мере

³⁴⁸ *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005 и 72/2011.

³⁴⁹ Видети пример који наводи *Lagarde Report*, p. 579 ad 103.

и оне које су *прећутно* одређене, с обзиром да је набрајање мера за заштиту у Конвенцији 1996 извршено само *exempli causae*. Када је реч о изричито набројаним мерама заштите, оне обухватају права и дужности родитеља, установу старатељства, хранитељства и друге сличне установе, као и заступање детета. Имајући у виду да листа мера није коначна, остављено је простора за укључивање и других мера, у складу са супстанцијалним правима држава уговорница, без потребе ревидирања конвенције. Поред тога, прећутно одређивање мера омогућава да се Конвенцијом 1996 обухвате и оне које, у време њеног доношења, нису постојале у националним системима или су се јављале крајње спорадично па пажња Хашке конференције тада није била фокусирана на њих. Једна од таквих мера би, чини се, могла би бити и грађанскоправна заштита од насиља у породици која последњих година добија на значају посебно у оквиру примене друге хашке конвенције о заштити деце - Конвенције 1980. У сваком случају, реч је о мерама које несумњиво улазе у област примене *ratione materiae* Конвенције 1996.

Насупрот томе, други начин прећутног укључивања мера за заштиту је проблематичнији зато што је реч о мерама веома блиско повезаним са материјом која је изричито *потпуно* искључена из примене Конвенције 1996. У том смислу, постоји потенцијална опасност да се нека мера, иако може бити обухваћена Конвенцијом 1996, ипак превиди. Наиме, Конвенција 1996 у члану 4 искључује статусну материју (питања порекла детета, еманципације и личног имена), наследноправноправне односе и траст, као и одређене јавноправне мере за заштиту деце (социјална заштита, образовање, здравље, кажњиве радње чији су починиоци деца, као и питања азила и усељења). Упркос томе, одређене мере за заштиту везане за поједина од ових питања биће ипак *прећутно*³⁵⁰ покривене Конвенцијом 1996, иако је конкретна материја искључена из области примене. То је последица чињенице да Конвенција 1996 обухвата и јавноправне и приватноправне мере за заштиту, што је директни утицај пресуде Међународног суда правде у случају *Boll*.³⁵¹

Тако, искључење материје порекла детета (утврђивање родитељско-дечјег односа) из области примене Конвенције 1996 не подразумева и питање ко је законски заступник детета, као и да ли одређивање овог лица произилази *ex lege* или је резулата

³⁵⁰ Clive, *The Concept of Habitual Residence*, p. 168.

³⁵¹ Видети *supra* стр. 16.

интервенције надлежног органа.³⁵² Слична је ситуација и поводом еманципације. Иако је и ова материја искључена, ако се постојање пословне способности еманципованог лица постави као претходно питање у односу на меру за заштиту која је обухваћена Конвенцијом 1996, онда се ово претходно питање решава применом националних колизионих норми. Упркос томе, одлука о главном питању ће бити призната и извршена у складу са Конвенцијом 1996.³⁵³ Потом, у материји наследноправних односа, ако *lex successionis* предвиђа дете као наследника, онда се његов заступник у оставинском поступку одређује по одредбама Конвенције 1996.³⁵⁴ Што се тиче образовања и здравља, искључење се односи само на мере општег карактера (нпр. обавезно основно образовање). Опредељење, пак, да дете похађа одређену школу или одлука да се подвргне медицинском захвату јесу мере за заштиту у смислу Конвенције 1996.³⁵⁵ Слично томе, иако су мере везане за санкционисање кажњивог понашања детета изузете из поља примене, то се не односи на оне мере које имају за циљ кориговање девијантног понашања детета које није инкриминисано као кривично дело (нпр. бежање из школе).³⁵⁶ Коначно, последњи пример ове врсте *прећутног* укључивања мера за заштиту односи се на одлуке о праву азила и усељавању, у том смислу што заштита и заступање деце о чијем се азилу или усељењу одлучује јесу предмет регулисања Конвенције 1996.³⁵⁷ С обзиром да је степен угрожености деце посебно висок у последњем примеру (јер је реч о посебно угроженој категорији деце која су међународно расељена), *случај Tabita*,³⁵⁸ разматран пред *ECtHR*, иако се није

³⁵² *Lagarde Report*, p. 549 ad 27.

³⁵³ *Ibidem*, p. 550.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 551.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 535.

³⁵⁸ *Case of Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Application no. 13178/03, Judgment 12 October 2006 Final 12/01/2007, доступна на <http://hudoc.echr.coe.int> (15.08.2013). У овом случају, мајка је држављанка Конга и живела је у Канади две године пре догађаја који је дао повода за подношење представке ЕСтHR. Годину дана пре тога (2001) је и званично добила статус избеглице у Канади. Њена ћерка по имену Табита (*Tabitha*) је за то време живела у Конгу са својом баком. Када је мајка добила статус избеглице, замолила је свог брата, а Табитиног ујака, холандског држављанина (иначе студента који је живео у универзитетском кампусу у Холандији), да доведе девојчицу из Конга у Холандију и да се о њој брине док се не стекну услови да се прикључи мајци. Ујак је са Табитом дошао на аеродром у Бриселу августа 2002. године и убрзо након слетања, Табита је задржана у транзитном центру аеродрома бр. 127 јер није имала потребна документа за улазак у Белгију. Њен ујак се вратио у Холандију. Истог дана, белгијске власти су одредиле адвоката који је требало да помогне Табити и он је након тога поднео захтев за одобрење азила у име Табите. Генерални комесар за избеглице и апатриде је коначно одбио овај захтев месец дана каније. Крајем септембра, адвокат је затражио да Табита буде смештена у хранитељску породицу, али о томе никада није добио било какву одлуку. Средином октобра, бриселски првостепени суд је донео одлуку којом је утврдио да задржавање Табите у транзитном центру бр. 127

тицао држава чланица Конвенције 1996 нити њене примене, довољно је илустративан да укаже на неопходност заштите деце приликом тражења азила, чак и када је он одбијен. Тако, уместо да петогодишња Табита буде адекватно збринута (установом старатељства или хранитељства) док се водио поступак о њеном праву на азил, она је провела 2 месеца без одређеног старатеља, изолована у транзитном центру за одрасле на бриселском националном аеродрому, заједно са другим страним држављанима које није познавала, без икаквог контакта са мајком или било којим другим чланом породице, што је, како је касније утврђено, представљало велики психички ризик за Табиту. Другим речима, јавноправни карактер установе азила не искључује обавезу породичноправне заштите деце. У светлу Конвенције 1996, важно је да нема недоумице о томе да ли се она примењује на одређену ситуацију у којој је детету потребна заштита, без обзира што је случај, на први поглед, повезан са материјом која је ускључена из области примене Конвенције 1996.

1.1.2. Право на виђање као право вета – аутономна квалификација и заштита детета (право на старање новог доба)

Право на виђање, према аутономној квалификацији Конвенције 1980, представља право да се дете одведе на одређени временски период ван места његовог уобичајеног боравишта (члан 5 тач. б). Оно обухвата не само право на посећивање, већ и одржавање контаката у најширем смислу (од разговора телефоном и дописивања до комуницирања путем електронске поште, па чак и *Skype*). Ово право се у односу на право на старање, чија повреда даје право да се тражи повратак детета, доживљава као

представља кршење Конвенције о правима детета и наредио је да она одмах буде пуштена. Истог дана, Канцеларија Високог комесара за избеглице је затражила од Канцеларије за странце да Табита остане у Белгији док се не одлучи о њеном захтеву за канадску визу, уз образложење да је њена мајка добила статус избеглице. Следећег дана, Табита је депортована у Конго, при чему је од транзитног центра бр. 127 до зграде аеродрома била у пратњи социјалног радника, да би на аеродрому била предата полицији. При укрцавању у авион, о њој је бринула стјуардеса која је такву наредбу добила од извршног директора авио-компаније (!). До Конга је путовала заједно са три пунолетна држављанина Конга који су такође били депортовани. Када је стигла у Конго, није је чекао ниједан члан породице јер нико није ни знао да она долази (!). Истог дана, њена мајка је позвала телефоном транзитни центар бр. 127 у Белгији и тражила да разговара са Табитом и тек је тада сазнала да је њена ћерка депортована (!). Крајем октобра месеца, после интервенције белгијског и канадског премијера, Табита је коначно дошла у Канаду код мајке. *ECtHR* је, по представци мајке и Табите, нашао да су белгијске власти држањем петогодишње Табите у транзиционом центру бр. 127, без контакта са мајком и без лица које би се о њој непосредно бринуло, као и начином њене депортације, прекршиле Европску конвенцију о људским правима (чл. 3 и 8). Видети Ch. Cournil, *Aux „confins des droits“ des mineurs étrangers non accompagnés détenus et refoulés – A propos de la décision de la CEDH du 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique no 13178/03, RCDIP 1/2008, pp. 35-59.*

супсидијарно. Такво схватање одговара и природи права на виђање јер је оно, заправо, супститут права на старање или, другим речима, право на виђање представља оно што остаје од права на старање када се оно више не врши заједнички или се никада није ни вршило на тај начин. У складу са тим, првобитна идеја Хашке конференције је била да се ова два права одвојено штите. Наиме, повреда права на старање, с једне стране, покреће механизам Конвенције 1980 за повратак детета, а остваривање права на виђање, с друге стране, подразумева заштиту путем система административне сарадње у оквиру члана 21 Конвенције 1980.³⁵⁹ Овакво строго одвајање права на старање и права на виђање последица је тадашњег профила „класичног отмицара.“ У том смислу, први сценарио је подразумевао да ће то бити родитељ који има право на виђање, и то најчешће отац детета. Други, пак, претпостављени модел понашања одвијао се у случају да одлука о вршењу права на старање још није донета. Тада би отац одвео или задржао дете онда када је, по његовом мишљењу, већ извесно да ће одлука бити неповољна.³⁶⁰

Међутим, већ током прве деценије од ступања на снагу Конвенције 1980, било је јасно да се профил отмицара променио.³⁶¹ На то су утицале промене у упоредном породичном праву којима се право на старање могло заједнички вршити и након развода брака.³⁶² Иако је првобитно Хашка конференција узела у обзир и ситуацију када родитељи заједнички врше право на старање током трајања брака, такав случај након развода није привукао пажњу, с обзиром да у том периоду није био уобичајен.³⁶³ Још једна последица промена у упоредном породичном праву је и чињеница да је у великом броју случајева за промену места боравка детета потребна сагласност лица

³⁵⁹ A. Dyer, *Relocation of Custodial Parents and their Children within the European Union and Problems of Access: the Scope and Timing of Judicial Involvement*, E Pluribus Unum - Liber Amicorum Georges A.L. Droz (eds. A. Borrás et al.), Kluwer Law International, 1996, p. 69. Даље Dyer, *Relocation of Custodial Parents*.

³⁶⁰ Видети сумаран приказ резултата истраживања на основу којих је конципиран типични модел отмицара Beaumont, McEavey, *International Child Abduction*, pp. 8-9. За детаљније податке A. Dyer, *Report on International Child Abduction By One Parent („Legal Kidnapping“)*, Preliminary Document No. 1 of August 1978, Actes et documents of the XIVth Session, Volume III, 1982, ad 22 et seq; *Conclusions of the March 1979 Special Commission on Legal Kidnapping*, Actes et documents of the XIVth Session, Volume III, 1982, Conclusion 15, pp. 162 et seq.

³⁶¹ Према подацима који се могу наћи у литератури (с обзиром да Хашка конференција у то време није прикупљала податке од држава уговорница), у периоду од 1987-1998, према истраживању у САД, у 2/3 случајева подносилац захтева за повратак детета био је отац. Детаљније Beaumont, McEavey, *International Child Abduction*, p. 9.

³⁶² Видети за податке Г. Ковачек-Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002, стр. 231-256.

³⁶³ Dyer, *Relocation of Custodial Parents*, p. 72.

које има право на виђање.³⁶⁴ Пресудни утицај је, са своје стране, извршила Конвенција о правима детета, која штити право на виђање не као право родитеља, већ само као право детета (члан 9 став 2). При томе, она не користи термин право на виђање већ га шире конципира и говори о праву детета на *одржавање личних односа и директних контаката са оба родитеља*. Све је то утицало да се првобитна ситуација промени. Данас се у улози отмицара врло често појављује мајка, како у случајевима када самостално врши право на старање тако и када се оно врши заједнички али се мајка (као тзв. *primary caretaker*) непосредно стара о детету јер са њим живи.³⁶⁵

Пратећи све ове промене, судска пракса држава уговорница се окренула ширем тумачењу аутономног појма права на старање. Оно се заснива на схватању да евентуална ограничења права на мењање места боравка детета, која постоје *ex lege* или су предвиђена судском одлуком односно пуноважним споразумом родитеља (тзв. *ne exeat order*), имају за циљ да лице које самостално врши право на старање мора да прибави сагласност титулара права на виђање или да добије одобрење суда.³⁶⁶ Ставови изнети у образложењу енглеског Апелационог суда у случају *C v C (Minor) (Abduction: Rights of Custody Abroad)*,³⁶⁷ иако заузети поводом заједничког вршења права на

³⁶⁴ За период када је судска пракса почињала да шире тумачи право на старање у смислу Конвенције 1980, видети Dyer, *Relocation of Custodial Parents*, p. 72. Према последњим истраживањима из 2013. године, спроведеним за потребе Савета Европе, утврђено је да је сагласност у неком облику потребна у Бугарској, Данској, УК (Енглеска и Велс, Шкотска, северна Ирска), потом, у Немачкој, Ирској, Холандији, Русији, Србији, Словенији, Шпанији и Француској. Чланице Савета Европе које су учествовале у истраживању су Бугарска, Данска, Француска, Немачка, Ирска, Холандија, Руска федерација, Србија, Словенија, Шпанија и УК (Енглеска и Велс, Шкотска и северна Ирска). Видети *European Committee on Legal Cooperation (CDCJ) CDCJ drafting group on Prevention and Resolution of Parental Disputes (Relocation of Children), A Comparative Analysis of the Current Rules on Child Relocation (prepared by prof. Lieke Coenraad)*, Strasbourg, 5 August 2013, CDCJ(2013)11, 2013, pp. 16 *et seq.*

³⁶⁵ Према последњим статистичким подацима из 2011. године, државе уговорнице Конвенције 1980 су најчешће имале пред собом случајеве када је мајка отмицар, чак у 69% случајева у односу на 18% у којима је то био отац. Видети *A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part I – Global Report*, prepared by Professor Nigel Lowe, Prel.Doc. 8A, 2011, p. 5, доступно на http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd03e1_2007.pdf. У државама које нису уговорнице Конвенције 1980, ситуација је управо обрнута – најчешће је отмицар отац. Видети W. Duncan, *Abduction in Support of The Hague Child Abduction Convention: A View from the Permanent Bureau*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Fall 2000, p. 112. Даље Duncan, *A View from the Permanent Bureau*. C. S. Bruch, *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges*, Globalization of child law, The Role of the Hague Conventions (eds. Sh. Detrick, P.Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999, p. 38. Даље Bruch, *The Hague Child Abduction Convention*.

³⁶⁶ P. McEleavy, *Past and Future: The Hague Child Abduction Convention at the Crossroads*, Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004, p. 106.

³⁶⁷ *C v C (Minor) (Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654, INCADAT HC/E/UK 34. Мајка је одвела шестогодишњег сина из Сиднеја где су живели заједно са дечаковим оцем у Енглеску. Видети и Beaumont, McEleavy, *International Child Abduction*, p. 77.

старања, сматрају се у том смислу најутицајнијим, покренувши лавину сличних тумачења³⁶⁸ и у другим државама уговорницама:

„... Ако неко, било појединац или суд или било која друга институција или тело, има право да се успротиви, а није упитано или одбија да да сагласност, одвођење се, у смислу Конвенције, сматра незаконитим.“³⁶⁹

Специјална комисија о примени Конвенције 1980, одржана 1989. године, се позитивно изјаснила о овом тумачењу, сматрајући да постојање *ne exeat order* на овај начин трансформише право на виђање у заједничко право на старање.³⁷⁰ У међувремену, давање праву на виђање значај права на старање у смислу Конвенције 1980 изазвало је, међутим, и негативне коментаре у теорији и пракси у том смислу да „разводњава линију раздвајања између права на старање и права на виђање“³⁷¹ и „крши право на слободу кретања лица које врши право на старање.“³⁷² Затим су уследила и колебања у појединим државама уговорницама чија пракса у примени Конвенције 1980, поред енглеске, спада у групу најутицајнијих. У том смислу, у судској пракси САД се јавила дилема о томе да ли ова забрана из права на виђење даје овлашћење да се одреди држава, место и адреса на којој ће дете живети или само ограничава

³⁶⁸ Тумачење је, потом, било прихваћено и у Аустралији, Аустрији, Канади, УК (Енглеска и Велс, Шкотска), Француској, Немачкој, Мађарској, Израелу, Швајцарска и Јужној Африци. Према подацима доступним на <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1029&lng=1&sl=2>.

³⁶⁹ Судија *Lord Donaldson MR* наводећи једногласну одлуку и образложење Апелационог суда.

³⁷⁰ *Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspect of International Child Abduction*, 1989, p. 3. Међутим, специјалне комисије које су касније одржане, али и *Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to Good Practice* (2008), избегле су да дају директан одговор на ово питање. *Prel. Doc. No 4 of October 2006 - Transfrontier access / contact - General principles and Good Practice (drawn by W. Duncan)*, p. 34 *et seq*; Ипак на петом састанку Специјалне комисије, иако није директно решено ово питање, наведено је да се родитељи охрабрују да не одводе децу својевољно већ да покушају да пре пресељења постигну договор о томе, видети *Conclusions and Recommendations of the fifth meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the practical implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006)*, p. 12.

³⁷¹ С. Bruch, *How to Draft a Successful Family Law Convention: Lessons from the Child Abduction Conventions*, Children on The Move: How to Implement Their Right to Family Life (eds. J. Doek, H. Van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996, p. 52 *ad* 25 (фуснота). Даље Bruch, *How to Draft a Successful Family Law Convention*.

³⁷² *Procureur de la Republique de Périgueux c. Mme S*, RCDIP 1993, note B. Ancel, p. 650 *ad* 663, позивајући се на члан 2 четвртог Протокола уз Европску Конвенцију о људским правима. Такође и *SP.1/1999, Bundesgericht (Tribunal Fédéral)*, INCADAT HC/E/CH 427 у коме је швајцарски Врховни суд одбио приговор да одредба породичног права Израела, која у случајевима заједничког вршења права на старање даје право вета родитељима, крши право мајке на слободу кретања будући да она може да тражи самостално вршење права на старање. Тада би право вета другог родитеља престало да постоји.

овлашћење родитеља који врши право на старање да пресели дете.³⁷³ Релативно скоро, услед оклевања нижестепених судова ове државе да право на виђање, када укључује *ne exeat order*,³⁷⁴ тумаче као право на старање у смислу Конвенције 1980, интервенисао је и Врховни суд САД. Тако је у случају *Abbott v Abbott*³⁷⁵ (једином који је овај суд разматрао поводом примене Конвенције 1980), закључио да право на виђање уз право вета представља право на старање према Конвенцији 1980.³⁷⁶

Поводом ове одлуке било је реоговања и на последњој одржаној Специјалној комисији о примени Конвенције 1980. Према ставу који је том приликом заузет, одлука има изузетан значај с обзиром да укључивање права на виђање које садржи и право вета представља „значајан допринос јединственом тумачењу права на старање“.³⁷⁷ Иако закључци специјалних комисија правно не обавезују, пресуде *ECtHR* то чине. Стога је изузетно важна одлука овог суда у случају *Neulinger and Shuruk v.*

³⁷³ *Croll v. Croll*, 229 F.3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001), INCADAT HC/E/USf 313, *Gonzales v. Gutierrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002), INCADAT HC/E/USf 493. У случају *Croll v. Croll*, деветогодишња девојчица о чијем је повратку одлучивано, рођена је у Хонг Конгу у коме је све време живела. Родитељи су били разведени и мајка, која је самостално вршила право на старање, дете одвела у Њујорк, упркос одлуци суда којом јој је било забрањено да својевољно одведе дете из Хонг Конга. Отац који је имао право на виђање поднео је захтев за повратак. У случају *Gonzales v. Gutierrez*, Окружни суд Јужне Калифорније се позвао на одлуку у *Croll v. Croll*. Разлика је у томе што је мајка у овом другом случају била жртва породичног насиља и са децом се из Мексика преселила и САД тражећи азил за њу и децу. Ипак, суд се није позвао на изузетак 13б) Конвенције 1980 већ на одлуку у случају *Croll v. Croll* о природи *ne exeat order* која је постојала у корист оца.

³⁷⁴ У случају *Croll v. Croll*, Окружни суд Њујорка је донео одлуку да ова забрана значи право на старање у светлу Конвенције 1980 и наредио повратак девојчице у Хонг Конг, док је Апелациони суд, одлучујући о жалби мајке, одбио повратак детета, сматрајући да је *ne exeat order* само ограничење овлашћења родитеља који врши право на старање и да не значи успостављање права на старање у корист оца.

³⁷⁵ *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010). Захтев за повратак се односио на дете рођено на Хавајима 1995. године. Отац је био британски држављанин, а мајка држављанка САД. Родитељи су били у браку и почетком 2002. године, породица се преселила у Чиле. Родитељи су се раставили у марту 2003. године и покренули су парнице о праву на старање. Четири одлуке су донете од стране чилеанских судова и у свакој је мајка добила право на старање а отац право на виђање. У одлуци од јануара 2004. године, донетој на захтев мајке, оба родитеља су добила забрану својевољног одвођења детета из Чилеа. У августу 2005. године, мајка је, упркос забрани, одвела дете у САД. Када је отац сазнао где се налазе, покренуо је поступак по Конвенцији 1980. Занимљиво је то што су и Окружни суд западног Тексаса и Апелациони суд, позивајући се на одлуку у случају *Croll v. Croll*, били сагласни да одвођење детета није незаконито, те да забрана у том погледу *не конституише* право на старање у корист оца. Насупрот томе, Врховни суд је, одлучујући по правном леку, сматрао да *ne exeat order конституише* право на старање у смислу Конвенције 1980.

³⁷⁶ Видети L. Silberman, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga*, Oklahoma Law Review, Vol. 63:733, 2011, pp. 737-742.

³⁷⁷ *Conclusions and Recommendations of the Sixth Meeting (Part I) of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, 2011, p. 6 ad 44-46.

*Switzerland*³⁷⁸ јер је управо њоме несумњиво потврђено да право на виђење као право вета конституише заједничко право на старање у смислу Конвенције 1980.

Овај велики заокрет у аутономној квалifikацији права на старање, заправо, указује на двоструку природу права на виђење. С једне стране, уколико право на виђење не обухвата и право вета, онда оно остаје супсидијарно у односу на право на старање и не може покренути механизам за повратак детета, већ само за заштиту и остваривање права на виђење. Наиме, ако лице које има право на виђење нема уједно и право вета, већ само право приговора и могућност обраћања суду у циљу спречавања одвођења, преовлађујући је став да таква садржина права на виђење није довољна да би се тумачила као право на старање у смислу Конвенције 1980.³⁷⁹ С друге стране, ако ово право садржи забрану одвођења детета без сагласности титулара овог права, онда се оно трансформише у право на старање у смислу Конвенције 1980.

Циљ овог ширег тумачења права на виђење је заштита детета. У том смислу, одлука у случају *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*³⁸⁰ сумира схватања о праву вета као праву на старање у конвенцијском смислу. Право на старање и право на виђење се не морају обавезно међусобно искључивати. У случају да један родитељ има право вета у смислу забране путовања детета без његовог одобрења, поставља се питање шта та забрана представља - да ли је она усмерена само на одређивање државе у којој ће дете боравити, а родитељ који има право на старање одређује све остале детаље (конкретно место у тој држави у којој ће боравити и адресу) самостално или право вета подразумева да и титулар права на виђење учествује у одлучивању о свим овим појединостима. Противници идеје о праву вета као праву на старање полазе од тога да оно има једину сврху да омогући једноставније остваривање права на виђење детета и ништа више од тога. Иако је претпоставка о ограниченом утицају права на виђење (као секундарног права) била парадигма отмице деце у време када је Конвенција 1980 настајала, ситуација се променила у том смислу што је дошло до одступања у профилу отмицара од оног који је Хашка конференција имала у виду као

³⁷⁸ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application No 41615/07), Grand Chamber, 06 July 2010, INCADAT HC/E/ 1323.

³⁷⁹ За Канаду, *W.(V.) v. S.(D.)*, 134 DLR 4th 481 (1996), INCADAT HC/E/CA17; За Ирску, *W.P.P. v. S.R.W.* (2001) ILRM 371, INCADAT HC/E/IE 271; За Енглеску и Велс, *Re V.-B. (Abduction: Custody Rights)* (1999) 2 FLR 192, INCADAT HC/E/UKe 261; *S. v. H. (Abduction: Access Rights)* (1998) Fam 49 INCADAT HC/E/UKe 36; За Шкотску, *Pirrie v. Sawacki* (1997) SLT 1160, INCADAT HC/E/UKs 188.

³⁸⁰ Енглеска и Велс, *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* (2006) UKHL 51, INCADAT HC/E/UKe 880.

пример класичног модела незаконитог одвођења или задржавања. Ако је главно питање поновно успостављање *statusa quo* између родитеља и детета, одбијање повратка детета у случајевима када је повређено право другог родитеља да учествује у одлучивању о његовом пресељењу представљало би парадоксалан резултат примене Конвенције 1980. Управо због тога, право на вето треба да буде схваћено као право на старање, без обзира да ли припада другом родитељу или суду.³⁸¹ И заиста, у супротном, Конвенција 1980 би остала немоћна да заштити најбољи интерес детета у ситуацији када се, с једне стране, оно одводи из средине у коју је интегрисано без тражења сагласности лица за које је дете, по правилу такође везано, а с друге стране, угрожава одржавање личних односа и директних контаката са оба родитеља, како то предвиђа Конвенција о правима детета. Резултат би био парадоксалан – Конвенција 1980 не би могла да се примени за решавање проблема због којег је и донета, а, довело би се у питање поштовање Конвенције о правима детета, не само у погледу права на виђање већ такође и у односу на санкционисање незаконитог одвођења или задржавања детета, што она изричито предвиђа. Осим тога, право вета се не може тумачити као пуко ограничавање овлашћења лица које врши право на старање, као што је покушано у одлукама које смо анализирали. Напротив, одбијањем или давањем сагласности, лице које има право вета заиста одлучује о пресељењу детета. Аргументи да се то односи само на могућност пресељења, а не и на конкретну државу чини се да не одговарају реалном стању ствари. Наиме, сагласност се не даје нити ускраћује бланко, већ за конкретан случај што подразумева да титулар права на виђање учествује у одлуци о пресељењу у односу на *конкретну државу* и *конкретно место* у тој држави. Њему свакако није свеједно где се дете тачно одводи јер то утиче на могућност остваривања права на виђање. Информација о томе да је у питању одређена држава не решава овај проблем ако се не зна и тачно место у тој држави односно тачна адреса. Као илустрација, може послужити следећи пример: да ли би обавештење да се дете сели у САД било довољно лицу које има право вета (односно да одлучи да ли ће се са тим сагласити) или би оно било заинтересовано за детаље тог одласка јер му није свеједно у коју се тачно државу од њих 50 (и једног федералног дистрикта) дете одводи, као што му није свеједно у ком граду ће дете живети након што сазна која је конкретна савезна држава у питању. Из тог разлога и постоји симетрија између права вета и права на

³⁸¹ *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* (из образложења пресуде Врховног апелационог суда).

старање – титулар права на старање доноси одлуку да дете одведе у одређено место, али титулар права на виђање, дајући односно ускраћујући сагласност на основу свих појединости везаних за пресељење, одлучује коначно да ли ће дозволити одлазак детета. Тако сагласност у оквиру права на вето постаје правни елемент који утиче на (не)законитост одвођења или задржавања детета. Управо зато се оно и може тумачити као „право на одређивање места боравка детета“ односно као право на старање. Коначно, треба водити рачуна да се квалификација права на виђање у смислу права вета врши према праву државе уобичајеног боравишта детета а не суда који одлучује о повратку, те да се аналогија у овом смислу не може повући.³⁸²

1.2. Јавни поредак

Као што је познато, клаузула јавног поретка је изузетно средство којим се отклања примена страног права или спречава признање стране одлуке онда када би дејство примене страног права или признања стране одлуке довело до очигледне повреде основних принципа правног система државе суда. Клаузула јавног поретка спада у традиционалне установе националних система међународног приватног права, али и конвенција које су донете под окриљем Хашке конференције. Подсећања ради, само Конвенција 1902 није предвиђала клаузулу јавног поретка. Синтагма „очигледна супротност јавном поретку“ формула је управо Хашке конференције која је временом освојила и националне системе међународног приватног права. Њен задатак је да обухвати различите националне концепције о томе шта је јавни поредак, али и да смањи број случајева у којима се за њим (не)оправдано посеже.

У модерном хашком систему заштите деце, ипак, долази до промене у дефинисању јавног поретка, почев од средњег периода и Конвенције 1965 која је иако неславне судбине, означила почетак његове конкретизације у материји заштите деце. Наиме, она је 35 година пре ступања на снагу Конвенције о правима детета укључила интерес детета као посебан принцип јавног поретка, наводећи да „усвојење мора бити у интересу детета“ (члан 3) и „да се усвојење неће бити засновано ако није у интересу

³⁸² Први Основни суд у Београду, Посл.бр. Р4-1/2011 од 07.04.2011, *необјављено*. Право на виђање оца се није тумачило у смислу права државе Њујорк већ је повучена аналогија са нашим Породичним законом.

детета“, за чије утврђивање налаже исцрпну проверу свих околности везаних за усвојитеље, дете и његову породицу (члан 6). Конвенција о правима детета уводи основну норму која постаје инспирација за све касније хашке конвенције - у сваком поступку који се тиче детета, његов најбољи интерес је од првенственог значаја (члан 3). Тај тренутак је означио почетак глобализације заштите детета јер је најбољи интерес детета постао општи правни концепт.³⁸³ Овај принцип, колико правни толико и социолошки, постаје камен темељац модерног хашког система заштите деце - у односу на оне које су донете након Конвенције о правима детета непосредно, а у односу на Конвенцију 1980, донету пре ње, посредно. У материји признања и извршења, јавни поредак, који изричито обухвата најбољи интерес детета, предвиђају Конвенција 1993 и Конвенција 1996. Насупрот томе, Конвенција 2007 и Протокол 2007 се у оквиру клаузуле јавног поретка не позивају на овај принцип, с обзиром да се не односе само на заштиту деце. Међутим, у случају издржавања деце јавни поредак би требало и у овим конвенцијама да буде процењен у односу на најбољи интерес детета. Другачије тумачење не би било у складу са Конвенцијом о правима детета која изричито предвиђа ово право, а ни са супстанцијалним правима држава с обзиром да је оно опште признато. Ипак, када је реч о издржавању деце, принцип најбољег интереса детета нема исти значај. Тако, он има примат када се ради о издржавању малолетне деце, док је у случају издржавања пунолетне деце изражена већа равнотежа између интереса детета и интереса дужника издржавања. С обзиром да издржавање ове категорије деце не представља дужност (као у случају када су она малолетна),³⁸⁴ ову разлику треба имати у виду приликом процене степена повреде јавног поретка. Такође, имајући у виду да се обе хашке конвенције које изричито наводе најбољи интерес детета као део јавног поретка примењују на децу до навршене 18 године, а да је то истовремено граница малолетства у већини држава, овакво тумачење јавног поретка одговара, када је реч о издржавању малолетне деце, и у погледу Протокола 2007 и Конвенције 2007. Протокол 2007 не поставља старосну границу, а Конвенција 2007 то

³⁸³ A. Borrás, *La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: similitudes y contrastes*, Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia, Madrid, 2005, pp. 1295-1296.

³⁸⁴ Тако, према Породичном закону, родитељи нису дужни да дају издржавање пунолетној деци по цену сопствене оскудице, већ у складу са својим могућностима (члан 155 став 2), а такође пунолетно дете нема право на издржавање ако његов захтев представља очигледну неправду за дужника (члан 155 став 4).

чини на два начина - путем општег правила о примени *ratione personae* (до 21. године детета) и на основу резерве (до 18. године детета). То је још један разлог за обазривост приликом примене стандарда најбољег интереса детета. Другим речима, најбољи интерес детета је несумњиво део јавног поретка када је реч о издржавању малолетне деце, при чему се питање да ли се у конкретном случају ради о обавези издржавања малолетне или пунолетне деце цени према *lex causae* (праву државе чије је право меродавно за обавезу издржавања деце). На тај начин, *lex causae* поставља границе од које најбољи интерес детета као једини критеријум бива замењен другим, комбинованим - интересом детета и потребом да постоји равнотежа са интересом дужника издржавања.

Јавни поредак у хашком систему заштите деце касније бива прецизиран формулом која и даље говори о очигледној супротности, али узимајући у обзир *најбољи интерес детета*. Тако је, као и у случају општег појма уобичајеног боравишта, дошло до раслојавања општег стандарда јавног поретка. Он је изричито унет у конвенције које штите породични живот детета (Конвенција 1993 и Конвенција 1996), док је у случају издржавања малолетне деце (Протокол 2007 и Конвенција 2007) *de facto* применљив. Насупрот томе, Конвенција 1980 не садржи изричито ни општу ни посебну клаузулу јавног поретка, али поједини услови за одбијање повратка представљају елементе јавног поретка (*изузетак људских права*). Иако у том смислу можемо говорити о *прећутном* јавном поретку, њега не карактерише *најбољи* интерес детета већ *претпостављени* интерес детета. Чак ни као претпостављени интерес, он не мора нужно да буде и најбољи јер питање отмице којом се Конвенција 1980 бави захтева хитну реакцију држава уговорница, што, према замисли њених твораца, не оставља простора за прецизно утврђивање да ли је конкретни интерес детета уједно и његов најбољи интерес. Конвенција 1980 заправо утврђује да ли је у интересу конкретног детета да се врати у државу из које је незаконито одведено или у односу на коју је незаконито задржано, док процену најбољег интереса детета препушта оном суду који буде мериторно решавао спор о праву на старање.

У погледу правне природе принципа најбољег интереса детета као дела јавног поретка, проблем се може сагледати из два угла. Најпре, као општеприхваћени стандард свих држава чланица Конвенције о правима детета, најбољи интерес детета представља део јавног поретка који чине начела универзалне правде и међународно

признатих вредности.³⁸⁵ Други аспект се односи на конкретизацију садржине појма најбољег интереса детета. С обзиром да се она врши према правилима националних правних система, онда је најбољи интерес детета, заправо, двојачке природе. Поред неспорне међународне компоненте, он има и националну садржину. Услед тога, иако овај стандард *као принцип* јесте *међународног порекла*, његова конкретна *садржина* је у знатној мери национално обојена, те је тиме одређена и његова доминантна правна природа. Иако су државе досегле одређени ниво усклађености супстанцијалних решења у погледу одређивања конкретне садржине најбољег интереса детета, он ипак није толики да би се могло говорити о правој хармонизацији. Коначно, када говоримо о његовом утицају на националне системе, за разлику од прве формуле која је у већој мери пренета и у националне системе међународног приватног права новијег датума,³⁸⁶ освајање националних система међународног права у смислу ове посебне формуле још увек траје.³⁸⁷

2. Опште установе заједничке за поједине конвенције

2.1. Renvoi

Установа узвраћања и преупућивања се може анализирати с аспекта Конвенције 1980 и одређивања меродавног права за право на старање и Конвенције 1996 о одређивању права које се примењује на родитељску одговорност без одлуке државног органа.

Када је реч о Конвенцији 1980, с обзиром да није свако одвођење или задржавање детета незаконито, два основна услова утичу да оно такво постане. Први подразумева да одвођење или задржавање детета представља повреду права на старање које је постојало и пре отмице, *у складу са правом државе у којој је дете имало*

³⁸⁵ Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 347.

³⁸⁶ На пример, Закон о међународном приватном праву Белгије (члан 21), Грађански законик Холандије, 10. књига (члан 6), Закон о међународном приватном праву Црне Горе (члан 9), Закон о међународном приватном праву Бугарске (члан 45). Наш нови Нацрт такође предвиђа исту формулу (члан 43 став 1). Насупрот томе, другачију клаузулу јавног поретка (без термина „очигледно“) предвиђа нови Закон о међународном приватном праву Пољске из 2011. године (члан 7).

³⁸⁷ Тако Нацрт предвиђа принцип најбољег интереса детета као део јавног поретка у одредби о признању усвојења заснованог у иностранству (члан 109): „Суд Републике Србије признаје страну одлуку о усвојењу ако је донета у држави уобичајеног боравишта усвојеника или у држави чији је он држављанин у тренутку покретања поступка заснивања усвојења и ако није очигледно супротна јавном поретку Републике Србије, посебно узимајући у обзир најбољи интерес усвојеника.“

убичајено боравиште непосредно пре одвођења или задржавања³⁸⁸ а други, да се у време одвођења или задржавања ово право *заиста вршило* или *би се вршило* да није било одвођења или задржавања (члан 3 став 1). Конвенција 1980 предвиђа аутономну квалификацију права на старање, подразумевајући под тим појмом права која се односе на старање о личности детета и, посебно, право одређивања места боравка детета (члан 5 тач. а)). Уколико, пак, дете, иако је млађе од 16 година, има право да самостално одреди своје место боравка, онда се садржина права на старање у смислу Конвенције 1980 утврђује у односу на друга овлашћења у погледу личности детета.³⁸⁹ Основ права на старање је схваћен веома широко и може проистацати из закона, судске или административне одлуке, као и из споразума који је пуноважан према праву државе у којој је дете имало своје уобичајено боравиште непосредно пре одвођења или задржавања (члан 2). Иако се чини да су овим исцрпљени сви основи права на старање, то ипак није случај.³⁹⁰

У том смислу, може се поставити питање да ли се постојање права на старање може одредити само унутрашњим правом државе уобичајеног боравишта детета или и њеним колизионим нормама. О овом проблему постоје различити ставови. С једне стране, како наводи *Pérez-Vera*, начелно је дозвољена примена колизионих норми за одређивање титулара и садржине права на старање, с обзиром да је приликом усвајања Конвенције 1980 одлучено да се ова могућност изричито не спомиње јер и прећутно проистиче из текста члана 3 Конвенције 1980.³⁹¹ С друге стране, практични примери њихове примене су веома ретки. Ипак, када је колициони механизам покренут, с обзиром на начин на који је примењен *renvoi* и резултат који је постигнут, показало се да ово питање није чисто академско већ да има значаја и у погледу заштите детета. У том смислу, случај из релативно скорије прошлости може послужити као пример који илуструје озбиљност проблема.³⁹² Поступак по захтеву за повратак детета је вођен у

³⁸⁸ У раду ће се надаље ова држава означавати само као држава уобичајеног боравишта детета како се текст не би непотребно оптерећивао.

³⁸⁹ *Pérez-Vera Report*, p. 452 ad 84.

³⁹⁰ Термин који Конвенција 1980 користи у члану 2 (*in particular/ notamment*) указује да листа није коначна. Тиме је допуштено да правни основ права на старање буде шире тумачен, што повећава број случајева који су обухваћени Конвенцијом 1980. Видети *Pérez-Vera Report*, p. 446 ad 67.

³⁹¹ *Pérez-Vera Report*, pp. 445-446 ad 66-68.

³⁹² *Re JB (Child Abduction) (Rights of custody: Spain)*, (2003) EWHC 2130, (2004) 1 FLR 796, наведено према К. Beevers, J. Pérez Milla, *Child Abduction Convention: „Rights of Custody“ – Who decides? An Anglo-Spanish Perspective*, Journal of Private International Law, Volume 3, No. 1, April 2007, pp. 211-212. Даље Beevers, Pérez Milla, *Child Abduction Convention: „Rights of Custody“*.

Енглеској, а дете (британски држављанин) је пре пресељења имало уобичајено боравиште у Шпанији, као и његови родитељи (такође британски држављани). Дете је било ванбрачно и рођено је у Шпанији. Када је имало 8 година, мајка га је одвела у Енглеску, а отац је поднео захтев за повратак. Отац и мајка нису били у браку и поставило се питање да ли је одвођење детета незаконито односно да ли отац има право на старање над детом с обзиром да се о њему непосредно бринуо. Енглески судија, одлучујући о захтеву за повратак, запитао се шта се подразумева под правом државе уобичајеног боравишта детета. Према шпанском праву, право на старање се квалификује као *однос између родитеља и деце* за који је меродаван *lex nationalis*, у овом случају британско право. Према енглеском праву тог времена, отац ванбрачног детета није имао право на старање, те је судија закључио да одвођење детета није незаконито и одбио повратак детета. Ипак, прави проблем је у томе што примена шпанског међународног приватног права није била потпуна. Као што се с правом истиче, оно обухвата и норме о нејединственом правном поретку, потом о квалификацији, јавном поретку и нормама непосредне примене.³⁹³ С обзиром да је право на старање могло да се квалификује и као питање признања очинства, у складу са шпанском судском праксом и да је та материја уређена нормама непосредне примене, отац био имао право на старање и одвођење би било незаконито.³⁹⁴

Међутим, критика примене колизионих норми државе уобичајеног боравишта детета у случају Конвенције 1980 не би се могла свести само на евентуалне грешке које би судије евентуално чиниле. Постоје још два разлога који то доводе у питање. Први се тиче хитности поступка за одлучивање о повратку детета, који би требало да се оконча за шест недеља (члан 11). Иако је овај рок инструкциони, и државе уговорнице га у највећем броју случајева знатно прекорачују, а коришћење колизионе технике захтевало би још више времена³⁹⁵. Другим речима, принцип хитности би узгубио сваки смисао, а самим тим би се довело у питање и остваривање циљева Конвенције 1980.

Међутим, хашки систем заштите деце почива на уобичајеном боравишту детета као критеријуму који је основно решење у свим материјама које уређује. Разлог за то је, како смо већ видели, претпоставка да уобичајено боравиште детета указује на

³⁹³ Видети детаљније о начину примене сваке од ових установа Beevers, Pérez Milla, *Child Abduction Convention: „Rights of Custody“*, pp. 213, 218.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ У том смислу и Beevers, Pérez Milla, *Child Abduction Convention: „Rights of Custody“*, p. 227; Beaumont, McElevay, *International Child Abduction*, p. 48.

државу са којом је дете у најближој вези услед постигнуте интеграције у одређену средину, што је у највећем броју случајева и тачно.

При томе, ниједна од њих не предвиђа *renvoi* осим Конвенције 1996. Она уређује питање меродавног права и за право на старање, дефинисаног на идентичан начин као и у Конвенцији 1980, полазећи од уобичајеног боравишта детета. Ипак, одредба која допушта ограничени *renvoi* у случају стицања и престанка родитељске одговорности без одлуке државног органа (члан 21 у вези члана 16), нема за примарни циљ заштиту детета већ очување међународне хармоније између права држава неуговорница.³⁹⁶ У случају Конвенције 1996, *renvoi* је дозвољен само као преупућивање. Услов за његову примену је да колизионе норме о родитељској одговорности указују на примену права државе неуговорнице. Наиме, ако колизионе норме ове државе преупућују на право друге државе, такође неуговорнице, и оно прихвати да буде примењено, проблем одређивања меродавног права је решен. Ипак, ако би се ланац преупућивања наставио даље, технику *renvoi* остављамо по страни и враћамо се праву прве државе неуговорнице на које је колизиона норма Конвенције 1996 одмах упутила. Тако, право ове државе постаје коначно меродавно (члан 21 став 2). Ван ових случајева, *renvoi* је искључен (члан 21 став 1). Циљ ове одредбе није усмерен ка заштити најбољег интереса детета већ постизању хармоније између решења која предвиђају права држава неуговорница које су блиско повезане са ситуацијом у којој се дете налази.³⁹⁷

У случају Конвенције 1980, интерес држава није од значаја ни када је реч о координацији између њихових колизионих норми, већ је она искључиво усмерена на заштиту детета. Примена *renvoi* би у случају Конвенције 1980 значила могућност примене права које није у најближој вези са дететом. Поред тога, примена права државе уобичајеног боравишта детета пружа једнак положај свој деци која живе у истој држави, без обзира на њихово држављанство. Укључивање колизионе технике би изазвало управо супротан ефекат – ризик да деца која живе у истој држави немају једнак третман. Проблем којем је Конвенција 1980 посвећена исувише је деликатан да би се оваква могућност увек допустила. Коначно, она испуњава и очекивања лица која се старају о детету и која имају уобичајено боравиште у истој држави као и дете,

³⁹⁶ *Lagarde Report*, p. 583 ad 116.

³⁹⁷ *Lagarde Report*, p. 583 ad 116.

будући да омогућава правну сигурност и предвидљивост меродавног права. Једина ситуација када би примена *renvoi* доприносила заштити интереса детета у смислу Конвенције 1980 могла би се односити на случај да према праву уобичајеног боравишта детета лице нема право на старање, али је на основу свих околности јасно да се он стара о детету (самостално или заједно са лицем које формалноправно има право на старање).³⁹⁸ Ако би то право, ипак, и оно имало применом установе *renvoi*, евентуално би тада ова могућност била оправдана. Наиме, с једне стране, у интересу детета је да без мериторне одлуке о праву на старање не буде одвојено од овог лица, а с друге стране, примена колизионе норме би омогућила (у случају да у конкретном случају нема других основа за одбијање повратка детета) да се о праву на старање ипак одлучи у држави у којој је дете било интегрисано пре одвођења или задржавања. На тај начин се штити и интерес детета и интерес лица које се *de facto* старало о њему.

Оваква селективна примена *renvoi* у случају када треба утврдити да ли *ex lege* постоји право на старање би била хармонизирана са случајем када се о постојању овог права одлучује на основу споразума (члан 3 став 2). У случају када је право на старање предмет споразума чију пуноважност треба утврдити на основу права државе уобичајеног боравишта детета, сматра се да појам „право“ подразумева и супстанцијално и колизионо право ове државе.³⁹⁹ Према *Pérez-Vera*, избор између примене супстанцијалног права или колизионих норми државе уобичајеног боравишта детета, треба да буде препуштен судији који одлучује о повратку, уз сугестију да треба изабрати оно решење које одржава споразум на снази.⁴⁰⁰ Иако би се предложено решење могло схватити као оживљавање принципа *in favorem negotii*, чини се да је, ипак, примена установе *renvoi* усмерена ка заштити најбољег интереса детета, односно његовог дотадашњег уобичајеног начина живота који је на законито промењен. Овај разлог је кључан и за проширено тумачење права на старање односно установљавање права на виђење као права вета.

³⁹⁸ Реч је о теорији о тзв. *inchoate rights*. О ставу судске праксе и доктрине о њеној прихватљивости у контексту Конвенције 1980 видети детаљно *infra* стр. 243.

³⁹⁹ *Pérez-Vera Report*, p. 447 ad 70.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

2.2. Претходно питање у материји издржавања - заједнички проблем Протокола 2007 и Конвенције 2007

Посебно занимљиво питање у материји издржавања тиче се односа између статусних питања и издржавања деце. Протокол 2007 садржи начелну одредбу којом уређује обавезе издржавања настале из веома широко постављених породичних односа који обухватају родитеље и децу, крвне сроднике, супружнике и тазбинске сроднике (члан 1 став 1). Конвенција 2007, опет, предвиђа могућност да захтев којим се о обавези издржавања по први пут мериторно одлучује буде праћен и оним о утврђивању порекла детета (члан 10 став 1 тач. ц). Исто тако, она уређује и делимично признање стране одлуке о издржавању у случају када је истом одлуком решено више правних питања, што подразумева управо најчешћу ситуацију када се о издржавању одлучује у патернитетском или матернитетском спору (члан 21). Ово питање је значајно и с аспекта процесних правила Породичног закона о обавези домаћег суда да одлучи о вршењу родитељског права које обухвата и питање издржавања малолетног детета и у овим споровима (члан 260 став 1 у вези члана 272), али и у односу на одредбе ЗРСЗ-а о признању страних судских одлука.

У основи овог релативно аутономног карактера издржавања у односу на статусна питања у хашким конвенцијама (и средњег и новог периода, почев од Конвенције 1956), садржана је идеја о утврђивању породичног односа као питања од секундарног значаја насупрот обавези издржавања која је примарна и захтева хитније решавање.⁴⁰¹ То ипак не значи да се о издржавању може одлучивати потпуно независно од питања статуса, већ само да одлука о конкретном породичном односу који је правни основ обавезе издржавања не мора нужно увек да има снагу пресуђене ствари.⁴⁰² Другим речима, о пореклу детета се може одлучити као о претходном питању у поступку покренутом поводом издржавања, при чему дејство одлуке о статусу производи дејство само за питање издржавања. Међутим, у исто време и Конвенција Меродавно право 1973 и Протокол 2007 садрже одредбе којима, с једне стране, уређују поље примене *ratione materiae* управо на основу постојања породичног односа који

⁴⁰¹ А. Е. Von Overbeck, *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*, Recueil des cours, tome 132, 1971 - I, p. 66 ad 104. Даље Von Overbeck, *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*. Такође и Pelichet Note ad 46.

⁴⁰² Von Overbeck, *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*, loc.cit.

даје повод издржавању, а, с друге стране, изричито предвиђају да одлука о издржавању не утиче на постојање породичног односа између повериоца (детета) и дужника. На овај парадокс (поводом Конвенције Меродавно право 1973) веома уверљиво је указивао *Battifol*, наводећи да није логично одлучивати о обавези једног супружника да другом даје издржавање а да се том приликом суд уздржи од утврђивања да ли је то лице заиста његов супружник.⁴⁰³ Пренето на проблем издржавања детета, дилема се своди на једнако важно питање – како судија може одлучити о обавези родитеља да издржава дете а да претходно не утврди да ли је то лице заиста његов родитељ.⁴⁰⁴ Наиме, будући да је обавеза издржавања увек последица одређеног статусног односа између повериоца и дужника, поставља се питање колико је та аутономија широка, односно да ли се издржавање може посматрати изоловано од питања статуса.⁴⁰⁵ Управо због нераскидиве повезаности ова два питања, може се говорити о *квази аутономији* издржавања у односу на одлуку о статусу. Ова квази аутономија се може анализирати с аспекта меродавног права (Протокол 2007) и делимичног признања и извршења одлука о издржавању (Конвенција 2007).

Када је реч о односу издржавања и порекла детета у материји меродавног права, има се у виду ситуација у којој је издржавање главно питање, а порекло детета претходно.⁴⁰⁶ То може подразумевати ситуацију у којој дете пре покретања поступка о обавези издржавања има утврђен родитељско-дечји однос према дужнику, који сада посеже за материјално правном одбраном, оспоравајући своје очинство или материнство. Такође је могуће да дете покреће поступак за издржавање према (претпостављеном) оцу или мајци, при чему између њих још увек није утврђен родитељско-дечји однос, те ће се проблем порекла детета поново јавити као претходно питање. Као што је то духовито приметио *Martiny*, у односу на проблем издржавања, утврђивање порекла детета се „са главних врата међународног приватног права враћа на мала врата, овог пута као претходно питање.“⁴⁰⁷

⁴⁰³ Н. Battifol, *La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, RCDIP, 1973, p. 266.

⁴⁰⁴ У том смислу и В. Ancel, *L'internationalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions*, Mélanges Fritz Sturm (sous la direction de J-F. Gerkens, Н. Peter, Р. Trenk-Hinterberger, R. Vigneron), Volume II, Editions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, p. 1341. Даље Ancel, *L'internationalisation de l'obligation alimentaire*.

⁴⁰⁵ Martiny, *Maintenance Obligations*, p. 151.

⁴⁰⁶ О проблему претходног питања нарочито Т. S. Schmidt, *The Incidental Question in Private International Law*, Recueil des Cours, tome 233, 1992-II, pp. 305-416.

⁴⁰⁷ Martiny, *Maintenance Obligations*, p. 152.

Иако се о претходном питању говори као о ретком цвету који успева углавном у академским стакленицима,⁴⁰⁸ тај цвет није лепа већ трновита биљка.⁴⁰⁹ Као што је познато, проблем претходног питања се у домену меродавног права може решити или применом колизионе норме *lex fori* (независно везивање) или колизионом нормом *lex causae*, овде, меродавним правом за издржавање (зависно везивање). Такође, могуће је уредити претходно питање применом и унутрашњег права меродавног за главно питање.⁴¹⁰ Избор између ових решења је начелно и даље врло значајан јер у материји меродавног права за порекло детета још увек постоји примат држављанства,⁴¹¹ док је према Протоколу 2007 примена овог права тек последња могућност за дете као привилегованог повериоца, а и тада долази у обзир само ако и дете и дужник имају заједничко држављанство. Међутим, и тада од околности случаја зависи да ли може доћи до примене овог права. Другим речима, питање је да ли уопште може постојати заједничко држављанство ако порекло детета према дужнику обавезе издржавања није још утврђено. Наиме, када је дете без утврђеног родитељско-дечјег односа према дужнику издржавања, а реч је о мешовитом родитељском пару, дете и дужник, по

⁴⁰⁸ F. K. Jünger, *General Course on Private International Law*, Recueil des Cours, tome 193, 1983, p. 196.

⁴⁰⁹ Martiny, *Maintenance Obligations*, p. 225.

⁴¹⁰ *Verwilghen Rapport*, p. 436 ad 125.

⁴¹¹ У том смислу, чак и новије националне кодификације међународног приватног права предвиђају држављанство лица о чијем се материнству или очинству ради као једино решење (ЗМПП Белгије, члан 62, с тим што је за сагласност детета меродавно право његовог уобичајеног боравишта уколико га не предвиђа *lex nationalis* потенцијалног родитеља) или као прво решење у супсидијарном низу (Грађански законик Холандије, 10. књига, чл. 92-96). Такође, постоје и оне државе које предвиђају примену *lex nationalis* детета (ЗМПП Пољске, чл. 55 и 56) или у комбинацији са другим тачкама везивања (ЗМПП Турске, члан 16 - *lex nationalis* детета, уобичајено боравиште детета, *lex nationalis* мајке или оца, право државе заједничког уобичајеног боравишта мајке или оца, право државе рођења детета; ЗМПП Бугарске, члан 83 - *lex nationalis* детета, уобичајено боравиште детета у тренутку утврђивања порекла, право меродавно за личне односе родитеља у тренутку рођења детета). У старијим кодификацијама меродавно право се одређује према *lex nationalis* потенцијалног родитеља (ЗМПП Аустрије, члан 21), али има и оних које полазе од *lex nationalis* детета (Уредба са законском снагом Мађарске, члан 42, сем ако је дете зачето али још није рођено када се примењује *lex nationalis* мајке; ЗМПП Италије, члан 33, сем за брачност детета које се утврђује према *lex nationalis* једног од родитеља у тренутку рођења). ЗМПП Швајцарске, пак предвиђа право државе уобичајеног боравишта детета као меродавно, осим ако ниједан од родитеља нема пребивалиште у тој држави, а имају заједничко држављанство, када је меродаван *lex nationalis communis* (члан 68). За старије кодификације видети Живковић, *Националне кодификације*. Слично томе, и Естонија предвиђа као меродавно право државе уобичајеног боравишта детета у тренутку рођења или државе уобичајеног боравишта конкретног родитеља. Наведено према *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance*, p. 125. Насупрот свим овим државама је Финска која предвиђа примену права државе суда не само према својим држављанима него и према странцима на основу одлуке Врховног суда (Supreme Court Decision ККО 1983 II 117), наведено према *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance*, p. 125.

правилу, неће имати ни заједничко држављанство. Чак и када порекло детета буде утврђено као претходно питање, за стицање новог држављанства детета (*ius sanguinis* принцип) потребно је покренути и управни поступак пред надлежним органом, тако да у овој ситуацији примена *lex nationalis communis* на главно питање издржавања детета према Протоколу 2007 није могућа. С обзиром да суд у једном поступку одлучује и о статусу и о издржавању, он не може чекати на одлуку надлежног органа о стицању новог (заједничког) држављанства, већ ће питање издржавања решити применом права на које га упућују друге тачке везивања у супсидијарном низу (уобичајено боравиште детета или *lex fori*). То значи да ће у ситуацији када је статус претходно питање, заједничко држављанство моћи да буде примењено као последња могућност према Протоку 2007 само у две ситуације. Најпре, уколико је родитељско-дечји однос већ заснован али га дужник издржавања оспорава у поступку о издржавању. Друга ситуација подразумева да није реч о мешовитом родитељском пару, те да дете већ има заснован родитељско-дечји однос са једним родитељем (нпр. мајком) који, пак, има исто држављанство као и потенцијални родитељ (нпр. отац) против кога се поступак води, тако да је дете стицањем држављанства једног родитеља (мајке) фактички уједно стекло заједничко држављанство са другим родитељем који је дужник издржавања (отац). Дакле, оно што је основно правило у погледу питања статуса – примена права држављанства - тек је терцијарног значаја за издржавање према Протоколу 2007, а и тада су могућности за примену *lex nationalis communis* ослабљене уколико се о пореклу (по први пут) и издржавању детета одлучује у истом поступку.

Ситуација није једноставнија ни када је реч о зависном везивању. Конвенција 1956 је *прећутно* фаворизовала везивање *lex causae* тако што је предвидела да меродавно право за издржавање уређује, узмеђу осталог, *могућност и круг лица* од којих дете може тражити издржавање (члан 1 став 1).⁴¹² Пракса држава уговорница нагињала је више у корист везивања порекла детета за *супстанцијално* право које се примењује на питање издржавања детета,⁴¹³ а поједине су чак заузеле став да се питање порекла детета у оквиру Конвенције 1956 не може решити на други начин.⁴¹⁴ Ипак,

⁴¹² *Pelichet Note ad 47.*

⁴¹³ *Verwilghen Rapport*, p. 436 ad 127.

⁴¹⁴ Тако је аустријски ОГН у својој одлуци од 6. октобра 1965. године одбацио било какву могућност да се тачка везивања за порекло као претходно питање разликује од оне за издржавање и наредио оцу да плаћа издржавање детету примењујући на питање порекла право државе уобичајеног боравишта детета, иако је према националном праву оца (право Швајцарске) поступак за признање

поводом Конвенције Меродавно право 1973 јединственог става ипак није било.⁴¹⁵ Овај вид зависног везивања подржала је и Специјална комисија 1995. године.⁴¹⁶ Међутим, то није резултирало очекиваним ефектима. Специјална комисија је поново разматрала овај проблем 2003. године и договор није постигнут услед тога што је превагнуло мишљење да одлука о очинству као претходном питању не може имати дејство *erga omnes*, будући да ће бити решена независним везивањем када се јави као главно питање.⁴¹⁷ Овакав став превагнуо је и приликом усвајања Протокола 2007.⁴¹⁸

Ова оштра разлика у значаја држављанства када се ради о пореклу детета и његовом издржавању показује заправо да ће према Протоколу 2007 веома ретко доћи до примене истог права, ако се примењује независно везивање. То се може уочити и на примеру Србије. Према ЗРСЗ, за очинство или материнство меродавно је право државе чије је држављанство, у тренутку рођења детета, имало лице чије се очинство или материнство признаје, утврђује или оспорава (члан 41). С друге стране, питање издржавања детета судови у Србији треба да реше применом колизионих норми Протокола 2007. Стога, на основу независног везивања, у патернитетском (или матернитетском) спору може доћи до примене истог права ако дете има уобичајено боравиште (члан 3 Протокола 2007) у држави држављанства (претпостављеног) оца или мајке (члан 41 ЗРСЗ-а). Уколико дете не може да оствари захтев за издржавање на основу овог права, прелази се на каскадни систем (члан 4). Тада (претпостављени) отац или мајка мора бити српски држављанин јер је примена права државе суда прво решење каскадног система Протокола 2007. Ако ни ово право не гарантује детету

очинства окончан као непуноважан. *OGH of 6 October 1965*. Слично је поступио и италијански Касациони суд, *Corte di Cassazione (Italy) of 31 May 1969*. Обе одлуке наведене према *Pelichet Note ad 48*.

⁴¹⁵ Већ Француска, Шпанија и Португалија поводом Конвенције Меродавно право 1973 нису следиле зависно везивање. Видети Ph. Lortie, *Parentage and International Child Support Responses to the 2002 Questionnaire and an Analysis of the Issues*, Prel. Doc. No 4 of April 2003, p. 14 ad 33. Даље Lortie, *Parentage and International Child Support*.

⁴¹⁶ Permanent Bureau, *General Conclusions of the Special Commission of November 1995 on the operation of the Hague Convention relating to maintenance obligations and of the New York Convention of 20 June 1956 on the Recovery Abroad of Maintenance*, Prel. Doc. No 10, May 1996 ad 29-30.

⁴¹⁷ *Report on the first meeting of the Special Commission on the international recovery of child support and other forms of family maintenance (5-16 May 2003)*, Prel. Doc. No 5 of October 2003, p. 35 ad 124.

⁴¹⁸ Као што истиче Siehr, „тешко да постоји национална кодификација међународног приватног права и конвенција која се усуђује да кодификује одговор на претходно или прејудицијелно питање...“ К. Siehr, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications, de lege lata and de lege ferenda*, YPIIL, Volume 7, 2005, p. 50. Што се тиче старијих националних кодификација, једино право Мексика (члан 14 став 4 Уредбе о реформи и допуни Грађанског законика из 1987. године) и члан 6 ЗМПП Венецуеле (1998) предвиђају систем одшкринутих врата за зависно везивање. Од новијих кодификација, Холандија у члану 4 књиге 10 холандског Грађанског законика (2011) предвиђа само независно везивање.

издржавање, дете и (претпостављени) отац или мајка морају имати заједничко држављанство. Другим речима, примена истог права неће бити толико честа, посебно ако је питању је мешовити родитељски пар.

Поред тога, према Породичном закону неће се увек о обавези издржавања и пореклу детета расправљати на основу тужбе детета. У овом случају, активно процесно легитимисана лица су још и мајка детета, отац детета, лице које је покушало да призна дете, али се мајка или дете са тим нису сагласили, као и лице које тврди да је отац детета. У свим овим ситуацијама, увек постоји супарничарска заједница (нужни и јединствени супарничари, члан 256 ст. 2 до 4 Породичног закона), али суд увек одлучује *ex officio* и о издржавању детета јер мора уредити питање вршења родитељског права у које је инкорпорисана и обавеза издржавања (члан 260 став 1 Породичног закона). С обзиром да је за очинство и материнство према ЗРСЗ-у меродаван *lex nationalis* лица чије се очинство (материнство) *утврђује, оспорава* или *признаје*, поставља се питање на које се конкретно лице ова колизиона норма односи ако је реч о супарничарској заједници (странка у поступку је и отац (или мајка) чије се очинство (материнство) *оспорава*, али и лице које тражи *утврђивање* сопственог очинства (материнства). Оваква одредба може да доведе до кумулације меродавних права јер у истом поступку постоји и лице чије се очинство (материнство) утврђује и лице чије се очинство (материнство) оспорава, што није идеја на којој је заснована колизиона норма. Она би требало да води примени само *једног права*. Нацрт, с друге стране, има јаснију колизиону норму за порекло детета. Он, између осталог, предвиђа примену права државе уобичајеног боравишта или држављанства лица чије се очинство или материнство *утврђује* (члан 96 став 1 тач. б) друга алинеја).⁴¹⁹ То значи да би у случају када поступак покрене треће лице које тражи истовремено утврђивање свог очинства (материнства) и оспорава туђе, само његово национално право било меродавно, без обзира што је то у исто време и поступак којим се оспорава већ постојеће брачно или вабрачно очинство другог лица. Занимљиво је да дете не може остати без издржавања ако поступак покрене ово (треће) лице јер се његова тужба у погледу оспоравања очинства (материнства) лица са којим је већ успостављен

⁴¹⁹ Нацрт, најпре, предвиђа примену права уобичајеног боравишта детета као основно колизионо решење (члан 96 став 1 тач. а). Право државе уобичајеног боравишта или држављанства лица чије се очинство или материнство утврђује или право државе чије је дете држављанин постаје меродавно ако је то у најбољем интересу детета (алтернативно везивање, члан 96 став 1 тач. б). Релевантан тренутак за одређивање меродавног права је тренутак покретања поступка (члан 96 став 2).

родитељско-дечји однос одбацује ако се докаже да он није биолошки родитељ детета, те се родитељско-дечји однос се не мења и дужник издржавања остаје исти.⁴²⁰ Насупрот томе, успешно оспорено материнство значи да се успоставља нови родитељско-дечји однос са мајком, а дете може остати без утврђеног порекла према оцу, сем када је биолошка мајка детета у време рођења или зачећа детета била у браку.⁴²¹ У случају када дете остаје без утврђеног порекла према оцу, дужник издржавања постаје само мајка јер дете има утврђено порекло само према њој.

Када се ради о начину решавања порекла детета као претходног питања у материји меродавног права, према Породичном закону, постоји процесна одредба која може одредити став о примени зависног или независног везивања. Реч је о принципу *нарочите хитности* поступка у спору за издржавање детета (члан 280 став 1 Породичног закона). Сви остали поступци који се односе на дете, те и спор о материнству или очинству, спадају у *хитне* поступке (члан 204 став 1 Породичног закона). Ипак, ако се о оба питања одлучује у једном поступку, онда би строже начело које важи за спор о издржавању фактички однело *превагу* над начелом хитности у спору о очинству или матринству јер се другачије о издржавању не би могло одлучити на нарочито хитан начин. У том смислу, могло би се сматрати да решавање претходног питања применом *супстанцијалног* права државе чије је право меродавно за издржавање детета може бити у функцији ове нарочите хитности. Имајући у виду да Протокол 2007 у корелацији са нормама о директној надлежности треба што чешће да доводи до примене права државе суда, онда се применом права меродавног за издржавање и на питање статуса детета избегава сазнање страног права до којег би најчешће долазило применом држављанства као тачке везивања за питање статуса детета. С обзиром да се овај поступак води паралелно са спором о издржавању у коме се меродавно право одређује према принципу *in favorem creditoris* (Протокол 2007), можда би се исти принцип онда могао проширити и на одређивање меродавног права

⁴²⁰ Како се наводи у доктрини, у поступку покренутом овом тужбом никада не би могла да буде донета пресуда којом се усваја тужба за оспоравање очинства, а одбија тужба за утврђивање очинства. У случају да се испостави да тужилац није родитељ, тужба се у делу који се односи на утврђивање његовог очинства одбија, а одбацује у делу о оспоравању очинства другог лица због недостатка правног интереса. Исто правило важи без обзира да ли се оспорава брачно очинство или ванбрачно очинство које је утврђено признањем или судском одлуком. Исто правило важи и када материнство оспорава жена која себе сматра мајком детета. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2011, стр. 200-201 и 214-220. Даље Драшкић, *Породично право*.

⁴²¹ Драшкић, *Породично право*, стр. 191.

за порекло детета, као што то примећује и *Lagarde*.⁴²² То би у оквиру проблема претходног питања могло значити да треба оставити одшкринута врата и за примену супстанцијалног права меродавног за издржавање али и за право које одређује колизиона норма тог права (*lex causae*).⁴²³ Такав став је у сагласности и са мишљењем по коме не треба да постоји *a priori* решење у корист било ког начина везивања, већ треба наћи најпогодније решење у сваком конкретном случају.⁴²⁴ Чак и они писци који се залажу за унутрашњу хармонију посредством независног везивања, признају могућност одступања ако треба постићи одређени материјалноправни резултат.⁴²⁵ Како се наводи у домаћој доктрини, дејство одлуке о пореклу детета као претходном питању може зависити од процесне домишљатости странака односно става самог суда.⁴²⁶ Такво решење оставља простора за флексибилнији начин решавања претходног питања.⁴²⁷

Ипак, у данашње време када се често као *доказно средство* у споровима о очинству или материнству примењује ДНК анализа,⁴²⁸ избор у погледу зависног или

⁴²² P. Lagarde, *Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des question alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé*, *Conflicts et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 512-513. Даље Lagarde, *Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des question alimentaires*.

⁴²³ *Ibidem*. Такође и A. E. Von Overbeck, *Les nouvelles Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires*, *Annuaire suisse de droit international*, 1973, p. 148.

⁴²⁴ H. Batiffol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, 8è édition, Paris, 1993, p. 312.

⁴²⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9è édition, Dalloz, 2007, p. 251 и фуснота 2. Иако проблем претходног питања Mayer и Heuzé (Озе) решавају прилагођавањем у суштини је идеја иста - они сматрају да треба изабрати оно (претпостављено) решење које би законодавац предвидео да је имао у виду конкретну ситуацију. P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, 10è édition, Paris, 2010, p. 191 ad 264.

⁴²⁶ Тако, ако одлука о претходном питању улази у диспозитив одлуке (инцидентална тужба или прејудицијелна противтужба), претходно питање треба решавати зависним везивањем. Насупрот томе, независно везивање треба применити ако суд прекине поступак док о претходном питању не одлучи надлежни орган или одлучује о претходном питању по сопственој иницијативи, као и у свим случајевима када одлука о претходном питању не улази у диспозитив пресуде. Г. Кнежевић, *Претходно питање у међународном приватном праву*, *Анали Правног факултета у Београду*, број 3-4, 1994, стр. 320.

⁴²⁷ У том смислу, већина држава која је одговорила на упитник Хашке конференције је навела да примена меродавног права на питање порекла детета које је другачије од оног које предвиђа њихова колизиона норма не спречава признање одлуке у тој држави (Аустралија, Аустрија, Бугарска, Естонија, Хрватска, Кипар, Финска, Израел, Јапан, Холандија, Норвешка, Панама, Филипини, Пољска, Шведска. Lortie, *Parentage and International Child Support*, p. 16 ad 37. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance*, Prel. Doc. No 2 of April 2003, p. 151 et seq.

⁴²⁸ ДНК анализу дозвољавају све државе које су одговориле на упитник Хашке конференције из 2002. године о новом глобалном инструменту о међународном остваривању издржавања деце и других облика издржавања у породици (Немачка, Аустралија, Аустрија, Бугарска, Канада, Чиле, Кина-Хонг Конг, Кипар, Хрватска, Данска, Естонија, САД, Финска, Француска, Израел, Јапан, Луксембург, Малта, Норвешка, Нови Зеланд, Панама, Холандија, Филипини, Пољска, Чешка, Румунија, УК-Енглеска и Велс, Шкотска, Словачка, Шведска, Швајцарска). *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning*

независног везивања не мора водити различитим мериторним резултатима као у време Конвенције 1956 или Конвенције Меродавно право 1973.⁴²⁹ Стога, избор између зависног или независног везивања (односно колизиони сукоб) може довести до различитих решења поводом више питања - претпоставке брачног очинства или материнства⁴³⁰ или претпоставке о ванбрачном очинству на основу периода зачећа⁴³¹ или начина признања очинства или материнства.⁴³² У случају забране утврђивања очинства,⁴³³ сасвим је извесно да би примена такве одредбе страног права била одбијена на основу клаузуле јавног поретка и питање би се решило на основу *lex fori*. Уколико би се, пак, законска претпоставка о очинству или материнству оспорила, по правилу би се порекло детета опет утврђивало ДНК анализом,⁴³⁴ додуше не увек без изузетка.⁴³⁵

a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, Prel. Doc. No 2 of April 2003.

⁴²⁹ Чешка, Немачка и Словачка, поред ДНК теста, користе и испитивање крвних група и фактора. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance*, Prel. Doc. No 2 of April 2003, p. 10 ad 29 (фуснота).

⁴³⁰ Тако, на пример, Бугарска предвиђа претпоставку о очинству уколико је дете рођено у току трајања брака или у року од 300 дана након његовог престанка. Ако мајка у току овог последњег рока склопи нови брак и дете се роди у току његовог трајања, нови супружник се сматра његовим оцем. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance*, Prel. Doc. No 2 of April 2003, p. 123. Према Породичном закону, оцем детета рођеног у браку сматра се муж мајке детета (члан 45 став 1); оцем детета које је рођено у року од 300 дана од дана престанка брака сматра се муж мајке детета из тог брака ако је брак престао смрћу мужа и ако мајка није склопила нови брак у том року (члан 45 став 2); оцем детета које је рођено у новом браку сматра се муж мајке детета из тог брака (члан 45 став 3).

⁴³¹ За овај тип издржавања везује се морална компонента с обзиром да се њоме санкционише мушкарац који би покушао да издејствује да у издржавању детета учествује само мајка јер се не зна да ли је он прави отац. Белгија предвиђа обавезу издржавања деце на основу претпоставке очинства, засновано на законском периоду зачећа, чак и без утврђивања билошког сродства. Сличну обавезу предвиђа и право Грчке. Видети International Network of Lawyers, *Le recouvrement des pensions alimentaires en Europe (L'étude a été préparé à la demande de la Commission Européenne, Direction Générale de la justice et des affaires intérieures)*, p. 13, доступно на http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_maintenance_claims_fr.pdf (30.12.2013).

⁴³² Сагласност детета и мајке мора бити дата истовремено са признањем оца или накнадно. Сагласност детета се некада замењује сагласношћу заступника уколико дете није способно да формира сопствено мишљење (у том смислу постоје системи који предвиђају претпоставку да дете може дати сагласност уколико је достигло одређени узраст). Lortie, *Parentage and International Child Support*, p. 6.

⁴³³ Углавном су то државе шеријатског права. Видети Б. Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад, 2000, стр. 179. Даље Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*.

⁴³⁴ Док је већина држава навела у одговору на упитник Хашке конференције да употреба различитих метода за утврђивање порекла детета нема утицаја на признање и извршење одлуке о издржавању, у Швајцарској је, на пример, чак супротно јавном поретку ако се порекло не утврђује ДНК анализом и могла би се одбити страна одлука којом је на неки други начин, који право ове државе не познаје, утврђено очинство или материнство. У Данској би се, пак, испитивало да ли је *употреба* метода и *примена* меродавног права у држави порекла одлуке приликом утврђивања порекла детета била

Генерално посматрано, у националним колизионим нормама за утврђивање очинства или материнства постоје два основна решења – одређивање меродавног права преко везе са (потенцијалним) родитељем или везивањем колизионе норме за одређену чињеницу у погледу детета (најчешће његово држављанство). Што се тиче права Србије, важећа колизиона норма одређује меродавно право преко држављанства лица чије се очинство, утврђује, оспорава или признаје. У том смислу, умесно је запитати се ко је заправо централна фигура у поступку утврђивања очинства или материнства - родитељ или дете? Родитељско-дечји однос, између осталог, садржи и *право детета да зна своје порекло*, што је очигледно право детета, а не право родитеља. О томе говори и члан 7 Конвенције о правима детета који управо предвиђа да дете „...уколико је то могуће, има право да зна ко су његови родитељи...“ Наравно, ово право није апсолутно, и највећа ограничења су у материји усвојења.⁴³⁶ Ипак, то не мења правну природу питања порекла детета као његовог права.

Све хашке конвенције о заштити деце приликом одређивања меродавног права полазе управо од детета. Конвенција 1996 то чини преко основне норме о надлежности на основу паралелизма надлежности и меродавног права (уобичајено боравиште детета). Слично томе, и Протокол 2007 полази од уобичајеног боравишта детета приликом одређивања меродавног права. Иако обе конвенције предвиђају изузетке, они су увек у функцији заштите најбољег интереса детета. У свим овим случајевима, поступак се најчешће тиче одговорности или обавезе другог лица – у случају родитељске одговорности, може се тражити да други родитељ не учествује у вршењу права на старање или се може покренути поступак за лишење родитеља права на старање; у спору о издржавању, реч је најчешће о обавези родитеља. Ипак, ни у једном

ваљана. У Канади је одбијање признања могуће само ако је метод супротан јавном поретку. Lortie, *Parentage and International Child Support*, p. 16 ad 37.

435 У том смислу, својевремено је Европска комисија за људска права заузела став да одбијање суда да спроведе ДНК анализу не мора да представља кршење члана 8 Европске конвенције ако је суд утврдио да околности случаја нису такве да озбиљно доводе у сумњу брачно очинство засновано на законској претпоставци. Касније је ЕЦтHR да прихватио став по коме биолошка и друштвена реалност треба да превагну над правним претпоставкама и потрагом за правном сигурношћу односа тако да било која претпоставка очинства мора бити подобна за обарање. Видети пресуду *Kroon and others v. the Netherlands*, 27 October 1994 (18535/91) и генерални став ЕЦтHR о употреби ДНК у Committee of expert on family law (CJ-FA) working party on the new legal instrument(s) on the rights and legal status of children and parental responsibilities (CJ-FA-GT3), *Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the field of parental testing/DNA testing/compulsory testing/any other testing*, Strasbourg, 13 August 2010, доступно на http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA-T3%20_2010_%201%20%20Jurisprudence%20of%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf (10.03.2014).

⁴³⁶ О овом проблему је детаљно писала Г. Ковачек-Станић, *Право детета да зна своје порекло*, Нови Сад, 1997, стр. 1-220.

случају се меродавно право не одређује на основу уобичајеног боравишта или држављанства родитеља већ преко одређене чињенице која је везана за дете управо зато што су сва ова питања првенствено посматрана као *право детета* односно да је то њихова доминантна правна природа. Стога, ако су и родитељска одговорност и издржавање дефинисани међународним правом као *право детета*, чини се да би онда било могуће да се и колизиона норма за порекло детета, које је такође признато као право детета, одређује управо преко чињенице (држављанство, уобичајено боравиште) која указује на везу са *дететом*. У том смислу, решење ЗРСЗ-а које, као што је наведено, инсистира само на држављанству лица о чијем се очинству или материнству ради делује као анахроно решење.⁴³⁷ Насупрот томе, Нацрт полази управо од уобичајеног боравишта детета као основне тачке везивања, а друге могућности (држављанство детета, држављанство или уобичајено боравиште потенцијалног родитеља) долазе у обзир само ако су повољније за дете (члан 96 став 1 Нацрта). На сличној идеји су заснована и колизиона решења садржана у двостраним уговорима које је Србија закључила, а који предвиђају примену права државе чији је дете држављанин.⁴³⁸

⁴³⁷ Што је већ критиковано и у старијој литератури, али не с аспекта порекла као права детета већ из угла заштите интереса детета. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 139 *ad* 2. Даље Дика, Кнежевић, Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*.

⁴³⁸ Видети члан 38 Уговора о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске (1956) – (*Сл. лист ФНРЈ – додаток бр.1/1957*), члан 28 Уговора о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке (*Сл. лист СФРЈ – додаток бр.13/1964*), члан 22 Конвенције о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке (*Сл. лист ФНРЈ – додаток бр.7/1960*), члан 28 Уговора о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске (*Сл. лист ФНРЈ – додаток бр.5/1963*), члан 26 Уговора о правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике (*Сл. лист ФНРЈ – додаток бр.8/1961*), члан 26 Уговора о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР (*Сл. лист ФНРЈ, додаток бр.5/1963*) који су преузеле Русија и Украјина и члан 35 Уговора о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске Народне Републике (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр.7/1982*). Само уговор са Француском предвиђа да је за оспоравање брачног очинства меродавно право које се примењује на дејства брака (члан 5 Конвенције о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике, *Сл. лист СФРЈ, бр. 55/72*), док је за утврђивање ванбрачног очинства меродаван *lex nationalis* детета у тренутку рођења или, ако је то повољније за дете, у тренутку признавања или доношења одлуке (члан 11 став 1). Међутим, с аспекта једнакости брачне и ванбрачне деце које прокламује и Конвенција о правима детета и члан 8 Европске конвенције, укључујући и пресуду *ECtHR* у случају *Marckx (Marckx contre Belgique, 13 juin 1979, n° de requête 00006833/74)*, постојање различитих колизионих норми за утврђивање порекла детета у зависности од тога да ли је оно брачно или ванбрачно изгубило је своје оправдање. Стога би било добро преиспитати са Француском ове одредбе. Коначно, у уговору са Мађарском је питање меродавног права за порекло детета уређено правом државе уговорнице чији је дете држављанин или ако има пребивалиште у другој уговорници, правом те државе ако је повољније за дете (члан 32 став 1).

Проблем претходног питања се у оквиру Конвенције 2007 везује за могућност делимичног признања одлуке о издржавању (члан 21). Ова одредба је значајна посебно у односу на оне државе које не дозвољавају одлучивање о пореклу детета као о претходном питању, већ инсистирају на дејству такве одлуке *erga omnes*. У ову групу држава спада и Србија, барем судећи по ставу судске праксе да се о очинству или материнству не може одлучивати као о претходном питању.⁴³⁹ Делимично признање треба у овим случајевима да омогући признање и извршење одлуке о издржавању без потребе да се суд изјашњава о делу одлуке који се односи на порекло.⁴⁴⁰ Дакле, ако је одлука о статусу детета садржана у одлуци о издржавању са дејством само за обавезу издржавања, наш јавни поредак не би могао да делује и одбије признање одлуке о издржавању само зато што је о пореклу одлучено као о претходном питању. Међутим, ако је одлука о пореклу детета садржана у диспозитиву, онда она мора да прође кроз посебну проверу услова из ЗРСЗ-а (чл. 93, 94 и 95). Евентуално одбијање признања би онда би значило и одбијање признања одлуке о издржавању јер је отпао правни основ ове обавезе.

Признање, пак, статусне одлуке која се односи на нашег држављанина (члан 93 ЗРСЗ-а) подразумева контролу и посредног изигравања закона, тако што се врши провера еквиваленције мериторног резултата добијеног применом страног права и оног који би био добијен применом одговарајућег прописа Србије (који је и иначе требало применити). Овакво решење, као што је већ наведено, није уобичајено у упоредном праву и већина држава не одбија признање одлуке о пореклу детета на којој је заснована обавеза издржавања услед примене одређеног меродавног права, већ у односу на то да ли је реч о претходном питању у материји надлежности.⁴⁴¹

С друге стране, пак, имајући у виду да је утврђивање порекла детета заправо *остваривање једног од права детета*, одбијање признања услед некомпатибилности решења меродавног права и нашег Породичног закона, долази у колизију са принципом најбољег интереса детета. Зато је ова одредба ЗРСЗ-а анахрона, те је Нацрт ни не предвиђа. Поред тога, члан 93 ЗРСЗ-а се у овом смислу не уклапа ни у принцип *in favorem creditoris*, који би требало да има свој утицај управо на одређивање меродавног права у погледу порекла детета, не само као претходног питања, већ и као главног питања.

⁴³⁹ Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 197.

⁴⁴⁰ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 86 *ad* 438.

⁴⁴¹ Видети *supra* стр. 155 *ad* 427 (фуснота).

ГЛАВА II

ЗАШТИТА НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА И МЕТОД УНИФИКАЦИЈЕ

1. Међународна надлежност

Питање међународне надлежности уређено је методом унификације у Конвенцији 1996 и Конвенцији 2007, али на различите начине. Конвенција 1996 представља једину дуплу конвенцију (*convention double*) хашког система. Поред тога, и у погледу материје коју уређује, Конвенција 1996 је најамбициознија. С једне стране, она се, у поређењу са свим својим претходницама (Конвенција 1902 и Конвенција 1961), односи на знатно већи број мера за заштиту. С друге стране, то је једина конвенција хашког система која унификује три основне целине међународног приватног права – надлежност, меродавно право и признање и извршење мера за заштиту. Стога је материја родитељске одговорности и мера за заштиту деце најпотпуније уређени део хашког система. Насупрот томе, Конвенција 2007 је *convention simple* јер садржи норме само о индиректној надлежности. Међутим, оне ипак могу имати значајан посредни утицај и на директну надлежност.⁴⁴²

У погледу заштите најбољег интереса детета, у Конвенцији 1996 створен је систем директне надлежности који се заснива на принципу *forum proprio*, у који се уклапа и норма о негативној надлежности Конвенције 2007 као пандан директној надлежности. Овај принцип се, најпре, испољава у виду заштите најбољег интереса детета *in abstracto*, али се нормама о надлежности може заштитити и најбољи интерес конкретног детета. У материји издржавања, Конвенција 2007 предвиђа критеријуме индиректне надлежности. Поред тога, она омогућава да се о издржавању детета одлучи, између осталог, у истом споровима који спадају у поље примене Конвенције 1996 на основу атракције надлежности. Иако Конвенција 2007 не уређује питање порекла детета, посредством одредбе о атракцији надлежности она, ипак, повлачи

⁴⁴² Видети детаљно *infra* стр. 195.

јасну линију раздвајања између прихватљивих и неприхватљивих критеријума директне надлежности за ову врсту спорова.

*1.1. Директна надлежност - *forum proprio* као заштита најбољег интереса детета*

*1.1.1. Категоријална конкретизација (заштита *in abstracto*)*

Категоријална конкретизација принципа најбољег интереса детета се у Конвенцији 1996 врши одређивањем уобичајеног боравишта детета као критеријума за редовно надлежни суд односно присуства детета у случају посебне категорије деце као алтернативе уобичајеном боравишту (А). Такође, овај вид заштите детета *in abstracto* обухвата и правила о литиспенденцији спречава доношење контрадикторних одлука о заштити детета (Б), као и о надлежности за привремене и хитне мере у ситуацији када заштита детета не може да чека одлуку редовно надлежног суда (В).

А) Уобичајено боравиште детета и присуство детета као алтернатива

Полазећи од става да се на тај начин најбоље штити интерес детета, основни критеријум надлежности према Конвенцији 1996 је уобичајено боравиште детета (члан 5 став 1). Томе се у прилог могу навести два најважнија разлога. Први се односи на чињеницу да је држава уобичајеног боравишта детета она држава у којој дете има свој дом. Самим тим, овај критеријум указује на висок степен интегрисаности детета у одређену средину и омогућава заснивање надлежност управо оног суда који је у најближој вези са дететом. На тај начин, он је и најпогоднији да утврди, размотри и оцени ситуацију у којој се дете налази у односу према породици или широј друштвеној средини, у зависности од тога да ли се дете штити у оквиру породице (овлашћења и дужности родитеља) или у односу на ту исту породицу (старатељство, хранитељство и сличне установе). Истовремено то је суд који може најефикасније да утврди шта је најбољи интерес детета у конкретној ситуацији с обзиром да су му докази, по правилу, лако доступни те може несметано да спроведе доказни поступак, а такође, према потреби, и да прибави мишљење детета.

У сваком случају, надлежност на основу уобичајеног боравишта детета је увек *редовна надлежност* јер суд може да предузме све врсте мера које су неопходне за заштиту детета – мериторне (трајне), привремене или хитне мере. Насупрот томе, друге

државе уговорнице могу да предузимају само привремене (члан 12) или хитне мере (члан 11). Одступања од овог правила, на основу којих суд друге државе уговорнице стиче надлежност да одлучује о трајним мерама за заштиту, могућа су у два случаја. Најпре онда када долази до уступања надлежности (трансфера) с тим што је домашај овог изузетка ублажен чињеницом да је чак и тада суд државе уобичајеног боравишта „господар“ своје надлежности – од њега зависи да ли ће иницирати трансфер (члан 8), односно да ли ће, с друге стране, дозволити уступање, ако то до њега тражи суд друге државе уговорнице (члан 9). Стога, једини прави изузетак подразумева конкурентну надлежност суда који одлучује о брачном спору родитеља детета, с обзиром да је он апсолутно самосталан у оцени испуњености услова за атракцију надлежности у погледу родитељске одговорности (члан 10). Управо из наведених разлога, надлежност на основу уобичајеног боравишта детета, према речима *Nygha*, је „истовремено и укључујућа и искључујућа“.⁴⁴³ Међутим, врло је важно истаћи да су оба ова примера заправо корекција апстрактне претпоставке да је суд уобичајеног боравишта детета увек и *forum proprio*. Стога се на основу оба ова изузетка директна надлежност прилагођава принципу најбољег интереса детета *in concreto*.

У погледу могућности да се *редовна* надлежност према деци која немају уобичајено боравиште у конкретној држави уговорници заснује на основу националних норми о надлежности, Конвенција 1996 ћути. У доктрини је заступљено мишљење да би одговор на ову дилему могао бити позитиван.⁴⁴⁴ Ипак, може се у исто време поставити и питање о прихватљивости овако засноване надлежности с аспекта најбољег интереса детета. Наиме, будући да дете остаје ускраћено за конвенцијску заштиту јер се одлука не може признати према олакшаном систему Конвенције 1996, излазак из конвенцијског оквира очигледно није у складу са принципом најбољег интереса детета.

Конвенција 1996 не предвиђа правило о устаљивању надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета (сем у случају отмице деце, члан 7),⁴⁴⁵ полазећи од идеје да у случају законитог пресељења детета најбољи интерес детета може најефикасније

⁴⁴³ Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 14.

⁴⁴⁴ *Lagarde Report*, p. 553 ad 39.

⁴⁴⁵ С обзиром да се ова одредба директно надовезује на Конвенцију 1980 и да њено разматрање ван тог контекста не би било потпуно, о проблему ће бити више речи у делу о односу Конвенције 1980 и Конвенције 1996, видети *infra* стр. 316.

заштитити суд новог уобичајеног боравишта (члан 5 став 2).⁴⁴⁶ У случају да је поступак у држави претходног боравишта детета још увек у току, па се у држави његовог новог уобичајеног боравишта накнадно поднесе тужба, до изражаја долази правило о литиспенденцији у корист суда државе новог уобичајеног боравишта (члан 13). Ипак, можемо запитати да ли је окончање поступка пред судом државе претходног уобичајеног боравишта заиста у најбољем интересу детета, посебно ако је већ у поодмаклој фази. Поводом овог питања, треба разликовати две ситуације. Најпре, у случају да је ново уобичајено боравиште засновано у *држави уговорници*, решење би се могло наћи у трансферу надлежности.⁴⁴⁷ Насупрот томе, ако би промена уобичајеног боравишта указивала на државу неуговорницу, поступак би се евентуално могао наставити с позивом на националне норме о међународној надлежности,⁴⁴⁸ али би тако донета одлука морала да прође контролу система признања и извршења страних одлука државе новог уобичајеног боравишта детета (неуговорнице).

Но, да ли би установа *perpetuatio jurisdictionis* у смислу општег правила (а не само у случају отмице), имала значај с аспекта Конвенције 1996, тим пре што је то питање било разматрано приликом њеног доношења?⁴⁴⁹ Следећи хипотетички пример би у том смислу могао бити илустративан.⁴⁵⁰ Емилији, тек дипломираном правнику из Србије, одобрен је стаж на Хашкој конференцији где ће провести годину дана. У Хагу упознаје Дорјана, студента докторских студија из Мађарске, који је ту да би слушао летњи семинар из међународног приватног права. Убрзо се заљубљују, а након пар година склапају и брак, одлучивши да заједнички живот наставе у Мађарској. Добијају ћерку, Клару, и када је она напунила 4 године, брак доживљава озбиљну кризу и Емилија и Дорјан се разводе у Мађарској. Одлуком суда, Емилија добија самостално вршење родитељског права, а Дорјану припада право на виђање. Након 6 месеци,

⁴⁴⁶ 1996 *Practical Handbook*, p. 22 ad 4.10. То ипак не значи да постоји устаљивање надлежности јер је суд државе претходног уобичајеног боравишта променом уобичајеног боравишта детета постао ненадлежан, упркос томе што је надлежност поново стекао трансфером, већ је то пример одступања од правила о литиспенденцији. *Lagarde Report*, p. 555.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ 1996 *Practical Handbook*, p. 23 ad 4.11.

⁴⁴⁹ То је био предлог представника САД-а који остали учесници нису прихватили. *Actes et documents de la dix-huitième session*, 1996, Tome 2, pp. 195-196. Такође и *Lagarde Report*, p. 553.

⁴⁵⁰ Пример је конструисан на основу сличног који је дала L. Silberman, *The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children: A Perspective from the United States*, Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr (eds. J. Basedow et al), T.M.C. Asser Press, Netherland, 2000, pp. 711-712. Даље Silberman, *The 1996 Convention*.

Емилија добија посао у Хагу, где заснива уобичајено боравиште заједно са Кларом. Убрзо, она покреће поступак у Хагу за измену одлуке о праву на виђање које има Дорјан јер жели да га ограничи. У оваквој ситуацији, *perpetuatio jurisdictionis* (који је према америчком предлогу, требало да траје 2 године) би смањио ризик да се покретањем поступка у држави новог уобичајеног боравишта добије нови мериторни резултат до кога не би дошло у држави претходног уобичајеног боравишта. Наиме, Емилија не тражи измену одлуке о праву на виђање зато што су се околности битно промениле већ зато што једноставно жели да дете има мање контаката с оцем. Осим тога, с обзиром да је у овом примеру Клара дуже живела у Мађарској (4 године) него у Холандији (нешто више од годину дана), поставља се питање и да ли њен најбољи интерес може ефикасније да процени суд Мађарске или суд Холандије, тим пре што Дорјан и даље живи у Мађарској и одржава контакт са Кларом.⁴⁵¹ Амерички предлог је у том смислу занимљив зато што би усвајање рока од 2 године (или другог сличног рока) могло да се тумачи и као претпоставка да се након тог периода дете без сумње потпуно интегрише у нову средину, тако да сада оцену његовог најбољег интереса ефикасније може да изврши суд новог уобичајеног боравишта. С обзиром да је и за заснивање новог уобичајеног боравишта детета, по правилу, потребан одређени временски период *боравка* у новој држави, задржавање надлежности би значило да интеграција детета у нову средину (као услов за стицање новог уобичајеног боравишта) још увек не мора да буде изражена у степену који би аутоматски подразумевао да интерес детета најбоље може да процени суд државе новог уобичајеног боравишта. То би, пак, пољуљало основну претпоставку на којој се заснива не само цела Конвенција 1996, већ и концепт уобичајеног боравишта детета (који указује на висок степен његове интегрисаности у одређену средину). Једино одступање везано је за отмицу деце зато што је промена последица незаконитог понашања одраслог лица, што се мора санкционисати, осим ако се накнадном сагласношћу лица од кога је дете одведено ова незаконитост отклони. Изузев тог случаја, несумњиво је да, по правилу, надлежност на основу новог уобичајеног боравишта коју предвиђа Конвенција 1996, заиста значи да је одлучивање о заштити детета поверено суду баш оне државе уговорнице који најадекватније може да процени

⁴⁵¹ Амерички предлог се и односио на ситуацију када након промене уобичајеног боравишта детета, један родитељ и даље живи у држави дететовог претходног уобичајеног боравишта и остварује своје право на виђање детета. *Supra ad 449* (фуснота).

најбољи интерес детета. С обзиром да је ова претпоставка оборива, она може бити коригована установом трансфера надлежности.⁴⁵² Поред тога, постоји још један разлог зашто Хашка конференција није усвојила предлог о устаљивању надлежности. Опште уверење приликом разматрања овог предлога било је да ће држава новог уобичајеног боравишта мењати одлуку донету у држави претходног уобичајеног боравишта само ако су се околности промениле.⁴⁵³ У нашем случају Дорјана и Кларе (и у свим сличним ситуацијама), проблем надлежности за одлучивање о измени претходне одлуке би се могао решити управо трансфером надлежности (холандског суда у корист суда у Мађарској) с обзиром да је реч о држави са којом дете има „значајне везе“ (члан 9 став 1 Конвенције 1996). При томе, у сваком случају законите промене уобичајеног боравишта детета, (али и трансфера надлежности и атракције поводом брачних спорова), важи правило да мера која је већ донета наставља да се примењује, све док је надлежни орган не укине или не измени (члан 14 Конвенције 1996).

Као што можемо видети, Конвенција 1996 нуди друга решења којима се постиже исти резултат који би постојао у случају *perpetuatio jurisdictionis* – заштита деце од евентуалних манипулација родитеља инспирисаних променом уобичајеног боравишта детета.

Коначно, алтернатива уобичајеном боравишту детета за заснивање *редовне надлежности* у случају деце избеглица, међународно расељене деце и деце без уобичајеног боравишта је њихово *присуство* у држави уговорници (члан 6). Наиме, када је реч о овој посебној категорији деце, суд њиховог уобичајеног боравишта, услед ванредних околности, или више није *forum proprio* за заштиту најбољег интереса детета (деца избеглице и међународно расељена деца) или је уобичајено боравиште детета као критеријум надлежности потпуно неприменљив (деца без уобичајеног боравишта).

Ипак, заштита деце се у овом случају не исцрпљује само одређивањем критеријума надлежности. Наиме, према Конвенцији 1996, категорија деце која су због ванредних околности била принуђена да напусте државу свог уобичајеног боравишта, не обухвата само децу избеглице, што би било класично решење, већ и међународно расељену децу. Термин *међународно расељена деца* омогућава да се обухвати шири

⁴⁵² *Lagarde Report*, p. 561.

⁴⁵³ *Lagarde Report*, p. 555.

круг деце него што би то био случај на основу статуса избеглице према националним законодавствима држава уговорница.⁴⁵⁴ Укључивање ове категорије деце резултат је сарадње Хашке конференције са Уједињеним нацијама.⁴⁵⁵ Наиме, приликом израде Конвенције 1996, УН су скренуле пажњу да су честе ситуације да државе уточишта поштравањем услова за стицање овог статуса избегавају да деци, у том правном вакууму, обезбеде заштиту коју би иначе имала као избеглице, а тај статус дете још увек није добило.⁴⁵⁶ Заправо, реч је о деци која су државу свог уобичајеног боравишта морала да напусте услед немира (*disturbances*). Поводом тумачења појмова и израза којима се означавају ове посебне категорије деце (избеглице и међународно расељена лица), Хашка конференција је упутила на аналогну примену⁴⁵⁷ Извештаја Радне групе о примени Конвенције 1993 на децу избеглице.⁴⁵⁸ Међутим, овај документ изричито укључује само ону децу која су морала да напусте своју државу услед рата, оружаних сукоба или кршења људских права.⁴⁵⁹ Овакво уже тумачење је, без сумње, оправдано у контексту међународног усвојења, будући да се њиме ствара трајна веза између детета (усвојеника) и родитеља (усвојитеља), те да разлог за то могу бити само околности које или дуже трају или су трајне. То су управо рат, оружани сукоби и кршење људских права. Насупрот томе, члан 6 Конвенције 1996 могао би да обухвати и ону децу која су међународно расељена услед природних катастрофа (разорни пожари, поплаве, земљотреси, цунами, нуклеарне и друге еколошке катастрофе) у држави њиховог уобичајеног боравишта. Но, с обзиром да су оне углавном привременог карактера, по правилу, не би било оправдано покретати поступак међународног усвојења. Ипак, у

⁴⁵⁴ Будући да се и Конвенција о правном положају избеглица (1951, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 7/60) са Протоколом (1967, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 15/67) односи само на ужу категорију деце – ону која су званично стекла статус избеглице, а не и на међународно расељену децу (која још немају статус избеглице). Видети Permanent Bureau, *Revised draft Practical Handbook on the operation of the 1996 Hague Protection of Children Convention*, Preliminary Document No 4 of May 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011 on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, p. 23 *ad* 4.13,

доступан на http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5535&dtid=2 (21.06.2013).

⁴⁵⁵ Односно са Високим комесаром Уједињених нација за избеглице.

⁴⁵⁶ Само у Финској годишње борави преко 1000 деце која нису у пратњи пунолетног лица. Извештај Финске за *CEFL*: K. Kurki-Suonio, National Report: Finland, *Parental Responsibilities*, p. 1, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Finland-Parental-Responsibilities.pdf>.

⁴⁵⁷ *Lagarde Report*, p. 555, такође и *1996 Practical Handbook*, Chapter 13, p. 161.

⁴⁵⁸ *Report of the Working Group of April 1994 to study the application to refugee children of the Intercountry Adoption Convention*,

доступан на http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=932&dtid=2 (15.10.2013)

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

контексту Конвенције 1996, флексибилније тумачење би било оправдано јер је овој деци потребна заштита у држави у којој су присутна и то не само у погледу алтернативне бриге (старатељство, хранитељство), већ и овлашћења и дужности родитеља.⁴⁶⁰

У сваком случају, ова категорија не обухвата случајеве напуштене деце или оне која су побегла од куће.⁴⁶¹ Наиме, надлежност на основу присуства у држави уговорници у случају избеглица и међународно расељене деце подразумева надлежност за предузимање свих врста мера за заштиту, док у односу на напуштену децу или ону која су у бекству од куће она може да послужи само за одређивање привремених или, најчешће, хитних мера. Другим речима, у односу на међународно расељену децу, надлежност на основу њиховог присуства представља општу надлежност (за све врсте мера за заштиту) у виду *forum necessitatis* (изузетна надлежност),⁴⁶² при чему се довољна веза са државом уговорницом остварује присуством и потребом за (било којом) мером за заштиту из опсега Конвенције 1996. Напослетку, уколико уобичајено боравиште стекне дете које га није имало, онда престаје надлежност на основу присуства, а истовремено се заснива општа надлежност на основу његовог уобичајеног боравишта у држави уговорници Конвенције 1996.

Б) Литиспенденција и најбољи интерес детета

Конвенција 1996 садржи и одредбу о сукобу паралелних поступака о истој ствари између истих странака, као и одредбе о решавању сукоба између већ донетих мера (члан 14).⁴⁶³ Циљ ове одредбе је да се дете заштити од контрадикторних одлука које би угрозиле његов положај. У том смислу, Конвенција 1996 предвиђа класично решење - касније започети поступак се прекида ако се првопокренути поступак односи на исте мере, осим ако је раније покренути поступак већ окончан оглашавањем суда ненадлежним. Од овог правила постоје два одступања. Прво се односи на поступак покренут поводом хитних и привремених мера и он се може наставити чак и ако је у

⁴⁶⁰ Овакво тумачење допушта и разлика у језичкој конструкцији одредбе члана 6 Конвенције 1996 у енглеској и француској верзији. Наиме, енглеска верзија користи израз „...*due to disturbances...*“, што првенствено асоцира на немире, док у француској верзији он гласи „...*par suite de troubles prévalant dans leur pays...*“, што би могло да обухвати и природне катастрофе.

⁴⁶¹ *Lagarde Report*, pp. 555-556.

⁴⁶² *Ibidem*.

⁴⁶³ За разлику од ње, Конвенција 1961 не садржи одредбу о литиспенденција, она решава само сукоб мера које су већ донете. Видети *supra* стр. 32.

току раније покренут поступак на основу других критеријума надлежности (уобичајено боравиште детета или присуство детета као његова алтернатива; трансфер надлежности; задржавање надлежности у случају отмице, атракција надлежности у бракоразводном поступку). Наиме, резултат општег правила о прекиду поступка у случају међународне литиспенденције инспирисан је спречавањем доношења контрадикторних мера, што у крајњој линији треба да заштити интерес детета. Упркос томе, у случају да постоји потреба за хитном или привременом мером за заштиту, тада је у најбољем интересу детета да се овај поступак настави, иако је касније покренут. Премда *Lagarde* наводи само хитне мере (члан 11) као пример за овај изузетак, чини се да нема разлога због којег он не би обухватио и привремене мере (члан 12).⁴⁶⁴ У прилог томе могу се навести два аргумента. Најпре, сам члан 13 предвиђа литиспенденцију ако је први поступак покренут на основу чланова од 5 до 10, чиме јасно изоставља и хитне мере (члан 11) и привремене мере (члан 12). Потом, временско трајање привремене мере за заштиту исто је као и у случају хитне мере – обе мере трају док орган који је надлежан на основу чланова од 5 до 10 не донесе одлуку. Коначно, иако ситуација у којој се дете налази у случају привремене мере не захтева хитно реаговање, одлучивање о привременој мери изискује мање времена од одлучивања о редовној мери за заштиту. У том смислу, да дете не би у периоду до доношења редовне мере остало без адекватне заштите, потреба за привременом мером може бити оправдана. У суштини, привремену меру би могао да одреди и редовно надлежни суд пред којим је поступак прво покренут. Иако би она била призната и у држави у којој се дете налази, она ипак мора пре извршења да се огласи извршном. Насупрот томе, ако би привремену меру донео суд државе у којој се дете налази, питање оглашавања мере извршном се не поставља јер она у овом случају има строго територијално дејство и није подобна за признање. То је уједно и најбржи начин да се дете заштити у држави чији суд није редовно надлежан.

В) Надлежност за хитне и привремене мере

Као што смо видели, хитне и привремене мере се могу предузети без обзира у којој држави дете има уобичајено боравиште – уговорници или неугговорници. На тај начин долази до проширења поља примене Конвенције 1996 тако што она постаје

⁴⁶⁴ У том смислу и *Lagarde Report*, p. 32 ad 4.34.

универзалног домашаја - сва деца која се нађу на територији државе уговорнице Конвенције 1996 имају право на конвенцијски систем заштите зато што се налазе у ситуацији у којој се не може чекати на одлуку редовно надлежног суда. Начелно, случај девојчице *Табите*, о коме је било речи, недвосмислено указује на значај оваквог решења.⁴⁶⁵ Као и редовне, и хитне и привремене мере се могу односити на личност детета или његову имовину.

Подсећања ради, надлежност за хитне и привремене мере је одступање од (обориве) претпоставке да је дете најбоље заштићено ако о мерама одлучује суд његовог уобичајеног боравишта (критеријум који указује на постојање најближе везе). Међутим, овај изузетак од општег правила не односи се само на надлежност према уобичајеном боравишту детета, већ и на остале ситуације када редовно одлучује неки други суд јер је, стицајем околности, у ближој вези са дететом. Тако, у случају када дете има уобичајено боравиште у држави уговорници, одступање се односи и на надлежност суда који одлучује о брачном спору родитеља или суда који је постао надлежан на основу трансфера. Насупрот томе, у односу на међународну отмицу деце и задржавање надлежности суда уобичајеног боравишта детета непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања (члан 7), суд државе уточишта сме да доноси само хитне али не и привремене мере.

Што се тиче односа између поступка за одређивање мера хитних или привремених мера и литиспенденције, чињеница да је већ у току поступак пред редовно надлежним судом не спречава вођење поступка за њихово одређивање, тако опште правило о литиспенденцији не обухвата ове врсте надлежности⁴⁶⁶ (мада има и другачијих мишљења).⁴⁶⁷ Литиспенденција би у овом случају, без обзира што решава сукоб конкурентних надлежности, пре одмогла него што би допринела заштити деце из

⁴⁶⁵ Видети *supra* стр. 133.

⁴⁶⁶ *Lagarde Report*, p.569 ad 75, *1996 Practical Handbook*, p. 47 ad 7.1, У теорији, уместо свих Silberman, *The 1996 Convention*, pp. 719-720.

⁴⁶⁷ N. Lowe, M. Nicholls, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Family Law Jordan Publishing Limited, 2012, p. 44 ad 3.35. Даље Lowe, *The 1996 Hague Convention*. Међутим, за тај свој став, Lowe не наводи аргументе, већ их третира као чињеницу („*Unlike article 11, jurisdiction to take measures under Article 12 cannot be exercised if: (a) the child has been wrongfully removed or retained in the Contracting State seeking to protect the child; or (b) there are pending proceedings in a Contracting State with jurisdiction under Arts 5-10. Furthermore, no measures that are incompatible with measures already taken by a State with jurisdiction under Arts 5-10, can be taken under Art 12.*“). Подвукла С.М. Ипак, с обзиром да овај став није наводио у монографији коју је о истој теми објавио раније (*International Movements*, 2004, p. 543 ad 24.17) и будући да у литератури, која ми је била доступна, нисам пронашла ниједног аутора који би тврдио исто, те, коначно, како је то супротно и *Lagarde Report* и *1996 Practical Handbook* који је издала Хашка конференција, стиче се утисак да је ипак реч о превиду.

два разлога. Први је тај што је реч о деци која се налазе у посебним ситуацијама због чега се мора реаговати што пре, те се не може чекати одлука редовно надлежног суда. Други аргумент се односи на ограничено временско трајање обе врсте мера. С обзиром да престају да важе када одлуку донесе редовно надлежан суд, онда додатно ограничавање литиспенденцијом не би имало никакву сврху. Заправо, надлежност за привремене односно хитне мере такође је заснована на најбољем интересу детета јер омогућава да о заштити одлучује суд који је у најближој вези са дететом у ситуацији која је, стицајем околности, постала ванредна и која захтева посебну заштиту. Ипак, ова најближа веза је у случају привремених мера и сама привременог карактера јер је ставља ван снаге свака наредна одлука редовно надлежног суда. То подразумева не само доношење мере за заштиту већ и случај када овај суд донесе одлуку којом се одбија захтев за одређивањем мере за заштиту. Одлука којом би се, пак, одбацио захтев за одређивање мере за заштиту не би довела до укидања привремене мере зато што о захтеву није мериторно одлучено. Међутим, ако је редовно надлежан суд државе која није уговорница Конвенције 1996, онда само мера за заштиту коју је одредио овај суд може укинути привремену меру државе уговорнице. Чини се да нема разлога због којег одлука којом се у држави *неуговорници* одбија захтев за одређивање мере за заштиту не би могла ставити ван снаге привремену меру у држави уговорници. Наиме, одлука о одбијању захтева коју је донео суд државе *уговорнице* укида привремену меру одређену у другој држави уговорници јер је редовно надлежни суд донео одлуку да заштита није потребна. Стога би и у случају када такву одлуку доноси суд државе *неуговорнице* она требало да има исти значај у погледу привремене мере изречене у држави уговорници.

У сваком случају, и хитне и привремене мере су, такође, усмерене на заштиту најбољег интереса детета, али у специфичној ситуацији, када се мора одмах реаговати јер детету или његовој имовини прети *непосредна* опасност (хитне мере) или га треба заштити у интеррегнуму до доношења одлуке редовно надлежног суда, иако степен угрожености није толики да захтева хитно реаговање (привремене мере). Када говоримо о хитним мерама, дете је непосредно угрожено зато што се налази у ситуацији која би имала непоправљиве последице по дете, било да је у питању његова личност или имовина. То су, заправо, оне исте мере које може одредити и редовно надлежни суд, само што дете у овој ситуацији не може да чека његову одлуку већ меру

мора да одреди суд државе у којој се дете или његова имовина налази. Ситуације, пак, у којима је дете непосредно угрожено питање је процене надлежног суда. Примери које наводи *Lagarde* дају наговештај о томе да би под ову категорију потпадале следеће ситуације: хитна медицинска интервенција, одређивање старатеља детету коме је родитељ у коми или је повређен или је погинуо на летовању или је ухапшен током заједничког боравка у иностранству и слично, па чак и продаја имовине детета у иностранству ради обезбеђења финансијских средстава за његово издржавање које му је одмах потребно у држави у којој је присутан.⁴⁶⁸ С обзиром да хитне мере имају екстериторијално дејство и *ex lege* се признају у свим другим државама уговорницама (што је разумљиво с обзиром на врсту заштите коју му пружају), могу се односити не само на његову заштиту у држави порекла мере већ и у другим државама уговорницама све док редовно надлежни суд не предузме друге мере за заштиту.

Насупрот томе, привременим мерама дете се штити само у држави у којој се она одређује јер има строго територијално дејство. Овај приступ се, такође, може објаснити врстом заштите која се детету пружа – она није хитна али је потребна јер је превенција често боља од лека, те стога привремене мере овлашћују на предузимање заштите, без чекања да ситуација постане хитна.⁴⁶⁹ Привремене мере би, првенствено, подразумевале ситуације када је реч о привременом боравку детета у иностранству (одмор, школовање и слично) и потребна је његова заштита која није хитна – на пример, ако је дете на школовању и смештено је за то време у одређену породицу, која из неког разлога више не може да се брине о њему до краја периода који је договорен, надлежни орган те државе би морао да дете смести у другу породицу или установу, али уз надзор центра за социјални рад.⁴⁷⁰ У сваком случају, процена да ли је детету потребна хитна или привремена заштита поверена је надлежном суду. Ипак, ситуација која подразумева привремену заштиту може лако да прерасте у хитну. Рецимо, суд је сместио дете у другу породицу, која, нажалост, почиње да занемарује потребе детета (лишава га obroka). Тада ће суд оне исте државе у којој је претходно предузета привремена заштита детета, морати да интервенише и хитном мером.

⁴⁶⁸ *Lagarde Report*, p. 567.

⁴⁶⁹ Lowe, *International Movement*, p. 543 ad 24.17, позивајући се на *Clivea*.

⁴⁷⁰ Привремене мере су унете у Конвенцију 1996 на предлог УК. Међутим, предлог није имао општу подршку јер се велики број држава прибојавао да ће се државе под маском привремених мера, заправо мериторно одлучивати о суштинским питањима, као што је право на старање. *Lagarde Report*, p. 569 ad 74. На крају је предлог УК усвојен тесном већином гласова (13:11). За примере хитних случајева исто и *1996 Practical Handbook*, p. 48 ad 7.2.

Хитне и привремене мере разликују се још и по томе што хитне могу да буду и у супротности са мерама које је редовно надлежни суд већ одредио, стављајући их на тај начин ван снаге, док привремене морају да буду у складу са њима. Разлог за другачији приступ може се објаснити степеном заштите који је детету потребан. Наиме, и хитне и привремене мере су резултат промењених околности због чега се може сматрати да су подобне да претходно предузете мере ставе ван снаге. Међутим, будући да у случају привремене мере заштита није хитна, онда су овлашћења суда знатно ужа.

Последња разлика се односи на начин којим одлука односно мера редовно надлежног суда укида хитне и привремене мере. Пре свега, у оба случаја, признање одлуке односно мере која је донета у држави уговорници обухваћена је конвенцијским системом признања *ex lege*, док у случају када она потиче из државе неуговорнице важе национални системи признања страних одлука. Међутим, с обзиром да хитна мера има екстериторијално дејство, у случају да се о признању одлучује према националним нормама међународног приватног права, укидање хитне мере се врши у свакој држави уговорници посебно. На тај начин, престанак дејстава хитне мере није јединствен и истовремен, као у случају када дете има уобичајено боравиште у држави уговорници. С друге стране, привремене мере престају оног тренутка када одлука редовно надлежног суда буде призната у држави која је меру одредила јер оне имају само територијално дејство.

1.1.2. Конкретно повољнија надлежност

Имајући у виду некада оправдану потребу кориговања апстрактне претпоставке о надлежности суда уобичајеног боравишта детета као најпогоднијег, Конвенција 1996 предвиђа могућност да се надлежност заснује на основу принципа најбољег интереса конкретног детета. Реч је о два случаја- трансферу надлежности (А) и атракцији надлежности (Б).

А) Најбољи интерес детета као директан критеријум надлежности - трансфер (уступање) надлежности

Трансфер надлежности представља корекцију категоријалне конкретизације принципа најбољег интереса детета у домену директне надлежности. Истовремено, ова надлежност је последица директне судске сарадње предвиђене Конвенцијом 1996. Ако

се присетимо раније наведене најпознатије критике Конвенције 1961,⁴⁷¹ један од предлога за превазилажење проблема везаних за полипатриде, био је и увођење установе *forum non conveniense*. Увођење трансфера надлежности у Конвенцију 1996 један је од најочигледнијих примера како правна доктрина може утицати на решење конвенцијских проблема и, у овом случају, на унапређење хашког система заштите деце. Тако је *forum non conveniense*, карактеристичан за *common law* системе, нашао своје место у Конвенцији 1996 и заснива се на идеји да би, уместо редовно надлежног суда (чл. 5 и 6), суд друге државе уговорнице могао ефикасније да процени и заштити најбољи интерес детета.⁴⁷² Дакле, идеја је да редовно надлежни суд уступи своју надлежност овом другом, погоднијем суду. Међутим, уступање надлежности подразумева да дете има или уобичајено боравиште у држави уговорници Конвенције 1996 или да има статус избеглице односно међународно расељеног детета у конвенцијском смислу. Стога је уступање надлежности могуће само у односу на друге државе уговорнице Конвенције 1996.⁴⁷³ Државе којима се може уступити надлежност (члан 8) или оне које су овлашћене да траже уступање (члан 9) увек су исте - *forum nationalis*, *forum rei sitae*, *forum divortii* или држава са којом дете има неку другу значајну везу (већ смо видели да то може бити држава претходног уобичајеног боравишта). То је последица тога што су ове конвенцијске одредбе уређене као „слика у огледалу“.⁴⁷⁴ Ову слику једино квари разлика која постоји у члану 9 у том смислу што је, према дословној одредби, уступање надлежности могуће тражити само од суда државе уобичајеног боравишта детета, а не и од његове алтернативе у случају деце

⁴⁷¹ Видети *supra* стр. 31.

⁴⁷² Хашкој конференцији је као инспирација послужио пример САД-а и трансфер надлежности према тада важећем *Uniform Child Custody Jurisdiction Act (1968 UCCJA, Section 7 Inconvenient Forum)* који је, 1997. године, замењен *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (UCCJEA)*, који у члану 207 преузима одредбе о трансферу надлежности из претходног закона. Видети о трансферу надлежности према *UCCJEA R. Spector, The New Uniform Law with Regard to Jurisdiction Rules in Child Custody Cases in the United States with Some Comparison to the 1996 Hague Convention on the Protection of Children, Intercontinental Cooperation Through Private International Law - Essays in Memory of Peter E. Nygh* (eds. T. Einhorn and K. Siehr), T.M.C. Asser Press, The Hague, 2004, pp. 377-379.

⁴⁷³ Иако је било предлога (Холандија и САД) да трансфер не зависи од тога да ли је држава уговорница Конвенције 1996, Комисија их није прихватила. Разлог није фаворизовање оних држава које су Конвенцијом обавезане, како се може чинити, већ чињеница да се на тај начин најбољи интерес детета не би могао адекватно штитити. Наиме, овако донете одлуке биле би, с једне стране, искључене из конвенцијског система признања и извршења, а, с друге, ниједна држава уговорница не би више била надлежна (јер је уступила своју надлежност), што би напослетку могло да остави дете без заштите (бар за неко време док се одлука не призна и изврши према националним нормама). Видети *Lagarde Report*, p. 559 *ad* 53.

⁴⁷⁴ Silberman, *The 1996 Convention*, p. 718. Исто и A. Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genève.Bâle.Munich, 2003, p. 182 *ad* 532. Даље Bucher, *L'enfant en DIP*.

избеглица и међународно расељене деце (суда државе у којој је дете присутно). Међутим, очигледно је реч о превиду и већ је предложено да се овај проблем решава телеолошким тумачењем јер између члана 8 и члана 9 заиста мора да постоји потпуна симетрија.⁴⁷⁵ У супротном би дошло до дискриминације ове посебне категорије деце.

Критеријуми на основу којих би се утврђивало да ли је суд друге државе погоднији форум нису дати ни у Конвенцији 1996 ни у помоћним материјалима (*1996 Practical Handbook*, извештаји специјалних комисија). У том смислу, чини се да би могле бити од користи одредбе америчког закона (*UCCJEA*), које су и биле првобитна инспирација Конвенције 1996 за трансфер належности.⁴⁷⁶ Тако би суд државе опште надлежности, између осталог, имао у виду природу доказа и место у коме се налазе, укључујући и утврђивање мишљења детета, могућност да други суд брже одлучи, једноставност спровођења доказног поступка, упознатост другог суда са чињеницама и проблемима у конкретној правној ствари.⁴⁷⁷ Насупрот томе, постоји и случај када, сасвим извесно, *не би требало* уступити надлежност. У том смислу, *Lagarde* наводи да суд надлежан на основу присуства детета избеглице или међународно расељеног лица, по природи ствари, не би могао да уступи надлежност суду државе чији је дете држављанин.⁴⁷⁸

Трансфер се може односити на цео поступак или један његов део и не мора бити дефинитиван, што опет зависи од тога шта је у конкретном случају у најбољем интересу детета. Иако Конвенција 1996 то изричито не наводи, опште је мишљење да могућност делимичног трансфера не би представљала њено кршење.⁴⁷⁹ У том смислу, могуће је да се трансфер односи, примера ради, само на одређивање заступника детета у правном послу о продаји непокретности која припада детету. У сваком случају, без обзира да ли је трансфер потпун или делимичан, суд коме је надлежност уступљена има потпуну слободу одлучивања у смислу да га не везује мера коју је евентуално сугерисао суд који уступа надлежност. Ипак, надлежност је свакако ограничена на оно

⁴⁷⁵ *Lagarde Report*, p. 563 ad 60.

⁴⁷⁶ О томе видети Silberman, *The 1996 Convention*, p. 718.

⁴⁷⁷ Одсек 207 *UCCJEA* набраја и друге околности, али оне нису применљиве јер се надлежност у случају америчког закона може уступити било којој држави, док Конвенција 1996 то допушта само у односу на државе уговорнице и то тачно одређене. *UCCJEA* је доступан на <http://www.familylaw.org/uccja.htm> (27.05.2013).

⁴⁷⁸ *Lagarde Report*, p. 559.

⁴⁷⁹ Уместо свих Lowe, *The 1996 Hague Convention*, p. 46; Bucher, *L'enfant en DIP*, p. 182 ad 527; *1996 Practical Handbook*, p. 33 ad 5.5.

питање које је назначено у захтеву - ако је надлежност уступљена за одлучивање о праву на виђање, онда суд не може донети одлуку и у погледу непокретности детета која се налази у другој држави.⁴⁸⁰ Не треба занемарити ни практичан аспект трансфера надлежности. Најпре, може се поставити питање на који начин суд једне државе уговорнице може сазнати ком органу друге државе треба да упути захтев? Постоји неколико решења. Прво подразумева директну комуникацију, ако је конкретна држава одредила органе којима се шаљу захтеви у складу са члановима 8 и 9.⁴⁸¹ Уколико то није учињено, суд се може обратити свом централном органу који ће даље добити информацију, директно или након консултовања централног органа конкретне државе. Такође, он може контактирати Међународну хашку мрежу судија (*IHNJ*), уколико обе државе имају своје чланове. Они могу обезбедити податке који се односе на право на снази у одређеној држави, било материјално или процесно, али и да помогну при утврђивању надлежног органа.⁴⁸² Поступак трансфера може покренути суд државе који је надлежан на основу конвенције, ако сматра да би суд друге државе могао адекватније да процени најбољи интерес детета, затим, суд државе који није надлежан, под истим условом, као што и странке могу бити упућене на подношење одговарајућег захтева. Што се релевантног тренутка тиче, процена надлежности која више одговара најбољем интересу детета врши се с обзиром на тренутак када се јавила потреба његове заштите и то само у ту сврху.

У односу на општу надлежност на основу уобичајеног боравишта детета или, као алтернативе, његовог присуства у држави уговорници (за посебне категорије деце), трансфер надлежности представља *супсидијарну* надлежност. Њена специфичност је у томе што само суд уобичајеног боравишта детета може да се „одрекне“ своје надлежности, било да он сâм предлаже трансфер (члан 8) или да је, пак, замољен да допусти трансфер (члан 9).⁴⁸³ Међутим, у сваком случају је потребна сагласност суда у чију корист се уступање надлежности врши. То значи да се обе државе (тј. њихови органи) морају сложити о најбољем интересу конкретног детета. Иако је овде реч само о надлежности, уколико се трансфер врши и за одлучивање у меритуму, морао би се имати у виду начин конкретизације најбољег интереса детета у држави којој се уступа

⁴⁸⁰ Bucher, *L'enfant en DIP*, p. 182 ad 531.

⁴⁸¹ Што би било објављено на *web* страници Хашке конференције.

⁴⁸² *International Hague Network of Judges*, www.hcch.net, под „Child Abduction Section“ – „Direct Judicial Communications“. 1996 *Practical Handbook*, p. 38.

⁴⁸³ Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 17.

надлежност, будући да у домену меродавног права Конвенција 1996, као основно правило предвиђа *lex fori* (члан 15 став 1). Дакле, ако држава уобичајеног боравишта детета или присуства посебне категорије деце полази од судског прецизирања, а трансфер се разматра у односу на државу која примењују законско прецизирање најбољег интереса детета, уступање надлежности би имало сврхе само ако би резултат процене најбољег интереса детета био сличан или исти у обема државама. У супротном, могло би се десити да се касније извршење одлуке у држави уобичајеног боравишта детета одбије с позивом на јавни поредак што обесмишљава установу трансфера надлежности. Практично, приликом одлучивања о трансферу се у овом смислу врши нека врста процене јавног поретка *pro futuro*, те „домаћа педагогија“⁴⁸⁴ у погледу најбољег интереса детета односи превагу и приликом уступања надлежности.

Б) Forum divortii као равнотежа између најбољег интереса детета, интереса родитеља и интереса државе

За разлику од свих претходних основа надлежности који су искључиво усмерени на заштиту интереса *детета* (категоријалног или конкретног), атракција надлежности у случају одлучивања о брачном о спору родитеља (члан 10), представља покушај успостављања равнотеже између интереса *детета, родитеља и државе*. Најпре, у интересу је детета да о односу родитеља и детета одлучује суд који има довољно увида у околности под којима оно живи и који је довољно блиско повезан са дететом тако да може утврдити и заштити његов најбољи интерес. Поред тога, интерес је детета и да његов положај буде уређен у тренутку окончања брачног спора родитеља. Са своје стране, интерес родитеља је да се о свим правним односима који су последица њиховог брачног спора одлучи у једном поступку. На тај начин, заправо, и родитељи добијају извесност у погледу односа са дететом у тренутку када и брак добија свој судски епилог. Коначно, интерес *државе* се огледа у томе да атракција надлежности у брачном спору, предвиђена националним правима, буде обухваћена конвенцијским оквиром, чиме постаје подобна за систем признања и извршења према Конвенцији 1996. Међутим, с обзиром на значај који имају у погледу заснивања надлежности за заштиту деце (и у погледу личности и у односу на имовину), успостављање равнотеже интереса непосредно се тиче детета и родитеља. Интерес

⁴⁸⁴ Живковић, *Поверавање деце*, стр. 94.

државе, иако кључан за конципирање ове одредбе,⁴⁸⁵ ипак је супсидијарног карактера у односу на интерес детета и родитеља.

Услови за заснивање ове врсте конкурентне надлежности су: а) допуштеност према праву државе суда; б) у тренутку покретања поступка, један од родитеља има уобичајено боравиште у држави у којој се одлучује о брачном спору; в) један од родитеља је титулар родитељске одговорности; г) пристанак родитеља односно сваког трећег лица које је титулар родитељске одговорности; и д) надлежност мора бити у најбољем интересу детета.

Када је реч о сагласности родитеља односно и *трећих лица* која имају родитељску одговорност, овај услов се може чинити необичним, посебно с аспекта нашег породичног права, јер подразумева подељену родитељску одговорност између родитеља и трећег лица. То може бити случај ако је родитељ склопио нови брак те супружник из тог брака стиче родитељску одговорност према пасторку. У појединим (ретким) државама у којима супружник родитеља може да врши родитељску одговорност (заједно са биолошким родитељем детета) услов је управо постојање брака (Данска).⁴⁸⁶ У другим државама услов је постојање брака са родитељем детета односно регистроване истополне заједнице, при чему је подела родитељске одговорности резултат споразума са родитељем или судске одлуке, која је иначе обавезна у случају нерегистроване заједнице (Енглеска и Велс, Холандија).⁴⁸⁷ Други случај када може доћи до овакве поделе родитељске одговорности подразумева учествовање старатеља. Наиме, у појединим државама је могуће да родитељу који је делимично лишен пословне способности суд одреди које послове може предузимати сам, иако је детету одређен старатељ (Португалија).⁴⁸⁸ Трећи случај је када било које лице може добити родитељску одговорност на основу одлуке о томе да ће дете живети са њим. Подела одговорности траје до истека одлуке о месту становања (Енглеска и

⁴⁸⁵ Државе ЕУ (тада ЕЕЗ) које су у то време радиле на усвајању Бриселске конвенције о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним споровима и материји родитељске одговорности.

⁴⁸⁶ Извештај Данске за CEFL: I. Lund-Andersen, Ch. Gyldenløve Jeppesen de Boer, *National Report: Denmark, Parental Responsibilities*, p. 14 ad 27, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Denmark-Parental-Responsibilities.pdf>.

⁴⁸⁷ Извештај УК (Енглеска и Велс) за CEFL: N. Lowe, *National Report: England and Wales, Parental Responsibilities*, pp. 21-22, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/England-Parental-Responsibilities.pdf>. За регистровану ванбрачну заједницу видети члан 75 *Civil Partnership Act 2004*, доступан на <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33>.

⁴⁸⁸ Извештај Португалије за CEFL: G. De Oliveira, R. Martins, *National Report: Portugal, Parental Responsibilities* p. 15, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Parental-Responsibilities.pdf>

Велс). Четврти случај је могућ ако је дете рођено у браку мајке и лица које није биолошки отац детета (Холандија).⁴⁸⁹

Поред тога, услов сагласности родитеља (и/или трећих лица) значи да странке које дају пристанак на тај начин уговарају надлежност *forum divortii* и за одлучивање у спору о родитељској одговорности. Ипак, то није права аутономија воље јер је суд тај који коначно одлучује о својој надлежности процењујући да ли је она у најбољем интересу детета. Међутим, најбољи интерес детета, овог пута, нема превагу у односу на интерес родитеља будући да изостанак њихове сагласности има за последицу ненадлежност, без обзира што би одлучивање евентуално било у најбољем интересу детета. Заправо, ако сагласности нема, суд неће ни утврђивати интерес детета. Другим речима, као што интерес родитеља (одраслих) нема превагу над најбољим интересом детета ако сагласност постоји (јер од процене најбољег интереса детета зависи надлежност), тако ни интерес детета нема примат ако сагласност родитеља не постоји. Ова ограничења надлежности *forum divortii* указују да ће до заснивања његове надлежности за одлучивање о мерама за заштиту детета ређе долазити у поступку по тужби, а чешће приликом споразумног развода брака.⁴⁹⁰ У значај овако конципиране атракције надлежности можемо се уверити на примеру из домаће судске праксе. Иако се он тиче Конвенције 1980, околности случаја су такве да недвосмислено указују на значај сагласности родитеља за атракцију надлежности поводом брачног спора. Захтев за повратак се тичао двоје брачне деце, дечака од 7 година (рођен 2007. године) и девојчице старе 2 године (рођене 2012. године).⁴⁹¹ Обоје су рођени у Руми, а родитељи су били у браку који је склопљен у Србији. Деца су држављани и Србије и Холандије, будући да је отац холндски држављанин (нашег порекла) а мајка наша држављанка. Уобичајено боравиште деце било је у Холандији, у којој је дечак почео да похађа и школу. Мајка је свака три месеца долазила у Холандију, у којој би онда одређени временски период проводили заједно. Новембра 2011. године, мајка је саопштила мужу да би се хтела вратити у Србију и повести децу на недељу дана. С обзиром да је дечак ишао у школу, отац се није сложио, али је мајка ипак отишла и затражила да се детету

⁴⁸⁹ Извештај Холандије за CEFL: K. Boele-Woelki, W. Schrama, M. Vonk, *National Report: the Netherlands, Parental Responsibilities*, p. 17, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Netherlands-Parental-Responsibilities.pdf>.

⁴⁹⁰ У истом смислу и Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 18.

⁴⁹¹ Основни суд Сремска Митровица, судска јединица Рума, Посл. бр. 18 П2. 1551/13 од 26.12.2013. године, *необјављено*. Захтев за повратак деце је поднет Министарству правде Србије 08.04.2014. године.

одобри одсуство. Међутим, ни школа се није сложила, али је мајка рекла оцу да је одобрење добила, да би убрзо школи пријавила да се дечак разболео. Тада су сви заједно дошли у Руму. Када је требало да се врате, мајка је саопштила оцу да жели да се разведе и одбила је да му преда пасоше деце. Отац се обратио адвокату у Србији али помоћ није добио с образложењем да су његови изгледи слаби, будући да се деца у Србији поверавају мајци, те је отац решио да остане у Србији до даљњег. Убрзо је мајка поднела тужбу за развод брака. Дан пре рочишта, отац је рекао мајци да неће доћи јер нема адвоката, али га је она уверила да му адвокат није ни потребан и да је реч само о поступку за развод брака, не и за вршење родитељског права. Отац је онда одлучио да дође на рочиште. Како он не зна ћирилицу, није могао ни да прочита тужбени захтев, те је поверовао мајци. У току рочишта, од њега је затражено да потпише неки документ чију садржину није разумео (поново због ћириличног писма), али му је мајка поново рекла да је реч о разводу брака. Заправо, радило се о томе да је од њега захтевано да се изјасни о томе да ли оспорава наводе из тужбе. С обзиром да их није оспорио, поступак по тужби постао је поступак по предлогу за споразумни развод брака. Епилог судског поступка је такав да су деца поверена мајци, а да је отац добио право на виђање. При томе, отац је у једном тренутку реаговао, када је схватио да ће се решити и питање родитељског права, али из непознатих разлога, суд није реаговао. Коначно, пресуда је донета и постала је правноснажна будући да су се оба родитеља одрекла права жалбе. Након тога, отац подноси захтев за повратак детета, при чему не објашњава зашто се одрекао права на жалбу поводом пресуде, будући да се није слагао са одлуком о родитељском праву.⁴⁹² Када би околности случаја биле другачије, у смислу да је Србија уговорница Конвенције 1996, судија би морао да буде обазривији. Најпре, атракција не би била аутоматска, као што је сада према Породичном закону јер би Конвенција 1996 имала предност у примени.

Поред тога, сагласност оца би морала недвосмислено да буде прибављена односно суд би морао упозорити странке да оне *нису дужне* да питање родитељске одговорности реше у бракоразводном поступку. Ово упозорење је нарочито значајно с обзиром да се у случају примене Конвенције 1996 одступа од одредаба Породичног закона на основу којих је суд дужан да о томе одлучи *ex officio*.

⁴⁹² Захтев је прослеђен суду и до окончања рада на дисертацији није донета било каква одлука. У међувремену се испоставило да је мајка уписала дечака у школу у Србији и пре него што су дошли у наводну посету од недељу дана.

Ипак, равнотежа интереса детета и родитеља која се успоставља чланом 10 Конвенције 1996 је вештачка.⁴⁹³ Наиме, одређујући основ међународне надлежности за брачне спорове, државе се опредељују за одређени критеријум имајући у виду статус ових лица управо као супружника, а не родитеља. При томе, положај детета односно степен повезаности између њега и *forum divortii* скоро никада није релевантан.⁴⁹⁴ Тако одређена надлежност за брачне спорове не третира дете као субјект него као објект поступка – његов однос са родитељима је само још једно питање које се јавља као последица престанка брака, заједно са поделом брачне имовине или издржавањем супружника. Стога не чуде дилеме о томе да ли је прихватљиво да о питању које се у првом реду односи на дете одлучује суд надлежан на основу критеријума који се тичу само родитеља, чиме се право детета негира у корист права родитеља.⁴⁹⁵ Заиста, Конвенција о правима детета изричито је признала, као што смо видели, право детета на заједнички живот са родитељима, што подразумева и да дете не може бити одвојено од њих против своје воље осим на основу одлуке надлежног органа. Један од случајева када је то, према Конвенцији о правима детета могуће, подразумева да је престала фактичка заједница живота родитеља, а дете има право на контакте са родитељем са којим не живи (члан 9 ст. 1 и 3). Међутим, иако све наведене одредбе представљају *права детета*, у највећем броју случајева родитељска одговорност се пре развода или поништаја брака третира као *право родитеља*, а тек након развода као *право детета*.⁴⁹⁶ Дакле, ако Конвенција о правима детета признаје да је вршење родитељске одговорности и остваривање контакта родитеља са дететом управо *право детета*, а не родитеља, да ли је атракција надлежности поводом брачног спора у најбољем интересу детета, ако су критеријуми надлежности за брачни спор везани само за родитеље? Притом је свакако могуће да се било који критеријум (држављанство, пребивалиште, уобичајено боравиште) који се одређује у односу на родитеље фактички поклопи са уобичајеним боравиштем детета. Међутим, таква ситуација онда не би подразумевала посебну конкурентну надлежност у смислу Конвенције 1996, већ би се надлежност

⁴⁹³ A. Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, 2003, p. 177. Даље Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie*.

⁴⁹⁴ Међу ретким државама које инсистирају на релевантности ове везе је Француска. Према члану 1070 став 1 тач. 2 *Nouveau code de procedure civile (version consolidée au 1 janvier 2014)*, за све породичноправне спорове, у случају заједничког вршења родитељског права ако родитељи живе одвојено, надлежан је суд уобичајеног боравишта родитеља са којим живе малолетна деца или уобичајеног боравишта родитеља који самостално врши родитељско право.

⁴⁹⁵ Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie*, p. 178.

⁴⁹⁶ Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie*, pp. 179-182.

засновала према критеријуму уобичајеног боравишта детета (члан 5, а не члан 10). Смисао атракције према Конвенцији 1996 је управо супротан и долази до изражаја само ако дете нема уобичајено боравиште у држави у којој се одлучује о брачном спору његових родитеља. Уједно, ово је један од алтруистичких основа надлежности (поред присуства за посебну категорију деце, привремених и хитних мера, али, чак и задржавања надлежности према члану 7)⁴⁹⁷ јер дете уопште не мора да има уобичајено боравиште у било којој држави уговорници. Управо супротно, родитељ је тај који мора да има уобичајено боравиште у држави суда, при чему није неопходно да се баш он непосредно стара о детету, већ је довољно да је титулар родитељске одговорности. На тај начин се и *forum divortii* придружује надлежности из чл. 6, 11 и 12 Конвенције о правима детета које имају *универзални карактер*.

Такође, не може се пренебрећи ни чињеница да је атракција резултат тежње да се дете заштити тако што ће се о родитељској одговорности (начину на који ће бити организовано старање о њему, остваривању контаката са родитељима и месту где ће живети), одлучити у тренутку окончања брачног спора.⁴⁹⁸ Другим речима, опасност од цепања поступака, а тиме и остављање (на неко време) детета без заштите, има предност у односу на принцип најближе везе и на њему засновану надлежност посредством критеријума уобичајеног боравишта детета. Међутим, атракција надлежности се не мора посматрати из ових крајности, тим пре што је аргументација и *pro* и *contra* потпуно основана. Пре свега, надлежност за брачне спорове може се заснивати на држављанству једног или оба супружника.⁴⁹⁹ Сасвим је извесно да ће дете делити њихово држављанство те се може сматрати да овај критеријум уједно повезује и дете са надлежним судом. Међутим, веза преко држављанства је апстрактна и у конкретном случају не мора да оправда првобитну претпоставку о блиској вези јер се може десити да дете у њој никада није провело значајнији период живота (повремене

⁴⁹⁷ Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 9.

⁴⁹⁸ E. Gallant, *L'autorité parentale et la protection des mineurs en droit international privé*, Paris I, 2000, p. 143. Даље Gallant, *L'autorité parentale et la protection des mineurs*.

⁴⁹⁹ Нпр. белгијски ЗМПП у члану 42 тач. 4 предвиђа и заједничко белгијско држављанство као основ надлежности за ове спорове; ЗМПП Италије предвиђа у члану 32 надлежност и ако је један од супружника италијански држављанин; ЗМПП Швајцарске, члан 59 тач. б) предвиђа држављанство тужиоца у комбинацији са пребивалиштем; према члану 61 ЗРСЗ-а, надлежност постоји ако су оба супружника наши држављани без обзира на пребивалиште (став 1 тач. а), ако је тужилац наш држављанин са пребивалиштем код нас (став 1 тач. б), ако је тужени наш држављанин са пребивалиштем код нас, надлежност је искључива (став 2). За Италију и Швајцарску видети Живковић, *Националне кодификације*, стр. 105 и 549.

посете рођацима свакако не би указивале на тражени степен блиске везе). У наведеном случају из Руме, управо се радило о таквој ситуацији. Деца имају српско држављанство али су интегрисана у Холандији. Посете рођацима у Србији свакако нису од пресудног утицаја у погледу степена повезаности деце са Србијом. Другачија би ситуација била да су деца имала претходно уобичајено боравиште у Србији или да се школују код нас. Пример заправо треба да укаже на чињеницу да држављанство детета само по себи не значи да постоји блиска веза са државом у којој се одлучује о брачном спору родитеља, већ његов значај расте уколико постоји још нека чињеница која повезује дете са том државом (у овом случају, боравиште детета).

С обзиром да још увек нема конвенције која би унификовала критеријуме за међународну надлежност у брачним споровима,⁵⁰⁰ главни извор норми о надлежности у овој материји су национални системи међународног приватног права (који најчешће не узимају у обзир повезаност детета са форумом). Међутим, то ипак не значи да и атракцију надлежности према Конвенцији 1996 можемо сврстати у ред норми које негирају интерес детета, а фаворизују родитеље. Успостављање равнотеже интереса детета и родитеља приликом одлучивања о спајању поступка у брачном спору и поступка у спору за издржавање зависи од обазривости суда који о томе одлучује. Наиме, чини се да највећа опасност од нарушавања равнотеже постоји ако суд поистовети сагласност родитеља са најбољим интересом детета по аутоматизму – ако су се родитељи сагласили о томе, значи да је вођење поступка у најбољем интересу њиховог детета („родитељи најбоље знају шта је добро за њихово дете“). Управо је то случај у нашем процесном породичном праву по коме је суд *увек* дужан да одлучи о вршењу родитељског права у поступку поводом брачних спорова. При томе, суд нема овлашћење да испита да ли би таква надлежност била истовремено и у најбољем интересу детета. Према Конвенцији 1996, суд има такву обавезу и посебно мора да процени интензитет везе које постоји између детета и државе суда. У случају из Руме, веза између деце и Србије је незнатна (држављанство). Уједно, питање је да ли би се с аспекта најбољег интереса детета суд у Руми могао огласити надлежним и поводом

⁵⁰⁰ Хашка конференција је донела две конвенције које баве питањима склапања и признања бракова (*Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*) односно признања развода и раставе (*Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations*), али се ниједна не бави питањем директне надлежности за брачне спорове. Чак ни Конвенција Развод не уређује признање свих одлука у брачним споровима јер се не односи на одлуке о ништавости брака.

одлучивања о вршењу родитељског права, тим пре што је дечак похађао школу у Холандији и што би наш суд морао да већину доказа (а можда и све) о условима живота деце у Холандији прибавља од холандског централног органа. То управо показује да би *критеријуми* за процену најбољег интереса детета у контексту атракције надлежности, између осталог, могли бити: доступност доказа, просечна дужина трајања поступка, могућност да дете изрази своје мишљење пред тим судом без већих тешкоћа (нпр. ако дете у тој држави борави те не мора да допутује или је, пак, потребно да се његово мишљење прибавља извођењем доказа у иностранству), држава суда је држава његовог претходног уобичајеног боравишта.⁵⁰¹

Равнотежа интереса се помера у корист родитеља једино ако нема сагласности јер онда ни најбољи интерес детета не може да доведе до атракције надлежности. Како ускраћивање сагласности може бити последица манипулација родитеља (што, нажалост, није ретко посебно ако се поступак за развод покреће тужбом), постоји, ипак, још једно решење које ће коначно дати предност интересу детета ако је *forum divortii* за њега погоднији суд – трансфер надлежности, који може и сâм суд да тражи. У сваком случају, чак и да ни на један начин не дође до заснивања његове надлежности за одлучивање у меритуму, овај суд који одлучује у брачном спору остаје овлашћен да предузима хитне или привремене мере за заштиту личности детета или његове имовине коју има у тој држави.

1.1.3. Однос категоријално повољнијих и конкретно повољнијих основа надлежности

Коначно, када се анализира сврха свих одредаба Конвенције 1996 о надлежности, долази се до закључка да је велики број посвећен решавању сукоба надлежности – непремостивом проблему њене претходнице (Конвенције 1961). Међутим, сукоб надлежности није у овом смислу проблем искључиво међународног процесног права, већ он може непосредно да угрози систем заштите деце. Сумирајући начине на које је Конвенција 1996 постигла равнотежу између различитих критеријума

⁵⁰¹ Слично и *1996 Practical Handbook*, р. 30 *ad* 4.28. Такође се наводи и чињеница да ће у држави суда дете проводити време са родитељем. Међутим, с обзиром да се процена најбољег интереса детета сада заправо своди на утврђивање специфичне процесне претпоставке од које зависи надлежност за адхезиони поступак, у овој фази није могуће проценити природу тих контаката – да ли ће дете живети са тим родитељем или ће остваривати право на виђање. Интензитет везе свакако није исти у оба случаја. Ако би исход поступка о родитељској одговорности био тај да дете живи са оним родитељем који већ има уобичајено боравиште у држави суда, онда би то свакако био разлог за атракцију. Уколико би се у њој остваривало право на виђање, чини се да је процена најбољег интереса детета онда неизвеснија.

надлежности, видимо да само држава (актуелног) уобичајеног боравишта детета може предузимати *све* врсте мера за заштиту (редовне, привремене и хитне). Остале државе овлашћене су да одређују само привремене или хитне мере које подлежу ограничењима – привремене, и територијалним и временским, а хитне мере, само временским. Једина права конкуренција надлежности може настати између државе уобичајеног боравишта детета и државе чији суд одлучује у брачном спору родитеља односно државе чијем је суду надлежност уступљена. Међутим, ни ови случајеви не угрожавају доминацију уобичајеног боравишта детета. Најпре, суд који одлучује о брачном спору родитеља постаје надлежан само ако се успостави равнотежа интереса детета и родитеља. Дете се штити тако што је могућ трансфер надлежности у корист овог суда уколико он може ефикасније да процени најбољи интерес детета, а родитељ је ускратио сагласност. Осим тога, трансфер надлежности подразумева обавезни пристанак суда државе уобичајеног боравишта детета, али и суда којем се уступа надлежност, тако да ни овај случај не нарушава основно правило. Управо се ове одредбе које спречавају или смањују могућности за настанак сукоба надлежности виде као најважније (процесне) одредбе о заштити деце.⁵⁰²

Иако на основу разматрања одредаба о надлежности следи закључак да уобичајено боравиште детета доминира суверено, врата су ипак отворена и његовом држављанству у случају трансфера непосредно (с обзиром да је *forum nationalis* први наведени суд у члановима 8 и 9), али и посредно. Наиме, у последњем случају, *forum nationalis* може бити суд који одлучује о хитним или привременим мерама односно суд који одлучује у брачном спору и на основу атракције постаје надлежан и за заштиту детета, али само ако су околности конкретног случаја такве да говоре у прилог заснивању његове надлежности (дете или његова имовина се налази у држави чији је држављанин или се у брачном спору родитеља одлучује у држави чији је дете држављанин).

Међутим, у теорији је било схватања по којима одредба Конвенције 1996 о *forum divortii* крши члан 2 став 1 Конвенције о правима детета. Наиме, *Bucher* сматра да атракција надлежности поводом брачних спорова, као додатни основ надлежности за заштиту деце чији се родитељи разводе, доводи до дискриминације између ове категорије деце и оне чији су родитељи формалноправно у браку али више не постоји

⁵⁰² Clive, *New Protection of Children Convention*, p. 58.

фактичка заједница живота, као и деце чији су родитељи у ванбрачној заједници или су растављени односно нису никада ни живели заједно.⁵⁰³ То је по његовом мишљењу супротно наведеном члану Конвенције о правима детета која предвиђа да су државе дужне да поштују права предвиђена конвенцијом без икакве дискриминације деце „која се налазе под њиховом јурисдикцијом и без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, национално, етничко или социјално порекло, имовинско стање, онеспособљеност, рођење или други статус детета, његовог родитеља или законског старатеља“ (члан 2 став 1). Ипак, као што наводи *Gallant*, *ECtHR* је заузео јасан став о два услова која морају бити испуњена да би се сматрало да дискриминација постоји – различит третман лица у сличној или истој ситуацији и непостојање објективног и разумног оправдања.⁵⁰⁴ Ниједан од ова два услова није испуњен у случају Конвенције 1996 и *forum divortii*. Напротив, атракција омогућава ефикаснију заштиту деце која би иначе остала без одговарајућих мера за заштиту или би предуго била подвргнута привременим мерама⁵⁰⁵ (посебно ако се у брачном спору одлучује и о имовинским односима родитеља). Ипак, ова замерка може имати значаја с обзиром да раскид регистрованог партнерства као облика ванбрачне заједнице захтева интервенцију државног органа. Сличност са разводом постоји у мери у којој се заиста можемо запитати да ли у овом случају постоји дискриминација деце рођене у току трајања регистрованих ванбрачних заједница с обзиром да члан 10 изричито предвиђа само атракцију за брачне спорове и раставу. Можда би се проблем могао решити широм квалификацијом развода,⁵⁰⁶ и без потребе да се мења Конвенција 1996, будући да ова одредба већ обухвата један институт породичног права који се по дејствима поистовећује са разводом а то је растава. У прилог томе, могу се навести два аргумента. Најпре, атракција није основ који је уведен независно од националних права држава уговорница. Напротив, ова могућност долази у обзир само ако право државе у којој се одлучује у брачном спору дозвољава атракцију. Дакле, ако у држави не постоји

⁵⁰³ A. Bucher, *La révision de la convention de La Haye sur la protection des mineurs*, Mélanges B. Schnyder, Famille et droit, Université de Fribourg, 1995, pp. 67-68. Даље Bucher, *La révision de la convention de La Haye sur la protection des mineurs*.

⁵⁰⁴ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81), judgment of 28 May 1985. Наведено према Gallant, *L'autorité parentale et la protection des mineurs*, p. 137. Пресуда доступна и на <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416> (20.01.2014).

⁵⁰⁵ Gallant, *L'autorité parentale et la protection des mineurs*, p. 137.

⁵⁰⁶ Својевремено је Специјална комисија одбила предлог Холандије да се у одредбу о атракцији надлежности уврсти и регистровано партнерство прибојавајући се управо хомосексуалних заједница. *Lagarde Report*, p. 561 ad 34 (фуснота).

могућност да се одлучује о престанку ванбрачне заједнице, нема ни атракције. С друге стране, ако надлежност може да се заснује, проширивање надлежности опет зависи од *lex fori*. Према томе, држава која не дозвољава регистроване ванбрачне заједнице (хетеросексуалне или хомосексуалне) не може да буде приморана да о томе одлучује јер Конвенција 1996 не уређује надлежност за брачне спорове.

Други разлог везан је за признање и извршење одлуке о заштити детета донете у таквој врсти спорова, с обзиром да би државе које не дозвољавају овај облик партнерства одмах посегле за јавним поретком. Међутим, можемо се запитати да ли се овај случај може подвести под ублажено дејство јавног поретка. Наиме, иако такав облик партнерства може бити противан јавном поретку, заштита деце сигурно не може. Управо супротно, заштита деце јесте део универзалног јавног поретка. Стога, у овом би се случају евентуално могло довести у питање постојање процесне дискриминације између брачне и ванбрачне деце ако је за престанак заједнице родитеља неопходна интервенција државног органа. Код неформалне ванбрачне заједнице овај проблем не постоји зато што фактички прекид заједнице живота аутоматски значи и раскид ванбрачне заједнице, те надлежност суда за њен престанак не може ни да постоји.

Напоследку, када се упореде основи директне надлежности које предвиђа Конвенција 1996 са онима садржаним у ЗРСЗ-у и двостраним уговорима Републике Србије, може се уочити значајна разлика. Према ЗРСЗ-у, главни критеријуми надлежности су пребивалиште и држављанство, при чему су норме о надлежности различите за свако конкретно питање које према Конвенцији 1996 представља родитељску одговорност (овлашћења и дужности родитеља, заступника детета, старатељство, хранитељство и др). Тако се у спору поводом овлашћења и дужности родитеља надлежност нашег суда заснива према општем форуму (пребивалиште туженог), а ако су дете и тужени домаћи држављани са пребивалиштем у Србији, надлежност је искључива (члан 66). Поред тога, за продужење родитељског права, као јединог питања из домена односа родитеља и деце о коме се одлучује у ванпарничном поступку (чл. 72-72 Закона о ванпарничном поступку),⁵⁰⁷ надлежност према ЗРСЗ постоји ако предлагач има домаће држављанство (члан 69). Слична ситуација је и у погледу надлежности према двостраним уговорима са Чешком и Словачком (*forum*

⁵⁰⁷ *Сл. гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др.закон и 18/2005 – др. закон, 85/2012 и 45/2013- др. закон.

nationalis детета, као и држава у којој дете „живи“, члан 33),⁵⁰⁸ Мађарском (*forum nationalis* детета или *forum domicili* детета, као и *forum residendi*, члан 39),⁵⁰⁹ Монголијом (*forum nationalis* детета, *forum domicili* туженог и тужиоца, члан 36),⁵¹⁰ Пољском (*forum nationalis* детета, *forum domicili* детета и родитеља, *forum residendi* детета и родитеља, члан 29),⁵¹¹ Француском (*forum nationalis* детета или *forum domicili* детета, члан 12 став 1),⁵¹² Румунијом (*forum nationalis* детета, *forum domicili* детета и родитеља, *forum residendi* детета и родитеља, члан 28),⁵¹³ Русијом и Украјином (*forum nationalis* детета, *forum domicili* детета и родитеља, члан 28).⁵¹⁴

Када је реч о поступку за заснивање старатељства, надлежност се, према ЗРСЗ-у, такође заснива на домаћем држављанству као искључива (члан 75), осим ако је надлежни страни орган већ одредио меру за заштиту (члан 76). У погледу странаца (или њихове имовине), могуће је донети привремене мере под условом присуства, али и трајне мере ако странац има пребивалиште у Србији а држава чији је држављанин није обезбедила заштиту (члан 77). Двострани уговори, такође, предвиђају *forum nationalis*, с тим што се у хитним случајевима одређују мере у држави пребивалишта, боравишта детета или његове имовине.⁵¹⁵ С обзиром да су решења у двостраним уговорима у великој мери архаична и да су све државе осим Монголије уговорнице

⁵⁰⁸ Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке СР (1964) – (Сл. лист СФРЈ – додатак бр.13/1964).

⁵⁰⁹ Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске (1968) са изменама и допунама (1986) – (Сл. лист СФРЈ – додатак бр.3/1968; измене и допуне – Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр.1/1987).

⁵¹⁰ Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске Народне Републике (1981) – (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр.7/1982).

⁵¹¹ Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске (1960) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак бр.5/1963).

⁵¹² Конвенција о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике (1971) – (Сл. лист СФРЈ, бр.55/72).

⁵¹³ Уговор о правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике (1960) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак бр.8/1961).

⁵¹⁴ Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР (1962) – (Сл. лист ФНРЈ, додатак бр.5/1963)

⁵¹⁵ Са Чешком и Словачком, члан 2, али је могуће уступање вршења старатељства држави у којој дете има пребивалиште, боравиште или имовину; са Мађарском, чл. 43-44; са Пољском, чл. 30-31, с тим што у члану 24 предвиђа делегацију одлучивања о старатељству; са Румунијом, чл. 32-33 али је могуће уступање вршења старатељства држави у којој дете има пребивалиште, боравиште или имовину; са Француском, члан 2 уз могућност да се донесе трајна мера ако то у разумном року не учини држава држављанства; са Монголијом, члан 39 став 1; са Русијом и Украјином, чл. 32-33, али је могуће уступање вршења старатељства држави у којој дете има пребивалиште, боравиште или имовину. Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске (1956) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак бр.1/1957), чл. 30-31 и Конвенција о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке (1959) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак бр.7/1960), чл. 24-25.

Конвенције 1996, можда би се, у договору са овим државама, могла размотрити потреба давања изјаве из члана 52 став 1 Конвенције 1996 о предности хашке конвенције. Ово би било оправдано и с аспекта меродавног права и система признања и извршења. Уколико би Србија ратификовала Конвенцију 1996, требало би размислити и о резервама из члана 55 Конвенције 1996. Прва се односи на задржавање надлежности за одлучивање о мерама за заштиту имовине детета која се налази у конкретној држави. Друга омогућава задржавање права да се не призна родитељска одговорност или мера ако нису у складу са мером одређеном од стране државе која је ставила ову резерву, а тиче се заштите имовине која се налази у њој.⁵¹⁶ С обзиром да је искључива надлежност за стварноправне односе остала и у Нацрту (сем за краткорочни закуп), можда би се обе резерве могле ставити. Уколико се покаже да оне у пракси нису потребне, могу се повући у сваком тренутку. Коначно, с обзиром да се код нас продужење родитељског права, по правилу, покреће пре пунолетства детета,⁵¹⁷ ова мера би у том случају била обухваћена Конвенцијом 1996. Међутим, ако се поступак покренуо после навршене 18. године детета, Конвенција 1996 више не би била применљива.

1.1.4. Негативна надлежност у материји издржавања - равнотежа између интереса деце и интереса дужника

С обзиром да је у материји издржавања доминантан принцип *in favorem creditoris*, равнотежа интереса повериоца и интереса дужника померена је у корист повериоца као слабије стране (чиме се одступа од основног процесног правила о једнакости у оружју).⁵¹⁸ Иако је Конвенција 2007, слично Протоколу 2007, усмерена пре свега на заштиту поверилаца, ни дужник није у потпуности лишен заштите. Тиме би се кршиле међународне конвенције о људским правима, посебно Европска конвенција о људским правима и правило о праву на одбрану (члан 6) као и одредба Међународног пакта о грађанским и политичким правима УН о једнаком положају странака пред судом (члан 14).⁵¹⁹ У том смислу, недостатак Њујоршке конвенције је

⁵¹⁶ Обе резерве су ставиле: Албанија, Бугарска, Хрватска, Кипар, Мађарска, Малта, Црна Гора, Пољска, Румунија, Русија, Словачка, Шпанија, Украјина и Јерменија. Резерву само на надлежност су ставиле Латвија и Литванија, а само на признање мера - Швајцарска.

⁵¹⁷ Драшкић, *Породично право*, стр. 315.

⁵¹⁸ Видети нпр. S. Triva, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, стр. 149.

⁵¹⁹ G. E. Schmidt, *Equal Treatment of the Parties in International Maintenance Cases*, Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr (eds. J. Basedow et al), T.M.C. Asser Press, Netherland,

очигледан из два разлога. Најпре, Њујоршка конвенција нема јасну одредбу о томе да ли се механизам централних органа примењује и на поступак који покреће дужник издржавања у циљу измене постојеће одлуке. Као последица тога, други разлог је различита пракса држава уговорница у погледу попуњавања ове правне празнине. Наиме, члан 8, који предвиђа да се одредбе Њујоршке конвенције примењују и у случајевима када се тражи измена одлуке о издржавању, тумачила се различито у зависности од тога да ли поступак покреће поверилац или дужник.

Док у погледу повериоца као тужиоца није било недоумица, ситуација је потпуно другачија када је реч о поступку који иницира дужник. С једне стране, поједине државе примењују Њујоршку конвенцију и на ове случајеве,⁵²⁰ док друге то не чине,⁵²¹ сматрајући да би овакво тумачење било у супротности са циљем Њујоршке конвенције која треба да „олакша остваривање издржавања на које неко лице...поверилац...полаже право на потраживање од неког другог лица...“ (члан 1). У групу ових држава спада и Република Србија јер код нас дужник, у овој ситуацији, не може да рачуна на активирање механизма Њујоршке конвенције.⁵²² Међутим, правона приступ суду дужника не може зависити од различитих тумачења држава уговорница једне исте конвенције јер се на тај начин врши његова дискриминација. При томе не треба заборавити да је положај овог лица *a priori* већ ослабљен идејом *in favorem creditoris*, која је своју материјализацију већ добила у материји меродавног права (Прокола 2007), али и претходних хашких конвенција о признању и извршењу одлука о издржавању које су игнорисале случајеве када је управо дужник тужилац (Конвенције 1958 и Конвенција Признање 1973).

Иако Протокол 2007 штити децу као повериоце чак и посебним правилима, то не значи да истовремено лишава дужника сваке заштите. Наиме, у материји меродавног права постоје два начина којима се коригује такав неправичан резултат. Најпре, суд приликом одређивања износа издржавања, *ex officio* узима у обзир потребе

2000, p. 665 *ad* 3. Даље Schmidt, *Equal Treatment of the Parties in International Maintenance Cases* Schmidt, *Equal Treatment of the Parties in International Maintenance Cases*.

⁵²⁰ На пример, Аустрија, Мароко, Пољска и Швајцарска. Permanent Bureau, *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*, p. 17 *ad* 29, доступно на http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf (03.12.2013).

⁵²¹ На пример, Ирска, Хрватска и Луксембург. *Ibidem*.

⁵²² Према подацима добијеним од Министарства финансија Републике Србије (Одсек за заштиту имовине и остваривање алиментационих захтева у иностранству) као посредничког органа, супротна пракса би била противна управо наведеном члану 1 Њујорше конвенције.

повериоца, могућности дужника и сва већ извршена периодична плаћања (члан 14), а затим и дужник има посебно право одбране из члана 6 (на основу кога се може одбити захтев за издржавање ако дужник докаже непостојање своје обавезе). Ова могућност у погледу деце важи само за супсидијарне дужнике. Заштита из Протокола 2007 добила је пандан и у Конвенцији 2007 зато што некада заиста може доћи до промене финансијске моћи повериоца или дужника услед којих се у овој ситуацији мора омогућити бољи положај дужника. Ипак, чак ни сада то не значи да је положај дужника и повериоца апсолутно исти. Наиме, дужник може користити механизам Конвенције 2007 само за покретање поступка за измену постојеће одлуке о издржавању, али зато не може покренути поступак признања. Стога је право на ефикасан приступ поступцима (чл. 14 и 18 Конвенције 2007) један од најважнијих аспеката бољег положаја како детета (А) тако и дужника (Б)

А) Право на ефикасан приступ поступцима као право детета

Одредба која представља кључни принцип за остваривање издржавања према Конвенцији 2007 је право на ефикасан приступ поступцима⁵²³ које треба да буде гарантовано у свим фазама поступка остваривања издржавања, укључујући и поступак по правним лековима (члан 14).⁵²⁴ Дете као поверилац може покренути поступак за мериторно одлучивање о издржавању, укључујући ситуације када се о томе први пут одлучује, као и оне када тражи измену постојеће одлуке. Такође, дете може да покрене и поступак за поновно одлучивање у држави признања зато што постојећа одлука није прошла контролу система огледала или је њено признање одбијено јер је одлука резултат преварног поступања странке или услед непоштовања права на одбрану (члан 10 став 1 у вези члана 22 тач. б) и е)). Такође, дете може тражити признање и извршење одлуке, као и извршење већ признате одлуке или одлуке донете у држави извршења (члан 10 став 1 тач. а) и б)). Право детета да тражи извршење одлуке која је већ призната у држави извршења, омогућава да предмет поступка буде чак и одлука донете у држави која није уговорница Конвенције 2007, ако је призната у држави извршења према неком другом међународном уговору или на основу националних норми.⁵²⁵ Поред тога, конвенцијски механизам се може покренути и за одлуке које потичу из

⁵²³ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 72 ad 356.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 74 ad 368.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 54 ad 243.

саме државе извршења од које се сада тражи да изврши сопствену одлуку. То ће најчешће бити случај ако су дужник и дете у време доношења одлуке живели у држави извршења, али се дете касније преселило или, пак, никада није ни живело у њој.⁵²⁶ На овај начин је омогућено да дете посредством централних органа тражи да држава уговорница изврши сопствену одлуку.

Б) Право на ефикасан приступ поступцима као право дужника

Насупрот деци, дужник може покренути једино поступак за *измену* постојеће одлуке или за њено *признање*, али само ако је овај захтев поднет у *циљу ограничења или окончања (обуставе) поступка извршења* (члан 10 став 2). Дакле, када је реч о *измени* одлуке, интерес дужника се најчешће претпоставља јер ће он тражити или смањење износа издржавања или, ако издржава више деце, укидање одлуке према неком од њих односно измену услова плаћања.⁵²⁷ Другим речима, из самог текста петитума централни орган може одмах да утврди, на основу конкретне измене која се тражи, постојање правног интереса дужника за покретање овог поступка. Насупрот томе, у случају када дужник покреће поступак за *признање* постојеће одлуке, он би морао већ у самом захтеву да објасни на који начин ће признање произвести ограничавајуће дејство у поступку извршења.⁵²⁸ Примера ради, Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије (ЗИО)⁵²⁹ не дозвољава извршење одлуке у делу у коме би износ дуга (издржавања) премашио две трећине износа зараде, пензије или накнаде зараде односно једну половину износа минималне зараде (члан 148 ст. 1 и 2).⁵³⁰ У случајевима драстичне разлике у животном стандарду детета и дужника, на основу обе одредбе би дужник могао да тражи признање са јасним интересом да ће поступак извршења бити

⁵²⁶ *Ibidem.*

⁵²⁷ Permanent Bureau, *Draft Practical Handbook for caseworkers under the 2007 Child Support Convention*, Prel. Doc. No 4 of August 2009, p. 115 ad 705, доступан на <http://www.hcch.net> под „*Work in Progress*“ одсек „*Maintenance Obligations*“ (27.01.2014). Даље *Draft Practical Handbook for the 2007 Child Support Convention*.

⁵²⁸ У том смислу је Врховни суд Холандије донео одлуку по којој се и у случају примене Њујоршке конвенције, дужник може у поступку извршења позвати на околности које наговештавају да је његов дуг у потпуности или делимично угашен односно да више није разумно очекивати од њега да плаћа издржавање. Одлука од 19.04.1991, NJ 1991, 592, наведена према одговору Холандије у Permanent Bureau, *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*, p. 59.

⁵²⁹ *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС и 55/2014.

⁵³⁰ Обавезе оздржавања имају предност у односу на друга потраживања, осим оних у односу на трошкове поступка (члан 137 ЗИО).

ограничен.⁵³¹ Овај проблем би се могао избећи у случају да је држава порекла одлуке уједно уговорница Протокола 2007 или Конвенције Меродавно право 1973, будући да обе садрже одредбу којом се овакве разлике у животном стандарду увек узимају у обзир приликом одређивања износа издржавања (члан 14 Протокола 2007 и члан 11 став 2 Конвенције Меродавно право 1973).

Много чешћи случај биће онај у коме дужник тражи *измену* одлуке о издржавању. Ово право дужника је ограничено одредбом по којој он може покренути поступак само у држави уобичајеног боравишта повериоца ако је одлука донета у њој а поверилац и даље у њој живи (члан 18 став 1). Наведено правило је, заправо, *једина норма о директној надлежности* у целој Конвенцији 2007⁵³² или, још прецизније, у питању је норма о *негативној директној надлежности*.⁵³³ На овај начин Конвенција 2007, једина након Конвенције 1996, уводи установу *perpetuatio jurisdictionis*.⁵³⁴ То је директна последица немогућности унификације директне надлежности.⁵³⁵ С једне стране, САД су инсистирале на задржавању надлежности суда који је донео првобитну одлуку, док су, с друге стране, европске државе тежиле да се успостави систем у коме ће промена уобичајеног боравишта дужника бити праћена и променом надлежности.⁵³⁶ Услед тога, настала је одредба о ограничењу поступка која треба да спречи признање одлуке о измени под одређеним условима.⁵³⁷ У том смислу, задржавање надлежности постоји само ако дужник издржавања тражи измену одлуке, док, насупротив томе, поверилац као тужилац није ограничен овом установом.⁵³⁸

⁵³¹ У сличном смислу видети и D. Kitić, *Ostvarivanje zakonskog izdržavanja u inostranstvu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1986, стр. 215.

⁵³² Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, p. 532 ad 5.

⁵³³ A. Borrás, *The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention*, IFL March 2012, p. 111. Даље Borrás, *The limit on proceedings in maintenance claims*.

⁵³⁴ Тако и Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 83 ad 422. Слична одредба постоји и у САД-у према којој задржавање надлежности постоји док се странке не споразумеју о надлежности другог суда или док дете и родитељ живе у тој држави или док други суд не одлучи о измени по сличном супстанцијалном праву (члан 205 UIFSA). Видети C. S. Bruch, *Family Support Across Frontiers: New Ideas from the Americas*, Families Across Frontiers (eds. N. Lowe, G. Douglas), Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 749.

⁵³⁵ W. Duncan, *Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions – The Quest for Uniformity*, Intercontinental Cooperation Through Private International Law - Essays in Memory of Peter E. Nygh (eds. T. Einhorn and K. Siehr), T.M.C. Asser Press, The Hague, 2004, p. 91. Даље Duncan, *Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions*.

⁵³⁶ Borrás, *The limit on proceedings in maintenance claims*, pp. 110-111.

⁵³⁷ *Ibidem.*

⁵³⁸ Слично решење предвиђа и тзв. Монтевидео конвенција из 1989. године (*Inter-American Convention on Support Obligations*, доступна на <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-54.html>) која у

Ипак, ако се ова одредба посматра као норма о директној надлежности, треба имати у виду да она има ограничени домашај из два разлога. Најпре, суд државе уобичајеног боравишта повериоца (детета) задржава надлежност само док поверилац и даље живи у њој. Други разлог је тај што од овог правила има изузетака на основу којих и суд друге државе уговорнице Конвенције 2007 може стећи надлежност за измену одлуке о издржавању. Први изузетак, субјективне природе, односи се на ситуацију заснивања надлежности суда друге државе вољом повериоца. Овај случај обухвата све категорије поверилаца и подразумева њихов *пристанак* на надлежност другог суда (члан 18 став 2 тач. б). Следећи изузетак, објективне природе, условљен је одређеним процесним разлозима везаним за суд државе уобичајеног боравишта детета који гарантују дужнику *право на приступ суду*.⁵³⁹ Наиме, суд државе порекла одлуке или не може да заснује надлежност за измену одлуке или то одбија да учини (члан 18 став 2 тач. ц).⁵⁴⁰ Треће одступање везано је, у одређеном смислу, такође за право на приступ суду јер се првобитна одлука није могла признати или огласити извршном, те се у држави признања покреће поступак за измену одлуке или за доношење нове одлуке (члан 18 став 2 тач. д). Коначно, четврти изузетак подразумева постојање пророгационог споразума у корист суда друге државе уговорнице. Међутим, он није карактеристичан за децу као повериоце из истог разлога из којег пророгациони споразум није основ идиректне надлежности када је реч о издржавању деце (члан 18 став 2).

члану 8 дозвољава повериоцу да покрене поступак за измену одлуке пред било којим судом који је у овом члану наведен (у држави пребивалишта или уобичајеног боравишта повериоца или дужника, као и у држави са којом је дужник повезан на основу имовине, зараде или друге финансијске користи). Супротно томе, дужник може тражити измену одлуке о издржавању под претпоставком да је реч о смањењу или укидању издржавања, само пред судом оне државе која је донела првобитну одлуку (члан 9). Duncan, *Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decision*, p. 93. Конвенција је ступила је на снагу 03. јуна 1996. године. Њене уговорнице (13) су: Боливија, Колумбија, Еквадор, Гватемала, Парагвај, Перу, Уругвај, Мексико, Панама, Аргентина, Боливија, Белизе и Костарика, али не и САД. *Martiny*, у предавању на Хашкој академији, наводи да су државе уговорнице и Хаити и Венецуела односно да Монтевидео конвенција и њих обавезује. *Martiny, Maintenance Obligations*, p. 165. Међутим, Хаити и Венецуела су заправо само потписале, а не и ратификовале ову Конвенцију тако да их она ипак **не обавезује**. Видети *Signatories and Ratifications, B 54: Inter-American Convention on Support Obligations* на <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-54.html> (05.02.2014). Више о Конвенцији С. S. Bruch, *The 1989 Inter-American Convention on Support Obligations*, *The American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 817-863; D. P. Fernández Arroyo, *What's New in Latin America Private International Law*, YPII Volume 7, 2005, p. 90

⁵³⁹ P. Beaumont, *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, *RabelsZ*, 3/2009, p. 534 *ad c*). Даље Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*.

⁵⁴⁰ На пример зато што према праву ове државе (као у случају САД-а) надлежност постоји само на основу везе са дужником. Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 84 *ad* 426.

Сви ови изузеци чине правило о задржавању надлежности флексибилнијим јер предвиђају разумна одступања која су резултат потребе да се заштите људска права (право на приступ суду) или су, пак, последица споразума повериоца и дужника (у случају издржавања деце - накнадна сагласност детета као туженог или, за остале обавезе издржавања, пророгациони споразум).

Ипак, одредба о ограничењу поступка, за разлику од норми о индиректној надлежности, посебно у односу на критеријум чињеничне повезаности, нема за циљ да помири различите основе надлежности за измену одлуке о издржавању,⁵⁴¹ већ да омогући директну заштиту повериоца (деце). Наиме, могуће је да дужник, након доношења одлуке, заснује ново уобичајено боравиште како би изигравањем закона издејствовао смањење или укидање своје обавезе.⁵⁴² Овакво понашање дужника се не би могло санкционисати одбијањем признања, с позивом на преварно поступање у поступку (члан 22 тач. б), будући да овај негативни услов у Конвенцији 2007 има само процесноправни карактер. Имајући у виду, с друге стране, да изигравање колизионе норми (у комбинацији са нормом о надлежности) спада и у домен јавног поретка (члан 22 тач. а, који треба изузетно користити), правило о ограничавању поступка је једино средство којим се непосредно може санкционисати евентуално изигравање закона од стране дужника. У ситуацијама када промена уобичајеног боравишта дужника није последица *fraus legis*, он је поново ограничен у настојању да у „својој новој“ држави издејствује измену одлуке која би била последица реално промењених околности. Тада је једина могућност да, уместо формалне измене одлуке, суд извршења коригује износ издржавања који се може наплатити, узимајући у обзир евентуална ограничења у обиму и средствима извршења. Коначно, одредба о ограничењу поступка, заједно са нормама о индиректној надлежности и правној помоћи, чини Конвенцију 2007 „флексибилном комбинованом конвенцијом.“⁵⁴³

⁵⁴¹ У том смислу, разликују се две групе држава – оне које инсистирају на задржавању надлежности суда који је донео одлуку о издржавању (САД) и друге, које сматрају да ова врста надлежности треба да прати промену уобичајеног боравишта повериоца или дужника. Duncan, *Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions*, p. 91.

⁵⁴² Borrás, *The limit on proceedings in maintenance claims*, p. 111.

⁵⁴³ Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, p. 532 ad 5.

1.2. Индиректна надлежност

1.2.1. Заштита деце унификацијом критеријума индиректне надлежности – постављање проблема

Основни разлог зашто заштита деце у материји издржавања никада није могла да обухвати директну надлежност везана је за питање прихватљивости критеријума уобичајеног боравишта повериоца, а потом и за дилему о могућности да суд који је донео првобитну одлуку о издржавању задржи надлежност и у новом поступку за њену измену (*perpetuatio jurisdictionis*).⁵⁴⁴ Међутим, одмах би требало напоменути да ови проблеми нису везани само за издржавање деце већ су заједнички за *све* случајеве издржавања *без обзира* ко је у улози повериоца.

У погледу унификације директне надлежности, Хашка конференција је разматрала различите могућности. Најпре, постојала је идеја да се утврде заједнички основи директне надлежности које познају све државе, као што су уобичајено боравиште дужника или пристанак на надлежност. Потом би се уврстио и критеријум уобичајеног боравишта повериоца са одређеним ограничењима за оне државе којима је овај основ надлежности неприхватљив (*opt-out* систем).⁵⁴⁵ Друга солуција је подразумевала да се укључи и уобичајено боравиште дужника у комбинацији са резервама или изјавама (такође, *opt-out* систем).⁵⁴⁶ Коначно, последња могућност је подразумевала одустанак од унификације норми о директној надлежности и усмеравање ка успостављању добро организованог и ефикасног система сарадње који, уз унификацију индиректне надлежности, води бржем и једноставнијем признању и извршења одлука о издржавању.⁵⁴⁷ Прве две могућности нису могле да се спроведу у дело зато што критеријум уобичајеног боравишта повериоца, иако заступљен у упоредном праву,⁵⁴⁸ ипак нема универзални значај,⁵⁴⁹ чак ни када је у питању дете.

⁵⁴⁴ *Ibidem*. Такође и Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 13 ad 18.

⁵⁴⁵ *Report on the first meeting of the Special Commission on the international recovery of child support and other forms of family maintenance (5-16 May 2003)*, Prel. Doc. No 5 of October 2003, p. 27 ad 87. Такође и Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 13 ad 19.

⁵⁴⁶ *Report on the first meeting of the Special Commission on the international recovery of child support and other forms of family maintenance (5-16 May 2003)*, Prel. Doc. No 5 of October 2003, p. 27 ad 87. Такође и Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 13 ad 19.

⁵⁴⁷ *Report on the first meeting of the Special Commission on the international recovery of child support and other forms of family maintenance (5-16 May 2003)*, Prel. Doc. No 5 of October 2003, p. 27 ad 87. Такође и Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 13 ad 19.

⁵⁴⁸ ЗМПП Румуније (члан 149). Живковић, *Националне кодификације*. Бугарска (Закон о међународном приватном праву из 2005. године, члан 11), Белгија (Закон о међународном приватном

Најпознатији пример су САД у којима је уобичајено боравиште повериоца чак противустанан критеријум надлежности јер се не заснива на довољној вези дужника и суда (*Due Process Clause*),⁵⁵⁰ што је уједно и највећа замерка овом критеријуму. Насупрот САД-у, Монтевидео конвенција (члан 8 став 2) изричито предвиђа овај критеријум надлежности. Ипак, проблем директне надлежности није безазален јер је то прво питање које ће себи поставити надлежни орган када му путем централних органа буде прослеђен захтев за одлучивање о захтеву за издржавање односно за измену одлуке о издржавању.⁵⁵¹ Једина конвенција модерног хашког система за заштиту деце којој је пошло за руком да постане *convention double* је Конвенција 1996, иако је било покушаја да се, следећи тај приступ, донесе и једна општа конвенција у грађанској и трговачкој материји.⁵⁵² Занимљиво је да су државе биле спремније да се сагласе око критеријума директне надлежности у материји родитељске одговорности за коју би се

праву из 2004. године, члан 73 став 1 тач. 1), ЗМПП Црне Горе (члн 134 став 1 тач. 2). Такође и државе чланице ЕУ (сем Данске) између себе примењују Регуллативу о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу и сарадњи у материји обавеза издржавања (*Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, даље Регуллатива Издржавање), која предвиђа и овај основ надлежности у члану 3 ставу 1 тач. б).

⁵⁴⁹ Duncan, *Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions*, p. 90. Овај основ надлежности у материји издржавања не предвиђају, између осталих: Италија, Мађарска, Перу, Сенегал. Живковић, *Националне кодификације*.

⁵⁵⁰ Овај став у САД-у заузет је у случају *Kulko v. California* (436 U.S. 84 (1978)) о коме је одлучивао и Врховни суд. Међутим, деведесетих година прошлог века амерички Конгрес је покренуо иницијативу да се (бар када је реч о деци), заснивање надлежности за издржавање дозволи и на основу уобичајеног боравишта повериоца (тзв. *child-state jurisdiction*). Формирана је Комисија о међудржавном издржавању деце (*Commission on Interstate Child Support*) која је Конгресу препоручила да се установи систем у коме би обавеза издржавања сама по себи стварала довољну везу у погледу надлежности, чак и ако дужник не би био ни на који други начин повезан са државом суда. Упркос томе, Конгрес до данас није одговорио на препоруку Комисије. Видети више Spector, *Maintenance in Private International Law in the United States*, pp. 65-67.

⁵⁵¹ О идеји логичког редоследа основних целина међународног приватног права Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 23-27.

⁵⁵² Када је реч о покушајима Хашке конференције да унификује критеријуме директне надлежности у грађанским и трговачким стварима, они датирају још из 1992. године када је САД поднела такав предлог по коме је требало обухватити и директну надлежност и признање и извршење одлука у грађанској и трговачкој материји. Видети предлог на <http://www.state.gov/documents/organization/65973.pdf>. Потом је, након бројних састанака радних група и специјалних комисија, тек 2000. године прихваћен прелиминарни нацрт будуће Конвенције. Видети *Preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh & Fausto Pocar*, Prel. Doc. No 11 of August 2000. Ипак, иницијатива је била неуспешна. Међутим, Хашка конференција од ње никада није одустала и баш када су скоро сви сматрали овај пројекат њеним највећим неуспехом, идеја је поново оживела и тренутно се интензивно ради на њеном остварању. Наиме, одлука Савета за опште послове и политику о наставку рада на овој конвенцији након одлагања до ступања на снагу Конвенције о избору суда (*Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*) донета је 2011. године: *Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011) Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, ad 15. Видети детаљније на www.hcch.net одсек „Judgment Project.“

очекивало да је знатно осетљивија јер погађа *личне* односе родитеља и деце односно организовање алтернативне бриге о деци без родитељског старања, за разлику од обавезе издржавања која је такође специфична, али је ипак *лично-имовинске* природе.

Услед немогућности постизања договора, Конвенција 2007 је *convention simple* односно једнострана конвенција,⁵⁵³ што омогућава да остану на снази и националне норме о директној надлежности, које сразмерно међусобним разликама, сарадњу у одређеној мери чине мање или више успешном.⁵⁵⁴ Овај тип конвенција најчешћи је у случајевима унификације права држава које нису политички и економски значајно везане, а имају другачији став према критеријумима за признање страних одлука.⁵⁵⁵ Насупрот томе, *convention double*, каква је Конвенција 1996, могуће је донети ако државе имају сличне правне традиције или теже заштити виших заједничких циљева, те су због тога спремније и на веће компромисе.⁵⁵⁶

Упркос чињеници да је Конвенција 2007 једнострана, постигнута унификација индиректне надлежности има шири значај него што би се то на први поглед рекло. Наиме, она врши посредни утицај на националне норме о директној надлежности. *Систем огледала* Конвенције 2007 има утицаја приликом доношења нових националних кодификација међународног приватног права,⁵⁵⁷ али и стварања међународног приватног права ЕУ.⁵⁵⁸ Међутим, оно што је наважније, унификацијом индиректне надлежности се прећутно одређују и границе *прихватљивих основа* директне надлежности у материји издржавања. Другим речима, критеријуми индиректне надлежности представљају границу раздвајања између прихватљиве и

⁵⁵³ Иако Конвенција 2007 концептуално прати идеју Нацрта Конвенције о надлежности и страним пресудама у грађанској и трговачкој материји (*Judgment Project*) с том разликом што Конвенција 2007 нема норме о директној надлежности, али има одредбе о административној сарадњи и правној помоћи. Више Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, p. 532 ad 5.

⁵⁵⁴ W. Duncan, *Future developments in International Family Law*, Convergence and divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr (eds. K. Boele-Woelki et.al), The Hague, 2010, p. 222.

⁵⁵⁵ Више М. Župan, *Međunarodna nadležnost u obiteljskopравnim stvarima – presjek pravne stečevine EU* (u D. Babić, E. Čulinović-Herc, T. Čapeta, F. Eichel, J. Garašić, I. Goranić, N. Grković, W. Hau, M. Kengyel, E. Kunštek, V. Lazić, D. Martiny, C. Meller-Hannich, V. Rijavec, M. Stürmer, M. Župan, *Europsko građansko procesno pravo*), Zagreb, 2013, str. 177-198.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ Типичан пример је Република Србија, која ради на доношењу новог ЗМПП-а у исто време када се заокружује хашки систем заштите деце, те може да основе надлежности у споровима о издржавању прилагоди Конвенцији 2007, што се управо и десило.

⁵⁵⁸ Конвенција 2007 је прва вишестрана конвенција у чијем настанку је учествовала Европска унија. Више М. Župan, *Ukidanje egzekvaturе u europskom pravu: nekoliko odabranih pitanja*, *Pravo i porezi* 17/2008, str. 65-74.

прекомерне надлежности. Стога, могло би се рећи да су ове норме, иако индиректне, истовремено и *прикривене норме о директној надлежности*.

Ипак, ту се домашај система огледала не завршава. Конвенција 2007 указује и на прихватљиве основе атракције надлежности поводом *статусних спорова*, као и оних о *родитељској одговорности*. У том смислу, држављанство само једне од странака није дозвољени критеријум надлежности који може да доведе до прихватљиве атракције надлежности која би прошла контролу конвенцијског система огледала, чак ни када је у питању издржавање деце.

С обзиром да сви основи надлежности нису једнако прихватљиви, то је и утицај система огледала ограничен у погледу (не)могућности признања и извршења одлуке о издржавању у држави уговорници која је ставила резерву на поједине критеријуме индиректне надлежности. Наиме, Конвенција 2007, као резултат компромиса, дозвољава да резерве у односу на три основа надлежности – уобичајено боравиште повериоца, атракцију надлежности и пророгациони споразум (члан 20 став 2). Ипак, утицај резерви у Конвенцији 2007 није такав да у потпуности спречава дете да оствари право на издржавање. Чак и у случају када је одбијање признања резултат ове врсте резерви, постоје начини да се положај детета као повериоца у држави признања учини извеснијим. У том смислу треба разликовати ситуацију када је реч о издржавању деце млађе од 18 година од оне када старија деца треба да остваре издржавање у држави у којој је признање одбијено. Тако, одлука о издржавању деце млађе од 18 година, чије је признање у другој држави уговорници Конвенције 2007 одбијено услед резерви на индиректну надлежност, обавезно стиче снагу *доказа* о подобности детета за издржавање приликом покретања новог поступка у тој држави (члан 20 став 5). За разлику од ове категорије деце, она старија од 18 година не могу рачунати на доказну снагу одлуке чије је признање одбијено, већ на обавезу државе признања да, када је у њој покренут нови поступак мериторног одлучивања, предузме све неопходне мере како би се донела нова одлука у корист повериоца (члан 20 став 4). У односу на млађу децу, пак, њихов положај је мање повољан с обзиром да се траже и два додатна услова за стицање права на ову врсту помоћи. Први услов подразумева да није реч о било којој држави уговорници која је ставила резерву већ оној у којој дужник издржавања има уобичајено боравиште. Друго ограничење се односи на захтеве који нису поднети преко централних органа јер дете у том случају не може рачунати на посебну помоћ у

поступку мериторног одлучивања (члан 20 став 4). Будући да предвиђа (иако различиту) помоћ за обе категорије деце у случају када је признање одлуке одбијено услед резерви у погледу индиректне надлежности и имајући у виду могућност прилагођавања њеног поља примене (реципрочне резерве и изјаве), Конвенција 2007 је *флeксибилан* међународни инструмент. Иако се њоме нису могли унификовати и основи директне надлежности, захваљујући флексибилно конципираним решењима она може постати *глобални инструмент за заштиту права детета на издржавање*.

1.2.2. Систем огледала Конвенције 2007

Критеријуми које предвиђа систем огледала из члана 20 Конвенције 2007 могу се поделити у три групе. Прва подразумева критеријум специфичан само за случајеве издржавања деце (А). Друга група обухвата основе надлежности који су заједнички за све категорије поверилаца, укључујући и децу (Б). Трећа одражава домашај аутономије воље у погледу индиректне надлежности. Иако према Конвенцији 2007 пророгација није дозвољена када је реч о издржавању деце, анализа ових одредаба је ипак потребна. Наиме, оваквом решењу Конвенције 2007, аутономија воље је према Протоколу 2007 прихваћена у погледу меродавног права за издржавање деце. Управо због ове значајне разлике која постоји између индиректне надлежности и меродавног права поводом *истог* права детета - права на издржавање, неопходно је указати на последице таквих решења (В).

А) Систем огледала специфичан за обавезу издржавање деце – критеријум уобичајеног боравишта детета уместо уобичајеног боравишта повериоца

Систем огледала специфичан за обавезу издржавање деце заснован је на критеријуму уобичајеног боравишта детета (члан 20 став 1 тач. д).⁵⁵⁹ Међутим, у односу на Конвенцију 1996, која овај критеријум директне надлежности предвиђа као редовни, Конвенција 2007 има другачији приступ. Наиме, уобичајено боравиште детета јесте широко прихваћени критеријум, али у материји издржавања нема универзални значај.⁵⁶⁰ Услед тога, он трпи извесна ограничења. Наиме, поред постојања уобичајеног боравишта детета у држави порекла одлуке, потребно је још да је тужени живео у истој

⁵⁵⁹ Овај критеријум је унет у текст Конвенције 2007 на предлог делегације Швајцарске. Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 163 ad 454.

⁵⁶⁰ Видети *supra* стр. 196.

држави са дететом или да је у њој имао своје уобичајено боравиште и да је издржавао дете у овој држави. Начелно посматрано, овако конципиран критеријум уобичајеног боравишта детета је важан јер се само на тај начин могао постићи компромис између држава којима је овај основ надлежности потпуно прихватљив и оних (као што је то на пример САД), које инсистирају на принципу *actor sequitur forum rei*. Самим тим, постојање резерве за овај критеријум је постало излишно. У поређењу са критеријумом уобичајеног боравишта *повериоца*, као основа који је заједнички за све врсте издржавања, али подложног резервама, уобичајено боравиште детета је додатни критеријум за обавезу издржавања деце. Њиме се постиже њихова посебна заштита, ако је стављена резерва на критеријум уобичајеног боравишта повериоца. Другим речима, деца су на тај начин фаворизована група поверилаца. Додуше, њихов привилеговани положај није идентичан као у Протоколу 2007 с обзиром да такав статус, у погледу меродавног права, уживају деца млађа од 21 године, док Конвенција 2007 допушта да се резервом ограничи поље примене само на децу млађу од 18 година.

Овај додатни критеријум индиректне надлежности представља „*мост*“⁵⁶¹ између оних држава чији су ставови о (не)прихватљивости критеријума уобичајеног боравишта повериоца непомирљиви. У том смислу, његов значај долази до изражаја управо онда када се тражи признање одлуке у држави која, као САД, не прихвата тај критеријум. Тада је једина могућност за признање одлука о издржавању детета поводом којих је надлежност занована на принципу *forum actoris* управо овај критеријум индиректне надлежности.⁵⁶²

Чињеница да је за признање одлуке о издржавању деце у овом случају потребно да је дужник, у неком тренутку, *живео са дететом* у држави порекла одлуке, указује да ће најчешће бити речи о родитељу чија обавеза, услед развода брака, добија епилог пред надлежним органом. Други услов, који долази до изражаја када дужник *није живео у заједници са дететом*, подразумева да је у држави порекла одлуке, ипак, боравио и да је у њој издржавао дете. То ће најчешће бити случај ако родитељи нису били у браку односно у ванбрачној заједници након рођења детета. У сваком случају, питање контроле овог критеријума индиректне надлежности поставља се након пресељења родитеља дужника из државе порекла одлуке зато што би у супротном било

⁵⁶¹ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 89 ad 454.

⁵⁶² *Ibidem*.

речи о случају без иностраног елемента. На пример, ако мајка (држављанка Хрватске) и отац (држављанин САД) са својим ванбрачним дететом живе у Хрватској, а отац се након две године врати у своју државу порекла (САД), хрватски суд ће моћи да одлучи о захтеву за издржавање малолетног детета, које у његово име подноси мајка, с обзиром да је отац живео са дететом у Хрватској као држави суда. При томе, одлука ће моћи да буде призната у САД-у управо на основу уобичајеног боравишта детета, под претпоставком да је САД држава уговорница Конвенције 2007 и да је ставила резерву на критеријум уобичајеног боравишта повериоца.⁵⁶³

Б) Систем огледала заједнички за све категорије поверилаца

Другу врсту критеријума индиректне надлежности чине они који су применљиви на све категорије поверилаца, те тако и на децу. Ова група најпре обихвата критеријум уобичајеног боравишта туженика као отеловљење класичног принципа *actor sequitur forum rei* (члан 20 став 1 тач. а). Такође, тужени може пристати на надлежност, прећутно или изричито (члан 20 став 1 тач. б). Овај критеријум је постојао и у Конвенцији Признање 1973 (члан 7 став 3), али је у Конвенцији 2007 особен по томе што је уместо пристанка *дужника*, сада реч о *туженом*. На овај начин је пристанак туженог уједно основ и за заснивање надлежности за мериторно одлучивање о издржавању, али и за одлучивање поводом захтева за измену постојеће одлуке. При томе, оба основа надлежности важе без обзира ко покреће поступак - поверилац или дужник. У том смислу, и дете као поверилац може бити обухваћено овим критеријумом индиректне надлежности у случају када дужник тражи измену одлуке. За разлику од Конвенције Признање 1973, тужени, уколико жели да оспори надлежност, приговор мора да истакне одмах пошто то буде било могуће. Најчешће ће то бити у одговору на тужбу или у току поступка пре упуштања у расправљање о главној ствари, у зависности од процесних одредаба државе суда. Прекорачење овог рока доводи до заснивања директне надлежности и одлука која буде донета је уједно подобна за признање према Конвенцији 2007 у смислу система огледала.

Последњи критеријум из ове групе је уобичајено боравиште повериоца (члан 20 став 1 тач. ц). С обзиром да је у питању најконтроверзнији критеријум индиректне

⁵⁶³ Пример је конструисан на основу сличног у предлогу који су у име делегације САД-а поднели *Spector* и *Watson* Специјалној комисији која је одржана од 13-16. априла 1999. године о потреби доношења нове конвенције о остваривању обавезе издржавања 1999. године. Видети *Spector, Watson, Proposal by the Delegation of the United States of America*, p. 5 ad 3.

надлежности, дозвољена је могућност резерве, која нема реципрочно дејство (члан 62 став 1).⁵⁶⁴ Ипак, њена специфична се огледа у томе што она не значи да је немогуће признати одлуку суда који је своју међународну надлежност засновао на критеријуму уобичајеног боравишта повериоца. Наиме, сви повериоци, укључујући и децу, могу рачунати на остваривање издржавања у држави признања која је ставила ову резерву на основу тзв. „чињеничне повезаности“ (члан 20 став 3). То значи да одлука о издржавању може, упркос резерви, проћи тест индиректне надлежности ако су фактичке околности случаја такве да би право државе признања *mutatis mutandis* омогућило заснивање надлежности њеног надлежног органа за одлучивање о издржавању.⁵⁶⁵ У овом случају се фактички занемарује чињеница да је суд порекла одлуке своју надлежност засновао на критеријуму уобичајеног боравишта повериоца (поводом кога је држава признања ставила резерву). Истовремено се проверава да ли (чињеничне) околности случаја указују да постоји још неки критеријум међународне надлежности који је прихватљив из угла државе признања. На тај начин се отварају врата за врло значајан утицај националних норми о директној надлежности које могу, у зависности од конкретних околности, да исправе недостатке конвенцијског система резерви односно метода унификације критеријума индиректне надлежности.⁵⁶⁶ То је у домену индиректне надлежности велики заокрет у односу конвенцијског система и националних система држава уговорница (који је до сада у хашким конвенцијама за заштиту деце у случају резерви увек доводио до тога да се смањи број критеријума индиректне надлежности које конкретна држава уговорница признаје). Подсећања ради, и Конвенција 1996 дозвољава утицај националних норми о надлежности у појединим ситуацијама,⁵⁶⁷ али позивање на њих *искључује* даљу заштиту детета према Конвенцији 1996.

⁵⁶⁴ Овај уступак је учињен, пре свега, САД-у. За разлику од њега, ЕУ није ставила ниједну резерву у погледу система огледала.

⁵⁶⁵ Б. Бордаш, *Модернизација правила о издржавању са иностраним елементом у Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 3, 2013, стр. 163.

⁵⁶⁶ САД су поднеле сличан предлогпрема коме је, уместо увођења конвенцијског система директне и/или индиректне надлежности, требало предвидети да је услов надлежности испуњен ако су фактичке околности случаја такве да је критеријум *националних норми* државе признања о надлежности испуњен. R. S. Spector, G. R. Watson, *Proposal by the Delegation of the United States of America, Toward an Accommodation of Divergent Jurisdictional Standards for the Determination of Maintenance Obligations in Private International Law*, Work Document No 31, 1999, p. 6. Даље Spector, Watson, *Proposal by the Delegation of the United States of America*.

⁵⁶⁷ Реч је о заснивању надлежности за редовне мере када дете нема уобичајено боравиште у држави суда, као и када се у току поступка промени уобичајено боравиште тако што се дете пресели у државу неуговорницу. Видети *supra* стр. 162 *et seq.*

Када је реч о овој групи основа индиректне надлежности, посебно је занимљив однос критеријума пристанка туженог на надлежност и уобичајеног боравишта повериоца. Пристанак туженог као основ надлежности преузет је из Конвенције Признање 1973 (члан 7 став 1 тач. 3), са изменама у погледу тренутка до кога се може уложити приговор ненадлежности и, што је још важније, круга лица чији пристанак може бити основ надлежности. Тиме што се овај критеријум Конвенције 2007 везује за *туженог*, а не дужника (Конвенција Признање 1973), омогућено је да се у домену индиректне надлежности у одређеној мери уравнотеже интерес повериоца и интерес дужника јер се пристанак туженог односи и на поступак мериторног одлучивања о обавези издржавања који покреће поверилац, али и када то чини дужник, тражећи измену првобитне одлуке. У свом Извештају, *Verwilghen* је као пример када овај критеријум може имати практичну вредност навео заснивање надлежности преко форума имовине.⁵⁶⁸ С тим у вези, поставља се питање да ли је таква могућност и данас оправдана јер су се за 34 године, колико је протекло од доношења Конвенције Признање 1973 до Конвенције 2007, догодиле крупне промене у схватању прекомерне надлежности у материји издржавања. У том смислу, постојање имовине дужника издржавања у држави суда као критеријум надлежности је окарактерисан управо као основ прекомерне надлежности.⁵⁶⁹ Истини за вољу, форум имовине у материји издржавања и данас предвиђају поједина законодавства.⁵⁷⁰ Углавном је реч о државама које не прописују довољно широке основе надлежности, те услед тога прибегавају овом критеријуму. Међутим, ако би форум имовине у контексту критеријума индиректне надлежности, посредством пристанка туженог, ушао на „мала врата“ у Конвенцију 2007, онда би настала парадоксална ситуација у којој је уобичајено боравиште повериоца као модерни критеријум надлежности неприхватљивији због могућности стављања резерве од форума имовине. Осим тога, постоји могућност за утицај и држављанства странке,⁵⁷¹ у вези чије неприхватљивости такође постоји широка сагласност. При томе, не треба заборавити да уобичајено боравиште повериоца

⁵⁶⁸ *Verwilghen Rapport*, p. 406 ad 52.

⁵⁶⁹ Martiny, *Maintenance Obligations*, p. 254.

⁵⁷⁰ Од новијих кодификација, то су нпр. Закон о међународном приватном праву Украјине (2005) и Закон о грађанском судском поступку Литваније (2002). Видети за Украјину А. Dovgert, *Codification of Private International Law in Ukraine*, YPIIL Vol. 7, 2005, p. 159. Видети за Литванију V. Mikelenas, *Reform of Private International Law in Lithuania*, YPIIL, Vol. 7, 2005, p. 179.

⁵⁷¹ За разлику од Конвенције 2007, Конвенција 1973 је предвиђала као критеријум индиректне надлежности *forum nationalis communis* повериоца и дужника (члан 7 став 1 тач. 2). Видети детаљније *Verwilghen Rapport*, p. 406 ad 51 et seq.

у материји издржавања почива на сасвим легитимном принципу *favor creditoris*. Штавише, *Martiny* наводи да у вишестраној конвенцији која уређује материју издржавања нема места за прекомерне основе надлежности.⁵⁷²

Генерално посматрано, у случају да тужени жели да оспори надлежност, приговор ненадлежности се може уложити у две ситуације – ако надлежност према националним прописима државе суда зависи од пристанка туженог⁵⁷³ или уколико је поступак покренут пред судом који уопште није међународно надлежан зато што критеријум надлежности предвиђен националном нормом није испуњен. Стога се чини да се пристанак туженог у овим ситуацијама омогућава *оживљавање* оних прекомерних критеријума надлежности који су као такви недвосмислено означени у упоредном праву. Ипак, поставља се питање како ће у пракси реаговати држава признања у оваквим случајевима. С једне стране, позивање на (процесни) јавни поредак, иако Конвенција 2007 предвиђа ову клаузулу, није оправдано решење у вишестраним конвенцијама које уређују индиректну надлежност (поготову то није у *convention double*), а, с друге стране, чак и да је то могуће, јавни поредак не може да делује будући да је тужени пристао на надлежност која није ограничена ниједним додатним условом. Ипак, занимљиво је то што пристанак туженог, ако га као критеријум надлежности предвиђа право државе признања и уколико је дат, може да *спаси* признање одлуке донете на основу критеријума уобичајеног боравишта повериоца на који је држава признања ставила резерву. У том случају се, заправо, може сматрати да је држава порекла засновала надлежност на основу пристанка туженог, а не на уобичајеном боравишту повериоца. Наравно, то није једини случај, као што смо видели, када критеријум уобичајеног боравишта повериоца може да конвалидира упркос резерви.

б1) Атракција надлежности поводом спора о пореклу детета

У домену надлежности, генерално, однос између статусних питања и обавезе издржавања деце може се посматрати двојако. Одлучивање о пореклу детета се, најпре, може јавити као претходно питање у поступку о обавези издржавања детета. У том

⁵⁷² *Martiny, Maintenance Obligations*, p. 254.

⁵⁷³ У ЗРСЗ-у постоје случајеви када надлежност суда Србије зависи од пристанка туженог (чл.50, 57, 60 и 63) али они не обухватају материју издржавања. Дика, Кнежевић, Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, стр. 226 *ad 2*.

погледу, државе имају различит приступ. Поједине државе дозвољавају да се о пореклу детета као претходном питању одлучује у спору о праву на издржавање,⁵⁷⁴ док друге дозвољавају само утврђивање порекла са дејством *erga omnes*.⁵⁷⁵ У одређеним државама није могуће одлучити о издржавању без претходно утврђеног порекла детета у посебном поступку.⁵⁷⁶ Овакав различит приступ истом проблему утицао је да Хашка конференција гарантује у Конвенцији 2007 помоћ централних органа ако је према праву државе у којој се покреће поступак за мериторно одлучивање о издржавању неопходно утврдити родитељско-дејчи однос са дужником (чл. 6 и 10 став 1 тач. ц). С друге стране, праву државе у којој се одлучује о издржавању препушта се одређивање меродавног права за статусно питање и решавање проблема дејства такве одлуке (*erga omnes* или само за потребе издржавања, члан 10 став 1 тач. ц).⁵⁷⁷ Поред тога, у овим случајевима, право детета на бесплатну правну помоћ обухвата и помоћ приликом утврђивања његовог порекла, укључујући и ДНК тестирање.⁵⁷⁸ Услед начелног одређења да се детету у поступку поводом издржавања помогне и у погледу утврђивања очинства или материнства, природно се наметнула потреба за утврђивањем и одговарајућег критеријума индиректне надлежности који подразумева атракцију надлежности.

То је уједно и последњи критеријум из друге групе основа индиректне надлежности (члан 20 став 1 тач. ф). Атракција обухвата случајеве када се о издржавању одлучује у оквиру спорова о личном статусу или о родитељској одговорности, осим ако је надлежност за главни тужбени захтев заснована искључиво на држављанству једне од странака. Уједно, то је и последњи основ индиректне надлежности поводом кога се може ставити резерва (члан 20 став 2). Када је реч о

⁵⁷⁴ На пример, Француска (тада се одлука доноси на основу претпоставке очинства или материнства). Lortie, *Parentage and International Child Support*, p. 15 ad 35.

⁵⁷⁵ На пример, Немачка, Јапан, Луксембург. Lortie, *Parentage and International Child Support*, p. 8 ad 15. У ову групу, такође, спада и Србија услед става судске праксе да се о пореклу детета не може одлучивати као о претходном питању. Видети Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 197. Међутим, Нацрт има посебну одредбу о надлежности за претходно питање у члану 17 из које није изузета ниједна врста спора, тако да остаје питање да ли се на тај начин дозвољава одлучивање о пореклу детета као претходном питању.

⁵⁷⁶ На пример, Чиле, Данка и Норвешка. Lortie, *Parentage and International Child Support*, p. 8 ad 16.

⁵⁷⁷ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 55 ad 248.

⁵⁷⁸ Првобитни нацрт конвенције је искључивао трошкове генетског тестирања. Према усвојеном решењу Конвенције 2007, од дужника се може унапред тражити да сноси трошкове овог тестирања, али не и од повериоца. Уколико би се захтев за генетско тестирање поднео према Хашкој конвенцији о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима (1970), поступак би углавном био бесплатан Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 78 ad 392.

атракцији надлежности поводом прве врсте спорова (статусни спорови), овај критеријум индиректне надлежности једнако је применљив и на издржавање супружника (брачни спорови) и на издржавање деце (матернитетски и патернитетски спорови). За разлику од тога, проширивање надлежности у наредном случају (родитељска одговорност) подразумева надлежност само за одлучивање о издржавању деце. Међутим, у свим овим врстама спорова, посебно статусним, поједини национални системи међународног приватног права предвиђају надлежност према држављанству само једне странке.⁵⁷⁹ Иако Конвенција Признање 1973 није чак ни тада предвиђала искључење *forum nationalis* (члан 8), Конвенција 2007 то изричито ради будући да је реч о прекомерном основу надлежности.⁵⁸⁰

У том погледу, ЗРСЗ се изненађујуће добро уклапа у ову одредбу Конвенције 2007 о надлежности за спорове о пореклу детета јер иако предвиђа држављанство као критеријум надлежности, оно је увек у комбинацији са пребивалиштем или боравиштем или је, пак, реч о заједничком држављанству обеју странака (члан 64). Чак и када је у улози туженог дете са држављанством Србије, надлежност је искључива само ако истовремено код нас има пребивалиште или боравиште. Ова одредба о искључивој надлежности је занимљива зато што показује да два критеријума (држављанство и боравиште) који *појединачно* воде прекомерној надлежности, стварају прихватљив основ надлежности када су предвиђени *кумулятивно*. Друга могућност за заснивање надлежности домаћег суда постоји ако су обе странке странци али тужилац има пребивалиште у Србији, а тужени је пристао на надлежност⁵⁸¹ и право државе чији је он држављани допушта такву надлежност (члан 65).

За разлику од ЗРСЗ-а, Нацрт предвиђа другачије основе надлежности за овај статусни спор. Наиме, поред пребивалишта или уобичајеног боравишта туженог као основа опште надлежности (члан 13), посебна надлежност се може засновати према уобичајеном боравишту детета у Србији или лица чије се материнство или очинство утврђује односно оспорава, као и на основу домаћег држављанства детета (члан 95). У случају када је надлежност суда Србије последица уобичајеног боравишта лица чије се очинство или материнство утврђује или оспорава, подразумева се да је наведено лице у

⁵⁷⁹ На пример, ЗМПП Бугарске (члан 4 став 1 тач. 2), ЗМПП Турске (члан 41).

⁵⁸⁰ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 90 ad 459.

⁵⁸¹ Одлука која би била донета на основу пристанка туженог у овом случају би у оквиру Конвенције 2007 ипак пролазила контролу критеријума атракције, а не пристанка туженог, који је такође посебан критеријум индиректне надлежности.

улози тужиоца јер је у супротном могуће засновати општу надлежност. То значи да би се у случају поступка који покреће лице које у исто време тражи утврђивање свог очинства (материнства) и оспорава очинство (материнство) другог лица надлежност суда Србије могла засновати управо на његовом уобичајеном боравишту. Насупрот томе, уобичајено боравиште лица чије се очинство оспорава, подразумева да је у улози тужиоца управо лице чије је очинство већ утврђено на основу претпоставке брачног очинства или ванбрачног очинства признањем. Суштина овако широко датих основа надлежности је тежња да се омогући флексибилнија контрола индиректне надлежности кроз систем огледала у Нацрту. Ипак, основ надлежности који подразумева *forum nationalis* детета мора бити измењен уколико се Србија одлучи да ратификује Конвенцију 2007. Будући да, као што смо видели, држављанство само једне странке није дозвољени основ надлежности у случају атракције, могућа су два начина за корекцију. Најпре, основ надлежности би се могао проширити предвиђањем *forum nationalis communis* детета и лица чије се очинство (материнство) утврђује или оспорава (као друге странке).⁵⁸² Ипак, овај основ надлежности не би могао да обухвати ситуацију у којој је дете *без претходно утврђеног порекла према том лицу*, како у случају да дете подноси тужбу за утврђивање очинства или материнства, тако и када је оно у улози туженог јер поступак покреће лице које тражи утврђивање свог и оспорава очинство (материнство) другог лица. Тек ретко ће у овим случајевима унапред постојати заједничко држављанство детета и лица о чијем се очинству (материнству) ради јер дете нема утврђено порекло према овом лицу. Друга могућност је да се основ надлежности „веже“ само за дете и да се држављанство допуни критеријумом пребивалишта. На тај начин би се првенствено обухватила деца чија су оба родитеља наши држављани који раде у иностранству. С обзиром да они, по правилу, задржавају пребивалиште у Србији све док имају важећу личну карту, онда и дете стиче пребивалиште код нас, без обзира што може имати паралелно пребивалиште у иностранству. Чини се да је управо та категорија деце узета у обзир приликом увођења *forum nationalis* детета као основа надлежности према Нацрту. Осим тога, надлежност суда Србије ће чешће бити заснована као *forum nationalis et domicili* детета него што би то евентуално било могуће у односу на заједничко држављанство детета и друге странке.

⁵⁸² Као што то чини белгијски ЗМПП, члан 61 став 3.

б2) *Изворна и изведена атракција надлежности – садејство Конвенције 2007 и Конвенције 1996*

Садејство Конвенције 2007 и Конвенције 1996 подразумева други случај атракције, поводом поступка о родитељској одговорности. Прво питање тиче се квалификације родитељске одговорности. С обзиром да Конвенција 2007 не садржи аутономни појам, проблем се може решити применом *lex fori* државе порекла одлуке (у одсуству двостраног уговора који уређује ово питање) или на основу Конвенције 1996 за државе које су њене уговорнице. Имајући у виду државе које су тренутно обавезане Конвенцијом 2007, ситуација је у том смислу равноправно подељена – Норвешка и Босна и Херцеговина нису уговорнице Конвенције 1996, а Украјина и Албанија јесу. С обзиром да између Норвешке и Босне и Херцеговине не постоји двострани уговор који би ово питање решио,⁵⁸³ у односима између ових држава, приликом примене Конвенције 2007, квалификација би се вршила на основу *lex fori* државе порекла одлуке. Међутим, значајнији је пример Украјине и Албаније јер су обе државе уговорнице Конвенције 1996 која дефинише ову установу. Стога се под родитељском одговорношћу у овом случају подразумевају не само спорови између родитеља о вршењу родитељског права (права на старање и права на виђање детета), већ и сва друга питања која су обухваћена аутономном квалификацијом у члану 1 ставу 2 Конвенције 1996 (права, овлашћења и одговорности родитеља, старатеља и других законских заступника према личности или имовини детета) која може бити ширира од квалификације према националним прописима.

Поред тога, у односима држава уговорница Конвенције 1996 и Конвенције 2007 поставља се питање односа атракције надлежности када се у оквиру спора око родитељске одговорности (Конвенција 1996) постави и питање издржавања детета (Конвенција 2007). С обзиром да ће се о родитељској одговорности најчешће одлучивати у поступку поводом брачног спора, у овој ситуацији се може говорити о *двострукој атракцији* (назовимо је *атракцијски низ*). С једне стране, атракција за одлучивање о родитељској одговорности директно произилази из надлежности за

⁵⁸³ Видети податке Министарства правде Босне и Херцеговине о двостраним уговорима које је у грађанској материји закључила ова држава на <http://www.mpr.gov.ba>, под одсеком „Закони/уговори“ (Међународни уговори и конвенције). Између Босне и Херцеговине и Норвешке постоји само један двострани уговор у грађанској материји преузет сукцесијом бивше СФРЈ – *Sporazum između Jugoslavije i Norveške o recipročnom priznavanju diplomatskokonzularne forme braka postignut razmjenom nota od 10.04. i 31.08.1957.godine - Službeni list FNRJ - Dodatak, broj 6/58.*

брачне спорове (члан 10 Конвенције 1996), док атракција за одлучивање о издржавању детета настаје на основу надлежности за родитељску одговорност (члан 20 став 1 тач. ф) Конвенције 2007). Стога надлежност за брачне спорове може бити основ за, назовимо то тако, *изворну атракцију* за родитељску одговорност и *изведену атракцију* за издржавање детета. Међутим, услови за ове две врсте атракције нису исти. Према Конвенцији 1996, за *изворну атракцију* је потребно да један од родитеља има уобичајено боравиште у држави суда, да је један од њих титулар родитељске одговорности, као и да се родитељи сагласе о атракцији надлежности. С друге стране, када је реч о *изведеној атракцији*, осим забране *forum nationalis* (ма које странке), других услова нема. Ипак, у оба случаја се подразумева да *forum divortii* није уједно и држава уобичајеног боравишта детета изричито (Конвенција 1996) или прећутно (Конвенција 2007). У супротном, дошло би до преклапања са надлежношћу према уобичајеном боравишту детета које је већ главни основ надлежности према Конвенцији 1996 односно један од критеријума индиректне надлежности у Конвенцији 2007. Ипак, чињеница да *изворна атракција* према Конвенцији 1996 не искључује могућност да је надлежност за главни тужбени захтев заснована на држављанству само једне од странака, значи да би судови држава уговорница обеју конвенција имали две могућности за заштиту детета. Најпре, суд би могао да се огласи ненадлежним за део тужбеног захтева везаног за издржавање детета, као и да упути странке да тужбу поднесу према суду чија би директна надлежност прошла контролу система огледала Конвенције 2007. То подразумева да међународно приватно право државе суда познаје установу *ограничења поступка* која дозвољава да се суд, иако надлежан, може огласити ненадлежним за део или цео захтев, ако одлука не би била призната, у овој конкретної ситуацији, у држави уобичајеног боравишта дужника издржавања.⁵⁸⁴ С друге стране, суд би могао да уступи своју надлежност, ако би за одлуку о издржавању била надлежна држава уговорница Конвенције 1996, која је уједно и уговорница Конвенције 2007. Коначно, ако ниједно од ових решења није могуће, суд би морао упозорити странку да одлука о издржавању не може бити призната, тако да би она

⁵⁸⁴ ЗРСЗ не садржи овакву одредбу, али је Нацрт уводи, не као општу, већ само за надлежност суда Србије да расправља целокупну заоставштину: „*Оглашавање суда ненадлежним у односу на део заоставштине* - Ако заоставштина оставиоца обухвата ствари које се налазе у страни држави, суд Републике Србије који је надлежан на основу одредаба члана 1 овог Закона може, на захтев странке, донети одлуку којом се оглашава ненадлежним у односу на једну или више таквих ствари.“

могла да повуче захтев (тужбу) и поступак покрене у држави чији би суд био *forum proprio* из угла Конвенције 2007.

С тим у вези, ако је, поводом *изворне атракције*, родитељ, који има уобичајено боравиште и врши родитељску одговорност над дететом у држави суда, уједно и тужен у спору о издржавању, онда ова *изведена атракција* нема посебан практични значај с аспекта Конвенције 2007 јер већ постоји посебан критеријум индиректне надлежности према принципу *actor sequitur forum rei*. Ако, пак, родитељ-тужилац врши родитељску одговорност над дететом а родитељ-дужник има уобичајено боравиште у другој држави, онда је *изведена атракција* једини начин да се одлука о издржавању призна. Уколико је држава признања искористила могућност коју јој даје Конвенција 2007 и ставила резерву на атракцију надлежности као критеријум индиректне надлежности, онда би се услов система оглала могао сматрати испуњеним на основу уобичајеног боравишта детета као повериоца. Међутим, евентуалним стављањем резерве и на овај критеријум, као једина могућност остаје основ из члана 20 тач. д), под условом да је тужени родитељ у држави суда некада живео у заједници са дететом или, ако заједнице живота није било, онда да је у држави суда у неком тренутку имао уобичајено боравиште и издржавао дете. Напослетку, ако ни ови услови нису испуњени, онда се одлука дефинитивно не може признати, али зато деци стоји на располагању помоћ државе у којој је признање одбијено услед резерви на надлежност, на начин који је већ објашњен.⁵⁸⁵ Без обзира на ову ситуацију, критеријум уобичајеног боравишта детета, заправо, има много шири значај јер ће у случајевима двоструке резерве државе признања (уобичајено боравиште повериоца и атракција надлежности) бити једина могућност да се одлука призна у случајевима када је надлежност заснована на основу везе детета-повериоца и државе суда.

Још један могући аспект односа ових двеју атракција настаје у случају трансфера надлежности за родитељску одговорност према Конвенцији 1996. Тада може да се уступи надлежност за цео или део поступка суду који одлучује о брачном спору.⁵⁸⁶ У случају да суд државе уобичајеног боравишта детета уступи надлежност за цео поступак о родитељској одговорности суду који одлучује у брачном спору, онда се на тај начин накнадно стиче могућност за *изведену атракцију* пред *forum divortii*. Ако,

⁵⁸⁵ Видети *supra* стр. 190.

⁵⁸⁶ Видети *supra* стр. 173.

пак, то учини само за део поступка, проширивање надлежности за одлучивање о обавези издржавања детета није могуће.

Што се тиче ЗРСЗ-а, његове одредбе о надлежности се, као и у случају статусног спора, уклапају у систем Конвенције 2007 јер држављанство никада није самостални основ надлежности, већ је праћен пребивалиштем или је, пак, реч о заједничком држављанству (члан 66). Нацрт, са своје стране, не предвиђа држављанство као основ надлежности (члан 88). Специфичност нашег права је што би, у смислу Конвенције 1996 и Конвенције 2007, до изворне и изведене атракције могло да дође не само на основу надлежности за брачни спор већ и за утврђивање очинства и материнства. Наиме, у овом поступку, суд је дужан да одлучи о родитељском праву, у оквиру кога се обавезно доноси одлука и о издржавању (члан 260 став 1 Породичног закона у вези члана 272 став 2 Породичног закона).

В) Систем огледала неприменљив на децу – домашај аутономије воље

Продор аутономије воље из материје уговорних обавеза у материју издржавања представља *изванредно*⁵⁸⁷ достигнуће савременог међународног приватног права. У односу на све друге основе надлежности, *пророгација* је једини који подразумева сагласност и дужника и повериоца због чега се равнотежа принципа једнакости странака, која је у споровима о издржавању померена у корист повериоца, у домену надлежности поново успоставља. Међутим, за разлику од Протокола 2007 који дозвољава аутономију воље чак и поводом обавезе издржавања малолетне деце (процесноправни споразум, члан 7), Конвенција 2007 апсолутно искључује пророгациони споразум кад је реч о издржавању деце, без обзира на узраст. С обзиром да Конвенција 2007 не поставља старосну границу, могло би се рећи да ће круг лица на које се ова забрана односи зависити од њеног поља примене *ratione personae* између државе порекла одлуке и државе признања. Уколико је реч о државама које нису ставиле резерву у том погледу, под децом ће се подразумевати лица до 21 године. У супротном, односиће се на децу до 18. године. У случају да је држава признања ограничила поље примене на децу до 18. године, а да држава признања то није учинила, покретање конвенцијског механизма за признање је могуће, услед

⁵⁸⁷ B. Ancel, H. Muir-Watt, *Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, RCDIP 3/2010, p. 467. Даље Ancel, Muir-Watt, *Aliments sans frontières*.

реципрочног дејства резерве, само за децу до 18. године. У односу на проширење дела Конвенције 2007, између две државе које су то учиниле на исти начин тако што су предвиделе признање и извршење одлука о издржавању и деце након 21. године, пророгациони споразум моћи ће да обухвати издржавање деце до узраста који су обе предвиделе (на пример, 25 година).

У односу на државе које су изјавом прошириле поље примене *ratione materiae*, може се поставити питање да ли појам детета у смислу пророгационог споразума обухвата и децу која издржавање остварују од супсидијарних дужника. Питање је занимљиво јер ова врста издржавања подразумева издржавање детета од стране сродника онда када родитељ то не може, односно представља обавезу која постоји на основу сродства (крвног, тазбинског), а не на основу родитељско-дечјег односа.

Међутим, ако би се у овом случају допустила пророгација надлежности (јер није реч о издржавању детета *stricto sensu*), то би значило пренебрегнути чињеницу да ова супсидијарна обавеза често постоји само у односу на малолетну децу. Другим речима, овакво решење би довело до необичних резултата. Прво, Конвенција 2007 не би штитила малолетну децу само зато што је реч о обавези издржавања на основу сродства, а не оној која настаје из родитељско-дечјег односа. Друга последица је та што би Конвенција 2007 штитила дете од ризика пророгационог споразума само онда када издржавање дугује родитељ, али не и када то исто дете, услед немогућности родитеља, издржава неки други сродник. Стога је једини логични закључак да се забрана пророгационог споразума мора односити и на издржавање на основу сродства, односно онда када је реч о супсидијарној обавези. Супротно решење не би било у складу ни са Протоколом 2007 који деци као повериоцима пружа посебну заштиту и у односу на ову врсту обавеза издржавања (*правила за привилеговане повериоце*), уколико су млађи од 21 године. Међутим, у погледу узраста детета, између Протокола 2007 и Конвенције 2007 у овом случају не мора да постоји поклапање јер ће у случају Конвенције 2007 зависити од *субјективног поља примене*.

Посебно питање представља однос између степена заштите детета коју пружа Конвенција 2007 у случају пророгационог споразума иу случају његовог пристанка на надлежност када је оно у улози туженог. Наиме, пророгациони споразум није дозвољен у погледу издржавања деце јер се сматра да је аутономија воље ризик за дете, без обзира што је реч о изричитом споразуму. Насупрот томе, пристанак на надлежност је

такође манифестација аутономије воље туженог, која је дозвољена чак и када је у тој улози дете. Ово решење, се чини недовољно конзистентном. У том смислу, основна разлика између пророгационог споразума и пристанка туженог односи се на тренутак давања сагласности. С једне стране, у случају пророгационог споразума, надлежни суд се уговара *пре* покретања поступка (*претходна сагласност*). Природа пророгационог споразума по правилу подразумева, слично класичној аутономији воље из члана 8 Протокола 2007, да су обе странке добро обавештене о избору који чине и свесне последица избора суда. И заиста, у пракси ће се обе уговорне стране ваљано распитати о последицама споразума пре него што одлуче да га потпишу. Без обзира на то, Конвенција 2007 чак и такав случај сматра ризичним по дете повериоца. С друге стране, сагласност у виду пристанка туженог подразумева да је поступак већ покренут те се оно *накнадно* изјашњава о избору суда који је фактички извршио тужилац покретањем поступка (*накнадна сагласност*). Иако пристанак туженог не подразумева исту ситуацију као пророгациони споразум,⁵⁸⁸ то јесте вид аутономије воље. Проблем је у томе што суд нема обавезу да дете упозори на последице у случају пристанка. Другим речима, сматра се да пророгациони споразум потенцијално угрожава најбољи интерес детета, али не и његов пристанак на надлежност, иако *претходна сагласност* односно пророгациони споразум у конвенцијском смислу, услед начина на који се закључује и релевантог тренутка када се сагласност даје, пружа више гаранција за заштиту детета него *накнадни* пристанак. Штавише, Конвенција 2007 не предвиђа обавезу суда да упозори дете (односно заступника) на дејство приступања суду ни у случају негативне надлежности (члан 18). Стога, заштита детета као тужене стране путем претходног упозорења од стране суда у случајевима када се надлежност заснива на његовом пристанку остаје ван домашаја Конвенције 2007 и зависиће од националних процесних одредаба држава уговорница.

Ово питање се још више актуелизује с обзиром на решења у међународном приватном праву ЕУ која предвиђају (у случајевима прећутног пристанка туженог на надлежност) посебну обавезу суда да га упозори о његовом праву да оспори надлежност, као и о последицама приступања суду, ако је у улози туженог слабија

⁵⁸⁸ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 90 ad 456: „Треба обратити пажњу да пристанак туженог у тачки б) није исто што и пророгациони споразум из тачке е).“

страна (члан 26 став 2 Регулative Брисел *Irecast*).⁵⁸⁹ Под слабијом страном се, у смислу Брисела Ibis изричито подразумевају потрошачи, ималац полисе, осигураници, корисници уговора о осигурању, оштећени или запослени. С тим у вези, требало би напоменути да у теорији постоји став да се поверилац обавезе издржавања не може, с аспекта угрожености, поистоветити са потрошачем јер је несразмера моћи између трговца и потрошача очигледнија будући да поверила некада може имати добро плаћени посао и веће приходе од дужника издржавања.⁵⁹⁰ Међутим, са овом тврдњом се, ипак, не бисмо морали сложити из неколико разлога. Најпре, наведни став почива на *генерализацији* поверилаца, не узимајући у обзир да међу њима постоје значајне разлике. Тако, положај супружника као повериоца сигурно није исти као када је реч о деци, посебно малолетној, односно млађој од 18 година, за коју је тешко претпоставити да имају добро плаћени посао. Осим тога, и када би то био случај, видели смо да већина држава, чак и оних које обавезу издржавања не везују за одређени узраст, предвиђа престанак ове обавезе након стицања финансијске самосталности. Иако би се могло рећи да ова несразмера моћи може бити мања када је реч о пунолетној деци, и ова ситуација се не може уопштавати а да се не ризикује значајан превид. Наиме, ова категорија деце може добијати издржавање и зато што је неспособна да се стара о својим интересима,⁵⁹¹ а у том случају не може бити речи о промени односа моћи између повериоца и дужника. Дакле, категорије поверилаца су веома различите, тако да генерализација може довести до неправичних резултата. Други разлог се односи на аргумент да поверилац може имати веће приходе од дужника. Ова тврдња заиста може бити тачна, чак и када се ради о малолетној деци, али ипак само у *изузетним* случајевима (нпр. када су та деца стекла имовину веће вредности наслеђивањем или поклоном). Ипак, ови случајеви су толико ретки да не могу утицати на положај повериоца као, по правилу, слабије стране, посебно када је реч о деци.⁵⁹² Другачији закључак био би једнак тврдњи да се општа слика о потрошачу као слабијој страни може променити јер се у његовој улози *свакодневно* појављује и султан од Брунеја.

⁵⁸⁹ *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 351, 20/12/2012, p. 1–32. Колоквијално називана Брисел *Irecast* или Бисел Ia.

⁵⁹⁰ Schmidt, *Equal Treatment of the Parties in International Maintenance Cases*, p. 657.

⁵⁹¹ Видети изјаву Украјине којом је проширено поље примене Конвенције 2007 управо на ову категорију деце.

⁵⁹² Управо је и Специјална комисија на седници 1995. године истакла поводом питања бесплатне правне помоћи да деца скоро никада немају сопствену имовину. *Conclusions of the 1995 Special Commission on the operation of the Hague and New York (1956)*, Prel. Doc. No 10 of May 1996 ad 9.

Другим речима, као што овакви случајеви не могу променити општу слику о потрошачу као слабијој страни, тако ни изузетни случајеви када деца имају веће приходе од дужника не мењају основну идеју о деци повериоцима као слабијој страни.

Ипак, оваква посебна заштита деце поверилаца је изостала у материји издржавања чак и у ЕУ, иако је то било могуће учинити с обзиром да Регулатива Издржавање садржи норме о директној надлежности,⁵⁹³ за разлику од Конвенције 2007. Међутим, не би се могло тврдити да их Регулатива Издржавање намерно изузима из овакве заштите. Наиме, она је донета, као и Конвенција 2007, пре Регулative Брисел *Irecast* којом је по први пут уведена дужност суда да упозори наведене категорије туженика. Након доношења ове нове регулативе, постоји неконзистентност и у оквиру саме ЕУ. Да је неопходно на исти начин заштити повериоце, посебно када је реч о издржавању малолетне деце или пунолетне која су неспособна да се старају о својим интересима, говори и чињеница да Регулатива Брисел *Irecast* на исти начин, у случају вануговорне одговорности за штету, штити оштећено лице, чак и када је реч о правном лицу или организацији без својства правног лица. С обзиром да у оваквим ситуацијама диспропорција моћи није толико изражена као у материји издржавања између деце (посебно малолетне) и дужника, требало би увести овакву обавезу суда и поводом издржавања деце.⁵⁹⁴ У Нацрту је, по угледу на Регулативу Брисел *Irecast*, унета обавеза суда у погледу истих категорија лица (члан 28 став 2), али се отишло и корак даље укључивањем и деце у споровима поводом обавезе издржавања.

2. Меродавно право

2.1. Аутономија воље и објективне тачке везивања (lex fori in foro proprio)

Када је реч о меродавном праву за обавезе издржавања, ни Конвенција 1956 ни Конвенција Меродавно право 1973 не предвиђају аутономију воље у овој материји, што је сасвим разумљиво имајући у виду да у време када су оне донете аутономија

⁵⁹³ Видети детаљније о овом проблему у ЕУ *infra* стр. 375.

⁵⁹⁴ Видети на пример случајеви о којима је у материји вануговорних бавеза одлучивао Суд правде ЕУ а оштећени је правно лице или организација без својства правног лица: *C-334/00 Judgment of the Court 17 September 2002, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*; *C-18/02 Judgment of the Court 5 February 2004, Danmarks Rederiforening, acting on behalf of DFDS Torline A/S v. LO Landsorganisationen i Sverige, acting on behalf of SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*. Видети М. Bogdan, U. Maunsbach, *EU Private International Law: An EC Court Casebook*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, pp. 227, 260. Даље Bogdan, Maunsbach, *EC Court Casebook*.

воље ван уговорних обавеза није била широко распорострањена,⁵⁹⁵ а посебно то није било случај са материјом породичноправних односа.⁵⁹⁶ Што се тиче судске праксе по овом питању, у периоду након усвајања Конвенције Меродавно право 1973, постоји само једна одлука суда у Цириху⁵⁹⁷ којом је било дозвољено да се поводом издржавања малолетног ванбрачног детета, примени аутономија воље тако што је споразумом о поравнању отац признао очинство и обавезао се да плаћа на име издржавања одређени новчани износ. За овај споразум је право Швајцарске изричито изабрано као меродавно, а суд у Цириху је одлучио да је овај избор дозвољен (према праву Швајцарске). Ипак, извор ове аутономије воље није конвенцијски већ национални јер зависи од одредаба меродавног права.

Ипак, Хашка конференција је у средњем периоду увела аутономију воље у одређеном обиму у погледу брачноимовинског режима⁵⁹⁸ и наследноправних односа,⁵⁹⁹ те се питање аутономије воље поставило и шире, обухватајући и друге аспекте породичних односа. У хашком систему заштите деце, аутономија воље је у материји меродавног права изражена у Протоколу 2007, док у Конвенцији 1996 постоји само материјалноправна аутономија воље.

2.1.1. Протокол 2007

A) Корелација меродавног права и надлежности – изричит и прећутни принцип *lex fori in foro proprio*

Иако уређује само питање меродавног права, Протокол 2007 је посебно занимљив зато што је у три случаја при избору колизионе норме инспирисан корелацијом надлежности и меродавног права. Прва два подразумевају изричит принцип *lex fori in foro proprio*, док је у трећем присутан прећутно. За разлику од Конвенције 1996 која предвиђа овај принцип изричито предвиђајући *lex fori* као тачку везивања, Протокол 2007 до истог резултата стиже, поред тога, још и преко аутономије воље и уобичајеног боравишта повериоца.

⁵⁹⁵ *Pelichet Note ad 53-54.*

⁵⁹⁶ Martiny, *Maintenance Obligations*, pp. 185-186.

⁵⁹⁷ *WP.P v. W.*, Cantonal Court of Zurich on 15 April 1975. Малолетно дете је имало пребивалиште у Аустрији, а отац у Швајцарској где је поступак и покренут. Наведено према *Pelichet note ad 56.*

⁵⁹⁸ Конвенција о меродавном праву за брачноимовински режим из 1978. године (*Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*).

⁵⁹⁹ Конвенција о меродавном праву за наслеђивање заоставштине умрлих лица из 1989. године (*Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*).

Први случај када је принцип *lex fori in foro proprio* изричито предвиђен односи се на супсидијарно везивање и изузетак од правила о примени права државе уобичајеног боравишта детета као примарног решења у хијерархијском низу. Наиме, ако се тужба подноси суду државе у којој дужник има уобичајено боравиште, онда је прво решење *lex fori* (члан 4 став 3), па тек онда, супсидијарно, уобичајено боравиште повериоца. У случају када се тужба подноси суду државе уобичајеног боравишта дужника, сматра се да примена права државе уобичајеног боравишта повериоца није оправдана. С једне стране, примена страног права значи одлагање доношења одлуке при чему је поступак сазнања страног права неретко дуг и скуп.⁶⁰⁰ С друге стране, инсистирање на уобичајеном боравишту повериоца водило би његовој примени и онда када је мање повољно за повериоца од права државе суда.⁶⁰¹ У овом случају, потребно је да *поверилац* покреће поступак. Тиме се он саглашава са применом права форума, а не свог уобичајеног боравишта. Осим тога, на овај начин надлежност суда заснована је на општеприхваћеном критеријуму *actor sequitur forum rei*, чиме се даје разумно оправдање за примену *lex fori*. Такође, постоји још један аргумент који се тиче поделе стварне надлежности у материји издржавања. Наиме, у већини држава одлучивање о издржавању малолетне деце поверено је административним органима који немају ни довољно искуства ни расположивих средстава за утврђивање садржине страног права. То чини примену *lex fori* погоднијим за овај систем.⁶⁰² Наравно, аргумент важи ако је право форума повољно за повериоца. У супротном, ни ови органи неће бити лишени обавезе утврђивања садржине страног права. Иако би се ови аргументи могли оспоравати, посебно фаворизовања надлежних органа применом домаћег права, чини се да је најзначајнији разлог везан за настојање Хашке конференције да овим паралелизмом привуче државе *common law* система, које у материји породичног права мање-више систематски избегавају примену страног права.⁶⁰³ Исто тако, овим решењем се омогућава постизање компромиса између оних држава које подржавају примену уобичајеног боравишта повериоца и оних које се залажу за примену права

⁶⁰⁰ A. Bonomi, *La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires. Quelques observations sur le travaux en cours à La Haye et à Bruxelles*, L'arbre de la méthode et ses fruits civils - Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz (eds. D. Piotet, D. Tappy), Genève-Zurich-Bâle: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2006, p. 208. Даље Bonomi, *La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires*.

⁶⁰¹ *Ibidem*.

⁶⁰² *Ibidem*.

⁶⁰³ Bonomi наводи овај разлог као последњи, истичући пре свега значај других аргумената. Ипак, и он наводи да је то иако последњи не најмање важан разлог. *Ibidem*.

државе суда.⁶⁰⁴ Осим тога, примена права форума традиционално је решење, које предвиђају, поред Протокола 2007, и Конвенција 1956, као и Конвенција Меродавно право 1973. Ипак, у Конвенцији Меродавно право 1973 оно следи тек као последње супсидијарно решење, након неуспешне примене права заједничког држављанства (члан 5.) Заокрет учињен Протоколом 2007 (*lex fori* пре заједничког држављанства) оправдано је и зато што се избегавају проблеми везани за утврђивање *lex nationalis communis* с обзиром да су државе уговорнице упућене на примену својих националних решења у случају позитивног сукоба држављанства, што је поводом Конвенције 1961, као што смо видели, стварало доста проблема.

Ако поступак покреће дужник у држави свог уобичајеног боравишта, не може рачунати са аутоматском применом *lex fori*, већ се лествица примењује уобичајеном редоследом (уобичајено боравиште детета, *lex fori*, *lex nationalis communis*). Разлог је тај што поверилац у овој ситуацији нема утицаја на покретања поступка те нема ни његове сагласности у погледу примене права државе суда.⁶⁰⁵ Самим тим, и равнотежа, која је и иначе у материји издржавања померена у корист повериоца, сада је додатно превагнула у корист детета као привилегованог повериоца.

Други случај корелације надлежности и меродавног права подразумева пожељни паралелизам између међународне надлежности и меродавног права на основу уобичајеног боравишта повериоца као критеријума на основу кога принцип *lex fori in foro proprio* постоји прећутно. Он не проистиче директно из колизионе нормe, као у претходном случају, већ прећутно произилази из потребе да се заштити најбољи интерес повериоца, у овом случају детета. Уобичајено боравиште као тачка везивања води једнакој заштити свих лица које живе у истој држави. Ова тачка везивања омогућава и да се потребе детета као повериоца оцене у односу на животни стандард у држави у којој заиста живе и у којој су интегрисани, те се можемо запитати чији би суд најефикасније могао да процени потребе детета и преовлађујући животни стандард у држави уобичајеног боравишта детета. Закључак се намеће сам по себи – то би управо био суд државе уобичајеног боравишта детета.⁶⁰⁶ Дакле, поклапање критеријума

⁶⁰⁴ A. Bonomi, *Explanatory Report on the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, 2013, p. 19 ad 67. Даље Bonomi, *Explanatory Report*.

⁶⁰⁵ Bonomi, *La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires*, p. 209.

⁶⁰⁶ У том смислу и *ibidem*, p. 14 ad 39.

међународне надлежности и меродавног права (*forum* и *iura*) омогућава да најбољи интерес детета процени управо суд у држави у којој дете живи.

Б) Аутономија воље и lex fori in foro proprio

Према Протоколу 2007, до паралелизма меродавног права и надлежности долази и у случају аутономије воље. Када је реч о издржавању деце, меродавно право може се изабрати за потребе посебног поступка (тзв. процесноправни споразум) из члана 7 или у виду класичне аутономије воље из члана 8.

У случају процесноправног споразума, поново говоримо о корелацији меродавног права и надлежности. Наиме, поверилац и дужник могу изабрати једино право државе суда, али само након што је поступак покренут или када је већ сасвим извесно да ће бити покренут. Споразум мора бити у писаној форми и потписан од стране обе странке. Важно је притом истаћи да овај избор може бити учињен *за све врсте издржавања*, али да има дејство само за конкретан поступак за који је избор извршен. То значи да о новом захтеву у вези издржавања (укључујући и измену одлуке о издржавању), ниједан суд који би касније одлучивао не би био везан претходним избором странака, те би меродавно право за обавезу издржавања одредио на основу објективних тачака везивања.⁶⁰⁷ Ова аутономија воље се, за разлику од класичне из члана 8 Протокола 2007, може односити и на издржавање малолетне деце (млађе од 18 година), што је необично решење, будући да је уобичајени став у међународном приватном праву да аутономија воље представља велики ризик за ову групу деце и да због тога, по правилу, није дозвољена. Ипак, сматра се да је ризик избегнут строгим ограничењем ове аутономије воље које има за последицу избор само једног права и потенцијалном користи коју би дете имало од примене *lex fori* у погледу брзог окончања поступка.⁶⁰⁸ ‘Ова могућност је нарочито погодна ако дужник подноси тужбу суду свог уобичајеног боравишта или неке друге државе, не и државе уобичајеног боравишта повериоца, зато што се тада право државе суда поклапа са основном колизионом нормом (уобичајено боравиште повериоца). У овом случају, наиме, строго ограничена аутономија воље се своди на избор права са којим је однос издржавања у најближој вези у тренутку покретања поступка. Иако је избор права сведен на принцип

⁶⁰⁷ Живковић, *О примени Хашког протокола*, стр. 89.

⁶⁰⁸ Bonomi, *Explanatory Report*, p. 28 ad 114.

најближе везе, то не умањује значај чињенице да је могућношћу аутономије воље у погледу издржавања малолетне деце Протокол 2007 унео велику новину у материју међународног приватног права. Штавише, будући да систем колизионих норми Протокола 2007 почива на принципу универзалне примене, његовом ратификацијом државе уговорнице дерогирају националне колизионе норме, уграђујући тако у национално међународно приватно право идеју о аутономији воље за обавезу издржавања малолетне деце, чак и ако је до тада нису дозвољавале.⁶⁰⁹ Насупрот томе, за издржавање деце старије од 18 година дозвољена је класична аутономија воље у члану 8 Протокола 2007. Међутим, и тада дете може бити изузето од примене овог члана, уколико је неспособно да се стара о својим интересима због сметњи у погледу личних способности (члан 8 став 3).⁶¹⁰

У погледу избора меродавног права, за питање издржавања деце долазе у обзир две солуције - право државе чији је држављанин поверилац или дужник и право државе у којој било ко од њих има уобичајено боравиште.⁶¹¹ Ипак, и када су странке извршиле избор, он не мора нужно бити коначан. Најпре, дете (као ни било који други поверилац) не може да се одрекне заштите коју ужива по праву свог уобичајеног боравишта, без обзира које је право изабрано као меродавно за обавезу издржавања. Ово правило је резултат инсистирања Европске уније. Његов циљ је заштита повериоца од избора либералнијег права које би за последицу евентуално имало одрицање од права на издржавање у случају да није изабрано меродавно право (члан 8 став 4).⁶¹² Следеће ограничење подразумева да суд може да стави ван снаге споразум о меродавном праву уколико би примена изабраног права у конкретном случају довела до неправичних или неразумних последица за било коју од странака, осим уколико су у тренутку избора оне биле у потпуности обавештене и свесне последица тог избора (члан 8 став 5). Ово овлашћење суда је *колизионоправни пандан* овлашћењу које постоји према националним супстанцијалним правима појединих држава на основу

⁶⁰⁹ Такав је случај са Републиком Србијом. Не само да ЗРСЗ није превиђао аутономију воље за издржавање малолетне деце, већ је није уопште дозвољавао у материји издржавања, ни у погледу надлежности ни у погледу меродавног права.

⁶¹⁰ У овој ситуацији, ово лице се и према Породичном закону уподобљава малолетном детету јер долази до продужења родитељског права (чл. 85-87).

⁶¹¹ Преостала два права предвиђена у члану 8 ставу 1 тач. ц) и д) Протокола 2007 примењива су само у случају издржавања између (бивших) супружника. То су право државе које је меродавно за имовински режим односно које је на овај режим већ примењено или право државе које је меродавно односно већ примењено у одлучивању о брачном спору.

⁶¹² Bonomi, *Explanatory Report*, p. 34 ad 147.

којих су овлашћени да измене или ставе ван снаге споразум о издржавању када његова примена води оваквом резултату.⁶¹³ Такође, ово овлашћење суда према Протоколу 2007 може се схватити и као специфична клаузула изузетка јер је последица стављања споразума ван снаге примена права одређеног објективним тачкама везивања.⁶¹⁴ Међутим, за разлику од класичне клаузуле изузетка, овде разлог одступања није постојање најближе везе са правом друге државе, будући да је она неспојива природи аутономије воље, већ потреба за посебном заштитом странака. На тај начин је аутономија воље двоструко ограничена, не само кругом права између којих се може извршити избор, већ и посебним материјаноправним овлашћењима суда којима се контролишу дејства таквог избора. За разлику од контроле дејства у погледу одрицања од права на издржавање, које је недвосмислено усмерена ка заштити повериоца, провера да ли споразум производи неразумне или неправичне последице, није нужно усмерено само ка заштити повериоца, већ се једнако може односити и на дужника.⁶¹⁵ Стога се у овом случају може говорити о томе да Протокол 2007 отвара врата за „друштвену контролу“⁶¹⁶ споразума о избору меродавног права.

Однос између класичне аутономије воље и оне у облику процесноправног споразума може бити доведен у питање у појединим случајевима. Ситуације у којима не може доћи до преклапања између ових чланова тичу се деце млађе од 18 година јер је тада могућ само процесноправни споразум. Такође, недоумица нема ни ако је реч о деци старијој од 18 година која нису у стању да се старају о својим интересима јер тада такође може бити закључен само процесноправни споразум.⁶¹⁷ Слично томе, ситуација је јасна и када није изабрано право форума с обзиром да тада може бити речи само о класичној аутономији воље. Насупрот томе, преклапања су могућа у односу на издржавање деце у случајевима када су она старија од 18 година и способна да се брину о заштити својих права и интереса, а изабрани *lex nationalis* или право уобичајеног боравишта повериоца или дужника из члана 8 фактички коинцидира са правом државе суда зато што је на истом критеријуму заснована и међународна

⁶¹³ Б. Бордаш, П. Ђундић, *Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор међународног приватног права Србије*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, број 47, 2013, стр. 147. Даље Бордаш, Ђундић, *Хашки протокол*.

⁶¹⁴ Bonomi, *Explanatory Report*, p. 34 ad 150.

⁶¹⁵ *Argumentum a contrario, ibidem*.

⁶¹⁶ М. Џупан, *Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim stvarima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 33 No. 2 Prosinac 2012, str. 649. Даље Џупан, *Izbor mjerodavnog prava*.

⁶¹⁷ Bonomi, *Explanatory Report*, p. 29 ad 118.

надлежности (држављанство или уобичајено боравиште повериоца или дужника). Уколико се право државе суда фактички не поклапа са оним правима које нуди члан 8, онда се може сматрати да је реч о избору из члана 7. Међутим, ако се *lex fori* поклапа и са правима из члана 8, онда је једино решење тумачење намере странака. При томе, судови морају бити посебно опрезни приликом тумачења.⁶¹⁸ Наиме, процесноправни споразум је пуноважан само ако је поступак покренут само пред судом оне државе чије је право изабрано.⁶¹⁹ Стога, ако би странке у споразуму навеле да је меродавно „право државе суда“, он не би био пуноважан, јер се оне морају договорити у погледу права конкретне државе или, барем, суда конкретне државе.⁶²⁰ Међутим, ако су се странке изричито споразумеле само у погледу надлежности, суд пред којим је поступак покренут не би смео да сматра да је тиме аутоматски извршен и избор меродавног права, чему су иначе склони судови Републике Србије,⁶²¹ већ мора да прибави њихову сагласност о томе у форми коју предвиђа Протокол 2007.⁶²² Једино се у случају да су странке изричито пристале на примену конкретног права може сматрати да су биле свесне свог избора. У супротном, споразум би могао евентуално да се тумачи као класична аутономија воље ако испуњава услове члана 8.⁶²³

Имајући у виду однос класичне аутономије воље из члана 8 и процесноправног споразума из члана 7, овај споразум се може посматрати и из угла категорије деце којима је доступан избор меродавног права. С једне стране, деца старија од 18 година имају могућност да закључе и процесноправни споразум и да изаберу меродавно право класичном аутономијом воље. При томе, ако су она неспособна да се старају о својим интересима, њихов законски заступник не може користити могућност избора из члана 8, али може закључити процесноправни споразум. С друге стране, деци млађој од 18 година доступан је само процесноправни споразум. У вези ова два облика аутономије воље поставља се питање права према коме се цени споразум о избору меродавног права. Будући да Протокол 2007 о томе не садржи одредбу, сем услова формалне

⁶¹⁸ Идеја о обавезивању тужиоца на покретање поступка у одређеном року након закључења процесноправног споразума није наишла на одобравање приликом израде Протокола 2007. Видети Bonomi, *Explanatory Report*, p. 30 ad 122.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ Видети на пример, пресуду Вишег трговинског суда Пж. 120/2005 од 17.2.2005. године или решење Вишег трговинског суда Пж. 3890/2004 од 20.5.2004. године. Доступне на *paragraf.neti*.

⁶²² Писана форма би се према праву Републике Србије сматрала испуњеном и ако странке дају изјаву на записник пред судом.

⁶²³ Bonomi, *Explanatory Report*, p. 30 ad 120.

природе које непосредно уређује, требало би и ово питање решити према праву меродавном за издржавање (*lex causae*).⁶²⁴

Конечно, иако се о аутономији воље у Протоколу 2007 говори само у смислу чланова 7 и 8, она постоји и у првом случају изричитог увођења принципа *lex fori in foro proprio*. Чињеница да поверилац покретањем поступка у држави уобичајеног боравишта дужника мења уобичајени редослед супсидијарног везивања за привилеговане повериоце (члан 4 став 3), говори у прилог томе да је реч о *фактичком једностраном избору* који подразумева да се поверилац определио за другачији распоред објективних тачака везивања. С обзиром да је он као тужилац „господар поступка“, подношењем тужбе он бира не само надлежни суд него и редослед супсидијарног везивања. То подразумева да поверилац (односно у случају детета његов законски заступник) има на располагању више критеријума за заснивање надлежности, а не само општи форум, те да је свестан да је право државе уобичајеног боравишта дужника за њега најповољније. Другим речима, с обзиром да је у материји издржавања, по правилу, дозвољен бар још један критеријум сем уобичајеног боравишта дужника на коме почива општа надлежност, поверилац ће изабрати да покрене поступак пред судом ове државе не зато што жели другачији редослед тачака везивања, него зато што је зна да је за њега најповољнији *lex fori* и жели да се овим правом мериторно уреди обавеза издржавања (те неће ни доћи до активирања Кегелове лествице). Једино у случају да поверилац није обавештен о последици покретања поступка у држави уобичајеног боравишта дужника (што неће бити често) или зато што је то једини критеријум надлежности (што је мало вероватно) може доћи до супсидијарног везивања. Стога, једностранни избор може утицати на одређивање редоследа објективних тачака везивања, што је несвакидашње решење у међународном приватном праву,⁶²⁵ при чему ће у пракси најчешће водити мериторном решењу спора применом права државе суда, без потребе да се покреће механизам супсидијарног везивања.

⁶²⁴ Župan, *Izbor mjerodavnog prava*, str. 649.

⁶²⁵ Ова једностранна аутономија воље подсећа на Регулативу ЕУ о меродавном праву за вануговорне обавезе (*Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*) која предвиђа ову могућност такође ради заштите слабије стране поводом штете нанете животnoj средини (члан 7). Међутим, разлика је у томе што је у Регулативи избор класичан и своди се на оптирање између права државе наступања штете и права државе наступања штетног догађаја, а не на бирање хијерархијског низа објективних тачака везивања.

В) Заједничко држављанство

Као тачка везивања, заједничко држављанство је преузето из Конвенције Меродавно право 1973, с том разликом што је у Протоколу 2007 оно последња степенница Кегелове лествице. Ипак, ове две концепције се међусобно разликују по томе што је претходна конвенција остављала државама уговорницама простора за стављање резерве на основу које би примениле своје право у случају да су поверилац и дужник њени држављани, а дужник има и уобичајено боравиште у њој. С обзиром да су ову могућност искористиле скоро све државе уговорнице Конвенције Меродавно право 1973,⁶²⁶ отворена су врата за честу примену права државе заједничког држављанства (које коинцидира са *lex fori* на основу резерве). Стога је примена *lex nationalis communis* сматрана за „утешну награду“ за оне државе уговорнице које нису биле раде одрећи се утицаја држављанства. Поврх тога, како *Martiny* наводи, ова резерва је створила једнострану колизиону норму (*lex fori* тј. *lex nationalis communis*), која је однела превагу над осталим тачкама везивања из Конвенције Меродавно право 1973.⁶²⁷

Насупрот томе, заједничко држављанство је у Протоколу 2007 тачка везивања која у случају издржавања деце долази у обзир тек као последња могућност. С обзиром да дете остварује издржавање првенствено од родитеља, најчешће ће држављанство и бити заједничко. Томе се ипак може приговорити да на основу везе која уопште не мора бити јака, ствара погодно тле за дискриминацију деце која живе у истој држави на основу њиховог држављанства, што је и био разлог да се као основна тачка везивања уведе уобичајено боравиште повериоца.⁶²⁸ Међутим, слично као што се принцип *lex fori in foro proprio*, иако омогућава *forum shopping*, у материји издржавања сматра „прихватљивим злом или чак предношћу“,⁶²⁹ тако и примена заједничког држављанства, иако у начелу допушта дискриминацију, може представљати погодност за конкретног повериоца. За разлику од *Gleichlauf* приступа, држављанство, према Протоколу 2007, долази у обзир тек као последња могућност и она првенствено има значаја поводом издржавања деце старије од 18 година. Наиме, деца старијег узраста имају на располагању и аутономију воље из члана 8 којом могу бирати свој или

⁶²⁶ Видети *supra* стр. 27.

⁶²⁷ *Martiny, Maintenance Obligations*, p. 184.

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ A. Bonomi, *Litigation in family matters: is it possible to reconcile uniformity and the application of the lex fori?*, IFL March 2012, p. 13. Даље Bonomi, *Litigation in family matters*.

дужников *lex nationalis*, али избор зависи од сагласности дужника. Ако ње нема, нема ни уговарања меродавног права. Стога је у њиховом случају заједничко држављанство пандан избору из члана 8, поготово што се тада бира *lex nationalis* који и не мора бити заједнички, док у случају супсидијарног везивања држављанство мора бити заједничко. Поред тога, дискриминација је још израженија у погледу избора права уколико је одабран *lex nationalis* дужника, са којим је поверилац још мање повезан него у случају примене *lex nationalis communis*. Дакле, без могућности примене *lex nationalis communis*, деца старија од 18 година би могла остати ускраћена за издржавање. За разлику од деце млађег узраста у погледу којих је обавеза издржавања општеприхваћена, издржавање старије деце није.

Стога, примена права заједничког држављанства омогућава да поверилац од 18 до 21 године колизионом техником сачува свој привилеговани положај упркос принципу једнакости свих поверилаца који живе у истој држави. Уосталом, то исто чини и аутономија воље. Слично, примена права државе заједничког држављанства може бити од значаја и за децу млађу од 18 година, посебно ако се издржавање не остварује од родитеља већ од других лица као супсидијарних дужника. Наиме, док су родитељи уобичајени дужници обавезе издржавања, те је мало вероватно да дете уопште неће моћи да оствари издржавање од њих (на основу права државе свог или дужниковог уобичајеног боравишта), обавеза супсидијарних дужника је неизвеснија с обзиром да је државе различито уређују. Услед тога, заиста може постојати оправдање за примену *lex nationalis communis*. Будући да Конвенција о правима детета штити најбољи интерес детета млађег од 18 година, у овом случају заједничко држављанство омогућава да најбољи интерес детета *in concreto* однесе превагу над принципом једнакости поверилаца који живе у истој држави.

Иако Протокол 2007 предвиђа супсидијарно везивање у погледу издржавања деце, ретко када ће у погледу малолетног детета заиста доћи до активирања овог механизма с обзиром да је ова обавеза општеприхваћена у упоредном праву, посебно када је реч о заједничком држављанству. Чешће ће њен значај долазити до изражаја када родитељ не може да обезбеди издржавање те се активирају обавезе супсидијарних дужника. Када је о овој обавези реч, видели смо да постоје различита решења у унутрашњем праву држава, посебно у погледу тазбинских сродника, те се заиста може десити да у конкретном случају дође до примене следећег меродавног права у

хијерархијском низу. Исто тако, издржавање пунолетног детета може бити повод за активирање Кегелове лествице јер постоје веома различита решења у погледу узраста детета након којег престаје обавеза родитеља или супсидијарна обавеза других сродника. У том смислу, ако је реч о обавези супсидијарних дужника, пунолетно дете остаје у категорији привилегованих поверилаца до 21 године. Након тог узраста, на обавезу издржавања се примењује само основна колизиона норма (уобичајено боравиште повериоца) чиме се смањују могућности за добијање издржавања од других сродника.

Очигледно је да упркос тежњи за заштитом детета ни Протокол 2007 ни Конвенција 2007 не допуштају утицај држављанства једне странке, чак ни када је реч о детету које као повериоца посебно штите. У том смислу, већ смо видели да постоји разлика у односу на Конвенцију 1996 где држављанство може имати улогу и приликом трансфера надлежности и атракције у брачном спору, док у оквиру меродавног права може доћи до примене или узимања у обзир *lex nationalis* на основу клаузуле изузетка. Ипак, ни у једном од ових случајева држављанство не мора бити заједничко. Насупрот томе, у материји меродавног права за издржавање, заједничко држављанство постоји као решење, али је и тада једва успело да добије подршку држава. Као што је већ наведено, у случају детета чије порекло према (потенцијалном) дужнику није утврђено могућности за примену овог права су минималне. У погледу атракције надлежности у статусном спору, Конвенција 2007 предвиђа двоструко ограничење, баш као и поводом атракције у поступку о родитељској одговорности. С једне стране, држављанство једне од странака не може бити основ надлежности, с друге, то је последњи основ индиректне надлежности на који се може ставити резерва. Тиме је заправо повучена двострука граница. Наиме, ако је захтев за утврђивање порекла детета једини и нема атракције према захтеву за издржавање, онда би *forum nationalis* једне од странака можда и могао да прође контролу признања страних судских одлука у зависности од флексибилности националног система међународног приватног права државе признања у погледу индиректне надлежности. Насупрот томе, исти овај основ надлежности постаје прекомеран у контексту Конвенције 2007 али само ако долази до атракције у погледу издржавања.

2.1.2. Однос Протокола 2007 и норми о надлежности ЗРСЗ-а и Нацрта

Бројни разлози утичу да се преиспитају норме о надлежности ЗРСЗ-а. Најпре, решења која ЗРСЗ предвиђа временом су у знатној мери постала анахрона. На пример, основи надлежности су недовољно широко постављени, тако да понекад, иако је странка фактички довољно повезана са Србијом, домаћи суд углавном не може одлучивати, а да не посегне за прекомерном надлежношћу. Најзад, Србија је ратификовала Протокол 2007, што је наметнуло и питање корелације његових колизионих норми са нормама о надлежности ЗРСЗ-а.

Норме о надлежности за спорове о издржавању ЗРСЗ-а заснивају се, традиционално, на пребивалишту и држављанству, које се у зависности од категорије поверилаца или врсте издржавања, примењују самостално или у различитим комбинацијама. Поред тога, основ надлежности може бити и имовина дужника у Србији, при чему се овај критеријум примењује на све врсте издржавања. Укратко, надлежност домаћег суда може бити заснована:

1. За *све* спорове о издржавању, према: а) пребивалишту туженог у Србији (општа надлежност, члан 46 став 1)⁶³⁰ и б) постојању имовине у Србији из које се може наплатити издржавање (посебна надлежност, члан 68);

2. За издржавање *деце*, поред основа наведених *ad* 1, још и према: а) пребивалишту детета као тужиоца (посебна надлежност, члан 67 став 1 тач. 1); или, б) заједничком српском држављанству тужиоца и туженог без обзира где имају пребивалиште (посебна надлежност, члан 67 став 1 тач. 2); или, в) српском држављанству детета као малолетног тужиоца (посебна надлежност, члан 67 став 1 тач. 3); и напослетку

3. За *остале врсте издржавања*, поред основа наведених *ad* 1, и према српском држављанству тужиоца који има пребивалиште у Србији (посебна надлежност, члан 67 став 2).⁶³¹

⁶³⁰ Став 2 члана 46 који предвиђа надлежност на основу боравишта туженог у Србији, као и став 3 истог члана који, у случају да су парничне странке српски држављани, такође прописује боравиште туженог у Србији као основ надлежности, искључени су за спорове о издржавању. Видети Дика, Кнежевић, Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, стр. 227 *ad* 4.

⁶³¹ За издржавање између (*бивших*) *супружника*, поред основа наведених *ad* 1, и према: а) српском држављанству тужиоца са пребивалиштем у Србији (посебна надлежност, члан 67 став 2); или б) пребивалишту тужиоца у Србији „у тренутку суђења“, ако је последње заједничко пребивалиште супружника било у Србији (посебна надлежност, члан 67 став 3).

Посматрано из угла савременог међународног приватног права, примедбе се, пре свега, односе на критеријуме држављанства и имовине. Наиме, оба критеријума су за питање издржавања у теорији већ дуже време на лошем гласу, оцењени као прекомерни.⁶³² Штавише, у међународном приватном праву Европске уније, држављанство тужиоца и у одређеној мери форум имовине доспели су на црну листу критеријума прекомерне надлежности генерално.⁶³³

Критеријум *држављанства* једне од странака заснива се на тежњи ка заштити домаћих држављана, што је неспорно био један од циљева у време доношења ЗРСЗ-а.⁶³⁴ Ово утолико пре ако се има у виду да је највећи број спорова из породичних односа мешовитог карактера (између домаћег и страног држављанина). Међутим, савремено међународно приватно право се све више окреће заштити *свих лица који живе у истој држави*, без обзира на држављанство. То је посебно изражено у области породичних односа, док, у погледу статуса, држављанство још увек задржава примат.

Када је реч о *имовини у Србији* као критеријуму надлежности, он би, уз додатне услове, могао бити прихватљив за имовинскоправне захтеве (иако тада благо прекомеран), али не и у материји издржавања. Другим речима, иако је и природа обавезе издржавања (и) имовинскоправна и подразумева постојање дужничко-поверилачког односа, она је ипак специфична будући да њен правни основ није ни уговор ни штета, већ породичноправни однос. Истини за вољу, форум имовине у материји издржавања и данас предвиђају поједина законодавства.⁶³⁵ Углавном је реч о државама које не прописују довољно широке основе надлежности, те услед тога прибегавају овом критеријуму. Исто важи и за ЗРСЗ. Поред тога, концепција овог основа надлежности, по коме је реч о имовини из које се може наплатити издржавање, можда *prima facie* отклања сумњу у прекомерност зато што сугерише постојање потпуне пропорције између вредности имовине и висине издржавања. Ипак,

⁶³² Martiny, *Maintenance Obligations*, p. 254 и Duncan, *Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions*, p. 90.

⁶³³ Видети Анекс I *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, која је првобитно уређивала и надлежност за спорове о издржавању.

⁶³⁴ Заправо, примат држављанства, утемељен још Манџинијевим учењем, дубоко се укоренио у наш систем међународног приватног права, потпомогнут и чињеницом да је Србија (као и некада СФРЈ) емиграциона држава. Међутим, последњих година све је више странаца који живе у Србији, тако да првобитна идеја ЗРСЗ-а више ни из тог разлога није адекватна. Видети о идејама које су утицале на доношење ЗРСЗ-а Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 87.

⁶³⁵ Закон о међународном приватном праву Украјине (2005) и Закон о грађанском судском поступку Литваније (2002).

издржавање деце се код нас не остварује исплатом издржавања *одједном* већ у периодичним износима. При томе, не може се унапред знати колико дуго ће трајати обавеза издржавања – она може престати са 18. годином детета или чак и раније, али може трајати и након тога, при чему то може бити до 26. године или раније, па чак и касније јер неће увек према колизионим нормама Протокола бити меродавно домаће право. Такође, не зна се унапред ни колики ће бити износ издржавања, посебно ако дете живи у држави вишег животног стандарда у односу на дужника. Ипак, суд би морао управо *унапред* да зна висину издржавања да би проценио да ли је вредност имовине довољна да се издржавање и оствари. Услед непредвидивости трајања обавезе издржавања према деци, с једне стране, и начина давања издржавања (периодично), с друге стране, није сасвим јасно да ли је за заснивање надлежности довољно да вредност имовине буде довољна за исплату једне рате, неколико рата или, пак, целокупног износа издржавања. Имајући у виду да је идеја форума имовине да се обезбеди принудно извршење обавезе издржавања на имовини у држави порекла одлуке, питање је и да ли овај критеријум довољно штити дете ако је вредност имовине толика да је довољна за намирење тек неколико месечних рата. Уз то, будући да издржавање деце обично буде одређено на терет зараде, ако дужник ради у иностранству, одлука ће одмах морати да се призна и изврши у тој држави, а имовина у Србији може да послужи само ако дужник добровољно не изврши обавези. Чак и тада, најпре ће се у држави у којој остварује зараду покушати са принудним извршењем на новчаним средствима и другој имовини у тој држави, тако да је мало вероватно да имовина у Србији буде једини начин за принудно остваривање издржавања детета. Коначно, ако је довољно да вредност имовине буде толика да може обезбедити исплату тек неколико рата, зар онда није овај основ надлежности већ на клизавом терену прекомерне надлежности? Србија има јединствену прилику да новим системом међународног приватног права, чије су норме о надлежности довољно широке, уклони овај критеријум из материје издржавања.

Поред држављанства и имовине, веза са надлежношћу суда Србије може се остварити преко пребивалишта било као основа опште (члан 46 став 1 ЗРСЗ) или посебне надлежности (члан 67 став 1 тач. 1. и чл. 67 ст. 2 и 3). Ипак, постоје ситуације које овај критеријум не обухвата, а веза туженог или тужиоца са Србијом је довољна да оправда заснивање надлежности домаћег суда. Реч је о странцима који живе у Србији и имају уобичајено боравиште код нас, али не увек и пребивалиште због строгих услова

Закона о странцима (члан 37 и члан 74 став 2). Типичан пример су кинески држављани. С обзиром да уобичајено боравиште представља центар животних интереса једног лица, надлежност домаћег суда би била оправдана у овим случајевима, без обзира на непостојање пребивалишта у Србији. Упркос томе, према ЗРСЗ-у, у овој ситуацији судија мора да посегне за критеријумом имовине туженог као јединим могућим (члан 68 ЗРСЗ). Тиме, пак, надлежност постаје прекомерна. Дакле, да би домаћи суд могао *редовно* да одлучује о издржавању у овим ситуацијама, неопходно је увођење уобичајеног боравишта туженог и уобичајеног боравишта повериоца као критеријума надлежности. На тај начин домаћи суд може одлучивати и када је поверилац тај који тужи, али и када дужник покреће поступак за измену одлуке о издржавању.

Критеријуму уобичајеног боравишта туженог се нема шта замерити зато што, као и пребивалиште, почива на принципу *actor sequitur forum rei*. С друге стране, ситуација са критеријумом уобичајеног боравишта повериоца је деликатнија. На први поглед, он представља дерогацију принципа *actor sequitur forum rei* и може се критиковати. Међутим, уобичајено боравиште повериоца је критеријум који се заснива на другом, једнако легитимном принципу – *favor creditoris*. Он омогућава слабијој страни, а то је по правилу поверилац, привилегију да тужи „од куће“. На тај начин се поверилац, који тужи управо да би остварио своје егзистенцијалне потребе, штити од непотребних трошкова покретања поступка у иностранству. Поред тога, суд уобичајеног боравишта повериоца је у најбољој позицији да оцени потребе и околности у којима живи поверилац.⁶³⁶

С друге стране, када су у питању домаћи држављани на тзв. привременом раду у иностранству, одредбе о надлежности ЗРСЗ дозвољавају да српски суд одлучује и када веза преко пребивалишта није довољно изражена. Наиме, наши држављани, по правилу, задржавају пребивалиште у Србији уколико имају важећу личну карту, а истовремено стичу уобичајено боравиште у страној држави. Поред тога, често имају и двоструко пребивалиште и двоструко држављанство. У таквој ситуацији, може се поставити питање да ли је и тада надлежност нашег суда оправдана. Како се пребивалиште не мора увек поклапати са уобичајеним боравиштем, то значи да је у страној држави, а не у Србији, центар животних интереса наших држављана. Услед тога, пребивалиште се, као основ надлежности, а са њим и *општа надлежност*, заснива на *папирнатом пребивалишту* односно фикцији да ће се ова лица једном

⁶³⁶ Martiny, *Maintenance Obligations*, p. 253.

вратити у Србију.⁶³⁷ Слично томе, у оквиру *посебне надлежности*, повезаност која се остварује преко ЗРСЗ-а са домаћим судом темељи се врло често на везама које нису довољно фактички утемељене. Поред папирнатог пребивалишта, често је реч и о *папирнатом држављанству*. Оба ова основа би се могла назвати основима *прикривене* прекомерне надлежности.

На крају, проблем надлежности из ЗРСЗ-а могао би доћи до изражаја и уколико би Србија ратификовала Конвенцију 2007 пре ступања на снагу новог ЗМПП-а. С обзиром да се њена ратификација разматра,⁶³⁸ потребно је да законски основи надлежности одговарају, што је више могуће, нормама о индиректној надлежности садржаним у Конвенцији 2007.

Ступањем Протокола 2007 на снагу,⁶³⁹ поставило се и питање корелације норми о међународној надлежности и норми о меродавном праву за издржавање. Наиме, њихов однос је важан зато што су законске норме о меродавном праву за обавезе издржавања потпуно замењене Протоколом 2007 на основу принципа универзалне примене (члан 2). Другим речима, од дана када је Протокол 2007 ступио на снагу у међународном смислу, колизионе норме ЗРСЗ-а о издржавању су стављене *ad acta*. Насупрот томе, норме ЗРСЗ о међународној надлежности важе и даље. Проблема не би било да су важеће норме о надлежности и колизионе норме усаглашене на нивоу идеје једнаке заштите свих поверилаца који живе у истој држави.⁶⁴⁰ Ипак, иако то није случај, свакако се не ради о пропусту ЗРСЗ-а. Наиме, 1982. године када је ЗРСЗ донет, није се могао наслутити правац развоја међународног приватног права, а још мање његово стварање у оквиру Европске уније. Међутим, Србија има јединствену прилику да своје норме о надлежности *de lege ferenda* прилагоди колизионим нормама. Наиме, иако Протокол 2007 не уређује међународну надлежност, поједине колизионе норме су повезане са овим питањем било преко принципа *favor creditoris* или тако што се директно везују за надлежност. Тако, основни случајеви корелације норми о

⁶³⁷ О овом проблему генерално Станивуковић, Живковић, *Међународно приватно право*, стр. 103-105.

⁶³⁸ Савет за међународно приватно право Владе Републике Србије је јуна месеца 2013. године на својој 11. седници формирао комисију која треба да утврди потребу ратификације Конвенције 2007 (дневни ред ове седнице доступан је на <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/1675/sednice-saveta.php>).

⁶³⁹ На основу члана 25 Протокола, ступио је на снагу 1. августа 2013. године.

⁶⁴⁰ У том смислу Vononi, *La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires*, pp. 207-208.

надлежности ЗРСЗ-а и колизионих норми Протокола могу чинити њихову симетрију пожељном (А) односно неопходном (Б), али и сувишном (В).

А) Пожељна симетрија

Симетрија критеријума међународне надлежности и меродавног права је пожељна када се примењује основно решење Протокола – уобичајено боравиште повериоца (члан 3). Дакле, ма о којој врсти издржавања се радило, фаворизовање повериоца се врши на апстрактан начин, применом права државе његовог уобичајеног боравишта.

Основна колизиона норма је, такође, инспирисана идејом да се најефикаснија заштита остварује у случајевима када је и надлежност заснована на уобичајеном боравишту повериоца. Иако би примена домаћег права као последица поклапања критеријума надлежности и одређивања меродавног права обрадовала сваког судију, то не представља *raison d'être* овог решења. Симетрија је пожељна зато што у том случају потребе сваког повериоца утврђује суд државе у којој он живи, у складу са актуелним животним стандардом. У односу на *привилеговане* повериоце, то ће, с једне стране, омогућити функцинисање уобичајеног каскадног система (уобичајено боравиште; *lex fori*; заједничко држављанство), а с друге, оцену потреба повериоца вршиће увек суд његовог уобичајеног боравишта, без обзира на то које ће од наведених права конкретно бити примењено. Иако уобичајено боравиште повериоца не треба схватити као обавезни основ надлежности, његова важност је несумњива ако се жели досегнути најефикаснији систем заштите повериоца *de lege ferenda*. Из тог разлога треба подржати решење предложено у Нацрту⁶⁴¹ јер се њиме *начелно* пружа могућност овакве заштите, иако њено *практично* остварење зависи од воље повериоца будући да, по правилу, он бира суд коме подноси тужбу.

Б) Неопходна симетрија

У односу на случај пожељне симетрије, веза између меродавног права и надлежности је још израженија преко одредаба Протокола које се директно везују за надлежност. Прва таква одредба чини симетрију неопходном, док је друга чини

⁶⁴¹ Нацрт као први основ посебне надлежности за издржавање предвиђа уобичајено боравиште повериоца (члан 97 став 1 тач. а).

сувишном. У првом случају реч је о одступању од основне колизионе норме у корист уобичајеног боравишта дужника и важи само за *привилеговане повериоце*.⁶⁴²

У овој ситуацији, до одступања од основне колизионе норме долази само ако *поверилац* подноси тужбу суду уобичајеног боравишта *дужника* (члан 4 став 3). Тада је меродаван *lex fori* (право државе уобичајеног боравишта дужника). С обзиром да ЗРСЗ не предвиђа уобичајено боравиште туженог (дужника) као критеријум надлежности, судија мора, у сваком конкретном случају, да провери да ли се примењени основ надлежности ЗРСЗ-а (пребивалиште, држављанство, имовина) поклапа са уобичајеним боравиштем дужника. Најчешће ће до тога доћи ако се надлежност заснива према пребивалишту туженог (дужника). Међутим, као што смо видели, ни случајеви неподударања уобичајеног боравишта и пребивалишта нису толико ретки (пример наших држављана на привременом раду у иностранству и кинеских држављана). Зато судија не може аутоматски закључивати да пребивалиште у Србији *увек* значи и постојање уобичајеног боравишта у Србији. Напротив, неопходно је да у сваком конкретном случају утврди да ли дужник има уобичајено боравиште у Србији. С обзиром да му ЗРСЗ у томе није од помоћи, судија се мора ослонити на критеријуме уобичајеног боравишта из Нацрта.

У вези са тим, треба напоменути да је проблем могуће једноставније решити уколико би уобичајено боравиште туженог (у овом случају ће то бити дужник) било предвиђено као критеријум опште надлежности. Наиме, тада би заснивање међународне надлежности на основу критеријума посебне надлежности, најчешће, значило да тужени дужник нема уобичајено боравиште у Србији (јер би иначе постојала општа надлежност). Међутим, с обзиром да такво решење у нашем праву још увек није прихваћено,⁶⁴³ преклапање постојећих критеријума у ЗРСЗ-у и уобичајеног боравишта туженог (дужника) су могућа и код опште и код посебне надлежности. Зато се може десити, примера ради, да дужник као тужени има и пребивалиште (члан 46 став 1), али и уобичајено боравиште у Србији; или да је тужилац-малолетно дете са држављанством Србије (члан 67 став 1 тач. 3), али и да тужени истовремено има уобичајено боравиште у Србији; или да тужени има имовину у Србији из које се може

⁶⁴² Привилеговани повериоци, подсећања ради, су: а) деца у односу на родитеље, б) лица млађа од 21 године у односу на лица која нису њихови родитељи, уз искључење издржавања између (бивших) супружника и в) родитељи у односу на децу (члан 4 став 1 Протокола).

⁶⁴³ У Нацрту је уобичајено боравиште туженог предвиђено као критеријум опште надлежности (члан 12).

наплатити издржавање (члан 68), баш зато што има уобичајено боравиште у Србији. И обрнуто. Тужени може имати пребивалиште али не и уобичајено боравиште у Србији; малолетно дете може имати држављанство Србије, али тужени не мора истовремено имати уобичајено боравиште у Србији; тужени може имати имовину у Србији, али не нужно и уобичајено боравиште, итд.

В) Сувишна симетрија

Други случај када је одредба Протокола 2007 директно везана за надлежност чини симетрију сувишном и односи се на *процесноправни споразум*. Да би одредба о избору права државе суда имала смисла, надлежност не треба да буде заснована на критеријуму који је истовремено и објективна тачка везивања за меродавно право. У супротном, избор нема значаја јер ће се применити право које би и иначе било меродавно у одсуству избора. Тако, када је, с једне стране, реч о *повериоцу генерално*, он не би требало да има уобичајено боравиште у Србији (поклапање са основном колизионом нормом, члан 3). У случају *привилегованих поверилаца*, дужник, пак, не би требало да има уобичајено боравиште у Србији, уколико поверилац покреће поступак (поклапање са првом колизионом нормом *обрнутог* каскадног система, члан 4 став 3).

На крају, за разлику од случаја неопходне симетрије, када о поклапању критеријума надлежности и меродавног права мора да води рачуна судија, сада о томе треба да брину странке јер суд проверава само да ли је изабран *lex fori*, а не и да ли је симетрија сувишна.

Г) Основи надлежности према Нацрту и њихов значај у контексту Протокола 2007 и Конвенције 2007

У односу на ЗРСЗ, Нацрт доноси многе новине у погледу надлежности за спорове о издржавању. Пре свега, у односу на ЗРСЗ, постоји концепцијска разлика. Сви критеријуми надлежности у Нацрту, сем пророгације, важе *за све врсте издржавања*. То су: а) општа надлежност: пребивалиште и уобичајено боравиште туженог (члан 13), б) посебна надлежност: уобичајено боравиште повериоца, потом, атракција надлежности код патернитетских, матернитетских спорова и спорова о родитељском праву (члан 107), те заједничко држављанство повериоца и дужника (члан 109). Атракција надлежности је основ надлежности који, поред тога што у

највећој мери прати домаће породично право, треба да омогући повериоцу да се у једном поступку одлучи о свим аспектима конкретног правног односа. То је последица сложене природе ових спорова. Њихове финансијске последице у погледу издржавања детета или супружника само су једно од питања које обухватају. У суштини, овакво решење штити повериоца јер не мора да води два поступка. Основи надлежности у овом смислу представљају корак напред у односу на меродавно право поводом кога и даље постоји строга линија раздвајања између статусних питања и издржавања. Заједничко држављанство повериоца и дужника је решење које најјасније указује на промену значаја држављанства. Тако, док с једне стране, оно нема утицаја на меродавно право за издржавање (сем за привилеговане повериоце), дотле, с друге стране, постаје супсидијарни основ надлежности јер представља последњу шансу за заснивање посебне надлежности. Иако се може рећи да је у питању блага прекомерна надлежност, њена критика није оштра као када је реч о заснивању надлежности на основу држављанства *само једне* од странака (макар то био и поверилац), или, пак, имовине јер се веза са судом сада остварује преко држављанства обе странке. Иста идеја је присутна и у погледу меродавног права (члан 4 став 4 Протокола).⁶⁴⁴

Такође, уводи се и изузетна надлежност (*forum necessitatis*) која треба да омогући покретање поступка у Србији када је приступ суду онемогућен или ограничен у иностранству (члан 20).⁶⁴⁵ У сваком случају, паралела са Протоколом се не би могла повући. Наиме, *немогућност остваривања издржавања*, која за привилеговане повериоце покреће каскадни систем Протокола, *не би могла* бити повод за заснивање изузетне надлежности. Управо супротно, ова надлежност је везана само за процесне разлоге. При томе, требало би напоменути да је *forum necessitatis* предвиђен општим одредбама Нацрта и није својствен само материји издржавања. На крају, и аутономија воље добија своје место у материји издржавања (чл. 25 и 98).⁶⁴⁶

С једне стране, сви наведени критеријуми надлежности се боље уклапају у индиректну надлежност Конвенције 2007. С друге стране, они одговарају и систему признања у Нацрту. Наиме, будући да је и њиме предвиђена контрола индиректне

⁶⁴⁴ У том смислу, Bonomi, *Explanatory Report*, p. 21.

⁶⁴⁵ Тада може покренути поступак пред судом Србије али само ако спор има довољну везу са домаћом државом.

⁶⁴⁶ Више о томе Ancel, Muir-Watt, *Aliments sans frontières*, p. 482.

надлежности, али преко система огледала, шири основ надлежности домаћег суда значи и већу могућност да страна одлука испуни овај услов.

Поред тога, у смислу Протокола, „конвенцијска“ заштита поверилаца оствариваће се, у корелацији са Нацртом, пре свега, путем пожељне и неопходне симетрије надлежност-меродавно право. Тако, с једне стране, *уобичајено боравиште туженог* постаје основ *опште надлежности* и доводи до пожељне симетрије ако је у улози туженог *обични поверилац*. Уколико је реч о *привилегованом повериоцу*, тада каскадни систем функционише на редован начин (уобичајено боравиште повериоца; *lex fori*; заједничко држављанство). Наиме, у свим овим случајевима, с обзиром да је реч о поступку за измену одлуке који покреће дужник, повериоцу је потребна посебна заштита јер дужник може покушати да изигра одредбе Протокола. Уколико, пак, привилеговани поверилац покреће поступак пред судом Србије јер тужени дужник има уобичајено боравиште код нас, онда долази до изражаја обрнути каскадни систем (*lex fori*, уобичајено боравиште повериоца, заједничко држављанство) и неопходна симетрија.

С друге стране, *уобичајено боравиште повериоца* као први основ *посебне надлежности* доводи до пожељне симетрије са основном колизионом нормом Протокола, што омогућава најефикаснију заштиту повериоца. У односу на *привилеговане повериоце*, функционише каскадни систем (уобичајено боравиште повериоца; *lex fori*; заједничко држављанство).

Д) Двострани уговори и надлежност

Потребно је учинити и неколико напомена у погледу одредаба о надлежности двостраних уговора који обавезују Србију. То су уговори са Бугарском (чл. 39);⁶⁴⁷ Грчком, (члан 23)⁶⁴⁸; Мађарском са изменама и допунама (чл. 28, 33 и 35);⁶⁴⁹ Пољском (чл. 26 став 3 и 29);⁶⁵⁰ Румунијом (чл. 24 и 27);⁶⁵¹ Словачком и Чешком (чл. 25 и 28 ст.

⁶⁴⁷ Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске (1956) – (Сл. лист ФНРЈ – додаток бр.1/1957).

⁶⁴⁸ Конвенција о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке (1959) – (Сл. Лист ФНРЈ – додаток бр.7/1960).

⁶⁴⁹ Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске (1968) са изменама и допунама (1986) – (Сл. лист СФРЈ – додаток бр.3/1968; измене и допуне – Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори бр.1/1987).

⁶⁵⁰ Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске (1960) – (Сл. лист ФНРЈ – додаток бр.5/1963).

4);⁶⁵² Француском (чл. 7, 9, 12 и 36);⁶⁵³ Русијом и Украјином (члан 28);⁶⁵⁴ и Монголијом (члан 33).⁶⁵⁵ Генерално, основи надлежности који су њима предвиђени тичу се првенствено држављанства, потом (заједничког) пребивалишта, као и последњег заједничког пребивалишта. У појединим уговорима чак и боравиште има значаја за поједине врсте издржавања (Румунија, Русија, Украјина, Мађарска), док у другима надлежност зависи од тога чије је право меродавно (Русија, Украјина, Пољска). Ипак, посебну пажњу побуђује уобичајено боравиште. Наиме, у једном уговору се изричито наводи *уобичајено боравиште туженог* (Мађарска, према изменама и допунама, члан 33 став 2), док други користе изразе „*где живи*“ и „*место становања*“ што, такође, може упућивати на уобичајено боравиште (Пољска, Словачка, Чешка). Међутим, упркос томе што поједини уговори очигледно предвиђају и основе надлежности који су савремени, већина се, пак, ослања на критеријуме ЗРСЗ и међународног приватног права друге државе уговорнице из времена закључења уговора.

Свим овим уговорима је особено што надлежност уређују само за оне врсте издржавања за које предвиђају колизионе норме, тако да су и у погледу надлежности, уговорни системи непотпуни. Слично као и код меродавног права,⁶⁵⁶ за оне врсте издржавања које конкретан уговор уређује примењиваће се *уговорне* норме о надлежности, а поводом осталих - ЗРСЗ. Крајњи резултат је постојање двоструког колосека и за меродавно право и за надлежност.

Међутим, будућност међународног приватног права није везана за двостране већ за вишестране уговоре с обзиром да се само њима може постићи права унификација ове гране права. Имајући у виду и непотпуност решења, било би боље да се делови двостраних уговора у погледу издржавања дерогирају у односу на колизионе норме, што је већ у нашој теорији предложено,⁶⁵⁷ али и у односу на надлежност.⁶⁵⁸

⁶⁵¹ Уговор о правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике (1960) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак бр.8/1961).

⁶⁵² Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке СР (1964) – (Сл. лист СФРЈ – додатак бр.13/1964).

⁶⁵³ Конвенција о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике (1971) – (Сл. лист СФРЈ, бр.55/72).

⁶⁵⁴ Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР (1962) – (Сл. лист ФНРЈ, додатак бр.5/1963)

⁶⁵⁵ Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске Народне Републике (1981) – (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр.7/1982).

⁶⁵⁶ Видети за меродавно право Живковић, *О примени Хашког протокола*, стр. 82-83.

⁶⁵⁷ *Ibidem*.

Дакле, могло би се рећи да време двостраних уговора пролази и да они остају резервисани за регулисање специфичних односа двеју држава.⁶⁵⁹

Иако разматрање норми о надлежности у материји издржавања може на први поглед изгледати као „мапирање минског поља“,⁶⁶⁰ измена норми ЗРСЗ-а је неопходна. У сваком случају, након доношења новог ЗМПП-а корелација са Протоколом 2007 ће, с једне стране, бити боља, а с друге, надлежност суда Србије ће постојати у већем броју случајева.

2.1.3. Конвенција 1996

A) Аутономија воље

У погледу могућности избора меродавног права, Конвенција 1996 не предвиђа колизионоправну аутономију воље, већ само материјалноправну и то за родитељску одговорност чији је правни основ споразум или једнострана изјава воље (члан 16 став 2). Када је реч о родитељској одговорности заснованој на споразуму, под њим се подразумевају они споразуми који су, према праву државе уобичајеног боравишта детета, пуноважни без провере меритума од стране државног органа.⁶⁶¹ Споразум родитеља склопљен према Породичном закону не би потпадао под ову одредбу Конвенције 1996 јер он није пуноважан док га суд не одобри. Пре тога суд врши детаљно испитивање његове садржину и проверава да ли је у складу са најбољим интересом детета. Стога, суд може у зависности од процене најбољег интереса детета у питању да прихвати споразум и угради га у своју одлуку или да одбије споразум и да о вршењу родитељског права одлучи на другачији начин.⁶⁶² Таква врста споразума која улази у одлуку надлежног органа или је предмет мериторне оцене сматра се мером за заштиту (што подразумева *одлучивање* о родитељској одговорности) у смислу члана 15 Конвенције 1996 и стога за њу важи конвенцијски систем признања и извршења.⁶⁶³

⁶⁵⁸ С обзиром да су, према подацима Министарства правде и државне управе Републике Србије, поједине државе ЕУ(Словачка), у складу са чланом 351 Уговора о функционисању ЕУ и након консултација са органима Уније, већ иницирале разговоре о ревизији постојећих двостраних уговора о правној помоћи у грађанским стварима, о овој могућности би можда могло да се размишља и у нашем Министарству правде.

⁶⁵⁹ При чему могу унапредити и примену вишестраног уговора између двеју држава у односу на општи конвенцијски режим.

⁶⁶⁰ Како је духовито свој чланак назвао W. Tyzack, *Mapping the jurisdiction minefield: steering clear of the traps of the EU Maintenance Regulation*, IFL September 2012, pp. 277-280.

⁶⁶¹ *Lagarde Report*, p. 579 ad 103.

⁶⁶² Драшкић, *Породично право*, стр. 288-293.

⁶⁶³ Слично решење садржи и право Чешке (у погледу поверавања малолетног детета након развода родитеља), Естоније (ако се родитељи обратe центру за социјални рад или суду), Грчке,

Насупрот томе, уколико је према праву државе уобичајеног боравишта детета потребна интервенција државног органа, у смислу овере којом се потврђује садржина и проверава формална пуноважности споразума, али без испитивања меритума, онда је реч о споразуму из члана 16 став 2 Конвенције 1996.⁶⁶⁴ Захваљујући директној применљивости споразума, родитељска одговорност која је на њима заснована може се вршити у свим државама уговорницама. Једини услов је пуноважност споразума према праву уобичајеног боравишта детета у тренутку када споразум почиње да проводи дејство. Одређивање релевантног тренутка зависиће од тога да ли је потребна „пасивна интервенција“⁶⁶⁵ државног органа⁶⁶⁶ или споразум производи дејство већ од тренутка закључења.⁶⁶⁷

Поред тога, Конвенција 1996 предвиђа да основ родитељске одговорности може бити и једнострана изјава воље. Меродавно право за њену пуноважност се одређује на исти начин као и у случају споразума (члан 16 став 2), с тим што је релевантни тренутак сада везан за врсту једностраног правног посла у коме је дата изјава воље о титулару родитељске одговорности. Уколико је реч о изјави воље у завештању, тај тренутак се везује за смрт завештаоца,⁶⁶⁸ при чему, у зависности од меродавног права за завештање, евентуална непуноважност тестаментa може значити и непуноважност такве изјаве. Типичан пример је завештање родитеља којим он одређује и старатеља свом детету за случај смрти.⁶⁶⁹ У односу на родитељску одговорност која настаје *ex lege* или на основу споразума, случајеви једностране изјаве воље су знатно ређи основи

Шпаније, Литваније, Луксембурга, Португалије, Румуније (само у погледу брачне деце), Словеније, Словачке, Финске, северна Ирска (само за споразуме у погледу брачне деце). Подаци преузети са Европске правосудне мреже.

⁶⁶⁴ 1996 *Practical Handbook*, p. 95 ad 9.11.

⁶⁶⁵ 1996 *Practical Handbook*, p. 95 ad 9.11.

⁶⁶⁶ Од држава ЕУ уговорница Конвенције 1996, овакво решење предвиђају Малта (упис у јавни регистар и ратификација од стране суда), Холандија (упис у регистар старатељства), Шведска (овера од стране центра за социјални рад у месту у коме је дете регистровано), Енглеска и Велс (посебна форма и упис у регистар), Шкотска (ако и отац споразумом стиче родитељску одговорност, потребна је посебна форма споразума и упис у регистар), северна Ирска (само за ванбрачну децу; споразум мора бити у посебној форми и уписан у регистар). Подаци преузети са Европске правосудне мреже.

⁶⁶⁷ Такви су случајеви са споразумима у Белгији (осим ако се жели потврда о извршности споразума када судија разматра да ли је он у најбољем интересу детета), Чешкој (само у погледу споразума о праву на виђање), Естонији (у писаном облику или пред нотарем, али немају извршну снагу), Латвији (ако родитељи добровољно извршавају споразум), Мађарска, Румунија (само у погледу ванбрачне деце). Подаци преузети са Европске правосудне мреже.

⁶⁶⁸ *Lagarde Report*, p. 579 ad 104.

⁶⁶⁹ 1996 *Practical Handbook*, p. 94 ad 9.10. Додуше, код нас би оваква одредба у завештању којом се одређује титулар родитељске одговорности у смислу Конвенције 1996 била апсолутно ништава.

родитељске одговорности.⁶⁷⁰ Ипак, њихов значај је у томе што представљају начине настанка права на старање на које се индиректно позива Конвенција 1980. Имајући у виду да Конвенција 1980 изричито наводи само судску одлуку, закон и споразум, али уједно оставља оворена врата и за друге правне основе права на старање, управо једнострана изјава воље може бити један од њих. Потпуно поклапање ових конвенција у том смислу постоји у погледу права на старање *ex lege*, будући да оно упућује на државу уобичајеног боравишта детета (члан 3 став 2 Конвенције 1980 и члан 16 став 1 Конвенције 1996). У односу на споразум и једнострану изјаву воље, чини се да поклапање није апсолутно имајући у виду одређивање релевантног тренутка. Наиме, Конвенција 1980 захтева да право на старање постоји према праву државе уобичајеног боравишта детета *непосредно пре отмице*, док је према Конвенцији 1996 релевантан тренутак од кога споразум или једнострану изјаву воље почињу да производе дејство. Проблем не постоји ако је дете одведено (задржано) у државу чије је право меродавно и према Конвенцији 1996 и Конвенцији 1980. На пример, ванбрачно дете је имало уобичајено боравиште у Румунији у којој је пуноважно закључен споразум према којем мајка и отац заједнички врше право на старање, али дете живи са мајком. Упркос томе, она се враћа у своју државу порекла (Србија), без обавештавања оца детета о томе. Према Конвенцији 1980, одвођење је незаконито јер је споразум пуноважан у држави у којој је дете имало уобичајено боравиште пре одвођења (Румунија), те би суд у Србији требало да нареди повратак детета у Румунију. Ипак, проблем би могао настати када отмици претходи законито пресељење у државу која није уговорница Конвенције 1996 и у којој такав споразум није пуноважан. Рецимо да је дете из претходног примера пресељено из Румуније у Србију (државу порекла мајке) уз сагласност оца. После пар месеци, мајка одлази са дететом у Данску да би радила у породичној радњи њених рођака јер ни у Србији не успева да нађе задовољавајући посао. Међутим, она овог пута није тражила сагласност оца за пресељење детета чиме је прекршила споразум. Проблем је тај што споразум није пуноважан према праву Србије у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења у Данску јер би наш суд морао да

⁶⁷⁰ Могућност да се једностраном изјавом воље одреди титулар родитељске одговорности предвиђа, на пример, право Португалије. Према члану 1929 *Código civil português (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06)*, родитељ може у завештању или у веродостојној исправи, за случај своје смрти, да одреди старатеља детету. Ову изјаву потврђује суд за малолетнике (члан 1925). Видети и Извештај Португалије за CEFL: G. De Oliveira, R. Martins, *National Report: Portugal, Parental Responsibilities*, p. 15, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Parental-Responsibilities.pdf>.

испита споразум и одобри га.⁶⁷¹ Иако би ово одвођење иначе могло да се окарактерише као незаконито и према праву Србије јер је отац задржао право да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета (члан 78 став 3 Породичног закона), ситуација је парадоксална јер је споразум пуноважан и према праву Румуније и према праву Данске (у којој треба да се одлучи о повратку детета и која је уговорница Конвенције 1996 каои Румунија) али није пуноважан према праву Србије у коју дете треба да се врати и на коју упућује члан 3 став 2 Конвенције 1980. У случају да је Србија и уговорница Конвенције 1996 управо би механизам ове конвенције омогућио да споразум и код нас буде пуноважан, без обзира што према нашем праву (као праву новог уобичајеног боравишта детета) такав споразум није могуће закључити. Значај ових одредаба Конвенције 1996 стога није занемарљив у односу на право на старање из Конвенције 1980 јер омогућава да правни основи на којима се старање темељи остану пуноважни и након пресељења детета.

Б) *Ex lege* родитељска одговорност

Споразум и једнострана изјава воље су уједно и изузеци од правила *lex fori in foro proprio* (с обзиром да нема одлучивања), као што је то и родитељска одговорност која постоји *ex lege*. За разлику од меродавног права када се о родитељској одговорности одлучује у поступку пред надлежним органом, у случајевима када она постоји без конститутивне интервенције државних органа, увек је меродавно право државе уобичајеног боравишта детета, без обзира да ли је реч о њеном стицању и престанку *ex lege*, на основу споразума или једностране изјаве воље (члан 16). Упркос томе, промена уобичајеног боравишта детета може имати конститутивно дејство у погледу стицања родитељске одговорности од стране лица које је до тада није имало, док однос према лицу које је већ било титулар родитељске одговорности остаје неизмењен. Типичан пример везан је за ванбрачну децу. Наиме, у појединим државама ванбрачни очеви не учествују у родитељској одговорности *ex lege* зато што она припада само мајци детета, без обзира што дете има утврђено порекло према оцу, чак и онда када се отац фактички стара о детету.⁶⁷² Ови случајеви су поводом тумачења

⁶⁷¹ У складу са чл. 75 став 2, 76 став 1 и 272 став 2 Породичног закона

⁶⁷² На пример, Енглеска (почев од 1.12.2003. године, вабрачни отац на основу закона стиче родитељску одговорност ако заједно са мајком пријави рођење детета), Шкотска (осим ако склопи накнадно брак са мајком детета или са њом закључи споразум или на основу судске одлуке), Северна Ирска (за децу рођену након 15.04. 2002, ако је уписан као отац у матичну књигу рођених), Нови

права на старање поводом примене Конвенције 1980 утицали на настанак (ретко прихваћене) теорије о тзв. *inchoate rights* (права у повоју, С.М) чији је циљ да прошири појам незаконитог одвођења или задржавања деце и од ових лица. У оквиру Конвенције 1996 то би значило да ваанбрачни очеви и друга лица која се фактички старају о детету (иако нису титулари права на старање) могу стећи родитељску одговорност након законитог пресељења детета (што не значи нужно и пресељење тог лица). И обрнуто, ако је ванбрачни отац већ стекао родитељску одговорност *ex lege* по праву државе претходног уобичајеног боравишта детета, након пресељења мајке и детета у државу чије право не предвиђа као титулара и ванбрачног оца, његово положај се не мења. Дакле, дејство мобилног сукоба закона у случају када се родитељска одговорност стиче непосредно на основу закона подразумева заштиту стечених права, а с друге стране, надоградњу већ постојећег односа родитељске одговорности повећањем броја њених титулара. Примера ради, ако би пресељење детета условило да поред мајке и оца, који су стекли родитељску одговорност на основу права државе претходног уобичајеног боравишта свог ванбрачног детета, њен титулар постане и нови муж мајке, родитељска одговорност сада бива подељена између три лица: мајке, оца и очуха детета.⁶⁷³ Дакле, члан 16 став 4 Конвенције 1996 представља уједно и супстанцијалну норму која има за последицу надградњу односа родитељске одговорности проширивањем броја њених титулара кад год је то могуће.⁶⁷⁴ Ипак, титулар који је незадовољан оваквим исходом може да покрене поступак пред надлежним органом да би он одлучио о родитељској одговорности (члан 18 Конвенције 1996). У сваком случају, промена уобичајеног боравишта детета у ситуацији када је родитељска одговорност заснована *ex lege* утиче на услове њеног вршења на исти начин као и када је она последица судске одлуке. Дакле, вршење свих

Зеланд, Ирска, Аустрија, Грчка, Шпанија (ако родитељи не живе заједно, без обзира на статус детета, али је уобичајено да други родитељ са којим дете не живи тражи од суда да донесе одлуку у корист заједничког вршења родитељске одговорности), Италија (ако родитељи не живе заједно), Луксембург, Холандија (могу да врше заједнички тек на основу овереног споразума), Финска (осим ако родитељи накнадно склопе брак) и Шведска. Насупрот њима су, између осталих, Белгија, Чешка, Немачка, Естонија, Француска, Кипар (ако отац призна очинство), Латвија, Литванија, Мађарска, Малта (ако отац и мајка заједно пријаве чињеницу рођења детета), Пољска (осим ако је очинство утврђено тек судском одлуком када суд одлучује о родитељској одговорности), Румунија, Словенија, Гибралтар и Словачка. Према подацима доступним у оквиру Европске правосудне мреже у грађанским и трговачким стварима, http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_en.htm (14.01.2014).

⁶⁷³ Сличан пример наведен је и у *1996 Practical Handbook*, с тим што је реч о томе да најпре отац и мајка *ex lege* деле родитељску одговорност након развода брака, а потом им се придружује и очух. Видети *1996 Practical Handbook*, р. 96, example 9 (f).

⁶⁷⁴ У том смислу и Lowe, *The 1996 Hague Convention*, р. 61 ad 4.11.

овлашћења у погледу личности или имовине детета морају се прилагодити условима које предвиђа право државе новог уобичајеног боравишта детета.

B) Lex fori in foro proprio

Када је реч о принципу *lex fori in foro proprio* у домену надлежности, Конвенција 1996 као што смо видели, настоји да одреди најпогоднији суд за предузимање мере за заштиту детета у конкретном случају. Након тога, на основу логичког редоследа, следи и питање меродавног права. У том смислу, Конвенција 1996 одређује меродавно право преко норми о надлежности предвиђајући примену права државе суда. За разлику од Протокола 2007 који се делимично заснива на истој идеји (уобичајено боравиште повериоца и обрнути каскадни систем), Конвенција 1996 уводи принцип *lex fori in foro proprio* без обзира да ли је надлежан суд државе уобичајеног боравишта детета или државе у којој су посебне категорије деце присутне (примарна надлежност) или, пак, судови супсидијарне надлежности (*forum divortii*, трансфер надлежности, привремене или хитне мере). У случају примарне надлежности, паралелизам између надлежности и меродавног права сасвим је оправдан. С једне стране, примена права државе уобичајеног боравишта омогућава да суд, који је у најповољнијем положају да процени најбољи интерес детета јер се интегрисало у ову средину, примени право које је у најближој вези са дететом. С друге стране, ако је надлежност заснована на основу присуства посебних категорија деце (члан 6), примена права државе суда је једина реална солуција јер примена права државе из које је дете морало да оде нема нарочитог смисла. Слично томе, и у случају привремених и хитних мера примена *lex fori* је уобичајена. У случају трансфера надлежности за цео поступак, видели смо да ће суд државе уобичајеног боравишта детета итекако бити заинтересован за национални приступ принципу најбољег интереса детета у држави чији би суд требало да постане надлежан.⁶⁷⁵ Другим речима, мораће да процени какви су изгледи да се донесе суштински слична мериторна одлука. У супротном, дошло би се у ситуацију да се одбија признање одлуке суда коме је надлежност уступљена и то позивањем на јавни поредак и најбољи интерес детета, што би обесмислило целу Конвенцију 1996.

⁶⁷⁵ Видети *supra* стр. 173 *et seq.*

За разлику од ових ситуација, примена права државе суда у случају *forum divortii* можда највише доводи у питање принцип *lex fori in foro proprio*. Наиме, иако се управо принцип најбољег интереса детета узима у обзир приликом доношења одлуке суда о проширивању надлежности, ипак општа сагласност у погледу *forum divortii* као *forum proprio* за одређивање мера за заштиту детета не постоји.⁶⁷⁶ Премда је принцип најбољег интереса детета један од кључних фактора приликом процене суда који решава брачни спор и истовремено одлучује о последицама престанка брака на дете, он је у овом случају претежно везан за процесна разлоге. У том смислу, суд ће се одлучити за проширивање надлежности, под условом да су остали услови испуњени, зато што је очигледно у најбољем интересу детета да се његов однос са родитељима уреди у истом тренутку када је извесно да брак мора престати разводом или поништењем. Дакле, суд ће имати у виду, пре свега, разлоге процесне економичности који говоре у прилог атракцији надлежности. Такође, узеће у обзир и потребу да дететов правни положај буде изванредно у тренутку када се мења комплетан однос између њега и родитеља.

Будући да дете нема уобичајено боравиште у држави суда, веза детета са *forum divortii* је много слабија него у случају трансфера надлежности. У случају атракције надлежности само један суд процењује најбољи интерес детета и сагласност суда примарне надлежности није потребна. Поред тога, код трансфера надлежности (за цео поступак) има се у виду принцип најбољег интереса детета и с аспекта поступка и из угла меродавног права. Насупрот томе, код одлучивања о атракцији надлежности првенствено се води рачуна о процесним разлозима јер је поступак тек у почетној фази када се испитује испуњеност процесних претпоставки (међународна надлежност). Но, чак и када надлежни суд не би био и с аспекта меродавног права *forum proprio*, улога клаузуле одступања долази до изражаја.

Г) Клаузула одступања

Примена *lex fori* може имати оправдања ако би се дете поверило родитељу који има уобичајено боравиште у држави у којој се решава брачни спор, с обзиром да ће дете у овој држави живети. Ипак, будући да се о томе може одлучити тек након доказног поступка, а да се меродавно право мора одредити пре тога, у случају

⁶⁷⁶ Видети *infra* стр. 180 *et seq.*

атракције надлежности посебну улогу би требало да има специфична клаузула одступања из члана 15 став 2 Конвенције 1996 (она се односи на све ситуације када се о родитељској одговорности доноси одлука). Ова клаузула дозвољава узимање у обзир или примену права неке друге државе ако је то потребно за заштиту личности или имовине детета, под условом да је реч о држави са којом постоји значајна веза. У односу на класичну клаузулу одступања, њена особеност је у томе што значајна веза не мора бити и битно ближа веза.⁶⁷⁷ Коначно, њена примена мора бити у најбољем интересу детета чиме су уједно одређене и границе ове клаузуле. Стога, за разлику од класичне клаузуле одступања, она нема за циљ да коригује налог колизионе норме зато што са редовно меродавним правом у конкретном случају постоји само слаба веза, већ зато што је одступање од редовно меродавног права у најбољем интересу детета јер је неопходно ради заштите личности или имовине детета.⁶⁷⁸ Уједно, одступање од принципа *lex fori in foro proprio* је ограничено најбољим интересом детета – корекција основне колизионе норме врши се у мери у којој је то потребно за заштиту детета. У том смислу, највеће одступање је у случају *примене* права друге државе будући да се мериторна одлука доноси на основу конкретних супстанцијалних норми те државе.⁶⁷⁹ У случају *узимања у обзир* права друге државе, одступање није толико изражено, с обзиром да се, по правилу, нормама друге државе даје значај чињеница које утичу на меритум спора али се одлука ипак заснива на примени *lex fori*.⁶⁸⁰ Посматрано с аспекта утицаја принципа најбољег интереса детета, клаузула изузетка у сваком случају има двојаку функцију – с једне стране, њоме се решава сукоб закона и представља остварење принципа најбољег интереса детета на колизионом плану, а с друге стране, клаузула је усмерена на постизање одређеног материјалноправног резултата - адекватне заштите детета.⁶⁸¹

⁶⁷⁷ У том смислу *Lagarde Report*, p. 575 ad 89.

⁶⁷⁸ P. Lagarde, *La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs*, RCDIP 2/1997, p. 230.

⁶⁷⁹ *Ibidem*.

⁶⁸⁰ Типичан пример *узимања у обзир* који наводи *Lagarde* односи се на ситуацију у којој надлежни суд одлучује да заштиту детета не обезбеди мером за коју је већ у том тренутку извесно да неће бити призната у држави у коју ће се дете вратити већ неком другом која ће моћи да се изврши (претпоставка је да ће се дете убрзо вратити у државу чији је држављанин а надлежан је суд неке друге државе). *Lagarde Report*, p. 575 ad 89.

⁶⁸¹ У том смислу и С. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Universitaires d'Aix-Marseille de Droit et de Science Politique, 2001, p. 270. Даље Chabert, *L'intérêt de l'enfant*.

Ова клаузула је неопходна управо зато што неће увек бити надлежан суд државе уобичајеног боравишта детета (када се, начелно, примени *lex fori* нема шта посебно замерити),⁶⁸² већ се надлежност на основу заједничке сагласности, може уступити држави држављанства детета, држави у којој се налази имовина детета, држави у којој се одлучује о брачном спору родитеља или оној са којом постоји значајна веза. Поред тога, надлежност се може засновати и директно, без потребе да се консултује суд уобичајеног боравишта детета у случају *forum divortii* и међународно расељене деце. У овим случајевима клаузула одступања може водити до примене права које је у ближој вези са дететом, посебно у погледу права државе уобичајеног боравишта детета. Чак и када се ради о надлежности за међународно расељену децу, уколико је извесно да ће се она убрзо вратити у државу у којој су живела, примена или макар узимање у обзир права те државе може бити адекватан начин заштите детета.⁶⁸³

Коначно, каузула одступања може имати значаја и у случајевима примарне надлежности суда уобичајеног боравишта детета. Уколико суд након процене најбољег интереса детета закључи да би се о детету требао непосредно бринути родитељ који живи у другој држави, онда је примерено да се то право макар узме у обзир приликом доношења коначне одлуке којом се уређује будући однос родитеља и детета. Иста је ситуација и ако се над дететом заснива старатељство, при чему ће дете и живети са старатељем, због чега ће морати да се пресели. Слично томе, уколико је старатељу за продају непокретности малолетног штићеника потребна сагласност државног органа, онда се она мора прибавити без обзира што према меродавном праву није потребна. Тада би суд морао да примени *lex rei sitae* и да процени да ли ће дати одобрење за конкретни правни посао.

Осим тога, на значај клаузуле изузетка у одређеној мери указује и одредба из члана 15 став 3 Конвенције 1996 о мобилном сукобу закона у погледу услова за примену мере за заштиту након што дете стекне ново уобичајено боравиште у другој држави уговорници. Ова одредба предвиђа да се на услове примене мере за заштиту детета (односно начин вршења мере)⁶⁸⁴ у случају промене уобичајеног боравишта примењује право државе новог уобичајеног боравишта детета. Међутим, ова одредба иако решава проблем мобилног сукоба закона, истовремено даје повода за проблем

⁶⁸² Исто и Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 22.

⁶⁸³ Lowe, *International Movement*, p. 547 ad 24.30.

⁶⁸⁴ *Lagarde Report*, p. 575 ad 90.

квалификације. Тако, на пример, у случају да је одређена мера за заштиту требало да се примењује док дете не наврши 18 година, али да у држави новог уобичајеног боравишта детета она *ex lege* престаје када дете напуни 16 година, поставља се питање да ли ово временско ограничење представља услов за примену или је везано за постојање саме мере, при чему је тумачење препуштено надлежном органу. Притом, обе инволвиране државе треба да настоје да се заштита оствари.⁶⁸⁵ У случају да се временско ограничење мере тумачи као услов за примену, она би требало да престане *ex lege*, али би се могао покренути поступак за одређивање нове мере за заштиту јер држава ного уобичајеног боравишта детета постаје примарно надлежна (члан 5). Уколико је, пак, став надлежног органа да је реч о постојању мере, онда она, барем начелно, „преживљава“ промену уобичајеног боравишта детета у складу са чланом 14 Конвенције 1996. Међутим, уколико право државе новог уобичајеног боравишта не познаје такву меру, морало би се извршити прилагођавање или би се такође водио поступак за одређивање нове мере за заштиту детета, ако се првобитна мера не би могла прилагодити. У сваком случају, наставак заштите се мора обезбедити при чему велику улогу има сарадња између држава. Наиме, најпогоднији начин да се суд који одлучује о прилагођавању или новој мери упозна са ситуацијом која је дала повода првобитној мери за заштиту представља обавештавање од стране централних органа државе порекла мере.⁶⁸⁶ Узимајући у обзир све ове проблеме који настају приликом промене уобичајеног боравишта детета, чини се да би клаузула изузетка могла у одређеној мери да их предупреди већ у тренутку одређивања првобитне мере за заштиту. Дакле, ако је већ у току поступка извесно да ће дете променити уобичајено боравиште (случај поверавања детета, заснивање старатељства или хранитељства), те да ће мера за заштиту морати да буде примењена ван граница државе порекла, онда би се узимањем у обзир права те државе приликом одређивања врсте и дужине трајања мере за заштиту могли избећи проблеми прилагођавања или вођења новог поступка након стицања новог уобичајеног боравишта детета. На тај начин би дете у току и након пресељења уживало исту заштиту у континуитету. Правилно примењена клаузула изузетка би у појединим случајевима чак пружала и већи степен заштите него члан 15 став 3 Конвенције 1996. Ово стога што је клаузула применљива и у случају када би се дете преселило у државу неуговорницу јер се може узети у обзир или

⁶⁸⁵ Lowe, *The 1996 Hague Convention*, p. 59 ad 4.5. Такође и *1996 Practical Handbook*, p. 93 ad 9.7.

⁶⁸⁶ *1996 Practical Handbook*, p. 95 (фуснота 265).

применити право било које државе,⁶⁸⁷ док решење мобилног сукоба закона из члана 15 став 3 за услове примене (начин вршења) мере важи само у случају да је дете стекло ново уобичајено боравиште у другој држави уговорници.⁶⁸⁸ Тако би суд у случајевима сасвим извесног пресељења детета могао да пружи дејство и праву државе неуговорнице и већ у тренутку одлучивања одреди меру која је једнако применљива и у тој другој држави, спречавајући настанак проблема мобилног сукоба закона. Коначно, као и свака клаузула изузетка, она се мора примењивати опрезно, али њена улога у Конвенцији 1996 превазилази домашај класичне клаузуле изузетка, захваљујући принципу најбољег интереса детета који је у њеној основи.⁶⁸⁹ С тим у вези, треба напоменути да *lex fori* неће у потпуности изгубити утицај чак и ако се примени клаузула одступања јер ће се процена најбољег интереса детета вршити управо из угла овог права. На тај начин слаби утицај права које је примењено или узето у обзир у корист домаће конкретизације принципа најбољег интереса детета, чиме се, заправо, доводи у питање смисао колизионог метода у овој материји.⁶⁹⁰

Д) Однос клаузуле одступања и трансфера надлежности

Последње одступање од принципа *lex fori in foro proprio* могуће је у случају примарне надлежности на основу уобичајеног боравишта детета или његовог присуства у случају међународно расељене деце. Наиме, промена уобичајеног боравишта детета води не само промени меродавног права већ и промени надлежности будући да задржавање надлежности остаје резервисано само за случајеве незаконитог одвођења и задржавања деце. Међутим, имајући у виду да оглашавање суда ненадлежним, укидање спроведених радњи и одбацивање иницијалног акта није увек у најбољем интересу детета, посебно ако је поступак већ у поодмаклој фази, проблем би се могао решити одредбама о трансферу надлежности.⁶⁹¹ Оне омогућавају да суд државе новог уобичајеног боравишта детета самоиницијативно или на захтев суда претходног уобичајеног боравишта детета уступи надлежност суду пред којим је поступак у току. На тај начин долази до фактичког задржавања надлежности преко установе трансфера надлежности. У погледу меродавног права, суд претходног

⁶⁸⁷ Lowe, *International Movement*, p. 547 ad 24.30.

⁶⁸⁸ Lagarde Report, p. 575 ad 92.

⁶⁸⁹ *The 1996 Handbook*, p. 91 ad 9.2.

⁶⁹⁰ Живковић, *Поверавање деце*, стр. 96.

⁶⁹¹ У том смислу и *1996 Practical Handbook*, p. 41 ad 4.10.

уобичајеног боравишта детета би и даље могао да примењује *lex fori*. Ипак, чињеница да дете више не живи у тој држави, као и потреба да одлука буде призната и извршена у држави пресељења детета, скоро извесно доводи до оживљавања клаузуле изузетка, било узимањем у обзир права државе новог уобичајеног боравишта детета било њеном непосредном применом.

Међутим, ако држава новог уобичајеног боравишта детета није уговорница Конвенције 1996, задржавање надлежности је могуће само на основу националних норми о надлежности, с обзиром да се трансфер не односи на овај случај. Насупрот томе, клаузула изузетка остаје и даље применљива јер колизионе норме Конвенције 1996 имају универзално дејство. Другим речима, у овом случају, такође, постоји потреба да се примени клаузула изузетка, у истом обиму и из истих разлога, као и у претходном случају.

3. Системи признања и извршења

У хашком систему заштите деце постоје два начина признања и извршења страних одлука. Први предвиђа Конвенција 2007, а други Конвенција 1996 и Конвенција 1993.

Систем који предвиђа Конвенција 2007 је класичан – како у погледу услова који се испитују, тако и у погледу потребе за добијањем егзекватуре. Ипак, предвиђени су одређени изузеци – олакшице у виду помоћи државе признања, уколико се одлука не може признати из одређених, тачно наведених, разлога. Такође, Конвенција 2007 је специфична и по томе што је то прва хашка конвенција у којој је посебан део посвећен извршењу.

Насупрот томе, Конвенција 1996 и Конвенција 1993 предвиђају флексибилни систем у коме се одлука признаје *ipso iure*, тако да се у начелу укида потреба за признањем. Међутим, и у оквиру Конвенције 1996 може се тражити признање одлуке, па и одбити њено признање. Осим тога, на признање и извршење одлука може се применити посебан, алтернативни систем, означен као „признање унапред“.

3.1. Систем признања *ipso iure* – погодност за дете, бојазан за државу признања

У погледу признања и извршења мера за заштиту деце, Конвенција 1996, као и Конвенција 1993, предвиђа систем који је неуобичајен у вишестраним међународним уговорима, али је врло близак систему признања и извршења у ЕУ. Он подразумева да класичног поступка признања нема, што је изузетно повољно за заштиту детета, будући да одлука може несметано да циркулише између држава уговорница.

3.1.1. Одлике система признања *ipso iure*

Систем признања и извршења *ipso iure* у Конвенцији 1996 преузет је из Конвенције 1961, али ту уједно престаје свака сличност између ових конвенција. Наиме, одредбе о признању и извршењу Конвенције 1961 нису биле сасвим логичне. Када је реч о признању мере за заштиту важи систем *ipso iure* признања (члан 7), али ако је меру потребно извршити у другој држави, према истом члану, признање и извршење се спроводи по „унутрашњем праву државе уговорнице у којој је извршење затражено или на основу другог међународног уговора.“ Такође, док се све редовне мере за заштиту признају, мере донете у држави уобичајеног боравишта детета ради његове *хитне* заштите не морају бити признате у другим државама уговорницама (члан 8). Дакле, мера за заштиту детета која није хитна признаје се аутоматски, а мера за заштиту која је хитна, ванредна, није обухваћена обавезом признања (!). Овако постављене одредбе о признању и извршење су биле толико необичне да критика иде дотле да их описује као систем „шизофреног квалитета“.⁶⁹² Сасвим је јасно да овакав систем признања и извршења не иде у прилог ефикасној заштити детета.

За разлику од ње, Конвенција 1996 не дозвољава позивање на националне норме или одредбе других конвенција ако извршење треба да се спроводе ван државе порекла мере нити допушта измену мере за заштиту у току поступка извршења у другој држави уговорници. Признање *ipso iure*, у контексту Конвенције 1996, значи да се мера за заштиту признаје без потребе покретања посебног поступка, све док се у складу са њом поступа добровољно односно док се лице које треба да поступа у складу са изреченом мером за заштиту не противи. Уколико је, пак, потребно да се докаже постојање одлуке

⁶⁹² Silberman, *The 1996 Convention*, p. 707.

о мери за заштиту, довољно је приложити саму одлуку⁶⁹³ (оверени препис) или потврду о њој. Чак ни тада акценат није на формалним условима – довољан би био и факс⁶⁹⁴ из државе порекла одлуке, а у хитним случајевима и телефонски позив централног органа или суда државе порекла, уз препоруку да након тога следи, што је пре могуће, и писани документ⁶⁹⁵ којим би се потврдило постојање мере.⁶⁹⁶ Овакав систем је ефикасан с аспекта детета зато што његова заштита не зависи од егзекватуре одлуке и дете не мора да чека признање да би било заштићено у конкретној држави. Имајући у виду да класичан поступак признања може да потраје (посебно ако треба утврдити угорженост јавног поретка или постојање фактичке узајамности), предности *ipso jure* признања су извесне, посебно имајући у виду да деца немају исти доживљај времена као одрасли.

Међутим, извесно је да овакав систем може истовремено да побуди подозрење држава, посебно оних које разматрају ратификацију Конвенције 1996. Наиме, државе су навикнуте на традиционални систем признања страних одлука, који чак и када је поједностављен, у вишестраним уговорима породичног међународног приватног права не обухвата признање *ipso iure*.⁶⁹⁷ Разлог за то је неповерење између држава и бојазан да страна одлука може да угрози домаћи правни систем и правну сигурност. Међутим, у случају Конвенције 1996, ма колико систем признања *ipso iure* изазивао подозрење, управо сада долази до изражаја значај административне и судске сарадња. У том смислу, нису странке те које могу да о постојању мере неформално обавесте органе друге државе. Управо супротно, сви наведени неформални облици обаштавања о мери за заштиту стоје на располагању само централним органима или суду који је меру одредио. На тај начин поступак јесте максимално поједностављен, али не по цену правне сигурности јер се обавештење добија од државних органа. Но, погледајмо како би то функционисало у пракси. Рецимо да је дете је изгубило оба родитеља у саобраћајној несрећи и поставило се питање одређивања старатеља. С обзиром на блиске везе које дете има са мајчином рођеном сестром и његовом жељом да живи са

⁶⁹³ *Lagarde Report*, p. 585 ad 120.

⁶⁹⁴ *Ibidem*.

⁶⁹⁵ *1996 Practical Handbook*, p. 62.

⁶⁹⁶ *Lowe* предлаже да се, поред обавештавања телефонским путем или факсом, доказ о хитној мери може послати централном органу друге државе уговорнице и електронском поштом. *Lowe, The 1996 Hague Convention*, p. 74 ad 7 (фуснота).

⁶⁹⁷ Међу ретким државама које предвиђају аутоматско признање је Финска, али Апелациони суд у Хелсинкију, ипак, може да потврди или одбије признање, видети на http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fin_en.htm#15.

њом, тетка је одређена за старатеља. Она живи у суседној држави и дете се преселило код ње. При упису детета у основну школу, довољно је да тетка детета приложи одлуку из државе (претходног) уобичајеног боравишта којом је одређена за старатеља, без потребе да о признању те одлуке води посебан судски поступак. Под претпоставком да Србија постане држава уговорница, пример би могао бити и овакав: наши држављани који раде у Немачкој су се развели и дете је поверено мајци тако што она самостално врши родитељско право јер је против оца изречена мера за заштиту од насиља у породици у корист детета. Надлежни орган Немачке може одмах телефоном да обавести наш централни орган о мери за заштиту од насиља у породици, а да након тога пошаље и писану потврду. Такође, након (законитог) повратка у Србију, самостално вршење родитељског права мајци се признаје без потребе да води посебан поступак пред Вишим судом. Када је реч о мерама за заштиту имовине детета, пример би могао бити следећи: детету, нашем држављанину који живи у Аустрији, одређен је старатељ у овој држави јер су родитељи лишени родитељског права. Упис чињенице лишења родитељског права и стављања под старатељство у матичне књиге рођених у Србији врши се само на основу приложене аустријске одлуке, без вођења посебног поступка признања (Конвенција 1996 укида и легализацију у члану 43). Ако старатељ сада треба да прода непокретност коју је дете наследило у Србији, он то опет може учинити без потребе да се одлука о старатељству формално призна, довољно ће бити само да њоме докаже своје својство старатеља и овлашћења која на основу тога има. При томе, треба имати у виду да Конвенција 1996 предвиђа могућност (не и обавезу) држава уговорница да издају серификате којима титулар родитељске одговорности може да доказује свој статус и овлашћења (члан 40). Ова могућност је посебно практична у погледу правне сигурности јер би се у њој навели подаци о титулару, правном основу родитељске одговорности и овлашћења која има, али и она која нема.⁶⁹⁸ Исто тако, када је потребно признати и извршити одлуку о родитељској одговорности наших држављана на (не увек) привременом раду у иностранству, о којој, као посебно бројној категорији, и претходни и садашњи законодавац води рачуна (додуше, не на исти начин), конвенцијски систем признања и извршења је знатно повољнији од оног у ЗРСЗ, двостраним уговорима, али и Нацрту (који су у бити класични).

⁶⁹⁸ 1996 *Practical Handbook*, p. 127.

У односу на ова решења Конвенције 1996, још либералнији систем предвиђа Конвенција 1993. Наиме, одлука о међународном усвојењу се, такође, признаје *ipso iure* на основу издатог сертификата (члан 23 став 1). Једини разлог за непризнавање је јавни поредак у оквиру кога се посебно узима у обзир најбољи интерес детета (члан 24). Признање усвојења, пак, има за последицу признање *обавезних* дејстава усвојења (родитељско-дечји однос детета и усвојитеља, њихову родитељску одговорност према детету, престанак правног односа између детета и биолошких родитеља уколико је реч о потпуном усвојењу, тј. ако такво дејство усвојење има према праву државе порекла). Поред тога, дете ужива након признања усвојења сва права која та врста усвојења производи у држави признања, а државе могу да примене и повољније одредбе за дете (члан 26). Премда ове одредбе делују крајње алтруистички, оне понекад могу да доведу и до проблема. С обзиром да Конвенција 1993 не условљава аутономну квалификацију усвојења немогућношћу опозива усвојења, може се десити да усвојење произведе потпуно другачије последице у држави заснивања и држави признања. У том смислу је илустративан пример детета (румунског држављанина) кога су у Румунији усвојили француски држављани на основу Конвенције 1993. Према праву Румуније, усвојење има за последицу прекид односа са биолошком породицом, али је опозиво. Оно у Француској, пак, не може да се опозове. Пред Апелационим судом у Рену, а потом и пред Касационим судом Француске поставило се питање да ли се ово усвојење признаје као потпуно у смислу права Француске. Одговор оба суда био је позитиван, због чињенице да је, с једне стране, примењена Конвенција 1993, а, с друге, да је усвојење у Румунији такође потпуно само што се може опозвати. На основу оваквог става, могуће је да је једно исто усвојење нераскидиво у држави признања а раскидиво у држави његовог заснивања. Штавише, то се и десило у овом случају а опозив су тражили управо усвојитељи.⁶⁹⁹ Ситуација јесте, како *Donnier* наводи апсурдна јер ће дете, након опозива, имати потпуно различит родитељско-дечји однос у држави заснивања (у коме је опозвано) и држави признања (у којој се не може опозвати).⁷⁰⁰ Иста ситуација би се могла десити и у Србији јер се ни код нас усвојење не може опозвати. То је последица природе Конвенције 1993 као конвенције сарадње и непостојања унификованих колизионих норми, као и различитих супстанцијалних решења држава уговорница. С обзиром да је Конвенција 1993 веома значајна у

⁶⁹⁹ Пример наведен према J.B. Donnier, *Actualité de l'adoption internationale*, Actualité du droit international privé de la famille, Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre Kayser, Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, 2009, pp. 62-63. Даље Donnier, *Actualité de l'adoption internationale*.

⁷⁰⁰ *Ibidem*.

ситуацији када се не може постићи више од сарадње, требало би водити рачуна да држава порекла и држава пријема предвиђају што сличнија дејства усвојења. Другим речима, усвојења која немају слична дејства у држави порекла и држави пријема не би требало да имају предност, не само зато што воде контрадикторним резултатима, већ, много важније, што нису у складу са најбољим интересом детета.

Друго питање које се може појавити у вези признања је конверзија непотпуног у потпуно усвојење (члан 27). Конверзија може да се схвати и као нека врста транспозиције (супституције) односно начин да се ови проблеми избегну, посебно у случају када држава признања познаје само потпуно усвојење (као Србија). Ову могућност је увео и Нацрт, управо по угледу на Конвенцију 1993.⁷⁰¹ Међутим између ова два решења постоји разлика. Најпре, према Конвенцији 1993, конверзија се не мора нужно извршити док је усвојеник малолетан. Наиме, Конвенција 1993 престаје да се примењује ако усвојеник напуни 18 година, а сагласности централних органа у погледу настављања поступка усвојења нису дати (члан 3). Уколико је усвојеник у том тренутку био млађи, Конвенција 1993 се примењује, с тим што све одредбе које уређују статус усвојеника након заснивања усвојења трајно важе јер се, на пример, питање признања може поставити у било ком тренутку. Одредба о конверзији управо прати систем признања. Такође, у држави признања не мора нужно да постоји само потпуно усвојење да би дошло до конверзије, премда је ова могућност погодна превасходно за такве државе.⁷⁰²

⁷⁰¹ Према члану 102 Нацрта:

„Конверзија усвојења заснованог у уностранству у усвојење у Републици Србији може се на захтев усвојитеља извршити пред надлежним органом старатељства у Републици Србији:

а) ако је у тренутку подношења захтева за конверзију усвојеник малолетан према меродавном праву,

б) ако је суд Републике Србије признао страну одлуку о усвојењу,

в) ако је прибављена сагласност лица од којих се према праву државе у којој је засновано усвојење и права Републике Србије захтева сагласност за заснивање усвојења у датом случају, и

г) ако је конверзија у најбољем интересу усвојеника.“

⁷⁰² „If the adoption granted in one Contracting State does not terminate the pre-existing legal relationship between the child and his or her family of origin, and the **recognizing Contracting State accepts not only this kind of adoption but also the adoption that terminates such legal relationship**. In this case, the effects of the adoption are those determined by sub-paragraphs a and b of paragraph 1, so that the child shall enjoy in the recognizing State rights equivalent to those of children adopted in the less radical manner in relation to his or her family of origin. **However, a conversion of the adoption may take place according to Article 27.**“ Видети G. Parra-Aranguren, *Explanatory Report on the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention*, Proceedings of the Seventeenth Session (1993), *tome II*, Adoption - co-operation, 1994, p. 473 d). Даље *Parra-Aranguren Report*. У истом смислу видети и *Report and Conclusions of the Special Commission of November/December 2000 ad 77*, <http://www.hcch.net/upload/srpt33e2000.pdf>.

Исто тако, имајући у виду да сагласности које су дате приликом заснивања непотпуног усвојења не могу увек да се сматрају довољно широким тако да обухвате и случај конверзије, поступак конверзије не би требало да буде аутоматски.⁷⁰³ Нацрт у том смислу и предвиђа да се поступак покреће по захтеву, али проширује круг лица која морају дати сагласност, укључујући и лица која су за то овлашћена према праву Републике Србије. Насупрот томе, Конвенција 1993 „замрзава“ круг лица која треба да се сагласе са конверзијом – то су она иста лица која су се сагласила са усвојењем. Чини се да је такав приступ бољи јер се конверзијом мења првобитна воља управо ових лица.

Коначно, уколико је усвојење засновано на основу двостраног уговора закљученог ради олакшане примене Конвенције 1993, онда државе могу да изјаве да се не обавезују да таква усвојења и признају (члан 25). Проблем у вези овако заснованих усвојења је што Конвенција 1993 дозвољава одступање од кључних одредаба о заштити усвојеника (припрема извештаја о детету и усвојитељима, њихова размена, прибављање сагласности, процена најбољег интереса детета, обезбеђивање дозволе да дете трајно борави у држави пријема, мере за заштиту након доласка детета у државу пријема када усвојење тек треба да се заснује – чл. 14-16 и 18-21). То наравно не значи да државе неће бринути о овим питањима заштите, али не морају да се држе стандарда Конвенције 1993.⁷⁰⁴

3.1.2. Класичан систем признања – равнотежа интереса детета и одраслог лица

У случају да неко лице оспорава⁷⁰⁵ меру за заштиту одређену према Конвенцији 1996 или одбија да поступа у складу са њом, те је потребно покренути поступак принудног извршења,⁷⁰⁶ прелази се на класичан систем признања у коме се испитује постојање одређених конвенцијских услова (члан 23).⁷⁰⁷ Наиме, тада је систем признање *ipso iure* немоћан пред новонасталом ситуацијом и мера мора и формално да се призна да би произвела дејство. Поступак за признање покреће се на захтев и спроводи се према националним нормама, али уз две важне разлике. Прва је та што се

⁷⁰³ *Report and Conclusions of the Special Commission of November/December 2000 ad 78.* Специјална комисија је навела да је непотпуно усвојење некада ствар избора усвојитеља која то највише одговара.

⁷⁰⁴ Државе које су дале ову изјаву су: Аустралија, Бугарска, Канада, Кина, Данска, Француска, Италија, Луксембург, Црна Гора, Панама, Швајцарска, Уједињено Краљевство, Венецуела, Јерменија, Азербејџан, Hrvatska, Лихтенштајн. Србија то није учинила.

⁷⁰⁵ *1996 Practical Handbook*, p. 103 ad 10.3. Такође и *Lagarde Report*, p. 585 ad 119.

⁷⁰⁶ *1996 Practical Handbook*, p. 103 ad 10.3

⁷⁰⁷ *Lagarde Report*, p. 585 ad 123.

постојање одлуке и у овом поступку доказује на исти неформалан начин као и када је она била потребна за доказивање својства лица које иступа у име детета.⁷⁰⁸ Друга се, пак, суд није обавезан да одбије признање чак и ако су испуњени услови за то.

Када је реч о условима за признање (члан 23 став 2), поједини су традиционални (индиректна надлежност, право на одбрану, јавни поредак), док су други специфични зато што дословно прате Конвенцију о правима детета (мишљење детета), или зато што омогућавају заштиту детета мењањем услова који су уобичајени (уместо *res judicata* испитује се *противуречност мере у односу на каснију одлуку*) или су, пак, везани за сакционисање пропуста у сарадњи централних органа (сагласност за смештај у хранитељску породицу или у институцију).

A) Најбољи интерес детета као услов за признање мера за заштиту

a1) Право детета на мишљење

Три услова за признање Конвенције 1996 имају посебан значај с аспекта заштите најбољег интереса детета. Први од њих је директна последица Конвенције о правима детета (члан 12 став 2) и предвиђа могућност одбијања признања ако детету није било омогућено да изрази своје мишљење, чиме су прекршени основни процесни принципи државе признања осим у хитном случају (члан 23 став 2 тач. б). За разлику од сличне одредбе по којој се признање може одбити ако лицу које тврди да има родитељску одговорност није пружена могућност да буде учествује у поступку (члан 23 став 2 тач. ц), овде није реч о поштовању права на одбрану. Наиме, реч је о заштити конкретног *права детета* утврђеног Конвенцијом о правима детета. Право детета на мишљење би се у контексту признања могло тумачити и као део процесног јавног поретка. Дакле, ако детету у конкретном случају није дата прилика да изрази своје мишљење, а према праву државе признања је то морало бити учињено, онда то представља кршење и процесног јавног поретка. Међутим, као што је познато, посезање за јавним поретком треба да буде што ређе. Услед тога је ово право издвојено у посебан услов. Премда Конвенција 1996 не намеће обавезу да дете увек буде питано за мишљење, ово његово право, како је већ примећено у теорији, може дати слободу за одбијање признања.⁷⁰⁹ Иако се сматра да се на тај начин државама не намеће

⁷⁰⁸ *Ibidem ad 120.*

⁷⁰⁹ Lowe, *International Movement*, p. 552 ad 24.42.

унификација у погледу овог права детета,⁷¹⁰ практични утицај ове одредбе није занемарљив. Пре свега, Конвенција о правима детета не поставља границе када је реч о узрасту, већ оставља слободу да се мишљењу детета да значај у складу са степеном његове зрелости.⁷¹¹

Међутим, у погледу остваривања овог права детета државе уговорнице Конвенције о правима детета се разликују. У том смислу, уводе се различита ограничења у погледу година старости детета,⁷¹² али има и оних држава које се руководе степеном зрелости детета, а не његовим узрастом.⁷¹³ У случају да је одлука донета у држави која полази од *фактичке природе* права на мишљење (независно од узраста детета), а признање се тражи у држави у којој је ово право *формалноправне природе* (везује се за одређене године старости детета), питање је да ли би било оправдано одбити признање. Иста дилема би постојала чак и ако је ово право у обема државама *формалноправне природе*, али је старосне граница другачије постављена.⁷¹⁴

⁷¹⁰ Silberman, *The 1996 Convention*, pp. 723-724.

⁷¹¹ Штавише, државе уговорнице Конвенције о правима детета се обесхрабрују поводом увођења било какве старосне границе. О овом питању и начинима за утврђивање мишљења детета млађег узраста *Committee on the Rights of the Child, Fifty-first session Geneva, 25 May-12 June 2009 General Comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard*, pp. 6-7. Доступно на <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>.

⁷¹² Према праву Белгије, иако је детету признато право да изрази своје мишљење у сваком поступку, у поступку одређивања старатеља или одлучивање о вршењу родитељске одговорности, то може учинити тек дете са навршених 12 година. У поступку за вршење родитељске одговорности, млађе дете може (и не мора) бити саслушано у зависности од дискреционе оцене суда. Извештај Белгије за CEFL: W. Pintens, D. Pignolet, *National Report: Belgium, Parental Responsibilities*, pp.39-40, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Belgium-Parental-Responsibilities.pdf>. У праву Бугарске, мишљење детета је обавезно ако дете има од 10-18 година. Млађе дете може бити саслушано ако то допушта његова зрелост, Извештај Бугарске за CEFL: V. Todorova, *National Report: Bulgaria, Parental Responsibilities*, p. 10. У Данској, ова могућност се мора пружити детету са навршених 12 година, а млађем у зависности од његове зрелости. Ако је, пак, реч о смештају у хранитељску породицу, онда се могућност пружа независно од узраста, у складу са степеном зрелости детета. Извештај Данске за CEFL, I. Lund-Andersen, Ch. Gyldenløve Jeppesen de Boer, *National Report: Denmark, Parental Responsibilities*, p. 62.

⁷¹³ Немачка, пак, не одређује никакве старосне границе, али се деци у случају одлучивања о заједничком вршењу родитељске одговорности у 88% не пружа могућност да искажу своје мишљење, док им је то било омогућено у 70% случајева када је споразумно поднет захтев за самостално вршење родитељске одговорности. Видети извештај Немачке за CEFL: N. Dethloff, D. Martiny, *National Report: Germany, Parental Responsibilities*, p. 62, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Parental-Responsibilities.pdf>. Слична ситуација је и у Грчкој, чије право не предвиђа никакве старосне границе, већ дете остварује ово право у складу са својом зрелашћу. Ипак, чињеница да оно није саслушано ствара претпоставку да дете није достигло потребан степен зрелости, чиме је ово право заправо ослабљено. Извештај Грчке за CEFL: A. Koutsouradis, *National Report: Greece, Parental Responsibilities*, p. 30, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Greece-Parental-Responsibilities.pdf>.

⁷¹⁴ У Србији је то узраст од 10 година (члан 65 Породичног закона), а, рецимо, у праву Белгије 12 година. За Белгију видети *supra* 712 (фуснота).

Чини се да је уважавање различитих начина конкретизације овог права неопходно, те признање не би требало одбити само зато што детету одређеног узраста (које је релевантно према праву државе признања) није пружена могућност да саопшти своје мишљење. Суд државе признања би требало да оцени све разлоге који су на то утицали, а посебно чињеницу како је утврђена зрелост детета. У том смислу, ако се утврди да дете није саслушано зато што није достигло неопходни степен зрелости, с обзиром на врсту и околности спора, онда не би требало одбити признање. Посебно су осетљиве ситуације када се детету није пружила могућност да оствари ово своје право зато што је у питању непостојање спора у правом смислу речи.⁷¹⁵ Чини се да се у овом случају мора водити рачуна о степену кршења права детета на мишљење, слично као поводом јавног поретка. На тај начин би било релевантна само *очигледна* некомпатибилност са решењем државе признања. Другим речима, кршење овог права треба да буде *очигледно* јер толеранција мора да постоји.⁷¹⁶ Уосталом, ово право је део (процесног) јавног поретка чија повреда увек мора да буде управо тог интензитета да би довела до одбијања признања.

a2) Противречност одлука

У циљу што ефикасније заштите детета, традиционални услов *res judicata* у Конвенцији 1996 добија другачију садржину. Наиме, док је националним системима признања страних одлука уобичајено да овај услов подразумева предност одлуке која је прва донета, а испуњава услове за признање или је већ призната, конвенцијски концепт пресуђене ствари је управо обрнут – предност има мера за заштиту државе неуговорнице у којој дете има уобичајено боравиште и која је касније донета, ако испуњава услове за признање. Овај услов је применљив само ако дете у држави неуговорници има уобичајено боравиште. Наиме, ако је реч о држави уговорници, онда се питање решава применом члана 14 (у случају промене уобичајеног боравишта) или чл. 11 и 12 (хитне и привремене мере).

С обзиром да ова правила не важе у односу на мере из државе неуговорнице, јасан је значај овог услова. Он се заснива на претпоставци да управо држава уобичајеног боравишта детета (иако није уговорница) може боље да процени најбољи

⁷¹⁵ У Немачкој се, по правилу, не тражи мишљење детета ако родитељи заједнички предлажу одређени начин вршења родитељске одговорности. Видети *supra* 713 (фуснота).

⁷¹⁶ У том смислу и Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 24.

интерес детета јер је веза са њим блиска.⁷¹⁷ Тиме се заправо повлачи паралела са основним критеријумом надлежности Конвенције 1996. Међутим, она не предвиђа да је надлежност суда државе неуговорнице морала да буде заснована баш на уобичајеном боравишту детета *као критеријуму*. Услед тога, не би се могло одбити признање зато што је надлежност заснована на неком другом критеријуму (држављанство или пребивалиште или, за имовину детета – место налажења ствари), ако је та држава уједно и држава уобичајеног боравишта детета. Друга особеност услова о решавању сукоба између противуречних мера тиче се предности коју има касније донета мера за заштиту. Наиме, претпоставља се да је касније одређена мера резултат промењених околности и да, услед тога, боље штити дете. Ипак, ова претпоставка важи само је поступак пред судом државе неуговорнице заиста касније покренут јер једино тада се може подразумевати да је то последица промењених околности.

3.1.3. Равнотежа интереса детета и одраслог у поступку „признања унапред“

С обзиром да, као што смо видели, мера за заштиту према Конвенцији 1996 може да буде оспорена или да се одбије њено добровољно извршење, тзв. признање унапред представља заправо „превентивно признање“ (члан 24)⁷¹⁸ Наиме, с обзиром да може да протекне значајан временски период пре него што мера уопште „заживи“ у другој држави уговорници, постојаће правна несигурност и за дете и за лице кога се та мера такође тиче. Да би се решила ова неизвесност, може се „унапред“ покренути поступак како за признање тако и за одбијање признања мере за заштиту. Међутим, Конвенција 1996 препушта државама да саме уреде овај поступак. С аспекта међународног приватног права Србије, признање унапред није проблем када је захтев *позитивно* конципиран (тражи се признање). Недоумице се јављају управо када је он *негативан* јер се тражи одбијање признања.⁷¹⁹ Премда је идеја необична, не би се могло тврдити да се такав захтев не би могао поднети зато што и поводом њега одређено лице има правни интерес. На пример, мајка самостално врши родитељско право и намерава да прода имовину детета коју оно има у држави А. Отац, желећи да је у томе спречи, пре него што се мајка дефинитивно одлучи да ли ће продати ову

⁷¹⁷ *Lagarde Report*, p. 587 ad 126.

⁷¹⁸ *Lagarde Report*, p. 587 ad 129.

⁷¹⁹ У току рада на одредбама Нацрта о признању и извршењу страних судских одлука, одустало се од идеје да се и овакви захтеви укључе.

имовину, подноси захтев да се мера у корист мајке не призна у држави А.⁷²⁰ Са становишта заштите детета, али и лица које подноси захтев, не би се могло тврдити да је могућност признања унапред непотребна. Стога, уколико се Конвенција 1996 ратификује, неопходно је законски регулисати овај поступак.

У суштини, иако Конвенција 1996 предвиђа признање *ipso jure*, то не спречава заинтересовано лице да покрене поступак класичног признања или признања унапред. У том смислу, не постоји никаква хијерархија догађаја који треба да претходе покретању овог поступка. Дакле, признање се фактички може тражити и кад одлука није оспорена и кад јој се још увек нико не противи. Једино је ставр квалификације да ли је реч о класичном признању или признању унапред. Само у случају да меру треба принудно извршити, услови за њено признање се обавезно проверавају за потребе њеног оглашавања извршном и спровођења извршног поступка. Разлика је у томе што ће се у првом случају поднети захтев за признање, а у другом захтев за оглашавање одлуке извршном.

Б) Најбољи интерес детета као услов за извршење мера за заштиту

Да би се, према Конвенцији 1996, мера предузета у једној држави уговорници извршила у другој држави, потребно је да буде оглашена извршном или регистрована у циљу извршења у држави извршења (члан 26). Ова одредба Конвенције 1996 уклапа се у систем признања по ЗРСЗ-у који предвиђа посебно и оглашавање одлуке извршном, али према Нацрту је ситуација другачија. С обзиром да је оглашавање одлуке укинута јер се сматра да се самим признањем одлуке аутоматски признају и дејство извршности (ако је има по праву државе порекла), питање је да ли би се са становишта Конвенције 1996 могло сматрати да је услов испуњен самим признањем. Имајући у виду да су услови за признање исти као и услови за одбијање оглашавања одлуке извршном (члан 26 став 3), те да Конвенција 1996 обавезује државе да користе најбржи и најједноставнији поступак (члан 26 став 3), чини се да би решење Нацрта било довољно.⁷²¹ То ће такође зависити и од самог захтева. Уколико је управљен само на признање, онда не може да обухвати и оглашавање одлуке извршном у смислу члана

⁷²⁰ Пример наведен према *Lagarde Report*, p. 587 ad 129.

⁷²¹ Евантуално би судија могао само да констатује да одлука има и извршно дејство.

26.⁷²² Већи проблем представља опасност од одредбе ЗИО о признању страних извршних исправа (члан 21) по коме извршни судија може да одлучи о признању одлуке као о претходном питању.⁷²³ Стога би се у евентуалном закону о спровођењу Конвенције 1996, ова одредба обавезно морала искључити. Такође, морало би се навести и да оглашавање одлуке извршном такође не може да врши извршни суд већ само Виши суд јер се поступак своди на проверу услова за признање.

Коначно, Конвенцијом 1996 поступак непосредног извршења има једно ограничење – принцип најбољег интереса детета (члан 28). Ова одредба је врло критикована у теорији из два угла. Најпре зато што се принцип најбољег интереса детета може широко тумачити чиме би се оставила слобода обустављања извршења.⁷²⁴ Овај аргумент је заиста основан будући да ће поново домаћи инстинкт превагнути. Други се разлог односи на чињеницу да у појединим државама принцип најбољег интереса детета није од примарног значаја.⁷²⁵ За разлику од првог, овај разлог није довољно убедљив јер Конвенција о правима детета предвиђа да принцип најбољег интереса детета има овакав значај у свим поступцима који се тичу детета – дакле, и у извршном поступку. Штавише, постоје државе у којима је овај принцип изричито укључен у поступак принудног извршења.⁷²⁶ Премда заиста постоји опасност да се поступак извршења уруши услед широког тумачења најбољег интереса детета, овај услов може бити једнако користан, пре свега у смислу одлучног и недвосмисленог противљења детета.⁷²⁷ У супротном, заштита губи смисао јер се дете које је достигло довољан степен зрелости да се и његово мишљење узме у обзир не може штити против његове воље по сваку цену и под свим околностима.

⁷²² Lowe, *The 1996 Convention*, p. 83.

⁷²³ У УК (Енглеска, Велс и северна Ирска) признање такође у контексту Конвенције 1996 може да се постави као претходно питање. Lowe, *The 1996 Convention*, p. 82.

⁷²⁴ N. Lowe, *The 1996 Hague Convention on the protection of children – a fresh appraisal*, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 14, No 2, 2002, p. 203. Даље Lowe, *The 1996 Hague Convention on the protection of children – a fresh appraisal*.

⁷²⁵ Као што је то случај у УК. Lowe, *The 1996 Hague Convention on the protection of children – a fresh appraisal*, p. 203.

⁷²⁶ Тако је у Финској могуће обуставити поступак извршења ако дете, које има најмање 12 година и достигло је одговарајући степен зрелости, противи извршењу (према финском Закону о извршењу одлука о праву на старање и праву на виђање). Видети http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fin_en.htm#15.

⁷²⁷ Тако је у случају *Re M. (A Minor) (Child Abduction)* [1994] 1 FLR 390, INCADAT HC/E/UKe 56, дете старости 11 и по година, приликом повратка, покушало да отвори врата авиона док је узлетао, што је довело до одлагања лета. При томе је мајка пристала да се деца врате и поступак по Конвенцији је требало да се оконча мирним путем.

3.2. Класични систем признања у материји издржавања деце

3.2.1. Основне карактеристике конвенцијског система признања и извршења

Када говоримо о систему признања и извршења у Конвенцији 2007, треба имати у виду да она предвиђа две врсте поступка признања – двостепени или једностепени, у зависности од специфичности националних система признања. Оно што је такође значајно је изричита одредба, коју садржи и Њујоршка конвенција, по којој присуство детета није потребно у поступку признања (члан 29). Када је реч о систему признања и извршења према Конвенцији 2007 и његовој компатибилности са ЗРСЗ-ом и Нацртом, посебно се издвајају питања избора двофазног или једнофазног поступка признања, могућност признања и извршења привремено извршних одлука о издржавању и резерви и изјава које утичу на поље примене Конвенције 2007.

У погледу избора између двофазног или једнофазног поступка признања и извршења, нашем праву *de lege lata* и *de lege ferenda* више одговара двофазни поступак. Имајући у виду најпре ЗРСЗ, ово опредељење има своје упориште у природи ванпарничног поступка. Наиме, једнофазни поступак Конвенције 2007 предвиђен је за оне државе у којима се подноси само захтев за извршење, те се о признању и оглашавању извршном одлуке одлучује на основу истог захтева и никаква даља формалност није потребна (поступак је контрадикторан). Насупрот томе, да би се код нас принудно извршила одлука потребно је да о предлогу за извршење одлучи и извршни судија. Међутим, оно што је још важније јесте да постоји изузетно високи степен компатибилности двофазног поступка из члана 23 Конвенције 2007 и система признања и извршења у Нацрту. У том смислу, двофазни конвенцијски систем подразумева да се, као што и назив сугерише, поступак признања одвија у две фазе. Прва фаза није контрадикторна и суд одлучује само на основу поднетих докумената, при чему једино може *ex officio* да испита услов јавног поретка. Након доношења одлуке о признању, она се доставља обема странкама које имају право жалбе у року од 30 односно 60 дана ако подносилац жалбе нема уобичајено боравиште у држави признања и тада почиње друга фаза поступка која је контрадикторна. У оквиру ње се може оспоравати било који основ за признање који предвиђа Конвенција 2007 (индиректна надлежност – члан 20; јавни поредак, процесна превара; литиспенденција; пресуђена ствар; право одбране у контексту достављања; кршење одредбе о

ограничењу поступка или уколико је дужник обавезу већ извршио – чл. 22 и 18). Ванредни правни лекови (ако су дозвољени према праву државе признања) не одлажу извршење одлуке о издржавању, осим у изузетним случајевима које та држава треба да дефинише. У сваком случају, поступак је хитан. Једине разлике у односу на систем признања према Нацрту су: 1) шире овлашћење судије да испитује услове *ex officio* (поред јавног поретка, контролише и искључиву надлежност, правноснажност и извршност)⁷²⁸ и 2) рок за подношење жалбе је 30 дана без обзира на уобичајено боравиште подносиоца. Овако високи степен усаглашености последица је тога што су и Конвенција 2007 и Нацрт изградили систем признања и извршења према моделу Регулative Брисел I.⁷²⁹ Једино би се на могућност признања и извршења уговора о издржавању могла ставити резерва јер су у питању приватни споразуми, најчешће последица медијације који би код нас имали дејство вансудског пораванања. Посебно би ризична ситуација постојала ако страна држава дозвољава овакве споразуме и у погледу издржавања деце јер код нас сваки споразум те врсте мора да прође контролу суда.⁷³⁰

Што се тиче система признања одлука о издржавању према двостраним уговорима Србије, они се могу поделити на оне у којима је ово питање *имплицитно* регулисано *путем опитих одредаба* о признању у бројним уговорима које је наша држава закључила о правној помоћи у грађанским стварима (Алжир, чл. 20-24,⁷³¹ Бугарска, чл. 42-48, Ирак, чл. 36-41,⁷³² Кипар, чл. 22-26,⁷³³ Мађарска са изменама и допунама, чл. 56-66, Монголија, чл. 52-60, Пољска, чл. 49-58, Румунија, чл. 50-58, Русија и Украјина чл. 48-54, Чешка и Словачка, чл. 50-60, Босна и Херцеговина, чл. 26-27 и 29-31,⁷³⁴ Црна Гора, чл. 26-28 и 30-32⁷³⁵ и Македонија, чл. 22, 23, 25-27⁷³⁶), потом,

⁷²⁸ Конвенција 2007 не спречава признање и извршење одлука о издржавању које су привремено извршене. Bogtás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 93 ad 473.

⁷²⁹ О односу Хашке конференције и ЕУ видети *infra* стр. 367.

⁷³⁰ Резерву на уговоре о издржавању је ставила Украјина.

⁷³¹ Уговор о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Демократске Народне Републике Алжир, *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 2/83 и 10/84 - *испр.*

⁷³² Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Републике Ирак о правној и судској сарадњи, *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 1/87.

⁷³³ Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Републике Кипар о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 2/86.

⁷³⁴ Уговор између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. лист СЦГ - Међународни уговори*", бр. 6/2005 и "Сл. гласник РС - Међународни уговори", бр. 13/2010 - др. закон.

⁷³⁵ Уговор између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. гласник РС - Међународни уговори*, бр. 1/2010.

на оне о признању и извршењу одлука у грађанској и трговачкој материји којима је путем *опитих одредаба (имплицитно)* уређено и признање одлука о издржавању (са Грчком⁷³⁷ и Француском⁷³⁸), и коначно, уговори посвећени само признању и извршењу судских одлука о издржавању (са Аустријом⁷³⁹ и Белгијом⁷⁴⁰).⁷⁴¹ Премда начелно Конвенција 2007 не утиче на двостране уговоре (члан 51), ниједан од њих не омогућава заштиту деце на начин на који то чини Конвенција 2007, првенствено због непостојања система сарадње централних органа. Будући да Конвенција 2007, за разлику од Протокола 2007, не садржи одредбу о могућности давања изјаве о њеној превази над двостраним уговорима, можда би се могло са оним државама које постану уговорнице Конвенције 2007 разговарати о томе да се искључе одлуке о издржавању у делу у коме се поља примене поклапају (у односу на систем резерви и изјава). Будући да је већи број двостраних уговора закључен са државама ЕУ (11 од 19), ово питање би могло постати актуелно у скорој будућности с обзиром да је приступање ЕУ Конвенцији 2007 извесно.

⁷³⁶ Уговор између Србије и Црне Горе и Републике Македоније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. лист СЦГ - Међународни уговори*, бр. 22/2004.

⁷³⁷ Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Краљевине Грчке о узајамном признавању и извршавању судских одлука, *Сл. лист ФНРЈ - Додатак*, бр. 6/60.

⁷³⁸ Конвенција између Владе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Владе Републике Француске о признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори и други споразуми*, бр. 7/72.

⁷³⁹ Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Републике Аустрије о узајамном признавању и извршењу одлука о издржавању, *Сл. лист ФНРЈ - Додатак*, бр. 2/63.

⁷⁴⁰ Конвенција између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о признању и извршењу судских одлука о издржавању, *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори и други споразуми*, бр. 45/76.

⁷⁴¹ У пракси је посебно била проблематична одредба уговора са Аустријом која омогућава да се признају и одлуке о издржавању којима је износ одређен разломком од повремених примања из радног односа дужника издржавања. Наиме, ако се издржавање тражи од лица које ради у иностранству, услед великих разлика у зарадама страни судови нерадо признају наше одлуке у којима је висина процентуално одређена у односу на стална месечна примања или у односу на износ најниже месечне зараде у Републици за претходни месец. Проблем је најпре био запажен 90-тих година, када је на снази био Закон о браку и породичним односима (*Сл. гласник СРС* 22/80, 24/84, 11/88 и *Сл. гласник РС* 22/93, 25/95, 35/94, 46/95, 29/2001), према коме се издржавање у новцу одређивало процентуално. Будући да је то период „сиве економије“ у којој се већи део прихода није ни евидентирао и у већини случајева били су већи од најниже зараде у Србији чиме су повериоци били оштећени. Реаговала је судска пракса, те је у правном схватању Врховног суда изнетом на седници грађанског одељења 25. марта 1996. године заузет став да ће „изузетно, када то околности случаја оправдавају, суд издржавање досудити у одређеном (фиксном) износу“. Наведено према М. Петровић, *Остваривање алиментационих захтева у случајевима са страним елементом*, Зборник реферата са научног скупа „Остваривање и заштита права на законско издржавање“ Правног факултета у Крагујевцу, 2002, стр.176-178. Према Конвенцији 2007 начин одређивања висине издржавања није препрека за признање, с тим што се она изричито односи и на одлуке у којима је за висину издржавања предвиђено аутоматско прилагођавање индексацијом (члан 19 став 1).

У погледу резерви на индиректну надлежност, не би требало ставити ниједну јер ће сви основи надлежности бити компатибилни са системом новог међународног приватног права Србије, без обзира што, према ЗРСЗ-у, уобичајено боравиште није основ надлежности и пророгацију надлежности није дозвољена ни за једну категорију поверилаца. Као што је већ наведено, сви основи индиректне надлежности Конвенције 2007 садржани су у Нацрту као основи директне надлежности.

Напослетку, имајући у виду могућност ограничавања или проширивања поља примене, Србија би, у случају ратификације, могла дати изјаву о проширивању на све оне категорије који имају право на издржавање према Породичном закону. Такође, би се могла проширити примена Конвенције на децу до 26 године ако су на редовном школовању.

Конвенција 2007 је специфична и по томе што је то прва хашка конвенција у којој је извршењу посвећена посебна глава (чл. 32-35). Циљ је да се што је могуће више на конвенцијском новоу убрза спровођење поступка принудног извршења. У том смислу, Конвенција 2007 предвиђа да је поступак извршења хитан (члан 32 став 2), а ако је захтев поднет преко централних органа и одлука је оглашена извршном или регистрована за извршење, за принудно извршење више није потребна интервенција подносиоца захтева (члан 32 став 3). Такође, државе су дужне да националним правом предвиде ефикасне мере за спровођење извршења, при чему Конвенција 2007 набраја *exempli causa* поједине (члан 34 став 2). У погледу ових мера, компатибилност са ЗИО постоји, али не потпуна. Наиме, Конвенција 2007 предвиђа посебно одбитке од зараде, одбитке са прихода са банковних рачуна, пензије, одбитке од социјалних осигурања; залогу или принудну продају имовине, повраћај пореза; медијација и други начини за мирно решавање спорова и оно што је за нас необично – одузимање, суспензија или укидање различитих дозвола међу којима се посебно наводи возачка дозвола.

3.2.2. Право на правну помоћ – право деце али и дужника

У погледу права на правну помоћ, Конвенција 2007 је успела да оствари оно што се на почетку преговора о новој конвенцији чинило потпуно недостижним – осигурати бесплатну правну помоћ не само повериоцима већ и дужнику издржавања.⁷⁴²

⁷⁴² У време када су, 1999. године, вођени преговори о потреби доношења Конвенције 2007, према већинском ставу држава, сматрало се да се систем бесплатне правне помоћи не може побољшати.

Наиме, бесплатна правна помоћ је била заједнички проблем и за државе уговорнице Њујоршке конвенције и за државе обавезане Конвенцијом Признање 1973. Када је реч о Њујоршкој конвенцији, право на бесплатну правну помоћ припада само повериоцу, али деца у огромној већини држава нису издвојена у посебну категорију поверилаца чак ни у односу на супружнике односно за њих важе општа правила као и за све остале повериоце.⁷⁴³

Слична је ситуација постојала и у погледу Конвенције 1958 и Конвенције Признање 1973 које су предвиђале право на правну помоћ само повериоцима. Конвенција 1958 је предвиђала да дете има право на правну помоћ у поступку извршења ако је било њен титулар и у држави порекла (члан 9). Веома сличну одредбу садржи и Конвенција Признање 1973, с том разликом што су за дете важила иста правила о правној помоћи као и за све остале повериоце. У том смислу, дете је, *као и сваки други поверилац*, право на правну помоћ стицало у поступку признања и извршења у другој држави уговорници само ако је већ уживало ово право у поступку мериторног одлучивања у држави порекла одлуке (члан 15). Ипак, домашај правне помоћи у држави признања зависио је од националних решења држава уговорница у погледу најповољније правне помоћи односно врсте трошкова од којих може постојати ослобођење.

Осим тога, чињеница да право на правну помоћ у поступку признања који се води у другој држави уговорници имају само она деца која су је уживала и током мериторног одлучивања о обавези издржавања значи да је ово право *условљено* правом које су имала у држави порекла одлуке. Оно се односи само на *постојање* права, а не и на његов обим који може бити и већи у држави признања с обзиром да у њој мора уживати најповољнији режим правне помоћи без обзира на то коју врсту правне помоћи је добило у држави порекла одлуке. Премда овакво решење може деловати као повољно, његов практични значај није велики у случају значајних разлика у животном

Report and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999, p. 12 ad c) *Legal aid and cost*.

⁷⁴³ Аустралија (разлика постоји само у односу на процену обавезе плаћања издржавања супружника), Аустрија, Белорусија, Белгија, Чешка, Финска (ако су обавезе издржавања детета и супружника садржане у истој одлуци), Намачка, Мађарска, Ирска, Израел, Италија, Луксембург, Мароко, Мексико, Монако, Холандија, Норвешка, Пољска, Румунија, Шри Ланка, Шведска, Швајцарска, УК (Енглеска и Велс и Шкотска). Насупрот њима је Словачка, која предвиђа правну помоћ у облику заступања и правног савета само за децу као повериоце, али не и у погледу супружника. Permanent Bureau, *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*, pp. 15-23.

стандарду у држави порекла и држави признања одлуке. Наиме, могло би се десити да поверилац није добио правну помоћ у држави порекла одлуке зато што је стандард низак и финансијска ситуација повериоца није таква да би ова помоћ била неопходна. Међутим, у држави признања одлуке трошкови могу премашивати могућности повериоца, који због чињенице да му она није била одобрена у држави порекла, не може рачунати на правну помоћ ни у поступку признања. Поред тога, већ и чињеница да је поступак признања прекогранични може указивати на реалну потребу да повериоцу буде омогућена правна помоћ, макар само у виду заступања односно правних савета, на шта он не би имао право ако није био титулар права на правну помоћ већ у држави порекла.

У погледу међусобног односа Њујоршке конвенције, с једне стране, и Конвенције 1958 односно Конвенције Признање 1973, с друге, обе хашке конвенције поводом правне помоћи имају карактер *lex specialisa*⁷⁴⁴ у односу на Њујоршку конвенцију. То значи да се оне примењују када одлука чије се признање и извршење захтева пореклом из једне државе уговорнице конкретне хашке конвенције а да је држава признања такође уговорница исте хашке конвенције. Њујоршка конвенција се, стога, примењивала у погледу правне помоћи само ако поверилац покреће поступак у држави уобичајеног боравишта дужника,⁷⁴⁵ али тада ова држава није обавезна да му омогући најповољнији режим правне помоћи.

Насупрот томе, право на правну помоћ (чл. 15, 16 и 17 Конвенције 2007) промовише нови концепт права на ефикасан приступ судовима. Према конвенцијском решењу, наиме, право на правну помоћ у одређеном обиму ужива и дужник, али је степен заштите најизраженији када је реч о деци која издржавање остварују од родитеља. Уколико то није случај, онда за њих важе иста правила као и за дужника.

Што се тиче прве категорије деце, Конвенција 2007 *начелно гарантује* бесплатну правну помоћ уколико издржавање остварују на основу родитељско-дечјег односа, под условом да су млађа од 21 године и да захтев за остваривање издржавања подноси преко централних органа (члан 15 став 1). Под правном помоћи, у смислу Конвенције 2007, подразумевају се савети, заступање, ослобођење од трошкова

⁷⁴⁴ *Conclusions of the 1995 Special Commission on the operation of the Hague and New York (1956) Conventions on maintenance obligations (Prel. Doc. No 10 of May 1996 for the attention of the Eighteenth Session)*, Prel. Doc. No 10 of May 1996 ad 8.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

поступка (члан 3 став 1 тач. ц). Државе уговорнице морају гарантовати овај минимум права, али га могу и повећати у складу са својим могућностима. Услед тога, деца из ове категорије поверилаца спадају у групу привилегованих, без обзира да ли покрећу поступак за мериторно одлучивање о издржавању или поступак за признање и извршење одлуке, с обзиром да се правна помоћ гарантује без обзира на њихово материјално стање.⁷⁴⁶

Ипак, од овог правила постоје два изузетка. Први се тиче могућности да се правна помоћ одбије уколико је захтев у меритуму, укључујући и правни лек, очигледно неоснован (члан 15 став 2). Овај изузетак се примењује само у случају подношења захтева за мериторно одлучивање о обавези издржавања (иницијално или поводом измене одлуке), као и на правне лекове који се улажу на одлуке донете у наведеним поступцима. То практично значи да се у различитим моментима може оцењивати основаност захтева поводом кога је дозвољено одбијање бесплатне правне помоћи. С једне стране, утемељеност захтева се процењује одмах након достављања, а, његова основаност се, с друге стране, проверава у тренутку подношења правног лека.⁷⁴⁷ У сваком случају, процена основаности не би требало да буде поверена централном органу, за разлику од провере основаности *сâмог захтева*. Наиме, када централни орган врши проверу основаности захтева, он има право да га одбаци ако он *очигледно* не испуњава услове за примену Конвенције 2007. Резултат ове врсте неоснованости је немогућност вођења поступка према конвенцијским одредбама. Насупрот томе, процена *основаности* захтева у погледу права на бесплатну правну помоћ подразумева да се по захтеву може поступати, али је очигледно да дете неће остварити успех у поступку. Будући да вршење овог задатка подразумева проверу основаности *сâмог тужбеног захтева*, а не услова за примену Конвенције 2007,

⁷⁴⁶ За прихватање ове одредбе заслужна је делегације САД-а, будући да европске државе нису биле склоне увођењу система бесплатне правне помоћи, чак ни када је реч о деци као повериоцима. О томе говори и податак да ни Европска комисија у Предлогу Регулативе Издржавања није предвидела право на бесплатну правну помоћ. То је веома необично, будући да су САД својевремено тражиле могућност резерве на Конвенцију 1980 која не дозвољава наметање било каквих трошкова заступања или правних савета, као и поступка ако их државни систем правне помоћи може надокнадити. Разлог за различити приступ у материји издржавања деце је везан за постојање система агенција за остваривање издржавања деце у САД које раде бесплатно, а такође и чињеница да, према схватању ове државе, помоћ повериоцу за остваривање издржавања значи смањење случајева у којима су та лица укључена у систем државне помоћи. Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, pp. 516-517.

⁷⁴⁷ У том смислу, Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 77 ad 387.

примереније је поверити га суду него централном органу.⁷⁴⁸ У сваком случају, одбијање бесплатне правне помоћи никако не може да обухвати захтев за признање и извршење одлуке о издржавању (члан 10 став 1 тач. а) и б) у вези члана 15 став 2). Под тим се подразумева и случај покретања новог поступка у држави признања услед одбијања признања, али под условом да у тој држави дете има уобичајено боравиште (члан 20 став 4 у вези члана 15 став 2).

Други изузетак је успостављен због оних држава уговорница које нису вољне да гарантују бесплатну правну помоћ деци *a priori*, већ само само након провере материјалних средстава којима дете располаже (члан 16). Овај тзв. *child-centered means test* треба да има веома ограничен домашај, лишавајући бесплатне правне помоћи само изразито богату децу и не би требало да се у пракси често користи.⁷⁴⁹ Заправо, тек је у погледу неколицине држава⁷⁵⁰ већ извесно да ће дати изјаву о коришћењу овог теста.⁷⁵¹ У сваком случају, она неће имати реципрочно дејство. Насупрот овим државама, ако поједина уговорница предвиђа повољнији режим бесплатне правне помоћи од оног који гарантује Конвенција 2007, управо ће се њен национални систем и применити (члан 16 став 4).

За разлику од деце која издржавање остварују од родитеља и због тога уживају бесплатну правну помоћ, ситуација је знатно другачија (неповољнија) када се ради о деци која потражују издржавање од других лица као супсидијарних дужника или су старија од 21 године (држава је дала изјаву којом је проширила поље примене Конвенције 2007). Такав, неповољнији режим важи и у погледу деце чији је захтев за бесплатну правну помоћ одбијен јер је процењено да је захтев неутемљен или је држава у питању дала изјаву о спровођењу теста. У свим овим случајевима, наиме, деца, баш као и све друге категорије поверилаца (али и дужника), подлежу, с једне

⁷⁴⁸ Слично је превиђено и у Borrás, Degeling, *Explanatory Report* које сматрају да поводом овог питања државе уговорнице треба да одреде стварно надлежни орган јер Конвенција 2007 не предвиђа изричито да то мора бити централни орган. Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 78 ad 389.

⁷⁴⁹ У том смислу су државе изразиле забринутост да би овакав тест могао да буде превише ригорозан и да лиши бесплатне правне помоћи и децу која нису веома добростојећа, али Конвенција 2007 нема механизме којима би то могла да спречи. Једини начин за посредну контролу је обавеза држава које дају овакву изјаву да детаљне податке о критеријумима овог теста доставе Сталном бироу Хашке конференције. Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 79 ad 398-399.

⁷⁵⁰ Реч је одржавама које још увек нису уговорнице Конвенције 2007 – Кина, Јапан и Русија. *Ibidem*, p. 79 ad 395. Ниједна од тренутних држава уговорница није дала овакву изјаву.

⁷⁵¹ Ph. Lortie, M. Groff, *Practical Handbook for Competent Authorities: the 2007 Hague Child Support Convention, the 2007 Hague Protocol on Applicable Law (Maintenance) and the 2009 European Union Maintenance Regulation*, October 2013, p. 87 ad 87, доступно на <http://www.hcch.net/upload/hb38en.pdf> (05.03.2014).

стране, *провери финансијског стања (means test)* и, с друге стране, *процени изгледа на успех у поступку (merits test)* (члан 17 тач. а). Штавише, приликом одлучивања о правној помоћи, управо ће процена успеха у поступку (*merits test*) однети превагу. Наиме, чак и да поверилац, према свом материјалном стању (*means test*), спада у категорију лица која би начелно имала право на бесплатну правну помоћ неће успети да ово право оствари, ако су њени изгледи да успе у поступку незнатни.⁷⁵²

Када упоредимо категорије деце која уживају заштиту у погледу бесплатне правне помоћи према Конвенцији 2007 и оне која спадају у привилеговане повериоце према Протоколу 2007, могу се уочити две разлике. У погледу меродавног права, сва деца која остварују издржавање од родитеља начелно спадају у категорију привилегованих поверилаца, без обзира на њихов узраст (који ће одредити меродавно право за издржавање у конкретном случају). Насупрот томе, бесплатна правна помоћ је загарантована Конвенцијом 2007 само деци млађој од 21 која издржавање остварују од родитеља. Дакле, деца старија од 21 године би била привилегована приликом одређивања меродавног права, али не и када се ради о пружању бесплатне правне помоћи. Слично томе, деца која издржавање остварују према другим лицима, чија је обавеза супсидијарна у односу на обавезу родитеља, спадају у привилеговане повериоце према Протоколу 2007 ако су млађа од 21 године. У исто време, међутим, она нису привилегована категорија поверилаца према Конвенцији 2007 у погледу могућности добијања бесплатне правне помоћи ни када су малолетна, већ за њих важе иста правила као и за, на пример, супружнике или друге категорије поверилаца, па чак и за дужника издржавања. У оквиру права на бесплатну правну помоћ, положај детета зависи од врсте породичног односа које је у основи обавезе издржавања. Наиме, дете има загарантовану бесплатну правну помоћ ако је дужник родитељ али не и онда када то исто дете издржавање остварује од другог сродника јер родитељ нема средстава. Тада оно мора проћи тест материјалног стања и основаности захтева, без обзира на узраст, будући да основ обавезе издржавања није родитељско-дечји однос већ друга врста сродства.

Што се тиче права дужника на бесплатну правну помоћ, за њега важе иста правила о тесту финансијских могућности (*means test*) и изгледима на успех у поступку (*merits test*), под условом да захтев подноси преко централног органа. Уколико захтев

⁷⁵² Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 81 ad 405.

није поднет преко централног органа, он може да добије бесплатну правну помоћ само ако је ову помоћ већ остваривао у поступку за измену одлуке о издржавању чије признање сада тражи. Уколико је у ранијем поступку успео, држава признања мора да гарантује право на правну помоћ у истом обиму (али не нужно и исту врсту) као ону остварену у држави порекла одлуке, а све више од тога зависи од конкретне државе. При томе, његово право на правну помоћ зависи од чињеница које су постојале у време доношења одлуке о измени обавезе издржавања (члан 17 тач. б).

У свим наведеним случајевима, правна помоћ мора бити барем једнака оној коју уживају странке у поступцима без међународног обележја чиме се избегава дискриминација у прекограничним поступцима (члан 14 став 4). Такође, не може се тражити полагање акторске кауције без обзира да ли поступак покреће дужник или поверилац (члан 14 став 5).⁷⁵³ Коначно, држава уговорница не мора да обезбеди бесплатну правну помоћ ако је врста поступка за остваривање издржавања таква да помоћ није потребна, а централни орган може да пружи бесплатну административну помоћ или савет који је значајан за покретање поступка (члан 14 став 3). Ова конвенцијска одредба пре свега има у виду државе у којима је поступак остваривања издржавања административне природе. Тада, по правилу, није потребно лично присуство подносиоца захтева, а самим тим ни заступање.⁷⁵⁴ Уколико буде уложена жалба, онда увек важи обавеза државе уговорнице да омогући право на бесплатну правну помоћ, без обзира на врсту поступка у коме се одлучује о жалби.⁷⁵⁵

Напоследку, држава увек може надокнадити од странке која није успела у поступку било које трошкове (члан 43), али, ниједна врста трошкова насталих услед примене Конвенције 2007 се не може наплатити пре обавезе издржавања.⁷⁵⁶

⁷⁵³ Према ЗРСЗ-у, акторска кауција је и иначе искључена у споровима о законском издржавању (члан 83 став 1 тач. 4). Иста одредба постоји и у Нацрту (члан 32).

⁷⁵⁴ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 74 ad 375-376. Пример такве државе је Аустралија, Аустрија, Бразил, Костарика, Словачка и Норвешка. Видети детаљније W. Duncan with the assistance of C. Harnois, *Administrative and legal costs and expenses under the new Convention on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, including legal aid and assistance*, Prel. Doc. No 10 of May 2004, pp. 9-13, доступно на http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd10e.pdf (20.02.2014).

⁷⁵⁵ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, loc.cit.

⁷⁵⁶ Borrás, Degeling, *Explanatory Report*, p. 123 ad 619.

3.2.3. Систем признања Конвенције 2007 - разлика у односу на Конвенцију 1996 и Конвенцију 1993 и разлика у праву детета које се штити

Поједностављени систем признања страних одлука карактеристичан је за Конвенцију 1996 и Конвенцију 1993, али не и за Конвенцију 2007 која предвиђа класичан систем признања. Имајући то у виду, можемо се запитати зашто решење Конвенције 2007 одступа од оног у Конвенцији 1996, тим пре што је и она пример комбиноване конвенције. Чини се да, постоје три основна разлога за то. Најпре, полазећи од природе права која се штите овим конвенцијама, међу њима постоје значајне разлике. Конвенција 1993 се односи само на мере за заштиту *личности* детета, док Конвенција 1996 обухвата и мере за заштиту *личности* и мере за заштиту *имовине* детета. Насупрот њима, Конвенција 2007 штити само једно имовинско-лично право детета (издржавање), док је целокупна статусна и породична материја искључена из њеног поља примене (иако је реч о односима који су правни основ обавезе издржавања). Мерама које се односе на личност детета штите се права детета у оквиру породице и у односу на породицу и као такве оне суштински утичу на породични живот детета. Ове мере штите право детета да живи са родитељима, односно право да одржава контакте са родитељем са којим не живи, као и права детета коме се мора организовати алтернативна брига (Конвенција 1996). С друге стране, међународно усвојење и Конвенција 1993 има за последицу успостављање родитељско-дечјег односа. Као такве, ове мере за заштиту (укључујући и међународно усвојење) морају бити признате што брже у другим државама уговорницама јер вођење класичног поступка признања угрожава положај детета. Издржавање, пак, као имовинско право детета јесте важно питање, али у поређењу са заштитом личности детета је ипак секундарног значаја јер не дира у срж породичног живота детета. Иако и Конвенција 1996 уређује и имовинска права детета (одређивање заступника и управљање и располагање имовином), она садржи знатно више мера за заштиту личности детета (овлашћења и дужности родитеља, право на старање, право на виђање, старатељство, куратела, кафала, хранитељство). Раздвајање поступка признања би Конвенцију 1996 чинило много компликованијом, а за такво решење нема ни логичког оправдања. Чак ни двоструки систем признања у Конвенцији 2007 (једнофазни и двофазни) нису условљени различитим облицима породичног издржавања, већ постојањем разлика у националним системима признања.

ГЛАВА III

НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА И МЕТОД САРАДЊЕ

1. Метод сарадње у светлу метода унификације (сарадња у ширем смислу)

1.1. Родитељска одговорност и издржавање деце

Када је реч о улози сарадње у конвенцијама комбинованог типа (метод унификације и метод сарадње), она је усмерена ка побољшању положаја детета али и ефикаснијој примени унификованих норми конвенција. Тако, централни органи Конвенције 2007 примају и прослеђују захтеве за остваривање издржавања које подноси дете, а дужни су и да пруже или помогну детету да оствари право на правну помоћ. Поред тога, ови органи треба да лоцирају дужника издржавања и да помогну да се прибаве релевантни подаци о финансијским могућностима дужника. Такође, врло значајна обавеза централних органа, из угла детета, везана је пружање помоћи приликом покретања поступка за утврђивање његовог порекла, ако је то неопходно за одлучивање о обавези издржавања (члан 6 став 1). Оно што издваја Конвенцију 2007 је чињеница да је то једина конвенција хашког система заштите деце која предвиђа *боравиште* подносиоца захтева као критеријум заснивања надлежности централног органа (члан 9). Уз то, Конвенција 2007 изричито одређује да се *боравиште* не може поистоветити са пуким физичким присуством. Другим речима, и за постојање *боравишта* неопходно је постојање воље. То значи да би се тестови о утврђивању уобичајеног *боравишта* детета могли, по аналогији, применити и на одлучивање о томе да ли дете има *боравиште* у конкретној држави. Ово утолико пре што се и тестови за уобичајено *боравиште* првенствено фокусирају на одређивање лица чија је воља правно релевантна за његово заснивање (родитељ или дете), а управо ће воља тог лица одредити и место *боравишта*. Но, разлика у примени ових тестова се огледа у интензитету намере коју треба утврдити – у случају *боравишта*, она треба бити усмерена на боравак који није трајније природе. У супротном, било би речи о постојању уобичајеног *боравишта*. Такође, требало би имати у виду да се уобичајено *боравиште* и *боравиште* не морају поклапати (баш као што то не мора бити случај са пребивалиштем и уобичајеним *боравиштем*). У случају непоклапања, то значи да ће

дете свој захтев подносити централном органу оне државе уговорнице у којој привремено борави. Примера ради, ако се прихвати становиште да деца која због школовања живе ван државе свог уобичајеног боравишта не стичу ново уобичајено боравиште, онда ће она свој захтев прослеђивати држави у којој се школују. При томе, утврђивање државе боравишта није задатак суда или другог органа који одлучује о захтеву за издржавање или за признање и извршење, већ директно централног органа коме се захтев подноси.

Када је реч о методу сарадње у Конвенцији 1996, надлежни централни орган се, за разлику од Конвенције 2007, одређује на основу уобичајеног боравишта детета (члан 32). Њихова улога посебно долази до изражаја у случајевима незаконитог одвођења или задржавања детета, када су обавезни да пружају помоћ у лоцирању детета. Поред ове административне сарадње, Конвенција 1996 предвиђа и судску сарадњу која, између осталог, подразумева могућност да се приликом одлучивања о мери за заштиту прибаве неопходни подаци о ситуацији у којој се дете налази од надлежног органа друге државе уговорнице (члан 34). То је од посебног значаја у случајевима отмице када суд који одлучује о повратку детета може да добије информације о заштити која ће се детету пружити након повратка, односно о начину на који је дете живело у држави уобичајеног боравишта пре одвођења или задржавања. Овај механизам заправо премешта недостатак Конвенције 1980 у случају да су обе инволвиране државе уједно уговорнице и Конвенције 1996.

2. Метод сарадње као главни метод (сарадња у ужем смислу)

2.1. Незаконито одвођење и задржавање деце

Као што је познато, Конвенција 1980 штити интерес детета на врло специфичан начин – методом сарадње. Овај тип конвенција у хашком систему има врло тежак задатак – да остави нетакнутим разлике у националним системима породичног међународног приватног права и да обезбеди ефикасну заштиту најбољег интереса детета.⁷⁵⁷ Услед тога што посебно не инсистирају на унификацији, ове конвенције су

⁷⁵⁷ Рад на Конвенцији 1980 отпочео је на предлог Канаде. W. Duncan, *Les conventions de La Haye relatives à la protection de l'enfant*, Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (Actes du colloque

врло привлачне за ратификацију бројним државама. О томе сведочи чињеница да у оквиру хашког система заштите деце Конвенција 1980 и Конвенција 1993 имају убедљиво највећи број уговорница.

Међутим, упркос широкој прихваћености, примена Конвенције 1980 није увек једноставна.⁷⁵⁸ Већина проблема резултат је управо свесно направљеног уступка - недостатка унификације. Наиме, с обзиром да тежи хитном успостављању стања нарушеног незаконитим одвођењем или задржавањем детета, Конвенција 1980 даје само оквире за спровођење поступка повратка детета. Самим тим, отворена су врата за мање или више неуједначену судску праксу држава уговорница, што је посебно видљиво у погледу тумачења изузетака за повратак детета - државе често иду из крајности у крајност, тумачећи изузетке или исувише строго или одвећ благо. Недоумице је, са своје стране, донела и Конвенција 1996, с обзиром да одредбе које уређују њихов међусобни однос нису довољно прецизне. Коначно, примена Конвенције 1980 је данас озбиљно угрожена „сударом“ материје људских права и породичног међународног приватног права. То је тренутно најактуелнији и истовремено најконтроверзнији проблем са којим је Конвенција 1980 суочена и који може, чак, и да утиче на даљу судбину Конвенције 1980.

2.1.1. Изузеци од обавезе повратка детета

Поступак за повратак детета почиње подношењем захтева централном органу државе уобичајеног боравишта детета или било ком другом централном органу, најчешће државе у којој се дете налази (члан 8 став 1). Након што добије захтев за повратак, суд државе уточишта треба да без одлагања нареди повратак детета, ако је захтев благовремено поднет и дете се налази у држави суда (члан 12).

Међутим, ова обавеза није апсолутна већ постоје и одређени изузеци. Они су уведени ради заштите детета у специфичним ситуацијама, као коректив конвенцијске

organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004, p. 3. Даље Duncan, *La protection de l'enfant*.

⁷⁵⁸ Интересовање Хашке конференције за питање међународне отмице деце побудили су, заправо, проблеми који су се у вези с овим питањем јавили у примени Конвенција 1961. Наиме, дајући генералну предност мерама државе држављанства детета, Конвенција 1961 је омогућила да ова држави (као најчешће уточиште отмицара) донесе одлуку којом се легализује овај незаконити чин. Као што смо видели, мера из државе држављанства детета се, с једне стране, морала поштовати у свим другим државама уговорницама, а с друге стране, њома је могла бити укинута било која мера коју је држава уобичајеног боравишта већ донела. Другим речима, Конвенција 1961 (односно њени недостаци) утицали су на стварање две модерне хашке конвенције – Конвенције 1980 и Конвенције 1996.

претпоставке о томе шта је интерес детета у случају отмице. Наиме, Конвенција 1980 полази од претпоставке *in abstracto* да је у интересу детета да буде враћено у државу свог уобичајеног боравишта. Међутим, то не значи да је претпоставка тачна у сваком конкретном случају. У том смислу, начин да се постојање интереса детета *in abstracto* провери у конкретном случају су изузеци од обавезе повратка. На тај начин, интерес детета *in concreto* може спречити његов повратак.⁷⁵⁹ Другим речима, одвођење или задржавање детета, упркос свом незаконитом карактеру, некада може бити оправдано услед постојања специфичних околности које се тичу личности детета или средине са којом је оно у најближој вези.⁷⁶⁰ Улога изузетака је, стога, да кроз призму најбољег интереса детета контролише исход поступка за његов повратак.⁷⁶¹ У том смислу, постоје две групе изузетака, полазећи од тога да ли је захтев за повратак благовремено поднет.

Прву чине они који се примењују ако је захтев поднет у року од годину дана и она обухвата четири изузетка. Најпре, изузетак може бити последица спољашњих фактора односно околности које нису директно везане за дете. Ту спада инертност титулара права на старање који или није то право заиста и вршио или се сагласио са одвођењем/задржавањем односно накнадно је на то пристао. Овим изузетком се заправо обара претпоставка о сáмој незаконитости одвођења или задржавања (члан 13 тач. а као *изузетак пасивности*). Други изузетак из ове групе је резултат унутрашњих фактора односно управо оних који се односе на дете. Њиме се дете штити онда када би га повратак довео у опасност или у неповољан положај односно ако би изазвао трауму код детета (члан 13 б као *изузетак опасности*). Наредни је такође везан за унутрашњи фактор и заснива се на уважавању мишљења детета (члан 13 став 2 као *изузетак мишљења детета*). Последњи из ове групе је, као и први, последица спољашњих фактора који се процењују у односу на државу уобичајеног боравишта детета, генерално, и у корелацији је са системом заштите људских права (члан 20 као *изузетак људских права*).

Друга врста изузетака је она која се испитује само ако је захтев поднет неблаговремено. Тада повратак детета није обавеза већ *могућност* која зависи од

⁷⁵⁹ Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie*, p. 348.

⁷⁶⁰ С. Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases*, Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004, p. 226. Даље Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims*.

⁷⁶¹ Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims*, p. 225.

процене степена интегрисаности детета у државу уточишта (члан 12 став 2 као изузетак интегрисаности).⁷⁶²

Иако се у сваком од ових случајева проверава основаност апстрактне претпоставке Конвенције 1980, то не значи да се утврђивање интереса детета поводом захтева за повратак врши на исти начин као и у поступку мериторног одлучивања о праву на старање. Разлика је у томе што се изузетима проверава да ли постоји (велика) вероватноћа да би повратак у државу његовог уобичајеног боравишта угрозио дете на одређени начин (*тест тренутног интереса детета*).⁷⁶³ С друге стране, при мериторном одлучивању о праву на старање полази се од несумњиво утврђеног интереса детета да буде или да не буде поверено одређеном лицу (*пуни тест најбољег интереса детета*). При томе, без обзира до каквог резултата суд дође на основу теста тренутног интереса, он не прејудуцира одлуку о праву на старање - ни када је одлучено да се дете врати ни када је повратак одбијен. Ипак, гранична линија између пуног теста најбољег интереса детета (при мериторном одлучивању о праву на старање) и теста тренутног интереса детета (да се врати у одређену државу) је танка и носи ризик да се у пракси тест тренутног интереса детета замени пуним тестом најбољег интереса детета. То је посебно изражено у ситуацијама када постоји сумња у ефикасност система заштите у држави уобичајеног боравишта детета, те је тешко разликовати опасност од повратка детета у конкретну државу од опасности од његовог повратка лицу које врши право на старање. Међутим, управо је разликовање ова два теста важно за правилно тумачење изузетака од којих зависи успешно функционисање Конвенције 1980.⁷⁶⁴

⁷⁶² У литератури се може наћи и другачија подела изузетака на *изузетак кашњења* (*l'exemption de tardiveté*) који се односи на члан 12 став 2, потом, *изузетак опасности* (*l'exemption de danger*) који се односи на члан 13 ст. а и б и фундаментални изузетак (*l'exemption de fundamentalité*) који се односи на члан 20 Конвенције 1980. Видети F. Marchadier, *La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative*, RCDIP, 4/2007, р. 695. Међутим, изузетак опасности у овој подели обухвата и ситуацију када се право на старање пре отмице није заиста вршило или је титулар тог права пристао или се накнадно сагласио у погледу одвођења или задржавања (члан 13 тач. а). Ипак, чини се да у том случају дете није у опасности већ је овај изузетак последица пасивности или изричите односно прећутне сагласности титулара права на старање која укида статус незаконитости одвођења или задржавања детета.

⁷⁶³ Назива се још и непосредни или ултимативни интерес. Видети R. Schuz, *The Hague Abduction Convention and Children's Rights Revisited*, IFL March 2012, р. 37. Даље Schuz, *The Hague Abduction Convention and Children's Rights Revisited*.

⁷⁶⁴ С обзиром да *изузетак пасивности* и *изузетак интегрисаности* директно утичу на питање задржавања надлежности државе уобичајеног боравишта детета према Конвенцији 1996 (члан 7), они ће бити разматрани у делу који је посвећен односу ових двеју конвенција *supra* стр. 315.

A) Изузетак опасности

Изузетак опасности подразумева постојање озбиљног ризика да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или да би га на други начин довео у неповољан положај (члан 13 став 1 тач. б). У њему је садржан примарни интерес детета да не буде изложено опасности, трауми односно да не буде стављено у неки други неповољан положај и да он има предност у односу на интерес *in abstracto*.⁷⁶⁵ Како истиче *Pérez-Vera*, овај изузетак је резултат „крхког компромиса“ и као такав не треба да буде мењан ширим тумачењима.⁷⁶⁶ Будући да се на овај изузетак отмичари радо позивају како би спречили повратак детета,⁷⁶⁷ начин његовог тумачења утиче на ефикасно функционисање Конвенције 1980. Слично као што је проблем двоструког држављанства утицао на Конвенцију 1961, тако и *изузетак опасности* може бити Ахилова пета Конвенције 1980 у зависности од става судске праксе приликом његове примене.

Мада се овај изузетак састоји од три стандарда – физичка опасност, психичка траума или други неповољни положај, у пракси се показало да се најчешће ови разлози заједно истичу,⁷⁶⁸ највероватније зато што тада дају већу наду у успех лицу које је дете одвело или задржало. Услов постојања озбиљног ризика који се надовезује на сваки од три наведена засебна стандарда треба да буде скоро сасвим изванредан и да је директно везан за повратак детета, а не за неки дођај у далекој будућности или за хипотетичку ситуацију.⁷⁶⁹

Када је реч о *психичкој трауми*, као што је то речено у случају *C v C (Minor)(Abduction: Rights of Custody Abroad)*, „када је покренута машинерија Конвенције, одређена психичка траума је неизбежна, без обзира да ли је одлучено да се дете врати или је повратак одбијен.“ Међутим, да би позивање на овај изузетак било успешно, „суд треба да захтева јасне и убедљиве доказе о високом ризику... који мора

⁷⁶⁵ *Pérez-Vera Report*, p. 433 ad 29.

⁷⁶⁶ *Pérez-Vera Report*, p. 461 ad 116.

⁷⁶⁷ У време када је последњи пут проверено (27.01.2014. године), према подацима INCADAT базе, овај изузетак је истакнут у 536 случајева. Такође, према подацима последње статистичке анализе захтева за повратак детета (закључно са 2007. годином) овај изузетак је најчешћи самостални разлог за одбијање повратка (у 18% случајева у којима је повратак одбијен). Узимајући у обзир и случајеве када су, поред овог изузетка, истакнути и други, као случајеве када је само члан 13 став 1 тач. б) био разлог за одбијање повратка, 1/5 свих одлука којима је одбијен повратак детета заснована је на *изузетку опасности*. *Prel. Doc. No 3, Part I, of September 2008 - A statistical analysis of applications made in 2003 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (2007 update)*, prepared by Professor Nigel Lowe, 2008, pp. 38-39.

⁷⁶⁸ Lowe, *International Movement*, p. 330 ad 17.98.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 329 ad 17.96.

да буде значајан, а не тривијалан и да указује на озбиљност много већу од оне која постоји у случају несигурности и анксиозности која прати невољни повратак у државу уобичајеног боравишта.⁷⁷⁰

Физичка опасност, пак, најчешће је била везана за случајеве породичног насиља, а овај изузетак су судови уважавали у почетку, баш као и разлог психичке трауме, само ако се директно односио на дете, али чак и тада само у екстремним ситуацијама.⁷⁷¹ У случају *Friedrich v. Friedrich*, водећем из америчке праксе, који је утицао и на судове других држава уговорница, „озбиљан ризик постоји само онда када повратак представља блиску опасност пре окончања спора о праву на старање, на пример, повратак у ратну зону или у област у којој влада глад; или, у случајевима озбиљног злостављања или занемаривања или изузетне емотивне зависности а суд у држави уобичајеног боравишта детета не може или неће да дете адекватно заштити“.⁷⁷²

Насупрот психичкој трауми и физичкој опасности, довођење детета у други неповољни положај је, као трећи стандард изузетка опасности, „морао да буде озбиљан као и ризик од физичке опасности или психичке трауме; нелагода или непријатност нису довољне.“⁷⁷³ Стандард довођења детета у неповољан положај је најчешће истицан због финансијске оскудице, али је ретко када усвајан.⁷⁷⁴ У ретким случајевима у којима је усвојен, углавном је истицан у комбинацији са неким другим изузетком.⁷⁷⁵

⁷⁷⁰ *Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm)* [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371, INCADAT HC/E/UKe 269.

⁷⁷¹ *N. v. N. (Abduction: Article 13 Defence)* (1995) 1 FLR 107 INCADAT HC/E/UKe 19. У овом случају, судија није прихватио наводе да је отац сексуално злостављао једну од ћерки као довољне за успешно позивање на овај изузетак уз образложење да опасност прети од контакта са оцем а не од повратка у Аустралију. Слично и Енглеска и Велс: *Re K. (Abduction: Child's objectoin)* (1995) 1 FLR 107, INCADAT HC/E/UKe 19; Француска: *CA Amiens 4 mars 1998, n°5704759*, INCADAT HC/E/FR 704; Нови Зеланд: *Wolfe v. Wolfe* (1993) NZFLR 277, INCADAT HC/E/NZ 303. У супротним случајевима, када је изузетак прихватан, то није било зато што је дете показивало страх и узнемиреност само од оца већ и од повратка у Колорадо (симптоми које је дете показивало током злостављања престали су након одвођења али су се јавили поново када му је саопштена могућност да ће се вратити): *Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad)* (1995) Fam 224, (1995) 3 WLR 339, (1995) Fam Law 534, INCADAT HC/E/UKe 8.

⁷⁷² *Friedrich v. Friedrich* 78F.3d 1060 (6th Cir. 1996), INCADAT HC/E/USf 82.

⁷⁷³ Према образложењу Врховног суда Пољске, *Decision of the Supreme Court*, 1 December 1999, I CKN 992/99 INCADAT HC/E/PL 701.

⁷⁷⁴ Традиционално се одбија у Аустралији: *Director General of the Department of Family and Community Services v. Davis* (1990) FLC 92-182, INCADAT HC/E/AU 293; Канади *Y.D. v. J.B.*, (1996) R.D.F. 753 (Que.C.A.) (INCADAT: HC/E/CA 369), а има случајева да је одбијен и у Зимбабвеу *Secretary For Justice v. Parker* 1999 (2) ZLR 400 (H), INCADAT HC/E/ZW 340. Насупрот томе, као могућност да се овај разлог уважи наводи се посебно чињеница да би деца била бескућници и да не би имали помоћ државе уобичајеног боравишта детета. Међутим, ако помоћ државе постоји, онда то није разлог који би се могао уважити. Видети у том смислу Енглеска и Велс: *Re M. (Abduction: Undertakings)* (1995) 1 FLR 1021, INCADAT HC/E/UKe 20.

⁷⁷⁵ У случају када је о повратку детета одлучивано у Холандији, финансијска оскудица услед које се мајка није могла вратити, уз чињеницу да се дечак (деветогошњак) супротстављао повратку,

Сумирајући ову праксу, изузетак опасности се, према преовлађујућем мишљењу, морао тумачити уско.⁷⁷⁶ Иако, на први поглед стандарди у оквиру њега могу деловати као сигнал да се спроведе тест најбољег интереса детета на исти начин као и у поступцима у којима се мериторно одлучује о праву на старање,⁷⁷⁷ он, према намери твораца, нема тај домашај.⁷⁷⁸

Међутим, као што сувише широко тумачење стандарда може угрозити функционисање Конвенције 1980, тако је и његово уско тумачење може довести до непотребног толерисања понашања једне од странака. У том смислу, посебно је контроверзна ситуација када је отмицар лице које се непосредно стара о детету (најчешће мајка). Рестриктивна тумачења изузетка опасности довела су до повећања толерантности судова, посебно када је реч о случајевима у којима је то лице жртва породичног насиља или када одбија да прати дете приликом повратка у државу његовог уобичајеног боравишта. Зато се основно питање овог проблема може

довела је до закључка да би дете било доведено у неповољан положај. *De directie Preventie, optredend voor zichzelf en namens Y (de vader /the father) against X (de moeder/ the mother)* (7 February 2001, ELRO nr.AA9851 Zaaknr:813-H-00), HC/E/NL 314. Слично томе и Шкотска: *C. v. C.* 2003 S.L.T. 793, INCADAT HC/E/UKs 998.

⁷⁷⁶ *In the Matter of L.L. (Children)*, 22 May 2000, Family Court of New York, HC/E/USs 273. Видети и *Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997)* drawn up by the Permanent Bureau, Août / August 1997, ad 58. Даље *Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*.

⁷⁷⁷ Један од најилустративнијих примера када је Основни суд у Новом Саду, додуше након укидања решења од стране Вишег суда са задатком да вештачењем утврди изузетак опасности, утврђивао и чињенице да су родитељи и дете у Шведској живели у трособном стану, укупна примања, радноправни статус родитеља, те да је предлагач, између осталог, и „уредне спољашности и одмереног и примереног понашања...непосредан и комуникативан...уважава ауторитете...тренутно емотивно стање...се може дефинисати као трауматично јер је лишен својине-детета (sic!)“, те да мајка као противник прелогача „дете присваја у смислу изједначења позиције са личним ЈА...“ те да би дете било изложено трауми јер је у узрасту када је у директној вези са личности мајке, као и да су оба родитеља подобна за вршење родитељског права. На крају је суд одлучио да се дете врати у Шведску што је и Виши суд потврдио. Видети решење Основног суда у Новом Саду Посл.бр.П2. 2982/12 од 30.05.2013., *необјављено* и решење Вишег суда у Новом Саду Посл.бр.Гж.2-38/2013 од 11.09.2013. године, *необјављено*.

⁷⁷⁸ Као пример добре праксе наших судова може се навести решење Основног суда у Ужицу 2РЗ. 452/13 од 05.07.2013, *необјављено*, којим је одбијен приговор противника предлагача (оца) да се дете прилагодило средини у Србији (захтев је поднет 3 месеца након незаконитог задржавања), те да би раздвајање од оца представљало трауму, а да мајка, наводно, користи наркотице. У току поступка се испоставило на основу доказа да је суд у Бремерхафену (Немачка) одредио меру заштите од насиља у породици против оца, а у корист мајке. Како суд исправно истиче: „Наводи противника предлагача да је пред овим судом покренут поступак за развод брака и ради доношења коначне одлуке о старатељству над малолетним дететом, да се дете прилагодило у међувремену на нову средину и да би било тешко да се одвоји од оца, као и оспоравање одлуке породичног суда у Немачкој о старатељству није од утицаја на другачију одлуку, јер се одлука по основу ове Конвенције у вези повратка детета не сматра мериторном о било ком питању у вези са правом на старање.“ Једина замерка је коришћење термина старатељство уместо вршење родитељског права.

поставити и на следећи начин – где у контексту изузетка опасности престаје интерес детета, а почиње интерес родитеља?

Да бисмо одговорили на ово питање, треба најпре утврдити шта Конвенција 1980 уистину штити. Наиме, имајући у виду текст Преамбуле Конвенције 1980, могло би се тврдити да Конвенција 1980 тежи да заштити право на старање које је постојало пре одвођења или задржавања, али узимајући у обзир интерес детета који је од пресудног значаја за свако питање у вези са правом на старање.⁷⁷⁹ У прилог оваквом схватању је и објашњење из *Pérez-Vera Report*⁷⁸⁰ о циљу Конвенције 1980 која, с једне стране, треба да заштити право на старање које је постојало у држави уобичајеног боравишта детета у случају када се одвођењем или задржавањем детета оно крши, а с друге стране, да онемогући отмичара да стварањем мање или више вештачке везе са државом уточишта покуша да заснује надлежност за одлучивање о праву на старање како би легализовао незакониту ситуацију коју је сâм створио. Отмицом се пак дете доводи у ситуацију која је за њега штетна јер је отргнуто из средине у којој је до тада живело и зато конвенцијски механизам за повратак детета има двоструку улогу – најпре, да повратком детета, као начином за његову заштиту, поново успостави уобичајени начин живота пре отмице, а затим, да спречи отмичара да трајно наруши однос старања који је постојао пре незаконитог одвођења, односно задржавања.

Могло би се, дакле, закључити да Конвенција 1980 штити уједно и право на старање које је постојало пре отмице и интерес детета, при чему је ово право подређено интересу детета, с обзиром да је одбијање повратка могуће, иако је право на старање неспорно прекршено.

Враћајући се на питање где престаје интерес детета, а где почиње интерес родитеља у светлу изузетка опасности, посебну пажњу заслужују случајеви насиља у породици. По правилу, да би изузетак опасности био прихваћен, потребно је да се односи директно на дете. То значи да управо дете мора бити жртва. Међутим, ако је насиљу изложено лице које се непосредно стара о детету (*primary caretaker*), а постоји

⁷⁷⁹ A. Bucher, *L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement*, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 685. Даље Bucher, *L'enlèvement*. При томе Бухер полази од првог параграфа Преамбуле: „интерес детета је од пресудног значаја за сва питања о старању над њим“ или у француској верзији „*que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde.*“ Иначе, приликом званичног превода Конвенције 1980 на српски језик, Преамбула уопште није обухваћена Законом о ратификацији Конвенције 1980.

⁷⁸⁰ *Pérez-Vera Report*, pp. 428-432 ad 9-24.

устаљени образац насиља у породици, онда повратак заиста може значити озбиљан ризик за дете било у облику психичке трауме или стављања у неповољни положај, посебно ако то лице одбија да прати дете приликом повратка.⁷⁸¹ Тада не може бити речи о томе да би повратак успоставио *status quo ante* јер дете остаје раздвојено од лица које се непосредно старало о њему, чиме се свакако нарушава устаљени начин живота који је постојао пре отмице.⁷⁸² Ипак, не би свако одбијање повратка морало бити оправдано. У том смислу, неповољне околности за дете не смеју бити последица ни понашања лица које је дете одвело, што свакако није случај када је реч о насиљу у породици.⁷⁸³ Међутим, у ситуацијама када је одбијање мајке да прати дете резултат других околности, а не насиља у породици, онда је приликом процене разлога који на то утичу потребна већа опрезност.⁷⁸⁴ Једини, општеприхваћени случај када одбијање мајке да прати дете има за последицу и одбијање повратка детета односи се на отмицу новорођенчади и одојчади.⁷⁸⁵

Озбиљан ризик се обично процењује у односу на повратак детета у одређену државу. Међутим, у случају одбијања мајке да се врати заједно са дететом, тај ризик би се могао утврђивати и у односу на његово одвајање од лица које се непосредно стара о

⁷⁸¹ *Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 (CC) HC/E/ZA 309. Мајка је била изложена озбиљном насиљу од стране оца, а није могла да се врати јер је претио ризик од хапшења због отмице детета. Суд у Јужној Африци је одлучио да власти Британске Колумбије треба да обуставе кривични поступак против мајке да би могла да прати дете при повратку.

⁷⁸² У том смислу, *Vucher, L'enlèvement*, p. 688. Он наводи одлуку француског Касационог суда (*Arrêt du 12 juill 1994*) по којој се оцена озбиљног ризика везује и за евентуалну промену околности под којима би дете живело након повратка у државу уобичајеног боравишта. Промена се утврђује у односу на оне околности који су постојале пре одвођења. Такође и *Beaumont, McEleavy, International Child Abduction*, p. 145.

⁷⁸³ Решењем Првог Основног суда у Београду Посл.бр. Р4-1/2011 од 07.04.2011.године, *необјављено*, одбијен је захтев за повратак детета у САД с обзиром да је мајка често била жртва насиља, да је интервенисала и полиција те је издата наредба против оца, да није имала финансијских могућности, те је била у програму за заштиту жртава, и, коначно, да је у САД боравила као илегални имигрант. Међутим, суд је заказао у поступку по жалби оца детета јер жалбу није узео у обзир. Додуше, она је имала формалне недостатке и није била насловљена као жалба, али је, у случају сумње, питање требало да се реши сарадњом централних органа.

⁷⁸⁴ *McCarthy v. McCarthy* 1994 SLT 743, INCADAT HC/E/UKs 26. Мајка је одбијањем да прати децу при повратку заправо желела да спречи повратак деце иако за то према мишљењу суда, није постојао ваљани разлог који би се тицао понашања оца. Стога је суд сматрао да није дозвољено да лице које је скривило отмицу спречи повратак деце одбијајући да их прати. Насупрот томе, *MacMillan v. MacMillan*, 1989 SLT 350, 1989 SCLR 243, INCADAT HC/E/UKs 25. У овом случају, радило се о одбијању мајке да прати дете у ситуацији када је отац патио од депресије и алкохолизма. О детету би се, након повратка, он бринуо и с обзиром да не би било никаквог надзора или помоћи, дете би одвајањем од мајке било стављено у неповољан положај.

⁷⁸⁵ A. Bucher, *The New Swiss Federal Act on International Child Abduction*, *Journal of Private International Child Abduction*, Volume 4 Number 3, December 2008, p. 143. Даље Bucher, *The New Swiss Federal Act*.

њему.⁷⁸⁶ Наиме, отмице нису увек мотивисане себичним разлозима, како се у први мах може чинити, већ се оне „дешавају из најразличитијих побуда, од нарцистичких до херојских.“⁷⁸⁷ Многе мајке се враћају у државу свог порекла након развода брака или окончање ванбрачне заједнице, некада и несвесне чињенице да се не могу својевољно преселити заједно са децом;⁷⁸⁸ некада више немају довољно финансијских средстава за живот у тој држави заједно са децом или, једноставно, сматрају да им држава уобичајеног боравишта више нема шта да пружи па се враћају „својој“ држави,⁷⁸⁹ у којој и даље живе чланови њихових породица и начину живота који су раније водиле;⁷⁹⁰ а некада беже да би спасиле властити живот. Уколико су још оне те које се непосредно старају о детету, њихов одлазак, по правилу, повлачи и одлазак детета. Управо зато што отмица некада може бити, као што је већ наведено, оправдана (иако незаконита), *изузетак* се може утврдити, у зависности од околности конкретне случаја, на основу најбољег интереса детета или, чак, и отмичара.⁷⁹¹

Међутим, имајући у виду преовлађујућу праксу, чини се да су оба циља Конвенције 1980 „можда и превише добро имплементирана.“⁷⁹² Наиме, у време доношења Конвенције 1980 проблем насиља у породици није био у фокусу Хашке конференције, јер се тих година овом питању није ни у супстанцијалним законодавствима држава посвећивала значајнија пажња. Отуда, Конвенција 1980 не садржи одредбе о томе.⁷⁹³ У крајњем, колебања судске праксе изражавају сукоб између

⁷⁸⁶ Bucher, *L'enlèvement*, p. 688.

⁷⁸⁷ Beaumont, McEleavy, *International Child Abduction*, p. 11.

⁷⁸⁸ Bruch, *The Hague Child Abduction Convention*, p. 40.

⁷⁸⁹ Решење 16 Пом. Иг-23/11 Основног суда у Зајечару од 20.12.2012. године, *необјављено*, којим је одбијен повратак детета у Француску. Мајка је, између осталог, навела да се отац према њој насилнички понашао, да га је пријављивала полицији због телесних повреда, да није бринуо о њој и детету, те су се пријавили у народну кухињу, да она нема сталан посао у Француској те ни материјалних средстава за живот, да ју је отац избацио из куће, да је дете због начина живота имало потешкоћа у развоју јер није говорило и да је била принуђена да се врати у С. код своје мајке где има услова за живот. Иначе, дете је у тренутку одлучивања имало 5 година, а отац је признао очинство тек након ДНК анализе, 2 године после рођења детета.

⁷⁹⁰ Bucher, *L'enlèvement*, p. 688.

⁷⁹¹ Видети INCADAT коментар у случају *Murray v. Director, Family Services* (1993) FLC 92-416, INCADAT HC/E/AU 113.

⁷⁹² Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims*, p. 225.

⁷⁹³ Bruch, *The Hague Child Abduction Convention*, p. 40. Међутим, Хашка конференција разматра потребу доношења конвенције о мерама заштите од насиља (*Civil Protection Order*). Видети *Conclusions and Recommendations adopted by the Council* (09-11 Април 2013), http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf (12.06.2013). С тим у вези, Министарство правде је, као и друге државе чланице, добило од Хашке конференције да попуни *Draft Country Profile – Revised, National and Foreign Protection Orders: Legislation, Recognition and Enforcement and Other Resources* будући да с еинтензивно разматра доношење нове конвенције о мерама за заштиту од насиља.

најбољег интереса детета *in abstracto* и најбољег интереса детета *in concreto*. Ригидно тумачење изузетка опасности у ситуацијама када би његова примена очигледно била оправдана значи да је интерес конкретног детета подређен општем интересу деце као *групи* на којој почива Конвенција 1980. Међутим, сви изузеци, па тако и изузетак опасности, уведени су у конвенцијски систем управо као *корекција* апстрактног најбољег интереса детета у конкретном случају.

Б) Изузетак људских права

Изузетак људских права дуго није имао запаженију улогу у Конвенцији 1980,⁷⁹⁴ а поједине државе су сматрале да није ни потребан јер је обухваћен изузетком опасности.⁷⁹⁵ Из тог разлога није имплементиран ни у свим државама уговорницама, иако Конвенција 1980 не дозвољава резерве.⁷⁹⁶ Порекло овог изузетка је клаузула јавног поретка, која није унета у Конвенцију 1980 у свом класичном облику зато што би то могло озбиљно да угрози оставривање њене сврхе. Уместо тога, након дуготрајног сучељавања аргумената, како испред тако и иза кулиса, клаузула јавног поретка је успела да добила своје место у Конвенцији 1980, али у изузетно суженом обиму, као вид компромиса, јер се сматрало да је позивање на људска права у конвенцијама међународног приватног права неуобичајено.⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ Према званичним статистичким подацима, у току 1999. године није било ниједног случаја позивања на изузетак људских права, док је у 2003. години био истицан (мада не самостално) и .утицао на добијање повратка у 8 случајева. Према последњим подацима из 2007. године, изузетак људских права био актуелан у 8 случајева одбијања повратка, али опет не самостално. N. Lowe, A statistical analysis of applications made in 2008 under the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. Part I, p. 30, доступно на <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf>

⁷⁹⁵ *Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* ad 57. Овај изузетак није имплементиран у УК и Финској, на пример.

⁷⁹⁶ Овај изузетак није имплементиран у УК и Финској, на пример. Професор Лоу сматра да се, упркос томе што неимплементација дела Конвенције 1980 може бити схваћена као њено кршење, оваквим смањивањем броја изузетака се заправо промовише општи циљ Конвенције 1980. Lowe, *International Movement*, p. 370 ad 17.189. D. Coester-Waltjen, *The Future of the Hague Abduction Convention: the Rise of Domestic and International Tensions - The European Perspective*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Number 2, Winter 2001, p. 67. Даље Coester-Waltjen, *The Future of the Hague Abduction Convention*. Међутим, након што је УК ратификовала Европску конвенцију о људским правима, поставило се питање да ли то значи и могућност позивања на изузетак људских права према Конвенцији 1980. У једином случају о том питању у INCADAT бази, судија је сматрао да се отмичар не може позвати на овај изузетак јер није имплементиран у УК. *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (2011) EWCA Civ 361, (2011) 2 F.L.R. 724, INCADAT HC/E/UKe 1066.

⁷⁹⁷ Клаузула људских права је постала део Конвенције 1980 са самом једним гласом разлике. Он је намерно последњи на листи изузетака у Конвенцији 1980 да би се истакла потреба за што ређом применом. *Pérez-Vera Report*, 433 ad 31.

Међутим, његово оживљавање је приметно у случајевима насиља у породици када оно није усмерено директно ка детету већ према отмичару (мајци, најчешће). С обзиром да истицање изузетка опасности у случају насиља коме је била изложена мајка не гарантује успех, излаз је потражен у комбинованом позивању на изузетак опасности и изузетак људских права. Истовремено истицање ова два изузетка је посебно изражено поводом кршења права деце избеглица у државама у којима је снажан утицај религије и које полазе од законске конкретизације најбољег интереса детета. Разлика у приступу овим проблемима је у томе што је питање заштите деце избеглица довело до успешног позивања на овај изузетак, док у случају држава са другачијим породичноправним системима углавном није. Када је реч о заштити деце избеглица, у случају *A.M.R.I. v. K.E.R.*,⁷⁹⁸ поводом кога је у жалби интервенисао и UNHCR, повратак детета је одбијен услед тога што стицање статуса избеглице ствара обориву претпоставку о постојању ризика од прогона у држави порекла. Конкретно, ризик од прогона је био везан за понашање мајке, за коју се веровало да физички и психички злоставља ћерку која има статус избеглице у Канади. Овако схваћен ризик од прогона представљао је успешну комбинацију изузетка опасности и изузетка људских права.

Када је реч о државама које су под снажним утицајем религије, пример када је позивање на изузетак људских права било успешно је случај *Re S.*⁷⁹⁹ У том случају је Апелациони суд у Барселони одлучивао о повратку детета незаконито одведеног из

⁷⁹⁸ *A.M.R.I. v. K.E.R.*, 2011 ONCA 417, INCADAT HC/E/CA 1067. Поступак се тичао девојчице рођене у Мексику 1996. године. Она је живела са родитељима док није дошло до њихове раставе 2000. године. После тога, отац ју је виђао само ретко, а 2006. године се преселио у Канаду. У децембру 2008. године, дете је отишло у Канаду у посету оцу и тетци, и требало је да се врати 11. јануара 2009. године. Међутим, девојчица је остала у Канади и наредних 18 месеци живела са тетком и њеним истополним супружником. Мајка је одмах контактирала мексички централни орган у јануару 2009. године, али се са поступањем по захтеву веома каснило. У мају 2010. године дете је добило статус избеглице у Канади, на основу тога што ју је мајка физички и психички злостављала, при чему је успешно оборила претпоставку да је Мексико могао јој пружи довољну заштиту. Очев захтев за стицање статуса избеглице је нешто касније одбијен услед чега се преселио у Норвешку. Захтев мајке је централни орган Онтарија добио у јулу 2010. године. Отац је био једини означен као отмичар. Достављање је извршено преко његове сестре, тетке девојчице са којом је живела. Рок за одговор је био 60 дана али пре него што је истекао, мајка је успела да издејствује заказивање рочишта. Захтев тетке да се умеша у поступак је одбијен, а суд је такође одбио да девојчици одреди заступника. Виши суд је наложио повратак детета у Мексико у поступку који није био контрадикторан. У октобру, сада већ четрнаестогодишња девојчица је одведена из школе уз помоћ полиције, која јој није дозволила контакт ни са ким нити су јој омогућили да се врати кући и покаже им документа о статусу избеглице, већ је враћена у Мексико. То је учињено упркос њеним протестима и без могућности јављања оцу или тетци. Након тога, отац се жалио. Неколико организација и агенција, укључујући UNHCR, добили су дозволу да интервенишу у жалбеном поступку. Дана 4. априла 2011. године, дете је побегло од мајке и отада се скривало. До тренутка када је пресуда по жалби донета, она се вратила у Канаду и наставила да живи са тетком.

⁷⁹⁹ *Re S.*, Auto de 21 abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1a, INCADAT HC/E/ES 244.

Израела. Након што је отац поднео захтев за повратак, израелски рабински суд је донео привремену одлуку о самосталном вршењу права на старање у његову корист.⁸⁰⁰ За одлуку шпанског суда о томе да су услови изузетка људских права испуњени пресудна је била чињеница да је отац издејствовао ову привремену одлуку тако што је мајка проглашена за „бунтовну жену“ (*moredet*). На основу тога, мајка би, након евентуалног повратка у Израел, била лишена сваког контакта са дететом.

У ситуацији, када се изузетак људских права односио на одлуке шеријатских судова (*Syariah Courts*) који примењују исламско право, амерички Апелациони суд је, у најновијем случају *Souratgar v. Fair*,⁸⁰¹ сматрао да услов за примену изузетка људских права није испуњен јер мајка није доказала да је за одлучивање о праву на старање искључиво надлежан шеријатски суд у Сингапуру, пред којим готово да не би постојала могућност да мајка добије право на старање. Штавише, суд је закључио да се не може закључити „само на основу чињенице постојања шеријатских судова у иностраној држави, чије је приступање САД прихватила, да оно само по себи крши појам судског поступка и даље „...поступање на основу међународне учтивости (*comitas*) захтева поверење у судове да ће одредити сваку меру која је неопходна за заштиту детета које се враћа.“

Следећи ову одлуку, можемо се запитати и да ли је у основи одлучивања о повратку детета према Конвенције 1980 међународна учтивост или најбољи интерес детета. Наиме, испуњеност услова за примену изузетка опасности или изузетка људских права утврђује се, према претежном делу судске праксе, у односу на повратак у државу уобичајеног боравишта детета. Као што смо видели, за успешно позивање на ове изузетке потребно је да се утврди да та држава не може или неће да пружи заштиту детету или отмичару. Овакав став је директно повезан са чињеницом да Конвенција 1980 почива на принципу узајамног поверења држава. Отуда се, даље, може поставити питање да ли је уопште могуће посумњати у правни систем друге државе уговорнице, с обзиром на начин обавезивања овом конвенцијом. Наиме, свака држава која је већ уговорница Конвенције 1980 појединачно одлучује да ли ће прихватити приступање

⁸⁰⁰ Одлука о вршењу права на старање која је донета у поступку покренутом након што је лице од кога је дете одведено сазнало за отмицу (тзв. *chasing orders*), сматрају се искљученим из Конвенције 1980. Наиме, ове одлуке се доносе у одсуству друге странке и локални судови су склони да благонаклоно гледају на родитеља од кога је дете одведено. Beaumont, McElevay, *International Child Abduction*, pp. 51-53.

⁸⁰¹ *Souratgar v. Fair*, 720 F.3d 96 (2nd Cir. 2013), INCADAT HC/E/USf 1240.

друге државе која након ње приступи Конвенцији 1980.⁸⁰² Ово право имају и државе које су биле чланице Хашке конференције на дан њеног четрнаестог заседања у погледу приступања чак и оних држава које су постале уговорнице Конвенције 1980 пре ње (чл. 37 и 38).⁸⁰³ Другим речима, у зависности од броја држава које прихвате приступање конкретне државе постојаће већи број двостраних уговора.⁸⁰⁴ Иако се на основу укупног броја држава уговорница чини да је Конвенција 1980 широко прихваћена, истина је да постоје случајеви да она није ступила на снагу између свих држава уговорница.⁸⁰⁵ Некада је неприхватање приступања последица не само превида, већ, што је много важније, чињенице да постоје одређено подозрење у погледу политичког или правног система приступајуће државе. Такав је, примера ради, својевремено био случај са Аустријом и Мађарском. Наиме, Аустрија није хтела испрва да прихвати приступање суседне државе, као ни других држава тадашњег источноевропског блока.⁸⁰⁶

Ипак, када је приступање прихваћено, онда се питање поверења у способност те државе да предузме мере за заштиту како детета тако и мајке које одбија да га прати не би требало постављати. Међутим, тога је у пракси ипак било, не зато што генерално постоји сумња у правни систем одређене државе, већ зато што би он био неделотворан у конкретном случају услед специфичних околности. Тако је у случају *D.T. v. L.B.T.*⁸⁰⁷ енглески Високи суд сматрао да постојећи правни поступци у Италији не би могли да помогну мајци, жртви застрашујућег насиља у породици нити деци ако би се вратила сама (посебно имајући у виду да је најстарије дете било аутистично) с обзиром да је мајка одбијала да се врати. Такође, у случају *Cameron v. Cameron*⁸⁰⁸ шкотски суд је

⁸⁰² Члан 38 став 4.

⁸⁰³ Конвенција 1980 аутоматски ступа на снагу између држава које су биле чланице Хашке конференције на дан четрнаестог заседања, након депоновања инструмента о ратификацији.

⁸⁰⁴ C. Bruch, *Religious Law, Secular Practices and Children's Human Rights in Child Abduction Cases under The Hague Child Abduction Convention*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Number 2, Winter 2001, p. 50. Даље Bruch, *Human Rights in Child Abduction Cases*.

⁸⁰⁵ Примера ради, Србија није прихватила приступање само Казахстана, Ирака и Замбије. Изненађујуће, али Конвенција 1980 није на снази између, на пример, Аустралије и Русије или, рецимо, САД и Русије. Посебно је занимљив случај са бившим југословенским републикама које су прилично пасивне по овом питању (на пример, Конвенција 1980 није на снази између Босне и Херцеговине и држава као што су Мађарска, Нови Зеланд, Пољска, Румунија, Малта, Бразил и многих других). Детаљније за сваку државу видети *Acceptances of accessions, Spreadsheet showing acceptances of accessions to the Child Abduction Convention*, http://www.hcch.net/upload/abductoverview_e.pdf (28.01.2014).

⁸⁰⁶ Тек 1990. године, након отварања граница између ових држава, Аустрија је прихватила приступање Мађарске. Видети Bruch, *Human Rights in Child Abduction Cases*, p. 51.

⁸⁰⁷ *D.T. v. L.B.T.* (2010) EWHC 3177 (Fam.), INCADAT HC/E/UKe 1042.

⁸⁰⁸ *Cameron v. Cameron* (No. 3) 1997 SCLR 192, INCADAT HC/E/UKs 112.

одбио повратак деце зато што је утврдио да нема изгледа да суд у Француској мериторно реши спор о вршењу родитељског права. Слично томе, у случају пред Основним судом у Зајечару, мајка је тврдила да је у поступку који се водио поводом вршења права на старање у Француској, приведена у току рочишта које је потом напустила у пратњи полиције, при чему је расправа настављена у њеном одсуству, без одређивања лица које би је у међувремену заступало.⁸⁰⁹

Ови случајеви остају у сенци велике већине других, у којима судови државе уточишта имају поверења у правни систем државе уобичајеног боравишта детета, понекад у толикој мери да „прелазе границу наивности у свом веровању да надлежни органи (друге државе, С.М) могу ефикасно заштити жртву насиља и децу.“⁸¹⁰ При томе је сав терет доказивања постојања озбиљног ризика управо на отмичару, а скоро апсолутно поверење у правни систем државе уобичајеног боравишта детета се подразумева.⁸¹¹ Тако је у случају *Murray v. Director, Family Services*⁸¹² суд био склон да поверује да ће држава уобичајеног боравишта детета моћи да пружи адекватну заштиту мајци која је пристала да се врати са децом упркос њеним наводима да је отац деце члан банде и да јој је претио смрћу, те да би по повратку морала да потражи смештај у сигурној кући заједно са децом јер се осећа озбиљно угроженом. Суд није сматрао те наводе довољним за испуњење услова изузетка опасности, већ је пошао од претпоставке да се они могу вратити у неки други део Новог Зеланда и да то зависи од ње. Слично томе, у случају *Re M. (Abduction: Intolerable Situation)*,⁸¹³ суд није сматрао да је изузетак опасности испуњен ни када је мајка одвела децу зато што је бежала од мужа који, поред тога што ју је злостављао, био осуђен најпре зато што је претио социјалној радници, а потом и на десет година затвора због убиства, да би након што је пуштен из затвора на одсуство, био осумњичен и за силовање. Према мишљењу суда, приликом оцене испуњености услова за одбијање повратка деце, најважније је било питање способности норвешких власти да мајци и деци обезбеде заштиту након повратка. У оквиру питања оправданости примене изузетка опасности у случају насиља према отмичару, стиче се утисак да суд државе уточишта полази од претпоставке да би одбијање повратка представљало увреду за правни систем државе уобичајеног боравишта детета, сугеришући на тај начин да нису у стању да заштите

⁸⁰⁹ Решење 16 Пом. Иг-23/11 Основног суда у Зајечару од 20.12.2012. године.

⁸¹⁰ Bruch, *The Hague Child Abduction Convention*, p. 40 ad 29 (фуснота).

⁸¹¹ Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims*, p. 228.

⁸¹² *Murray v. Director, Family Services* (1993) FLC 92-416, INCADAT HC/E/AU 113.

⁸¹³ *Re M. (Abduction: Intolerable Situation)* [2000] 1 FLR 930, INCADAT HC/E/UKe 477.

дете односно жртву насиља.⁸¹⁴ То нас доводи до дилеме шта је у основи повратка детета према Конвенцији 1980 – међународна куртоазија или најбољи интерес детета? Иако је неспорно да начин приступања Конвенцији 1980 обавезује на куртоазију, она се не би могла сматрати правним принципом који је одлучујући приликом одлучивања о повратку детета. У том смислу је с правом истакнуто да међу државама уговорницама има и оних који другачије оцењују интерес детета – не као фактичко питање већ као законску претпоставку.⁸¹⁵ Међутим, не треба заборавити да је чак и у случају законске конкретизације најбољег интереса детета могуће да би она одговарала фактичком тесту који примењује друга држава,⁸¹⁶ у зависности од околности случаја.⁸¹⁷ При томе, треба имати у виду да је стандард најбољег интереса детета колико правни толико и социолошки појам и да његова конкретизација зависи од традиције једног друштва, његових вредности, културе и сличних чинилаца. Такође, с обзиром да су државе уговорнице које полазе од законске конкретизације накнадно приступиле Конвенцији 1980, те да је било прилике да се приступање не прихвати, позивање на разлике у процени овог стандарда не би могло да буде разлог за одбијање повратка. У сваком случају, међународна учтивост није претпостављена најбољем интересу детета, већ управо супротно, она је подређена овом стандарду.⁸¹⁸

Поред тога, чини се да постоји још један разлог за нераду примену изузетка опасности. На основу свих изнетих примера, могао би се стећи утисак да постоји бојазан судова да не пређу границу утврђивања најбољег интереса детета и одлутају у одлучивање или прејудуцирање мериторног решења. У том смислу, управо се изузетак опасности приближава овој граници. Иако се сматра да само изузетак људских права има своје порекло у класичном (традиционалном) јавном поретку, изузетак опасности је веома сличан његовој материјализацији у смислу најбољег интереса детета. Ипак и његова конкретизација је строга јер обухвата само три стандарда (физичка опасност, психичка траума и други неповољни положај) под условом да је њихово постојање *очигледно* (постојање озбиљног ризика). Такође, будући да Конвенција 1980 не садржи норме о задржавању надлежности и након доношења коначне одлуке којом се повратак детета одбија, више не постоје сметње за заснивање надлежности суда државе

⁸¹⁴ Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims*, p. 228.

⁸¹⁵ K. Beevers, *Child Abduction – Welfare or Comity?*, *Family Law*, Volume 26, 1996, p. 366. Даље Beevers, *Welfare or Comity*.

⁸¹⁶ Супротно, *ibidem*.

⁸¹⁷ Живковић, *Поверавање деце*, стр. 95.

⁸¹⁸ Beevers, *Welfare or Comity*, p. 376.

уточишта за одлучивање о праву на старање према оном критеријуму националних норми о међународној надлежности који је у конкретном случају испуњен (држављанство, пребивалиште, уобичајено боравиште). С обзиром да би то водило систематском кршењу Конвенције 1980, опасност клизавог терена процене најбољег интереса детета државе уговорнице решавају пребацивањем лопте држави уобичајеног боравишта детета. Отуда и та претерана ригорозност у тумачењу и примени изузетка опасности. Ипак, могло би се с правом рећи да нерада примена изузетка опасности у околностима које су веома озбиљне и ризичне зато што се сматра да ће потпуну заштиту обезбедити држава уобичајеног боравишта детета значи „абдикацију“ судије који одлучује о повратку.⁸¹⁹

В) Изузетак мишљења детета

Када је реч о овом изузетку, државе се различито односе према могућности детета да изрази своје мишљење у поступку у коме се одлучује о неком његовом праву.⁸²⁰ У том смислу, поједине државе су склоне да овом изузетку дају велики значај,⁸²¹ док су друге, начелно, подозриве.⁸²² Разлог неспремности држава да прихвате овај изузетак огледа се томе што би превелик утицај овог изузетка ставило дете у позицију „врховног судије“.⁸²³ Посебно је проблематично дати прецизан одговор чему се дете мора противити – повратку у *државу* или повратку *родитељу*. Иако је судска пракса дуго сматрала да се противљење детета може односити само на државу,⁸²⁴ инсистирање на томе може умногоме да обесмисли овај изузетак. Данас нема јасног става о овом питању. Наиме, инсистирање на противљењу повратку у државу заснива се првенствено на принципу међународне сарадње и поверења између држава уговорница, те се од њих очекује да обезбеде заштиту детету по повратку. Међутим,

⁸¹⁹ Став америчких и аустралијских судова. Наведено према Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims*, p. 228.

⁸²⁰ Према статистичком извештају из 2011. године, одбијање повратка детета с позивом на његово противљење је као самостални основ примењено у 28 случајева. *A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part I – Global Report*, prepared by Professor Nigel Lowe, Preliminary Document 8A.

⁸²¹ Немачка се у том смислу посебно издваја. Lowe, *International Movement*, p. 353.

⁸²² УК. *Ibidem*. Ипак, и у пракси енглеских судова долази до мењања овог приступа, видети *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, INCADAT HC/E/UKe 937, мишљење баронесе Hale.

⁸²³ Што је и био разлог за противљење америчке делегације приликом укључивања овог изузетка у Конвенцију 1980. Видети Lowe, *International Movement*, p. 352.

⁸²⁴ У том погледу је илустративна одлука у случају *Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1993] Fam 242, INCADAT HC/E/UKs 87.

ако Конвенција 1980 није праћена и Конвенцијом 1996, на основу које постоји могућност да се има увид у мере за заштиту које примењује држава у коју се дете враћа, онда се њена улога завршава извршењем одлуке о повратку.⁸²⁵ Осим тога, с обзиром да је централна фигура целог поступка *дете*, неоправдано је игнорисати његову вољу и, не гледати на случај и очима детета. У том смислу, деци је често тешко да раздвоје повратак у државу од повратка родитељу,⁸²⁶ а понекад није ни судијама.⁸²⁷

Када се ради о прихватању противљења детета у односу на његов узраст, пракса је прилично уједначена када је реч о деци од 12 година,⁸²⁸ али има и случајева када није прихваћено мишљење старије деце,⁸²⁹ а прихваћено је мишљење млађе деце.⁸³⁰ Ово питање може бити посебно значајно из угла нашег Породичног закона, с обзиром да деца у узрасту од 15 година имају право избора родитеља са којим ће живети (члан 60 став 4). Наиме, питање је како би се ова одредба тумачила из угла међународног приватног права. С једне стране, она се може тумачити и као норма непосредне примене када би се пред нашим судом уважавала противљења и деце странаца овог узраста. С друге стране, чини се да би било примереније ово питање решавати у оквиру права које је меродавно за право на старање јер мишљење детета у овом случају није само право на одбијање повратка у контексту Конвенције 1980, већ и посебно признато право *избора* лица које ће се о њему непосредно старати.⁸³¹ Према томе, наши судови не би требало да примењују ову одредбу Породичног закона када одлучују о повратку детета, већ право државе које је меродавно за право на старање. У сваком случају,

⁸²⁵ Према се тумачењем члана 7 Конвенције 1980 може закључити да државе могу сарађивати и у погледу заштите која ће детету бити пружена након повратка, судови држава уточишта махом само констатују да ће заштита бити пружена у држави уобичајеног боравишта детета. Видети случај *Souratgar v. Fair*, 720 F.3d 96 (2nd Cir. 2013), INCADAT HC/E/USf 1240.

⁸²⁶ Тако је у одлуци у случају *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 FCR 159, INCADAT HC/E/UKe 270 наведено да је често потпуно неизбежно да се ова два фактора раздвоје.

⁸²⁷ Мада се дешава да то ни судије не разликују увек. Тако је Виши суд у Новом Саду преиначио решење Основног суда управо у делу изреке у којој је овај навео да се дете враћа родитељу у Шведској. Виши суд је, пак, у образложењу навео да се према Конвенцији 1980 дете враћа у државу а не родитељу. Решење Вишег суда у Новом Саду, Посл.бр. Гж.2-38/2013 од 11.09.2013.године, *необјављено*.

⁸²⁸ P. Nygh, *The International Abduction of Children*, Children on The Move: How to Implement Their Right to Family Life (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996, p. 39. Даље Nygh, *The International Abduction of Children*.

⁸²⁹ У случају *Commissioner, Western Australia Police v. Dormann, JP* (1997) FLC 92-766, INCADAT HC/E/AU 213, суд је одбио противљење детета од 13 година зато што се односило на повратак оцу, а не у односу на државу. У случају *N.J.C. v. N.P.C.* [2008] CSIH 34, 2008 S.C. 571, INCADAT HC/E/UKs 996 није се прихватило мишљење двоје деце узраста од 15 и 11 година.

⁸³⁰ У случају *Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Thorpe* (1997) FLC 92-785, INCADAT HC/E/AU 212 прихваћено је мишљење детета старог 9 година.

⁸³¹ Поред тога, избором родитеља са којим ће живети, дете се истовремено опредељује и за државу у којој ће имати свој дом.

право детета на одбијање повратка се не би могло занемаривати јер је данас, „реч постала принцип, а тишина изузетак.“⁸³²

2.1.2. Конвенција 1980 пред Европским судом за људска права – проблем пуног теста најбољег интереса детета

Интервенција Савета Европе у простор људских права учинила је да се Конвенција 1980 нађе под лупом и једног наддржавног суда - Европског суда за људска права (*ECtHR*), основаног према Европској конвенцији о људским правима (члан 19). На тај начин је материја људских права почела да обликује праксу и поводом примене конвенција о породичном међународном приватном праву, што ће се показати као мач са две оштрице.

ECtHR као наддржавни суд контролише примену Европске конвенције о људским правима на основу представки које могу поднети како државе уговорнице једна против друге, тако и појединци против држава уговорница, чак и онда када нису грађани државе уговорнице.⁸³³ На тај начин су одлуке *ECtHR* постале још утицајније јер више немају само значај за чланице Савета Европе већ и за цео свет.⁸³⁴ Осим тога, одлуке обавезују државе уговорнице не само на исплату накнаде штете, већ и на измене свог националног права у складу са одлуком суда (члан 53 Европске конвенције о људским правима). Најзад, и друге државе уговорнице помно прате дешавања пред *ECtHR* како би избегле да се и саме нађу у позицији туженог. У односу на Конвенцију 1980 пак, контрола је посредна, с обзиром да је она најчешће посматрана кроз призму члана 8 Европске конвенције о људским правима којом се штити право на породични живот. Штавише, скорашњим променама поступка пред овим судом, представке које

⁸³² P. Klötgen, *La portée juridique donné à la parole de l'enfant, Les enlèvement d'enfants à travers les frontières*, Actes du Colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hughes Fulchiron, Bruxelles, 2004, p. 337.

⁸³³ У почетку је постојала и Европска комисија за људска права чији је задатак био да утврди допуштеност представки, али је она укинута Протоколом 11 из 1994. године који је ступио на снагу 4 године касније.

⁸³⁴ Тако је у случају *Sylvester v Austria* (App. Nos. 36812/97; 40104/98 (2003) 37 E.H.R.R. 17), INCADAT HC/E/ 502, држављанин САД поднео представку *ECtHR* у случају незаконитог одвођења детета из Мичигена у Аустрију. Аустријски суд је одбио позивање мајке на изузетак опасности и наредио повратак детета, али је услед кашњења са извршењем ове одлуке, суд коначно утврдио да су се околности промениле те да је дете сада везаније за мајку која га је одвела него за оца који је тражио повратак. *ECtHR* је једногласно одлучио да је Аустрија прекршила право на породични живот из члана 8 Европске конвенције зато што није предузела све кораке за извршење одлуке о повратку детета, с обзиром да је одлуку о повратку донела у року од 4 месеца, док је поступак извршења трајао годину дана уз само један покушај извршења, да би на крају, поводом жалбе, суд у Аустрији одлучио да се дете неће вратити будући да је у међувремену отац детету „поставио странац.“

су засноване на Конвенцији 1980 добиле су приоритет, што значи да се решавају по хитном поступку.⁸³⁵ Међутим, *ECtHR* је почев од 2010. године и случаја *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*⁸³⁶ унео пометњу у тумачење најбољег интереса детета према Конвенцији 1980. Наиме, *ECtHR* инсистира на примени пуног теста најбољег интереса детета и у случају одлучивања о повратку незаконито одведеног или задржаног детета, на исти начин као када се мериторно одлучује о праву на старање, што није идеја на којој почива Конвенција 1980. По свему судећи, став суда се неће променити с обзиром да је у најновијој одлуци у случају *X. v. Latvia*⁸³⁷ поново потврђен. Проблем тумачења Конвенције 1980 од стране *ECtHR* може се посматрати и као питање утицаја судија специјализованих за материју људских права на проблеме међународног породичног права.⁸³⁸ При томе је важно имати у виду да *ECtHR* не тврди да Конвенција 1980 сама по себи крши Европску конвенцију о људским правима, већ да то чине државе уговорнице приликом њене примене. Истини за вољу, право оспоравања Конвенције 1980 у односу на друге међународне и националне изворе у материји људских права није изум *ECtHR*, већ појединих држава уговорница у којима су покретани поступци за оцену уставности. У том смислу, посебно се издваја пример Немачке у којој се у неколико наврата актуелизовало питање да ли примена чланова 3, 12, 13 и 14 Конвенције 1980 крши немачки Устав. Одговор Савезног Уставног суда Немачке био је негативан.⁸³⁹

Однос *ECtHR* према Конвенцији 1980 може се пратити кроз два периода. Први обухвата случајеве које је решавао пре пресуде *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, а други након тога. У првом периоду *ECtHR* се бавио случајевима који су се тицали кршења Европске конвенције о људским правима услед кашњења са извршењем одлуке о повратку детета, кашњења у одлучивању о захтеву за повратак детета,

⁸³⁵ Одредба 41 Правила о људским правима које се односи на одлучивање о приоритету представки измењена је 2009. године, уношењем 7 критеријума за оцену хитности представке. На основу тога, случајеви који се тиче добробити детета постали су приоритетни, а самим тим и одлучивање о поступку који се у државама уговорницама Европске конвенције води поводом захтева за повратак детета према Конвенцији 1980. Детаљније N. Lowe, *A supra-national approach to interpretation the 1980 Hague Child Abduction Convention – a tale of two European courts: Part 1: setting the scene*, IFL March 2012, p. 51. Даље Lowe, *A supra-national approach*.

⁸³⁶ *Shuruk v. Switzerland*, Application No 41615/07, Grand Chamber, INCADAT HC/E/ 1323.

⁸³⁷ *X. v. Latvia*, Application No. 27853/09, Grand Chamber, INCADAT HC/E/ 1234.

⁸³⁸ P. Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*, Recueil des Cours 2008, Tome 335, 2009, p. 25. Даље Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*.

⁸³⁹ Видети детаљније Coester-Waltjen, *The Future of the Hague Abduction Convention*, pp. 60-68.

непримене Конвенције 1980 у случајевима када је она морала бити примењена, неправилног тумачења кључних одредаба Конвенције 1980 и права на правично суђење.

У погледу кашњења са извршењем одлука о повратку детета, *ECtHR* је прву одлуку о томе донео у случају *Ignaccolo-Zenide v. Romania*,⁸⁴⁰ у коме је утврдио да је Румунија прекршила члан 8 Европске конвенције о људским правима зато што је за три године (1994-1997) од одлуке о повратку детета било само неколико спорадичних покушаја њеног извршења, а мајка није децу видела 7 година. Такође, занимљиво је и што у то време судови који су поступали по Конвенцији 1980 нису превише марили за мишљење детета, те су она изузетно ретко имала прилику да се изјасне о повратку, али се ни *ECtHR* није бавио овим питањем.⁸⁴¹

⁸⁴⁰ *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7, INCADAT HC/E/ 336. Одлука је однета већином од 6 гласова наспрам једног. Судија који је издвојио мишљење сматрао је да су румунски органи пропустили да прибаве мишљење деце која су у то време имала 13 и 10 година. У овом случају, радило се о незаконитом одвођењу деце. Мајка (француска држављанка) и отац (румунски држављанин) који су се пре тога развели у Француској, уредили су споразумно питање родитељског права које је требало самостално да врши отац и права на виђање које је добила мајка. Суд је прихватио овај споразум и унео га у одлуку о разводу брака. Отац се потом преселио у САД са ћеркама. Мајка је покренула поступак у Француској за измену одлуке о вршењу родитељског права јер није могла да оствари право на виђање. Њен захтев је најпре одбијен у првостепеном поступку, али је 28. маја 1991. године, апелациони суд децу поверио њој и требало је да ћерке живе са њом. Отац је добио право на виђање. Отац се у Тексасу, где је живео, обратио суду, да би му, 30. септембра 1991. године, суд поступку у коме мајка није учествовала доделио родитељско право. Након тога, отац се преселио у Калифорнију. Годину дана касније у Француској је против њега покренут кривични поступак. Мајка је успела да током 1993. и 1994. године добије 5 пресуда у Калифорнији којима се налаже оцу да врати ћерке. Дана 10. августа 1993. године, суд у Калифорнији је признао француску одлуку којом је родитељско право додељено мајци. У марту 1994. године, отац је напустио САД и преселио се са ћеркама у Румунију. У новембру 1994. године, централни орган САД-а покреће поступак за повратак ћерки. Месец дана касније, француски централни орган чини то исто. Дана 14. децембра 1994. године, суд у Букурешту је наредио повратак деце. Међутим, отац је децу сакрио и пресуда није извршена. Жалбе оца су одбијене. У исто време док је трајао поступак по Конвенцији 1980 отац је покренуо поступак за вршење родитељског права у Румунији. Дана 5. фебруара 1996. године, суд у Букурешту је, применом принципа најбољег интереса детета, оцу доделио родитељско право. На ову одлуку је мајка уложила жалбу јер јој није ни била достављена тужба. Уследио је низ жалби да би Апелациони суд у Букурешту 28. маја 1998. године потврдио пресуду. Отац је уједно покренуо и поступак у Француској за признање одлуке. Француски суд је одбио захтев сматрајући да румунски суд није био надлежан. Мајка је коначно видела своју децу, по први пут за 7 година, у њиховој школи у Букурешту 29. јануара 1997. године. Састанак је трајао 10 минута, а ћерке су одбијале даљи контакт. Након тога, мајка више није тражила да се изврши одлука о повратку. У писму од 31. јануара 1997. године, румунски централни орган је обавестио централни орган Француске да се деца неће вратити због њиховог противљења. Дана 22. јануара 1996. године, мајка је поднела представку, тврдећи да је Румунија повредила њено право на породични живот тиме што није извршила одлуке о повратку. Укупно је било четири покушаја да се поступак извршења спроведе, да би у наредне две године изостао сваки покушај. При томе, састанак који је организован са децом, одвијао се годину дана након што је мајка поднела представку Европској Комисији за људска права, и то без присуства социјалног радника, у препуној школи, пред професорима који су очеве колеге. Девојчице су тада имале већ 15 и 12 година.

⁸⁴¹ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 29.

Ипак, закључци које је суд заузео били су веома значајни за тумачење и примену Конвенције 1980. Пре свега, *ECtHR* је сматрао да поступак у случају отмице детета мора бити што хитнији јер протек времена ствара непоправљиву штету за однос између деце и родитеља од ког су одведена. Потом, да свака држава уговорница мора да се побрине да обезбеди ефикасне мере за поштовање права на породични живот, те да државе морају бити активније у покушајима извршења одлука и да контакти са децом треба да буду обављени у присуству професионалаца који би их за то припремили, као и да деци треба објаснити да повратак не значи прејудуцирање одлуке о праву на старање.⁸⁴² Штавише, у случају *Sylvester v Austria*,⁸⁴³ *ECtHR* је навео да изузетно обустава извршења одлуке о повратку детета може бити оправдана, али не и зато што су се околности промениле услед пропуста државе да одлуку изврши.⁸⁴⁴

Када је реч о тренутку од ког почиње да се рачуна разумни рок за спровођење извршења, *ECtHR* се колебао. Најпре је у случају *Iosub Caras v. Romania*,⁸⁴⁵ узео у обзир трајање поступка од тренутка доношења захтева за повратак, те је кашњење од 18 месеци сматрао кршењем члана 8 Европске конвенције о људским правима, да би потом, у случају *P.P. v. Poland*⁸⁴⁶ узео у обзир само период од доношења коначне одлуке о повратку детета.⁸⁴⁷ Како *Beaumont* наводи, могуће објашњење би било да је за доношење одлуке о кршењу члана 8 било довољно и кашњење од тренутка доношења коначне одлуке о повратку, те није било потребе да се цео поступак поново

⁸⁴² Иако су се ове примедбе односиле директно на поступање румунских власти, оне ипак шаљу универзалну поруку.

⁸⁴³ Видети *supra* 834 (фуснота).

⁸⁴⁴ P. Beaumont, *The Art. 8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, *Nuovi Instrumenti del diritto internazionale privato: Liber Fausto Pocar* (eds. G. Venturini, S. Bariatti), Tome 2, Milano, 2009, pp. 84-85. Даље Beaumont, *The Art. 8 jurisprudence of the European Court of Human Rights*.

⁸⁴⁵ *Iosub Caras v. Romania*, Application No. 7198/04, (2008) 47 E.H.R.R. 35, INCADAT HC/E/ 867. Дете је рођено у Израелу и имало је двоструко држављанство (израелско и румунско). У септембру 2001. године, породица је посетила Румунију да би се средином октобра отац вратио у Израел, остављајући мајку са дететом у Румунији. Новембра исте године отац је покренуо поступак за повратак детета. Шест месеци касније, априла 2002. године, румунски првостепени суд је донео одлуку којом је одбио повратак детета, с позивом на изузетак опасности под којим је подразумевао напету (и насилну) политичку ситуацију у Израелу. Децембра 2002. године, одлучујући по жалби, првостепени суд је наредио повратак детета. Мајка се потом жалила на ову одлуку те је Апелациони суд у Букурешту преиначио одлуку одбијајући повратак (јун 2003. године). У међувремену је румунски суд кршењем члана 16 Конвенције 1980 одлучио о праву на старање током трајања поступка о повратку и поверио дете мајци. Такође, Апелациони суд је поред ове чињенице узео у обзир и боравак детета од 7 месеци у Румунији услед кога је нашао да повратак у Израел не би био у његовом интересу.

⁸⁴⁶ *P.P. v. Poland*, Application no. 8677/03, INCADAT HC/E/ 941.

⁸⁴⁷ Кашњење од тренутка доношења коначне одлуке износило је 21 месец, али се зато у односу на почетак поступка каснило фрапантних 6 година.

разматра,⁸⁴⁸ посебно зато што је у случају *Karadžić v. Croatia*,⁸⁴⁹ *ECtHR* узео у обзир цео поступак, од тренутка подношења захтева за повратак до доношења одлуке о окончању извршног поступка (и утврдио да је члан 8 Европске конвенције о људским правима прекршен јер хрватске власти нису дале убедљиво објашњење за потпуну пасивност у периоду од 17 месеци). Ова последња одлука је, поред осталог, важна и због тога што је у њој *ECtHR* заузео став да се члан 11 Конвенције 1980 којим се државе уговорнице обавезују да обезбеде хитан повратак детета не односи само на поступак одлучивања о повратку, како су судови иначе склони да га тумаче, већ на све фазе поступка, укључујући и поступак по правним лековима и поступак извршења.⁸⁵⁰

Када се ради о односу права на виђање током поступка одлучивања о повратку детета и права на породични живот, *ECtHR* је у случају *Bianchi v. Switzerland*,⁸⁵¹ између

⁸⁴⁸ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 40.

⁸⁴⁹ *Karadžić v. Croatia*, Application No. 35030/04, (2005) 44 EHRR 896, INCADAT HC/E/ 819. Отац (хрватски држављанин) и мајка (држављанка Босне и Херцеговине), који нису били у браку, живели су заједно у Немачкој у којој је и њихов син рођен. Отац је 1999. године напустио Немачку након покретања кривичног поступка против њега. У мају 2000. године, мајка је одвела дете у Хрватску да посети оца који није дозволио да се мајка врати са дететом, те се она вратила сама. Дана 25. априла 2001. године, немачки судови су одлучили да је дете незаконито задржано, на основу чега је мајка поднела захтев за повратак немачком централном органу. У септембру 2001. године, мајка је успела да дете врати у Немачку (пример поновне отмице), али је 10 дана касније отац отео дете. Дана 21. октобра 2001. године, покренут је поступак пред Опћинским судом у Поречу који је, после 6 месеци, донео одлуку о повратку детета 6. маја 2002. године. Дана 14. октобра 2002, Жупанијски суд у Пули је уважио жалбу оца и вратио предмет првостепеном суду и наредио да се одреди тачно време отмице детета и да ли постоје услови за одбијање повратка из чл. 12 и 13 Конвенције 1980. Дана 12. маја 2003. године, Опћински суд у Поречу је поново наредио повратак детета. Након више од годину дана, 18. августа 2003. године, Жупанијски суд у Пули је одбио жалбу оца, те је након месеца дана Опћински суд у Поречу донео решење о извршењу. Први покушај извршења није успео и након тога се оцу губи траг, те је суд реаговао одређивањем притвора и наредио је да се открије место у коме се дете налази. Септембра исте године, извршење је још једном покушано. Отац је одбио да преда дете и силом покушао да побегне са својим сином. Мајка је 1. октобра поднела представку *ECtHR*. Отац је пронађен месец и по дана након тога и ухапшен, али је касније побегао из притвора. На рочишту пред Опћинским судом у Поречу, две године након подношења представке *ECtHR*, адвокат који је заступао мајку потврдио је да је дете враћено те је донета одлука којом је поступак извршења окончан. Међутим, мајка је касније изјавила да она није знала за овај поступак и да је дете још увек у Хрватској, али се на одлуку о окончању извршног поступка није жалила.

⁸⁵⁰ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 44.

⁸⁵¹ *Bianchi v. Switzerland*, Application No. 7548/04, INCADAT HC/E/ 869. Захтев за повратак се тичао дечака који је са родитељима живео у Италији све док се они нису раздвојили у јуну 2002. године, када је он имао непуне три године. Након растанка родитеља, дечака је мајка одвела у Швајцарску. У септембру 2002. године, отац подноси захтев за повратак. Након низа различитих поступака, Савезни Врховни суд је донео одлуку априла 2003. године, те су се дечак и мајка се вратили у Италију. У децембру 2003. године, током посете ради остваривања права на виђање, мајка је сада четворогодишњег дечака поново одвела у Швајцарску. Отац је 6. јануара 2004. године поднео захтев за повратак, а убрзо потом и кривичну пријаву против мајке. Он потом подноси представку *ECtHR*. Суд у Швајцарској је након тога, 3. маја исте године, одбио повратак детета зато што је сматрао да је дечак везан за мајку и да не жели да се врати, да би затим Апелациони суд преиначио одлуку и наредио повратак детета. Два

осталог утврдио да кашњење швајцарских органа у току поступка одлучивања о повратку детета и извршењу одлуке заједно са чињеницом да нису учинили ништа како би у току последње две године омогућили оцу контакт са дететом представља кршење права на породични живот Европске конвенције о људским правима.⁸⁵²

Занимљиво је да је *ECtHR* у појединим случајевима екстензивно тумачио Конвенцију 1980, сматрајући да је прекршено право на породични живот и када лице од кога је дете незаконито одведено није знало за могућност примене Конвенције 1980, а централни орган је пропустио да му на то укаже. Тако је у случају *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*⁸⁵³ суд једногласно одлучио да је Шпанија прекршила члан 8 Европске конвенције о људским правима зато што централни орган, иако је знао да је дете у САД-у и да је ова држава уговорница Конвенције 1980, није објаснио оцу незаконито одведеног детета да се може покренути, поред кривичног поступка, и поступак за повратак детета према Конвенцији 1980. Оваквим тумачењем, *ECtHR* је, како сматра *Beaumont*, сасвим оправдано указао централним органима да се члан 7 Конвенције 1980 о дужности предузимања свих одговарајућих мера једнако односи и на ситуацију када странка из незнања не подноси захтев према Конвенцији 1980, те би централни органи у оваквим ситуацијама морали странку да детаљно обавесте о томе.⁸⁵⁴ Слично, *ECtHR* је заузео став да пропуст централног органа да детаљно информише странку у поступку по Конвенцији 1980 о могућностима улагања правних лекова, представља такође случај кршења права на породични живот.⁸⁵⁵

месеца касније, адвокат мајке је рекао да она одбија да преда дете и да неће дозволити било какав даљи контакт са оцем, који је затим тражио принудно извршење одлуке. Међутим, мајка је одбила да каже где се дете налази. До краја поступка пред *ECtHR* локација на којој се дете налазило није откривена. Овај случај је добио свој епилог 4 године након друге отмице тако што је мајка приведена на аеродрому у Мозамбику где је путовала са двама ћеркама и дечаком и одведена у Италију. Тамо је задржана у притвору са ћеркама а дечак је предат оцу. Након пуштања на слободу, мајка се вратила у Швајцарску и затражила оставаривање права на виђање дечака у Италији према члану 21 Конвенције 1980. Наведено према A. Bucher, *Réforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi suisse*, *Nuovi Instrumenti del diritto internazionale privato*: Liber Fausto Pocar (eds. G. Venturini, S. Bariatti), Tome 2, Milano, 2009, p. 182. Видети такође и Bucher, *The New Swiss Federal Act*, p. 140.

⁸⁵² Beaumont, *The Art. 8 jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Bucher, *The New Swiss Federal Act*, pp. 140-141.

⁸⁵³ *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, Requête no 56673/00, (2005) 40 E.H.R.R. 36, INCADAT HC/E/ 542.

⁸⁵⁴ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 50.

⁸⁵⁵ *Anghel v. Italy* (Application No. 5968/09) INCADAT HC/E/ 1232. Поступак се тичао детета рођеног у Румунији марта 2003. године. Након његовог рођења, мајка је повремено радила у Италији. Када је дете имало две године, мајка је у Италији добила редован посао и отац се сложио да дете отпутује у Италију са мајком о чему је потписан и споразум. У јануару 2006. године, отац је отпутовао у

Прва значајнија одлука из које се могло закључити да ће се *ECtHR* заинтересовати за тумачење најбољег интереса детета и навестити отпочињање другог периода је донета у случају *Monory v. Romania and Hungary*.⁸⁵⁶ *ECtHR* је, између осталог, сматрао да оцена испуњености изузетка опасности подразумева утврђивање најбољег интереса детета, при чему је суд био уверен да је боравак детета у Румунији након одвођења из Мађарске у периоду од 8 месеци довољан за закључак о његовој интегрисаности у средину у Румунији, иако је покренут поступак за његов повратак. Међутим, овакво тумачење најбољег интереса детета у светлу члана 13 Конвенције 1980 је погрешно јер занемарује његов прави смисао и стога је опасан јер омогућава судовима држава уговорница да пренебрегну члан 13 и „једноставно ураде оно што сматрају да је у најбољем интересу детета“.⁸⁵⁷ Насупрот томе, у наредном случају *Eskinazi and Chelouche v. Turkey*,⁸⁵⁸ о коме је одлучено шест месеци касније, заузет је

Италију да би довео дете назад, чему се мајка успротивила, тако да је дете остало у Италији. По повратку у Румунију отац је поднео кривичну пријаву против мајке, да би се потом преселио у Катар. Крајем 2006. године, отац је отпутовао у Италију да посети свог сина и убрзо су заједно дошли у Румунију. Месец дана након тога придружила им се и мајка те су сви заједно отпутовали у Молдавију у посету мајчиним рођацима. Крајем јануара 2007. године, мајци и детету се губи сваки траг. Почетком априла исте године, отац се обраћа централном органу Румуније и тражи повратак детета. Јула 2007. године покренут је поступак за повратак детета у Италији чији је суд одбио захтев, сматрајући да дете није било незаконито одведено и да је дете интегрисано у средину у Италији, иако је имало неке проблеме. Отац је покушао да се жали, али је више пута добио непотпуне или погрешне информације о жалбеном поступку од стране власти и адвоката, иако је румунски централни орган благовремено добио обавештење од Министарства правде Италије да се жалба може поднети Касационом суду, као и погрешне савете у погледу услова за добијање правне помоћи адвоката, те на крају није ни могао у предвиђеном року да поднесе жалбу.

⁸⁵⁶ *Monory v. Hungary & Romania*, Application No. 71099/01, (2005) 41 EHRR 77, INCADAT HC/E/ 802. У овом случају радило се о повратку девојчице рођене у Мађарској 1995. године. Када је имала три године, родитељи су је одвели у посету рођацима у Румунији. Отац се вратио у Мађарску, а мајка је обећала да ће се доћи са дететом до краја јануара 1999. године. Међутим, почетком јануара, мајка је у телефонском разговору саопштила оцу да је поднела тужбу за развод брака и да се неће вратити у Румунију. Пар дана након тога, отац је поднео захтев за повратак детета. Сви румунски судови који су одлучивали у овом случају сматрали су да отац није имао самостално право на старање и да зато одвођење није незаконито.

⁸⁵⁷ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 58.

⁸⁵⁸ *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (Application No 14600/05), INCADAT HC/E/ 742. Случај се тичао девојчице рођене 2000.године у Израелу. С обзиром да су родитељи били двојни држављани (мајка-француски и турски, а отац-француски и израелски) девојчица је имала тројно држављанство. Родитељи су били у браку и често су путовали са ћерком у ове три државе. Мајка је априла 2004. године одвела ћерку у Турску на десет дана уз сагласност оца. Међутим, убрзо је одлучила да се неће вратити, а мајка и отац су поднела захтеве за развод у Турској и Израелу. Истог месеца суд у Турској је мајци доделио привремено право на старање да би га јула месеца укинуо с обзиром да према члану 16 Конвенције 1980, поступак о праву на старање не може да се води док траје поступка о повратку. Маја месеца, суд у Израелу је наложио повратак детета у Израел и забранио мајци и ћерки да напусте територију Израела у периоду од једне године. Отац је тада тражио помоћ турског централног органа и након захтев јавног тужиоца суд у Истанбулу је забранио мајци и ћерки да напусте Турску. Потом се покреће и поступак за повратак детета, а током наредних рочишта мајка је инсистирала да је њена ћерка

другачији став јер је *ECtHR* навео да приликом примене Конвенције 1980 кључан значај има најбољи интерес детета, али да овај правни стандард подразумева и право детета да га родитељ не одведе односно не задржи.

Поред тога, ова одлука је значајна и у погледу питања које је разматрано у оквиру изузетка људских права,⁸⁵⁹ с обзиром да је мајка у представи навела да турски судови нису узели у обзир најбољи интерес детета јер би повратак у Израел дозволио рабинском суду да одлучује о праву на старање, а да верски суд није обезбедио основне гаранције које се односе на фер поступак. *ECtHR* је сматрао да мајчини аргументи у погледу ситуације у Израелу нису основани. Наиме, према мишљењу суда, ако девојчица буде по повратку у друштву рођака, онда се њена ситуација битно не разликује од оне у погледу друге деце која живе у Израелу, тим пре што је породица годинама живела у Израелу без проблема, а девојчица је тамо и рођена. Такође, став *ECtHR* је био да турски органи могу да одбију повратак ако би утврдили, на основу објективних околности, да постоји ризик да ће дете и мајка бити суочени са флагрантним ускраћивањем правде. С обзиром да Израел није чланица Савета Европе, суд је сматрао да је теоријски таква ситуација могућа. Међутим, коначни закључак суда је да турски органи нису добили довољно података на основу којих би могли да утврде да ће услед недостатака у поступку пред судом у Израелу подносиоце представке бити суочене са ускраћивањем правде, те да нема повреде права на породични живот према Европској конвенцији о људским правима. Иако је *ECtHR* сматрао да је у овом случају представка очигледно неоснована, значајан је генерално заузет став да ситуација са којом ће се отмицар суочити након повратка може бити разлог за одбијање повратка у смислу изузетка људских права. Ако је то могуће у погледу овог изузетка, за који се као што смо видели такође тражи да буде усмерен ка детету, онда ни тумачење изузетка опасности, која пречесто занемарују легитимне интересе отмицара (а чије кршење може представљати ризик за дете), не мора бити толико стриктно тумачено у мери као до сада. Свакако, то не значи да изузетак треба

интегрисана у Турској и оспоравала могућност да се отац стара о ћерки, наводећи да је отац пристао да се дете пресели у Турску. Октобра 2004. године, суд је утврдио да је уобичајено боравиште детета пре одласка било у Израелу и да су испуњени услови за примену Конвенције 1980. Мајка се жалила и посебно је оспорила израелску одлуку истичући да је донета у њеном одсуству и у складу са верским законима. Међутим, жалба је одбијена. Октобра 2005. године, отац је тражио извршење одлуке о повратку. У међувремену покренут је кривични поступак против оца у Турској због инцидента у фебруару 2005. године.

⁸⁵⁹ Видети *supra* стр. 285.

претворити у правило, већ да једноставно треба прихватити могућност да ускраћивање заштите отмичару, онда када је она очигледно потребна због озбиљности ситуације, може представљати озбиљан ризик за дете у смислу изузетка опасности.

У наредном случају, колоквијално познатом као случај *мале Шарлоте*,⁸⁶⁰ одлука *ECtHR* је још више је зашла у воде тумачења најбољег интереса детета. Наиме, у овој одлуци је заузет став да чак и у случајевима на које се односи Конвенција 1980 тест најбољег интереса детета мора бити примењен јер то захтева Конвенција о правима детета. Иако је *ECtHR* остао веран филозофији Конвенције 1980 која почива на *a priori* изузетном карактеру ситуација у којима се повратак може одбити,⁸⁶¹ ипак је заузео став да постојање једног од разлога за одбијање повратка детета значи да повратак и треба одбити јер није у најбољем интересу детета.⁸⁶² Другим речима, за разлику од Конвенције 1980, која чак и када је испуњен неки од изузетака, коначну одлуку о повратку *увек* оставља *дискреционој одлуци* суда,⁸⁶³ овај став *ECtHR* пре би се могао тумачити као *обавеза* суда да у околностима када је одређени изузетак применљив одбије повратак детета. Ипак, то не значи да наведене изузетке не треба тумачити толико строго да одлучивање о повратку постане аутоматско или

⁸⁶⁰ *Maumousseau and Washington v. France* (Application No 39388/05), INCADAT HC/E/ 942. Мала Шарлота је имала 2 и по године у тренутку незаконитог задржавања. Родитељи су били у браку и живели су у САД-у. Марта 2003. године, мајка је одвела дете у Француску на одмор да би убрзо обавестила оца да не намерава да се врати. Окружни суд је најпре одбио захтев за повратак који је отац поднео да би, потом, апелациони суд укинуо ову пресуду и наредио Шарлотин повратак. Мајка је оспорила законитост те одлуке пред Касационим судом позивајући се на изузетак опасности који би, по њеном мишљењу, постојао уколико би се наредио повратак јер би се средина детета променила. Она је тврдила да апелациони суд треба да размотри одлуку у светлу члана 8 Европске конвенције, члана 3 (1) Конвенције о правима детета, општим принципима међународног јавног права, као и уставним принципима Француске. Штавише, Касациони суд би морао, сматрала је она, да узме у обзир и намеру оца да се пресели у Санта Доминго. Будући да покретање поступка пред Касационим судом није спречило извршење одлуке апелационог суда, мајка је била обавештена да ће бити гоњена за кривично дело ако осујети повратак детета. Убрзо је јавни тужилац у пратњи четворице полицијских службеника, дошао у вртић мале Шарлоте покушавајући да изврши одлуку о повратку. Међутим, мајка је, заједно са осталим родитељима и школским особљем, спречила овај покушај. Након тога је на захтев мајке Шарлота стављена под институционално старање, а оба родитеља су добила право на виђање. Касациони суд је одбио захтев мајке сматрајући да изузетак опасности није испуњен. Потом, мајка подноси представку *ECtHR*. Пар месеци након тога, суд у Њујорку је на захтев оца одредио услове под којима мајка може остваривати право на виђање, а затим је суд у Француској доделио мајци вршење родитељског права, а оцу право на виђање.

⁸⁶¹ G. Willems, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)*, Revue trimestrielle de droit familial 1/2012, p. 100. Даље Willems, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*.

⁸⁶² Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 38.

⁸⁶³ *Pérez-Vera Report*, p. 460 ad 113.

механичко.⁸⁶⁴ Услед тога, процена испуњености изузетака не би требало да буде строга јер би им то придало само незнатан или одузело готово сваки значај.⁸⁶⁵

Одлука у овом случају има још један важан аспект који се тиче односа принудних мера извршења одлуке о повратку детета и права на породични живот из члана 8 Европске конвенције о људским правима. У том смислу, *ECtHR* је сматрао да конкретна мера принудног извршења примењена у случају *мале Шарлоте*, када је јавни тужилац у пратњи четворице полицијских службеника покушао да дете преузме из вртића, није популарна али није ни супротна Европској конвенцији о људским правима, зато што је последица понашања мајке⁸⁶⁶ која је у потпуности одбијала сарадњу са француским властима у њиховом настојању да проблем извршења најпре реше на „цивилизованији“ начин.⁸⁶⁷ Међутим, из овог става суда, могао би се извући још један закључак. Иако мера принудног извршења која је примењена није супротна Европској конвенцији о људским правима, чињеница да је јавни тужилац одустао од даљег спровођења извршења, након што је спречен да дете преузме у вртићу, је вероватно утицала на коначну одлуку *ECtHR*.⁸⁶⁸ Стога би било занимљиво видети каква би одлука била донета да се није одустало од извршења.

Корак даље *ECtHR* одлази у случају *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*,⁸⁶⁹ који уједно означава други период тумачења Конвенције 1980 у светлу пуног теста најбољег интереса детета, иначе карактеристичног за мериторно одлучивање о праву на старање. Наиме, то је прва одлука у којој је *ECtHR* заузео изричит став у погледу примене пуног теста најбољег интереса детета у случајевима одлучивања о повратку детета. Ова одлука је поделила и сам суд. *ECtHR* је најпре одлучио тесном већином гласова (4:3) да одлука швајцарског федералног суда о повратку детета у Израел не

⁸⁶⁴ Willems, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 100.

⁸⁶⁵ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 39.

⁸⁶⁶ Слично томе, и у случају *мале Р.*, који је најпознатији новији случај незаконитог одвођења у Србији, суд је наредио повратак детета, али је извршење осујећено недоласком мајке и детета, као и услед незапамћене медијске пажње и акције становника Љига. Видети уместо свих одлука у овом случају решење поводом захтев аза понављање поступка, Основни суд у Ваљеву СЈ Љиг, 1-25 Пом “ИГ” бр. 32/11 од 10.04.2013, *необјављено*.

⁸⁶⁷ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 39.

⁸⁶⁸ У том смислу, *ECtHR* је, како наводи проф. Бомон, приметио да француске власти на крају нису употребиле силу да би се спровела одлука о повратку. Наиме, три месеца након инцидента у вртићу, дете је добровољно враћено у САД. *Ibidem*, p. 46.

⁸⁶⁹ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application No 41615/07), Grand Chamber, 06 July 2010, INCADAT HC/E/ 1323.

крши члан 8 Европске конвенције о људским правима да би, потом, Велико веће скоро једногласно (16:1) утврдило да би повреда права на породични живот мајке и детета ипак постојала у случају извршења одлуке о повратку детета. Супротност Европској конвенцији о људским правима није утврђена у односу на саму одлуку којом је наређен повратак детета у Израел, већ у погледу *извршења* те одлуке,⁸⁷⁰ будући да је оно требало да уследи 3 године након доношења одлуке, а 5 година од тренутка незаконитог одвођења. Иако је у том смислу очигледно да би услед оваквог кашњења извршење одлуке заиста и било супротно најбољем интересу детета, шокантно је да то кашњење с поступком извршења није толико последица неажурности швајцарских судова колико самог *ECtHR* коме је требало скоро 3 године да одлучи о представи,⁸⁷¹ а осим тога, на његов захтев је дан након подношења представке прекинут поступак извршења у Швајцарској.⁸⁷² То, ипак, није једини случај када је *ECtHR* каснио са одлучивањем – у просеку поступак траје 3 године и 7 месеци,⁸⁷³ при чему је сâм Суд поступке који трају две и више година пред националним судовима окарактерисао као недопустиво кашњење.⁸⁷⁴

Међутим, у погледу најбољег интереса детета *ECtHR* је отишао корак даље него у одлуци у случају *мале Шарлоте*. Заправо, случај *Neulinger* представља потпуни заокрет у односу на случај *мале Шарлоте*. У случају ове девојчице *ECtHR* није нашао да постоји повреда члана 8 Европске конвенције о људским правима иако је било извесно да ће мајка још на граници бити одвојена од Шарлоте с обзиром да је против ње издат налог за хапшење јер је оптужена за кривично дело отмице детета, те да би морала да плати и депозит од 25000 долара да би могла да оствари своје право на виђање детета (али и тада само на пола сата у судници под надзором стражара). *ECtHR* је сматрао да су француски судови исправно и ваљано проценили Шарлотин најбољи интерес а то је повратак у САД. Насупрот томе, у случају *Neulinger* је према мишљењу *ECtHR* дошло до кршење члана 8 Европске конвенције о људским правима иако је

⁸⁷⁰ N. Lowe, *A supra-national approach to interpreting the 1980 Hague Child Abduction Convention – a tale of two European Courts: Part 2: the substantive impact of the two European Courts' rulings upon the application of the 1980 Convention*, IFL June 2012, p. 176. Даље Lowe, *A tale of two European Courts: Part 2*.

⁸⁷¹ Представка је, подсећања ради, понета јула 2007. године, а одлука Великог већа донета је септембра 2010. године.

⁸⁷² У складу са правилом 39 о привременим мерама Пословника Суда. Видети одлуку Већа у овом случају, р. 1 *ad* 4.

⁸⁷³ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 79.

⁸⁷⁴ *Ibidem*.

ситуација била слична претходном случају, с обзиром да је мајка у Израелу такође оптужена за исто кривично дело, али друге околности нису биле толико драматичне као у случају *мале Шарлоте*.⁸⁷⁵ Дакле, упркос сличностима, одлука у случају *Neulinger* потпуно је другачија.

ECtHR је и у случају *мале Шарлоте* поновио да би национални судови требало, пре него што одлуче о повратку детета, да „спроведу детаљну процену целокупне породичне ситуације детета, узимајући у обзир многобројне факторе“ а, потом, и да „из члана 8 произилази да одлука о повратку не може бити аутоматска или механичка.“⁸⁷⁶ Штавише, тумачење *ECtHR* не тиче се само међународног приватног права односно примене Конвенције 1980 већ у случају *Neulinger* има утицај и на супстанцијално право с обзиром да Суд изричито наводи чиниоце на основу којих се процењује најбољи интерес детета. Тако, приликом спровођења пуног теста најбољег интереса детета, посебно се узимају у обзир „узраст детета и степен његове зрелости, присуство или одсуство родитеља, његова средина и искуство,“⁸⁷⁷ а такође треба узети у обзир и „фактичке, емоционалне, психолошке, материјалне и медицинске факторе како би се донела одлука заснована на уравнотеженој и разумној оцени интереса сваког лица, посвећујући непрестану пажњу одређивању најбољег решења за отето дете у смислу захтева за његов повратак.“⁸⁷⁸ У процени најбољег интереса детета, национални судови задржавају дискрециона овлашћења, али она остају подвргнута „европској супервизији“⁸⁷⁹ коју врши *ECtHR*.

Након случаја *Neulinger*, исти приступ је заузет у случају *Raban v. Romania*.⁸⁸⁰ *ECtHR* је сматрао да повреда права на живот не постоји јер је румунски Апелациони

⁸⁷⁵ Управо то тврди и судија Жупанчич (Словенија) који је дао супротно мишљење поводом одлуке Великог већа у случају *Neulinger*, р. 66 *ad* 12. Такође, зато се и Влада Швајцарске позвала на одлуку у случају *мале Шарлоте*.

⁸⁷⁶ Видети пресуду Великог већа у овом случају, р. 44 *ad* 138.

⁸⁷⁷ *Ibidem*.

⁸⁷⁸ Видети пресуду Великог већа у овом случају, р. 44 *ad* 139.

⁸⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁸⁰ *Raban v. Romania (Application No 25437/08)*, INCADAT HC/E/ 1330. Поступак се тичао двоје деце рођене у Израелу 2003. и 2004. године. Родитељи су били у браку када је мајка одвела децу у Румунију ради посете. Трбало је да се врате након 6 месеци. Међутим, отац добија оабвештење од баке деце да се она неће вратити и подноси захтев према Конвенцији 1980. Окружни суд у Букурешту је наредио повратак детета сматрајући да позивање на члан 13 б) због безбедоносне ситуације у Израелу није оправдано будући да је породица тамо живела без проблема 5 година. Међутим, Апелациони суд је одлуку преиначио и одбио повратак детета јер су се деца интегрисала у Румунију а постојале су и потенцијалне опасности од терористичког напада у Израелу. Отац подноси представку *ECtHR*, тврдећи да је њему и деци повређено право на породични живот.

суд одлуку донео примењујући пуни тест најбољег интереса детета. При томе, разлози због којих је повратак одбијен (интегрисаност, опасност од терористичког напада, недавање издржавања и само једна посета оца током боравка деце у Румунији) уопште нису узети у обзир. Наиме, интегрисаност детета је првенствено везана за члан 12 Конвенције 1980 који је релевантна само у случају када је захтев за повратак поднет након истека рока од годину дана, што овде није био случај.⁸⁸¹ Што се тиче опасности од терористичког напада, већ смо видели да преовлађујућа упоредна судска пракса није благонаклона према овом приговору те да се, по правилу, услов изузетка опасности у том случају не сматра испуњеним.⁸⁸² Управо супротно, оваква опасност у Израелу је малтене део свакодневнице, а људи упркос томе, несметано живе у овој држави без посебних проблема. Тврдити другачије би значило да живот у Израелу или у некој другој држави која је у сличној ситуацији није у складу са најбољим интересом било ког детета које тамо већ живи, али га родитељ још увек није незаконито одвео из ње. Недавање издржавања, пак, не може никако бити разлог за одбијање повратка, чак ни у садејству са другим факторима, а закључак је исти и поводом става Апелационог суда да чињеница да је отац видео децу само једном током њиховог боравка у Румунији указује на његову незаинтересованост не може бити од значаја у овом поступку већ приликом меритрног одлучивања о праву на старање.⁸⁸³

За разлику од претходних случајева, *ECtHR* се у случају *Raban* није сâм упуштао у тумачење одредаба Конвенције 1980 већ је за одбијање представке била довољна флуидна аргументација румунског Апелационог суда, у чију основаност, односно. арбитрерност *ECtHR* није чак ни посумњао. Штавише, изричито је потврдио да нема разлога да се она у том смислу доведе у питање.⁸⁸⁴

Ипак, требало би напоменути и да *ECtHR* у овом тзв. „пост Нојлингеровом“ периоду, није увек био доследан. Тако је у случају *Van Den Berg and Sarri v. Netherlands*,⁸⁸⁵ *ECtHR* сматрао да поступак који је трајао 2 године и 9 месеци не

⁸⁸¹ У том смислу су се изјаснили и Р. Beaumont, L. Walker, *Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*, Interesentia, 2013, p. 23 *ad* 28. Даље Beaumont, Walker, *Post Neulinger Case Law*.

⁸⁸² Видети *supra* стр. 279 *et seq.*

⁸⁸³ Видети у пресуди *ECtHR ad 12 et seq.*

⁸⁸⁴ Видети у пресуди *ECtHR ad 38.*

⁸⁸⁵ *Van Den Berg and Sarri v. Netherlands*, 7239/08 [2010] ECHR 1947. Цела одлука је доступна и на <http://echr.ketse.com/doc/7239.08-en-20101102/view/>.

представља кршење члана 8 Европске конвенције о људским правима, иако је у претходним одлукама, као што смо видели, заузимао другачији став. Од значаја није била ни чињеница да је поступак о повратку у Холандији био петостепени – два пута је уложен правни лек у касационом поступку, а и покушај медијације је био неуспешан, при чему је *ECtHR* своју одлуку о очигледној неоснованости представке засновао и на чињеници да подносилац представке никада није затражио (на основу члана 11 Конвенције 1980) објашњење о разлозима за кашњење!

У погледу инсистирања на пуном тесту најбољег интереса детета, два случаја посебно добро илуструју неконзистентност *EctHR*, до доношења одлуке Великог већа у случају *X. v. Latvia*,⁸⁸⁶. У првом, *MR and LR v. Estonia*,⁸⁸⁷ поводом одлука естонијских судова (Окружног и Апелационог суда) којима је наређен повратак детета у Италију, *ECtHR* је сматрао да су судови поступили на коректан начин с обзиром да су утврдили да нема довољно доказа о насиљу од стране оца према детету или мајци, те да повратак не би дете довео у ситуацију неповољнију од оне која би настала у погледу било ког детета његовог узраста.⁸⁸⁸ Такође, *EctHR* је био мишљења да естонијски судови нису донели одлуку аутоматски или механички, а чињеница да су одбијени захтеви за саслушањем сведока, додатним извештајима психијатара не чине поступак неправичним.⁸⁸⁹ Даље, *ECtHR* је указао на „посебну важност потребе да се поступак у питању спроведе брзо“ и на чињеницу да „ови поступци не значе одлучивање о праву на старање“. Такође, *ECtHR* је констатовао да су естонијске власти пошле од претпоставке да је повратак детета у државу уобичајеног боравишта у његовом најбољем интересу, те да аргумент мајке да ће се о детету непосредно бринути баба или деда или старатељ (јер отац ради) није оправдан будући да циљ Конвенције 1980 није одлучивање о праву на старање. Коначно, *ECtHR* је сматрао да се не треба упуштати у процену вероватноће хапшења мајке од стране италијанских власти због кривичног дела отмице детета и да је мајка живела у Италији у одређеном временском периоду. Стога је закључио да естонијски судови, одбацујући мајчине аргументе о немогућности повратка, нису прекорачили своја дискрециона овлашћења.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ *X. v. Latvia (Application No. 27853/09)*, Grand Chamber, INCADAT HC/E/ 1234.

⁸⁸⁷ *MR and LR v. Estonia (Application No 13420/12)*, INCADAT HC/E/ 1177.

⁸⁸⁸ Видети пресуду *ECtHR* у овом случају *ad 15*.

⁸⁸⁹ *Ibidem ad 42*.

⁸⁹⁰ *Ibidem ad 48-51*.

Међутим, потпуно другачија одлука је донета у случају *B. c. Belgique*⁸⁹¹ с обзиром да је *ECtHR* сматрао да белгијски судови нису ваљано проценили најбољи интерес детета када су наредили његов повратак у САД. Повреда члана 8 Европске конвенције о људским правима је у овом случају резултат најпре одлуке белгијских судова да не разматрају извештаје психијатара јер их је поднела мајка (премда су они указивали да би дете било у неповољном положају само ако се врати без мајке), потом, да белгијски судови нису, за разлику од естонијских судова у претходном случају, сами прибавили сличне извештаје а нису тражили помоћ ни од америчког централног органа.⁸⁹² Мајка је тврдила да је жртва насиља у породици још за време трудноће јер отац није желео дете, (о чему је поднела и медицински извештај), али су родитељи након рођења детета склопили споразум о заједничком вршењу родитељског права.⁸⁹³ Упркос оваквом понашању према мајци, сусрет оца и детета након незаконитог одвођења у Белгију, забележен камером, прошао је без проблема.⁸⁹⁴ Међутим, *ECtHR* се није задржао превише на доказу о насиљу у породици већ на неадекватној процени белгијских судова у погледу ризика од кривичног гоњења мајке по повратку у САД, иако је било наговештено да би се можда то могло и избећи.⁸⁹⁵ Као и у случају *Raban*, *ECtHR* је опет погрешно сматрао да су белгијски судови били дужни да процене степен интегрисаности детета, с обзиром да је боравило у Белгији већ две године, иако је захтев за повратак благовремено поднет.

Коначно, случај *X. v. Latvia* распршио је све наде држава уговорница Конвенције 1980 да ће *ECtHR* одустати од пуног теста најбољег интереса детета. У питању је био поступак за повратак девојчице рођене фебруара 2005. године у Аустралији. Родитељи нису били у браку, а отац није био уписан у матичну књигу рођених. Штавише, мајка је у време рођења ћерке била у браку који је разведен крајем новембра 2005. године. Без обзира на то, сви су живели у стану оца, а мајка је примала социјалну помоћ као самохрани родитељ. У међувремену је веза мајке и оца почела да постаје нестабилна и мајка је 2008. године одвела тада трогодишњу девојчицу у Латвију чије држављанство имају обе (поред аустралијског) без сагласности оца. Тада отац признаје очинство у писаном исказу под заклетвом, наводећи да то раније није

⁸⁹¹ *B. c. Belgique (Requête No 4320/11)*, INCADAT HC/E/ 1171.

⁸⁹² *Ibidem ad 72.*

⁸⁹³ *Ibidem.*

⁸⁹⁴ *Ibidem ad 6.*

⁸⁹⁵ *Ibidem ad 2.2.6.*

учинио јер није био сигуран да је отац детета, те да му је мајка рекла да јесте и да је он то крио од социјалних служби како би мајка добила новчану помоћ.⁸⁹⁶ Породични суд у Аустралији доноси пресуду 6. новембра 2008. године којом прихвата признање очинства, утврђује родитељско-дечји однос од тренутка рођења детета и одлучује да су родитељи заједнички вршили право на старање од тренутка рођења ћерке.⁸⁹⁷ Мајка је позивана да учествује у поступку чак и телефоном али се није јављала нити је касније уложила жалбу на одлуку суда. Након покретања поступка у Латвији, суд у Риги 19. новембра 2008. године доноси одлуку да се дете мора вратити у Аустралију, а мајка улаже жалбу наводећи да је у време одвођења она сама вршила право на старање и позивајући се на изузетак опасности. Такође, мајка је навела да отац никада пре одвођења није показивао жељу да девојчицу призна, а да је она у то време још увек била у браку и да отац тражи повратак детета само да би олакшао свој положај у кривичном поступку који се против њега (за корупцију) води у Аустралији.⁸⁹⁸ Међутим, првостепени суд је прихватио одлуку о утврђивању очинства и навео да он није надлежан да поново спроводи тај поступак. Незаконитост одвођења се управо на томе и базирала. Што се тиче изузетка опасности, мајка је поднела извештај психолога који је заправо утврдио да би ризик постојао само ако би се дете вратило без мајке, слично као у случају *B. c. Belgique*. Ипак, неких озбиљнијих разлога који би оправдали мајчино одбијање да се врати није било – она је била и аустралијски држављанин, те је могла слободно да борави у овој држави, а могла је и да нађе посао, иако је тврдила да не би имала од чега да се издржава у Аустралији. Услед тога, услов изузетка опасности није био испуњен. Поступак извршења је прекинут када је мајка поднела жалбу, али је након одлуке Регионалног суда, који је потврдио одлуку првостепеног суда, настављен да би потом опет био прекинут на захтев мајке која је тражила ново рочиште, које је суд и заказао. Случај добија још један преокрет – отац случајно среће мајку и ћерку испред тржног центра и користећи прилику одводи девојчицу у Естонију а потом и у Аустралију. Након двоструке отмице, суд у Аустралији поверава дете само оцу а мајка добија право на виђање врло ригорозно уређено јер није смела да се девојчици обраћа на матерњем језику и посете су морале да увек буду у присуству другог лица. Мајка се доселила у Аустралију, нашла стан и посао и редовно виђала дете.

⁸⁹⁶ Видети пресуду Великог већа *ad* 13.

⁸⁹⁷ *Ibidem ad* 15.

⁸⁹⁸ *Ibidem ad* 19.

Најпре је Веће *ECtHR* донело одлуку којом је већином (5:2) утврђено кршење члана 8 Европске конвенције о људским правима јер судови у Латвији нису спровели пуни тест најбољег интереса детета. Двоје судија који су издвојили мишљење сматрали су да судови јесу оценили најбољи интерес детета, а да извештај психолога није оцењен као значајан јер је повратак могао да угрози дете само ако се мајка не би вратила, а да за то нису постојали оправдани разлози.⁸⁹⁹

Потом Велико веће *ECtHR*, са своје стране, доноси одлуку која је заправо само потврдила одлуку Већа али овог пута са само једним гласом више (9:8). Тако је већина сматрала да су судови у Латвији пропустили да оцене извештај психолога који је поднела мајка и да нису прибавили податке о криминалној прошлости оца и читав низ других фактора, те да није на ваљани начин утврђен најбољи интерес детета.⁹⁰⁰ Судије које су остале у мањини⁹⁰¹ су имале идентичан став као мањина судија у одлуци Већа,⁹⁰² с тим што су још сматрали да није задатак судова да прикупљају податке о криминалној прошлости оца, већ да је терет доказивања у погледу свих изузетака за повратак детета на отмичару.⁹⁰³ Иако се наводи да мишљење судија које су остале у мањини не тичу принципа о примени најбољег интереса детета већ само оцене да су судови у Латвији то учинили на ваљани начин,⁹⁰⁴ ипак постоји један пасус у одлуци који наговештава њихов став и у том смислу:

„На самом почетку, требало би да буде јасно да се наша разлика у мишљењу са већином односи не на опште принципе који се примењују у случајевима отмице деце обухваћене Хашком конвенцијом, у вези чега смо потпуно сагласни са осталим судијама Суда. Конкретно, ми смо сагласни да упркос неспорном утицају који повратак детета може имати на права детета и родитеља, члан 8 Конвенције не захтева дубље испитивање целе породичне ситуације детета у питању од стране судских или других органа замољене државе.“⁹⁰⁵

Чини се да овај случај није могао бити компликованији јер обједињује најспорнија питања у вези примене Конвенције 1980 и то изузимајући пуни тест најбољег интереса

⁸⁹⁹ Видети пресуду Већа *X. v. Latvia* и издвојено мишљење судија *Myer* и *López Garcia ad 139-141*.

⁹⁰⁰ Видети пресуду Великог већа, р. 32 *ad 117*. Занимљиво је то што су судије које су биле у Великом већу из држава бивше СФРЈ, чији су породичноправни системи нама блиски, имале различита мишљења. Судија Вучинић из Црне Горе је био сагласан са мишљењем већине, док је судија Вајић из Хрватске делила мишљење мањине.

⁹⁰¹ Судије *Bratza, Vajić, Hagiyeu, Šikuta, Hirvelä, Nicolau, Raimondi* и *Nussberger*.

⁹⁰² О разлогу зашто суд није донео одлуку зановану на извештају психолога према мишљењу мањине видети Супротно мишљење у пресуди Великог већа, р. 51 *ad 7-10*.

⁹⁰³ Супротно мишљење, р. 52 *ad 10*.

⁹⁰⁴ *Ibidem*, р. 50 *ad 3*.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, р. 50 *ad 2*.

детета. Најпре, можемо се упитати и да ли је овде заиста реч о незаконитом одвођењу будући да отац девојчице није био уписан у матичну књигу рођених у тренутку када су мајка и ћерка отишле из Аустралије. Реч је о комбинацији теорије о тзв. *inchoate rights* и тзв. *chasing order*. Теорија о *inchoate rights* поникла је у Енглеској услед чињенице да су судови одбијали да право на старање тумаче тако да обухвати и право ванбрачног оца детета који према супстанцијалном праву државе уобичајеног боравишта нема право на старање, већ мајка ово право врши самостално чак и када се отац фактички, непосредно брине о детету.⁹⁰⁶ Ова теорија подразумева ситуацију у којој је претходно већ било утврђено очинство тог лица. Међутим, она је у пракси веома спорна и сем енглеских судова тешко да би се могло наћи још примера када је ово право тумачено као право на старање у смислу Конвенције 1980.⁹⁰⁷ Сем тога, и *CJEU* се изјаснио против ове теорије.⁹⁰⁸ Ако је ова теорија спорна и у ситуацијама када је отац уписан у матичну књигу рођених пре отмице, онда можемо замислити колико је тек недоумица када дете у том тренутку нема утврђено порекло према оцу. У овом конкретном случају, очинство је утврђено признањем тек након одласка мајке и ћерке при чему је одлука у делу о заједничком вршењу права на старање типичан пример *chasing order*. Реч је, наиме, о одлуци о праву на старање која се доноси након одвођења или задржавања детета и служи као правни основ за покретање поступка према Конвенцији 1980.⁹⁰⁹ Ипак, како су судови у овим ситуацијама често благонаклони према родитељу од кога је дете одведено, углавном се сматра да овакве одлуке не конституишу право на старање према Конвенцији 1980. Разлог за то је чињеница да није испуњен додатни услов према Конвенцији 1980 који подразумева да је право на старање заиста вршено пре одвођења или задржавања детета.⁹¹⁰ С обзиром да родитељ није био титулар права на старање у том тренутку, није га могао ни вршити. Проблем у случају *X. v. Latvia*

⁹⁰⁶ О овој теорији видети нарочито Beaumont, McElevy, *International Child Abduction*, p. 58 et seq. Такође и K. Beevers, *Child abduction: inchoate rights of custody and the unmarried father*, *Child and Family Law Quarterly*, Vo. 18, No 4, 2006, p. 499-516.

⁹⁰⁷ За Енглеску видети случајеве: *Re B. (A Minor) (Abduction)* (1994) 2 FLR 249, INCADAT HC/E/UKe 4; *Re O. (Child Abduction: Custody Rights)* (1997) 2 FLR 702, (1997) Fam Law 781, INCADAT HC/E/UKe 5; *Re G. (Abduction: Rights of Custody)* (2002) 2 FLR 703, INCADAT HC/E/UKe 505; *Re W. (Minors) (Abduction: Father's Rights)* (1999) Fam 1, INCADAT HC/E/UKe 503; *Re B. (A Minor) (Abduction: Father's Rights)* (1999) Fam 1, INCADAT HC/E/UKe 504; *Re G. (Child Abduction) (Unmarried Father: Rights of Custody)* (2002) EWHC 2219 (Fam) (2002) ALL ER (D) 79 (Nov), (2003) 1 FLR 252, INCADAT HC/E/UKe 506. За Нови Зеланд, који је такође прихватио ову теорију, видети *Anderson v. Paterson* (2002) NZFLR 641, INCADAT HC/E/NZ 471.

⁹⁰⁸ Case C-400/10 PPU J. McB. v. L.E., INCADAT HC/E/ 1104.

⁹⁰⁹ Beaumont, McElevy, *International Child Abduction*, p. 52 et seq.

⁹¹⁰ Beaumont, McElevy, *International Child Abduction*, p. 53.

састоји се у томе што одлука о праву на старање прати одлуку о очинству која важи *ретроактивно*, тако да обухвата и тренутак одвођења девојчице, што је иначе у породичном праву сасвим прихватљиво.⁹¹¹ Међутим, у контексту Конвенције 1980 слика се тиме још више замагљује. Наиме, ако је право на старање било заједничко, онда његова непосредна брига о девојчици може да се схвати као вршење права на старање. С тим у вези, чињеница је да је суд у Аустралији донео одлуку о очинству без ДНК теста, без сведока, само на основу фотографија, електронске поште и изјаве оца који је три године пре тога чак порицао очинство пред социјалном службом. Но, с друге стране, тачно је и да мајка није учествовала у поступку, а позивање је покушано те да није уложила правни лек. Ипак, један од судија у овом случају се изјаснио у прилог тези да одвођење није било незаконито јер потврда добијена од аустралијских власти не обавезује с обзиром да је у питању аутономни концепт права на старање.⁹¹²

Што се тиче пуног теста најбољег интереса детета који је овом одлуком практично устоличен, овакав „радикални обрт“⁹¹³ је значио „звоно за узбуну“⁹¹⁴ међу државама уговорницама Конвенције 1980 и Европске конвенције о људским правима, почев још од случаја *Neulinger*. Док је у периоду пре случаја *Neulinger* утицај ECtHR на јачање сарадње између држава уговорница Конвенције 1980 приметан, будући да је указивано да свако кашњење у поступку о повратку детета значи кршење члана 8 Европске конвенције о људским правима,⁹¹⁵ по принципима „закасна правда, ускраћена правда“⁹¹⁶ и „одлука је сребро, а извршење је златно“,⁹¹⁷ дотле је након овог случаја постигнут потпуно супротан ефекат. Наиме, као што је је наведено у случају *Neulinger*, у очима *ECtHR-a*, Конвенција 1980 представља пуку процесну конвенцију,⁹¹⁸ при чему потпуно занемарује да је она заправо и конвенција људских права.⁹¹⁹ Другим речима, када се ради о одредбама Конвенције 1980 којима се формулише претпоставка да је у најбољем интересу детета успостављање *status quo ante* (с аспекта

⁹¹¹ Тако је и у нашем породичном праву. Драшкић, *Породично право*, стр. 216.

⁹¹² Пресуда Великог већа, Сагласно мишљење (судија *Pinto de Albuquerque*), р. 48.

⁹¹³ Schuz, *The Hague Abduction Convention and Children's Rights Revisited*, р. 36.

⁹¹⁴ Lowe, *A tale of two European Courts: Part 2*, р. 176.

⁹¹⁵ F. Marchandier, *La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative*, RCDIP, 2007, pp. 677 et seq.

⁹¹⁶ Како је *Siehr* описао кашњење са поступком по Конвенцији 1980 у немачкој пракси. Видети *Siehr, Failures and Successes in German Practice*, р. 209.

⁹¹⁷ *Ibidem*, р. 212.

⁹¹⁸ Manrique, *The principle of the 'best interest of the child'*, р. 31.

⁹¹⁹ *Ibidem*

извршења одлуке о повратку детета), пресуде *ECtHR* оснажују Конвенцију 1980. Насупрот томе, када је реч о начину тумачења и примене принципа најбољег интереса детета, *ECtHR* озбиљно угрожава функционисање Конвенције 1980. Овај нови приступ у погледу тумачења принципа значи да се од националних судова очекује примена пуног теста најбољег интереса детета (иначе карактеристичног за одлучивање о праву на старање), што је у супротности са чл. 16 и 19 Конвенције 1980. Наиме, члан 16 забрањује *директно* одлучивање о праву на старање док траје поступак по захтеву за повратак детета. Иако процена најбољег интереса детета виђена очима *ECtHR* не подразумева мериторно одлучивање о праву на старање, она ипак *индиректно* управо то значи ако се повратак детета одбије. Већ смо видели да је основни недостатак Конвенције 1980 непостојање одредбе о задржавању надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета пре отмице за одлучивање о праву на старање. Зато се може сматрати да суд државе уточишта постаје надлежан чим правноснажно одбије повратак детета, наравно уколико је испуњен критеријум националне норме о директној надлежности. Ако суд државе уточишта одбије повратак детета примењујући пуни тест његовог најбољег интереса, онда је више него јасно каква ће бити и његова одлука о праву на старање јер ће исти тест применити и приликом одлучивања о поверавању детета на чување и васпитање. Другим речима, родитељ отмицар ће моћи самостално да врши родитељско право, а други родитељ ће бити без икаквих шанси за успех у том спору. То се уједно коси и са одредбом члана 19 Конвенције 1980 јер се на тај начин очигледно *прејудуцира* одлука о праву на старање, што је према Конвенцији 1980 недопустиво. Штавише, чак и када разлог за одбијање повратка детета није везан строго за родитеља који тражи повратак већ за ситуацију у држави уобичајеног боравишта (нпр. недостаци у правном систему или немири), тешко је замислити да би одлука суда државе уточишта могла бити донета у корист тог родитеља јер би се дете, по логици ствари, вратило у ту исту државу у којој боравак није у његовом најбољем интересу. Истини за вољу, слична ситуација постоји већ сада, чак и без примене пуног теста најбољег интереса детета, зато што након одбијања повратка детета суд државе уточишта заиста може одмах стећи надлежност за мериторно одлучивање о праву на старање. Ипак, разлика је у томе што је током одлучивања о повратку тај тзв. *врхунски*⁹²⁰ најбољи интерес детета остављен по страни.

⁹²⁰ Како га је назвао енглески Апелациони суд односно судија Лорд *Thorp* (који је касније

Такође, уверили смо се и у ригорозност судија оних држава уговорница Конвенције 1980 (чија је пракса најутицајнија) у погледу одбијања повратка детета, што значи да је прејудуцирање одлуке о праву на старање заиста сведено на минимум.

Посебно је проблематично инсистирање на оцини интегрисаности детета јер оно представља разлог за одбијање повратка, додуше, само у случају из члана 12 Конвенције 1980.⁹²¹ Поступити супротно томе, значило би заиста да отмичар може да „победи систем“⁹²² злоупотребом процесних овлашћења у погледу права на правни лек, чиме се одуговлачи поступак, али и скривањем детета што омогућава да прође значајан временски период пре покретања првостепеног поступка који такође утиче на степен интегрисаности детета у државу уточишта. Као што смо видели и у случају *X. v. Latvia*, отмичари често приказују свој живот у иностранству као пакао, а отмицу детета као бекство из тог пакла, те би се могло закључити, као што *Siehr* духовито каже, да је „веома опасно живети у иностранству“.⁹²³ И заиста, претеривања нису ретка у овим случајевима – мајка која је тврдила да не може да се врати јер никако не може да се запосли и обезбеди себи смештај, након што је отац одвео ћерку, учинила је касније (после повратка детета), управо оно што је тврдила да је немогуће. Инсистирање на пуном тесту најбољег интереса детета омогућава да се овакви наводи прихвате без посебне провере. На тај начин, отмичарима и иначе омиљени изузетак опасности сада заиста широм отвара „*Пандорину кутују*“.⁹²⁴ Заправо, Конвенција 1980, полазећи од претпоставке да је повратак детета у његовом најбољем интересу је у том смислу блиска законској конкретизацији овог принципа. Међутим, она је много флексибилнија од класичних система законске конкретизације, о којима је већ било речи, зато што омогућава да се апстрактна претпоставка провери у погледу конкретног детета и да се, одбијањем повратка, та иста претпоставка обори. У том смислу, ако државе које полазе од овог типа конкретизације не крше Конвенцију о правима детета, онда се не би могло

одлучивао и у случају *Харун* у случају *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] EWCA Civ 361, [2011] 2 F.L.R. 724, INCADAT HC/E/UKe 1066. Видети ову одлуку *ad para. 69*.

⁹²¹ Такви случајеви нису ретки у домаћој пракси. Наиме, врло често се од Центра за социјални рад добија извештај у коме се наводи да је дете интегрисано у државу уточишта иако је захтев поднет благовремено. Решење 16 Пом. ИГ-23/11 Основног суда у Зајечару од 20.12.2012. године, захтев је поднет маја 2011. године, а дете је одведено августа 2010, али је суд у образложењу наводио и да је дете у складу са чланом 12 Конвенције 1980 интегрисано, а и да би повратак представљао трауму из члана 13 б). Такође и Основни суд у Градишци број 7201 од 06.02.2009, *необјављено*.

⁹²² Beaumont, Walker, *Post Neulinger Case Law*, p. 23.

⁹²³ Siehr, *Failures and Successes in German Practice*, p. 215.

⁹²⁴ *Ibidem*, p. 216.

ни тврдити да примена Конвенције 1980 на националном нивоу то чини, утолико пре што дозвољава индивидуализацију случаја.

Пуни тест најбољег интереса детета буди још неке недоумице. Имајући у виду став *ECtHR* који под изузетком опасности подразумева и изузетак интегрисаности и многе друге факторе, можемо се запитати да ли то значи да национални суд не би био везан конкретним изузетком на који се отмичар позива, већ може да га прошири по свом нахођењу. Из наведених пресуда, изгледа да би могао. При томе, терет доказивања се са странке која је дете незаконито одвела или задржала пребацује на суд, што нема никакво утемељење у Конвенцији 1980. Поврх свега, чини се да став *ECtHR* о томе да пуни тест најбољег интереса детета не прејудуцира одлуку о праву на старање није одржив јер нема реално утемељење.⁹²⁵ Заиста је тешко замислити ситуацију у којој би суд државе уточишта након одбијања повратка детета на основу пуног теста његовог најбољег интереса поверио дете родитељу коме оно у претходном поступку није било враћено.

Иако су ове пресуде *ECtHR* оштро критиковане у доктрини, а реаговала је и сама Хашка конференција на шестој Специјалној комисији⁹²⁶ (и, што је прилично необично, изразила је озбиљну забринутост тим поводом), чињеница је и да док се у овом суду не промени приступ овој материји, државе које су обавезане и Европском конвенцијом о људским правима и Конвенцијом 1980 немају много простора за практични маневар. У том смислу, оне се заиста налазе између Сциле и Харибде. Наиме, Европска конвенција о људским правима има ту предност што њену примену контролише наддржавни суд. Конвенција 1980, пак, нема ту могућност. Дакле, државе уговорнице Европске конвенције о људским правима морају да поступају у складу са одлукама *ECtHR*⁹²⁷ јер је у супротном извесно да ће губити спорове пред њим, а с друге

⁹²⁵ У том смислу је, према подацима добијеним од Министарства правде Републике Србије, већ реаговао амерички централни орган који је контактирао, између осталих, и наше министарство са конкретним питањима о утицају пресуда *ECtHR* на одлучивање у оквиру Конвенције 1980.

⁹²⁶ *Conclusions and Recommendations of the Sixth Meeting of the Special Commission* (Part I - June 2011), р. 6 *ad* 48, доступно на http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf (12.12.2013).

⁹²⁷ Пресуде у којима је утврђена повреда Конвенције обавезују државе у питању и оне су у обавези да их изврше. Комитет министара Савета Европе надгледа извршење пресуда, нарочито како би обезбедио исплату износа које је *ECtHR* досудио подносиоцима представки као накнаду за штету коју су претрпели. Након што изрекне пресуду у којој је утврдио повреду неког права, *ECtHR* упућује списе предмета Комитету министара Савета Европе, који се саветује са земљом у питању и одељењем одговорним за извршење пресуда о томе како пресуду треба извршити и како убудуће спречити сличне повреде Конвенције. То доводи до усвајања општих мера, нарочито измена и допуна закона и, по потреби, до усвајања појединачних мера. У случају да *ECtHR* закључи да је нека држава повредила

стране су такође дужне да примењују и Конвенцију 1980. Иако има ставова у енглеској пракси да случај *Neulinger* не треба да утиче на промену праксе држава уговорница Конвенције 1980 и да је то и у складу са чланом 3 Конвенције о правима детета,⁹²⁸ државе на тај начин озбиљно ризикују неуспех пред *ECtHR*. У том смислу, чак и, крајње неубичајени, јавни наступ председника Великог већа у случају *Neulinger*, који је покушао да објасни да ова одлука не значи да треба напустити досадашњу праксу у погледу Конвенције 1980 и сумарног поступка, није имала утицаја на сâм *ECtHR*.⁹²⁹ Доказ су случајеви *Raban* и *X. v. Latvia*.

Будући да за сада очигледно нема наговештаја да ће *ECtHR* променити свој став у погледу пуног теста најбољег интереса детета, Европска конвенција о људским правима прети да „паралише“⁹³⁰ примену Конвенције 1980. При томе, реч је о сукобу конвенције из материје људских права која је регионалног карактера и конвенције о међународном приватном праву која је глобалног карактера. Чињеница да Конвенција 1980 конкретизује најбољи интерес детета не доводи у питање њену сагласност са чланом 3 Конвенције о правима детета. Наиме, иако Конвенција о правима детета захтева да се у сваком поступку који се тиче детета узима у обзир његов најбољи интерес, она не спречава да се за поједина питања заштите деце тај најбољи интерес прецизира. У прилог томе иду и примери држава које законски конкретизују најбољи интерес детета, а тиме не крше Конвенцију о правима детета. Осим тога, Конвенција 1980 није процесна конвенција како *ECtHR* често воли да истакне⁹³¹ у којој се одлучује механички, већ конвенција сарадње која омогућава да се претпостављени најбољи интерес детета провери у сваком конкретном случају, у оквиру изузетака које Конвенција 1980 такође предвиђа.

Конвенцију, она мора да обезбеди да до таквих повреда не долази убудуће, у супротном постоји могућност да ће *ECtHR* изрећи нове пресуде против ње. Држава ће у неким случајевима морати да измени своје законодавство како би га усагласила са Конвенцијом. Коначно, друге државе уговорнице Европске конвенције такође прате пресуде јер на тај начин могу благовремено да коригују праксу или правни систем како не би и оне из истог разлога губиле спорове пред *ECtHR*.

⁹²⁸ *Re T (2010)* EWHC 3177 (Fam), доступан на

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed74087> (14.12.2013). Потом и *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (2011) UKSC 27, (2012) 1 A.C. 144, INCADAT HC/E/UKe 1068 који наводи и *Lowe, A tale of two European Courts: Part 2*, p. 177.

⁹²⁹ *Lowe, A tale of two European Courts: Part 2*, p. 177. Видети такође и *A. Schulz, The Enforcement of child return orders in Europe: where do we go from here?*, IFL March 2012, p. 45. Даље *Schulz, The Enforcement of child return orders in Europe*.

⁹³⁰ *V. Égéa, Le déplément illicite d'enfants*, Actualité du droit international privé de la famille, Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre Kayser, Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, 2009, p.129.

⁹³¹ Видети уместо свих одлуку Великог већа у случају *Neulinger*, p. 47.

Спас Конвенције 1980, чији су темељи озбиљно пољуљани, чини се, делимично лежи у Конвенцији 1996. Наиме, како би пуним тестом најбољег интереса детета држава уточишта фактички прејудиирала одлуку о праву на старање, онда одредба члана 7 Конвенције 1996, која предвиђа задржавање надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета пре отмице за одлучивање о праву на старање, лишава оваква прејудиирања практичног значаја јер мериторну одлуку о томе не доноси држава уточишта већ, по правилу, држава из које је дете незаконито одведено или задржано. Ова држава на тај начин има могућност самосталног процењивања пуног теста најбољег интереса детета, чија је примена сада сасвим примерена, јер је реч о спору о праву на старање. Коначно, њена одлука би морала бити призната и извршена по механизму Конвенције 1996, при чему држава признања не би могла олако да посеже за клаузулом јавног поретка. Најпре зато што се тиме обесмишљава Конвенција 1996, а потом и због тога што најбољи интерес детета, примењен приликом одбијања повратка детета, не сме да прејудиира одлуку о праву на старање. Коначно, Конвенција 1996 омогућава да се ефикасно одреде и спроведу мере за заштиту детета након његовог повратка. Наравно, оваква ситуација подразумева да су обе инволвиране државе уједно уговорнице и Конвенције 1996. Ипак, то је само једна страна сложеног односа ове две конвенције.

2.1.3. Однос Конвенције 1980 и Конвенције 1996 – ривалство или партнерство?

Иако је у случају међународне отмице деце Конвенција 1980 први избор лица које тражи повратак детета, јасно је да и Конвенција 1996 може имати одређену улогу приликом одлучивања. Према кратком одређењу из члана 50 Конвенције 1996, она не утиче на примену Конвенције 1980 између држава које су обавезане обема конвенцијама. Истом одредбом је још предвиђено да се Конвенција 1996 може применити у циљу повратка незаконито одведеног или задржаног детета, као и на организовање права на виђење.⁹³² Ипак, оваква норма о односу двеју конвенција није довољно прецизна и не решава суштинска питања њиховог односа (какав је њихов хијерархијски однос, да ли се могу истовремено примењивати, да ли једна другу допуњују, да ли њихова примена зависи од воље подносиоца захтева). Већ на почетку,

⁹³² Тако је Министарство правде Републике Србије добило захтев од централног органа Холандије у смислу помоћи у проналажењу места у коме се налази дете, али с позивом на члан 36 Конвенције 1996. Број предмета 700-02-118/08.

неопходно је истаћи да упркос језичкој конструкцији наведене одредбе, Конвенција 1996 има двојаку улогу у односу на Конвенцију 1980. Најпре, она може представљати самостални механизам за повратак детета у случајевима када, из било ког разлога, нису испуњени услови за примену Конвенције 1980 (А). Потом, и важније, она се налази и у корелацији са Конвенцијом 1980 тако што оснажује и допуњује њен систем (с тим што Конвенција 1980 остаје конвенција *sedes materiae* (Б). Међутим, овај условно речено однос ривалитета конвенција није двостран. Трећа вишестрана конвенција која претендује на примену у овој материји је Конвенција Савета Европе о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања⁹³³ (Европска конвенција 1980). Она је конкурент не само Конвенцији 1980 у материји отмице деце већ и Конвенцији 1996 јер се односи на све одлуке о старању у погледу личности детета (В). Размотримо ближе њихов однос.

А) Конвенција 1996 као једини начин за повратак детета

У појединим случајевима, Конвенција 1996 може бити *једини начин* да се евентуално издејствује повратак детета које је незаконито одведено или задржано. По правилу, реч је о двама ситуацијама. У првој, обе инволвиране државе су уговорнице и Конвенције 1980 и Конвенције 1996. У том случају, последња конвенција се може применити на повратак детета старијег од 16 година, а млађег од 18 година, с обзиром да се Конвенција 1980 не може применити на ову категорију деце, али може Конвенција 1996. У другој ситуацији, државе у питању су обавезане Конвенцијом 1996, али не и Конвенцијом 1980.⁹³⁴ Тада је једини начин да се издејствује повратак детета управо механизам Конвенције 1996. У оба случаја, примена Конвенције 1996 има одређене недостатке, али и предности у односу Конвенцију 1980. С једне стране, слабост Конвенције 1996 се огледа у томе што је за покретање њеног механизма неопходно постојање *одлуке* надлежног органа. Ова одлука се може односити на право на старање које у смислу Конвенције 1996 (баш као и према Конвенцији 1980) обухвата и право на виђење са дејством вета. Подсећања ради, обе конвенције на идентичан начин квалификују право на старање и право на виђање детета, те је самим тим проширена квалификација права на старање у погледу *ne exeat* дејства права на

⁹³³ *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/2001.

⁹³⁴ У односу на евентуалну ратификацију Конвенције 1996, Конвенција 1980 тренутно не важи само у односу између Србије, с једне стране, и Казахстана, Ирака и Замбије, с друге.

виђање једнако применљива и у случају Конвенције 1996.⁹³⁵ Одлука може бити донета пре незаконитог одвођења или задржавања или након тога, када је заправо реч о класичној *chasing order*. Такође, у литератури се наводи да основ повратка детета према Конвенцији 1996 може бити и одлука којом је наложено да се дете врати, без мериторног одлучивања о праву на старање. С обзиром да се не прецизира о каквој ситуацији је ту реч, могућа су два објашњења.

Најпре, прва врста одлука у којој се мериторно не одлучује о праву на старање јесу привремене мере. Ова ситуација подразумева да је мера донета у корист лица које тражи повратак детета. Као и у случају *Doris Povse v. Mauro Alpago*,⁹³⁶ суд државе уобичајеног боравишта детета непосредно пре отмице може да донесе одлуку којом се налаже повратак детета, уз привремену меру о његовом поверавању конкретном лицу. Овде треба бити посебно обазрив, јер сада нису у питању привремене мере строго територијалног дејства, које нису подобне за признање и извршење. Наиме, то су само оне мере поводом којих је надлежност заснована на пуком присуству детета. Насупрот томе, свака одлука, па и привремена, коју донесе редовно надлежни суд подобна је за признање. И ова привремена мера може бити донета пре незаконитог одвођења или задржавања детета али ће чешће бити да је уследила након тога (као и *chasing order*).

Други пример одлуке о повратку детета без мериторног одлучивања о праву на старање претпоставља да ово право постоји и без судске одлуке (*ex lege*, споразум, једнострана изјава воље), те да се постојање правног основа само констатује и налаже се повратак детета.

Што се тиче извршења, већ смо видели да иако Конвенција 1996 предвиђа систем признања *ipso jure*, оглашавање одлуке извршном ће, по правилу, оспорити лице код кога се дете налази, тако да се оно може и одбити уколико нису испуњени

⁹³⁵ Видети *supra* стр. 136 *et seq.*

⁹³⁶ *Doris Povse v. Mauro Alpago* (C-211/10 PPU), INCADAT HC/E/ 1328. Иако се радило о примени Регулative Брисел Пbis у случају незаконитог одвођења детета из Италије у Аустрију, у свом тумачењу привременне мере о поверавању детета до окончања главног поступка, *CJEU* је заузео став да привремена мера донета у држави уобичајеног боравишта детета непосредно пре отмице може бити основ права на старање у смислу обавезе повратка детета. Осим тога, овакав став потврђује и *the 2014 Practical Handbook* наводећи пример у коме је дете, одлуком суда државе његовог уобичајеног боравишта непосредно пре отмице, привремено поверено мајци у држави уточишта до окончања поступка о праву на старање. Такође, могуће је да исти суд наложи повратак детета иако је дете привремено поверено мајци, а ако она не жели да се врати, суд га може привремено поверити оцу. У сваком случају, одлука о повратку мора бити праћена и мером о праву на старање (макар привременом). Видети *1996 Practical Handbook*, p. 145 (*example 13 (b)*).

услови за признање.⁹³⁷ И овде можемо разликовати две ситуације. Прва подразумева да је одлука донета пре незаконитог одвођења или задржавања детета, а у другом случају, о овом праву је одлучено након његове отмице. Одлука у првој ситуацији ће најчешће и бити призната, под претпоставком да није било процесних неправилности. Насупрот томе, одлука која је донета након што је дете незаконито одведено или задржано се своди на *chasing order*. На ову врсту одлука не гледа се благонаклоно ни у доктрини ни у судској пракси, када је реч о Конвенцији 1980. Међутим, *chasing order* може бити подобан за извршење према Конвенцији 1996, будући да се ове одлуке најчешће доносе по хитном поступку, а отмичар, због природе поступка, углавном не учествује у њему,⁹³⁸ при чему се, по правилу, не прибавља ни мишљење детета. Повреда права на одбрану и права детета на мишљење нису препрека за оглашавање одлуке извршном када је реч о хитној мери, што *chasing order* углавном јесте. За разлику од *chasing order*, за коју се, ипак, не би могло тврдити да је неподобна за извршење, мера којом је констатовано да право на старање постоји и без судске одлуке (*ex lege*, споразум, једнострана изјава воље), те налаже повратак детета, то би се могло тврдити.

Коначно, будући да је, према Конвенцији 1996, једини правни основ за повратак детета постојање пресуде о праву на старање, закључак би био да су изгледи за њену примену знатно мањи у поређењу са Конвенцијом 1980 према којој постојање одлуке није обавезно. Значај Конвенције 1996 је зато много већи у ситуацији када су обе

⁹³⁷ Наиме, након што одлука први пут буде оглашена извршном или регистрована за извршење, она се аутоматски извршава у држави уочишта, осим ако је признање одбијено. С обзиром да према Нацрту више не постоји оглашавање одлуке извршном већ се то чини индиректно самим чином признања одлуке, она је одмах подобна за покретање извршног поступка и доношења решења о извршењу према ЗИО. У случају будуће ратификације Конвенције 1996, то значи да ће поводом одлуке из друге државе уговорнице, станка одмах моћи да покрене поступак извршења. Наиме, с обзиром да је признање по систему *ipso iure* прво конвенцијско решење (у малобројним ситуацијама поводом отмице детета када признање неће бити оспорено), одмах се може поднети предлог за извршење. Међутим, ако у току овог поступка извршење буде оспорено с позивом на неки од услова за признање, извршни судија би морао да прекине поступак извршења и странке упути на покретање класичног поступка признања пред месно надлежним Вишим судом.

⁹³⁸ Уколико се поступак не води као хитан и с обзиром да је отмица деце у већини држава истовремено и кривично дело, странка често неће бити у могућности да учествује у поступку, јер јој прети опасност од кривичног гоњења. Чак се и ако је против ње покренут кривични поступак за неко друго кривично дело, тешко да би се могло очекивати да ће она моћи да присуствује рочишту. Поред тога, може се десити да отмичар нема регулисану боравишну дозволу у држави у којој се поступак води, што умањује изгледе да ће се одазвати позиву. Све ове ситуације, с аспекта права на правично суђење, могле би се подвести под процесни јавни поредак, што би имало за последицу одбијање признања одлуке. Насупрот томе, у случају да отмичар неоправдано избегава позив за рочиште, његово неучествовање у поступку не би била препрека за признање, под условом да је достављање уредно.

инволвиране државе уговорнице обеју конвенција, будући да се тада може применити правило о *perpetuatio jurisdictionis*. Притом, о одредби члана 7 Конвенције 1996 треба посебно водити рачуна јер се она примењује независно од тога да ли су обе државе уговорнице и Конвенције 1980.

Б) Сукцесивна примена Конвенције 1980 и Конвенције 1996

Сукцесивна примена Конвенције 1980 и Конвенције 1996 подразумева да су обе инволвиране државе њихове уговорнице. У том случају, Конвенција 1996 исправља недостатке Конвенције 1980. Наиме, један од основних проблема Конвенције 1980 је непостојање принципа задржавања надлежности за мериторно одлучивање о праву на старање у корист суда државе уобичајеног боравишта детета. Стога је у случају одбијања повратка детета практично немогуће спречити лице код кога се дете налази да оствари оно што је био и циљ незаконитог понашања – *forum shopping* за одлучивање о праву на старање. Међутим, члан 7 Конвенције 1996 омогућава да судови државе у којој је дете непосредно пре отмице имало своје уобичајено боравиште задрже надлежност за одлучивање о свим мерама за заштиту личности и имовине детета.

Према овој одредби, да би суд државе уточишта могао да заснује *редовну* надлежност, потребно је да се испуне одређени услови. Први се односи на стицање уобичајеног боравишта у другој држави и он је обавезан у сваком случају. Овај услов се не односи само на стицање уобичајеног боравишта у другој држави уговорници Конвенције 1996, већ и у трећој држави, што значи да одредба о *perpetuatio jurisdictionis* има универзално дејство.⁹³⁹ Друга два услова су алтернативна. Најпре, могуће је да је свако лице, институција или тело које има право на старање пристало на одвођење или задржавање. У овој ситуацији, пристанак и стицање новог уобичајеног боравишта детета су довољни за престанак надлежности државе из које је дете одведено (задржано).⁹⁴⁰ При томе је важно имати у виду да није потребно да у држави уточишта буде донета одлука о одбијању повратка детета, већ ће овај пристанак обухватити и случај када одлуке нема.⁹⁴¹ Међутим, ако су обе државе уједно уговорнице и Конвенције 1980, онда је могуће да надлежност суда уобичајеног

⁹³⁹ Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, p. 9.

⁹⁴⁰ *1996 Practical Handbook*, p. 43.

⁹⁴¹ *Ibidem*.

боравишта детета престане ако: а) није поднет захтев за повратак према Конвенцији 1980, или је б) захтев поднет али је мирним путем договорено да се дете не враћа зато што је подносилац захтева пристао на то, или в) захтев је поднет али је повратак одбијен у складу са чланом 13 Конвенције јер је подносилац захтева пристао на одвођење или задржавање.⁹⁴² Друга, пак, ситуација када може престати надлежност суда државе уобичајеног боравишта детета, односи се на случај из члана 12 Конвенције 1980. Према одредбама овог члана, поред стицања новог уобичајеног боравишта, потребно је још и дете боравило у другој држави најмање годину дана од када је лице, институција или тело које имају право на старање сазнало где се дете налази и: а) у том року није поднет захтев за повратак и б) да се дете интегрисало у нову средину.⁹⁴³ Разлика између двеју конвенција постоји у погледу почетка рачунања рока од годину дана. Према Конвенцији 1980 то је тренутак када је дете одведено или задржано, а према Конвенцији 1996, тренутак сазнања где се дете налази. Зато се може догодити да је рок према Конвенцији 1980 истекао, али да још увек тече према Конвенцији 1996. Стога, држава уобичајеног боравишта не губи одмах надлежност, те ако се, у међувремену, донесе одлука о праву на старање према Конвенцији 1996, друга држава је дужна да је призна ако је уговорница и Конвенције 1996.⁹⁴⁴ Такође, није неопходно ни да захтев за повратак буде поднет држави уточишта, иако ће то најчешће бити случај ако су обе државе уговорнице и једне и друге конвенције.⁹⁴⁵ Пример који наводи *1996 Practical Handbook* јасно објашњава ову разлику. Између инволвираних држава важи само Конвенција 1996. Мајка је незаконито одвела дете, а отац је поднео тужбу суду за право на старање са захтевом да се дете врати у државу из које је одведено, након истека рока од годину дана од дана сазнања где се дете налази. Мајка, са своје стране, подноси у држави уточишта захтев за самостално вршење права на старање и тврди да само та држава има надлежност јер су испуњени сви услови, будући да захтев за повратак није поднет у држави уточишта. Међутим, чињеница да је од стране оца поднета тужба за право на старање са захтевом да се дете врати, доводи до тога да надлежност и даље припада држави из које је одведено.⁹⁴⁶ У периоду док траје задржавање надлежности, суд у држави уточишта има право да предузима само хитне

⁹⁴² *Ibidem.*

⁹⁴³ *Ibidem.*

⁹⁴⁴ *Lagarde Report*, p. 559 ad 49.

⁹⁴⁵ *1996 Practical Handbook*, p. 43.

⁹⁴⁶ *1996 Practical Handbook*, p. 46.

мере за заштиту детета, а не и привремене (члан 7 став 3), што је и разумљиво јер је та надлежност изузетна и, у случају отмице, оправдана само у хитним случајевима.

Сматра се да је пристанак лица, институције или другог тела које има право на старање дат уколико није ни поднет захтев за повратак детета према Конвенцији 1980. Ово из разлога што је лице било незаинтересовано, или државе у питању нису чланице конвенције или се она не би могла применити из било ког другог разлога. Такође, могуће је и да је захтев поднет, али да је одбијен јер се ималац права на старање сагласио са одвођењем или задржавањем.⁹⁴⁷ Међутим, ваља истаћи да за примену Конвенције 1996 није неопходно да одлука о одбијању повратка буде донета применом Конвенције 1980 пре него што је заснована надлежност суда државе новог уобичајеног боравишта.⁹⁴⁸ Дакле, довољна је сагласност овог лица и стицање новог уобичајеног боравишта.

Сумирајући значај улоге Конвенције 1996 у односу на Конвенцију 1980, у хипотези да су обе државе њихове уговорнице, можемо рећи да Конвенција 1996 чини Конвенцију 1980 ефикаснијом и спречава заснивање надлежности суда државе уточишта када је одбијен повратак детета. Такође, у случају да држава уточишта сматра да дете треба вратити, али под условом да је организована његова заштита по повратку, не мора да се чека интервенција државе уобичајеног боравишта детета, већ могу да се предузму хитне мере које ће, према Конвенцији 1996, бити признате *ipso jure* и у држави у коју се дете враћа.⁹⁴⁹ Исто тако, према члану 30 став 2, Конвенција 1996 омогућава обавештавање не само о праву држава уговорница, већ и о постојећим начинима заштите деце у свакој од њих. Насупрот томе, Конвенција 1980 обавезује само на размену информација о важећем праву (члан 7 став 2 тач. е).

⁹⁴⁷ У случају *мале Р.*, који се тицао само примене Конвенције 1980, Виши суд у Београду је нашао да се отац сагласио са одвођењем детета. Наиме, у Загребу је био у току поступак за развод брака, а отац је довео мајку и дете у Београд, при чему се наводи да се неформално са њом договорио да виђа дете, а да дете иначе борави са њим у Загребу. Виши суд је нашао да „како је током трајања поступка пред првостепеним судом утврђено да предлагач није остварио право на старање над малолетним дететом, обзиром да је у току поступак за развод брака пред надлежним судом у Загребу, као и да је предлагач довео дете и противника предлагача у Београд, из чега произилази да у конкретном случају није било противљења предлагача одвођењу мал.детета односно његовом задржавању.“ Међутим, чињеница да је у току бракоразводни поступак не лишава оца права на старање нити доказује да га он не врши. Такође, ни његов гест у смислу превозења мајке и детета до Београда не значи да се сагласио са задржавањем. Виши суд у Београду, Гж бр. 1926/12 од 21.03.2012, *необјављено*.

⁹⁴⁸ *1996 Practical Handbook*, p. 25.

⁹⁴⁹ У том смислу и *1996 Practical Handbook*, p. 140.

Ако је повратак одбијен у складу са Конвенцијом 1980, а у исто време тече поступак пред судом државе уобичајеног боравишта детета о праву на старање, могуће је да тај суд, услед измењених околности, више не располаже свим потребним информацијама о основу за одбијање повратка. Члан 34 Конвенције 1996 омогућава да се такви подаци затраже од државе која је о захтеву одлучила, путем централних органа. На тај начин могу да се спрече непожељне ситуације изазване тиме што орган који одлучује о праву на старање не располаже неопходним чињеницама утврђеним у поступку решавања питања повратка, а које могу битно утицати на исход овог поступка.⁹⁵⁰ Уједно, овај систем сарадње може да користи и држави уточишта приликом одлучивања о повратку, када су јој потребне информације из државе уобичајеног боравишта детета.

По свему судећи, могуће је и да суд државе уобичајеног боравишта уступи надлежност суду државе уточишта, уколико је та држава једна са листе држава из члана 8 Конвенције 1996. Наиме, могло би се десити да се док траје задржавање надлежности испостави да би било у најбољем интересу детета да у меритуму одлучи суд државе уточишта јер је очигледно да ће дете бити поверено родитељу који га је незаконито одвео или задржао, без обзира који од ова два суда буде одлучивао.⁹⁵¹ Услед тога, повратак детета би био бесмислен, поготову ако и родитељ кој је дете одвео одбија да се врати, јер би се након одлучивања о праву на старање дете поново вратило у државу уточишта. У случају *мале Р.*, то би било примерено решење, тим пре што би, узимајући у обзир њен узраст и скоро идентичну конкретизацију принципа најбољег интереса детета у хрватском и српском праву (као последице заједничког правног наслеђа), она, највероватније била поверена мајци (која категорично одбија да се врати). Без обзира што би на основу колизионе норме ЗРСЗ (члан 40) било примењено различито право у поступку пред судом Србије (српско право) и у

⁹⁵⁰ Нпр. ако је одбијен зато што би дете било изложено физичкој или психичкој трауми јер је родитељ од кога је одведено насилник или зато што није ефективно вршио право на старање јер није био заинтересован за дете и слично. То су све разлози које може навести орган који одлучује о праву на старање и руководити се њима да дете повери родитељу који је дете отео.

⁹⁵¹ Иако *Nygh* наводи да се у овим случајевима може одмах одбити повратак детета, таква одлука ипак улази у меритум права на старање, што држава уточишта не сме да чини (члан 16). Због тога је трансфер надлежности корисна могућност јер подразумева координисано деловање државе уточишта и државе уобичајеног боравишта детета. За став *Nygha* видети *Nygh, The International Abduction of Children*, p. 38.

Хрватској (хрватско право),⁹⁵² превагу би однео принцип најбољег интереса детета. То је очигледан пример када најбољи интерес детета, као „*suprema lex*“,⁹⁵³ релативизује налог колизионе норме, о чему је код нас већ писано.⁹⁵⁴

Упркос томе што ратификација обе конвенције има несумњиве предности с аспекта заштите деце (али и права на старање), њихова истовремена примена може да изазове и одређене проблеме. Прва ситуација се тиче *литиспенденције* између поступка поводом захтева за повратак детета покренутог у држави уточишта (Конвенција 1980) и поступка о праву на старање покренутог у држави уобичајеног боравишта (Конвенција 1996) - који су паралелно у току. У овом случају се члан 13 Конвенције 1996 не може применити јер уређује литиспенденцију пред два *редовно* надлежна суда (који су надлежност засновали на одредбама чл. 5-10). Надлежност суда државе уточишта пак није редовна. С обзиром да Конвенција 1996 не даје одговор, као ни Конвенција 1980, државе уговорнице саме треба да реше овај проблем. У томе им може помоћи међународна сарадња између централних органа или судска сарадња.⁹⁵⁵ Међутим, ова сарадња би тешко могла да резултира одбацивањем једног од захтева јер за то нема директног овлашћења према конвенцијама, већ се једино надлежни органи могу међусобно обавештавати и координисати. То, ипак, не решава суштину проблема јер одлуке, упркос сарадњи, могу бити контрадикторне.

То нас доводи до другог проблема – *признања и извршења страних одлука*. Наиме, ако је повратак детета одбијен, а постави се питање признања и извршења одлуке о праву на старање према Конвенцији 1996 (која је могла бити донета пре или након одлуке о одбијању повратка), онда је дилема следећа – да ли се одлука мора извршити у држави уточишта? На ово питање, као и на питање литиспенденције малочас, нема одговора. Оно што је реално је да ће држава уточишта у већини случајева одбити да одлуку огласи извршном с позивом на јавни поредак. Чак и када би је признала, може се десити да се обустави поступак принудног извршења јер није у најбољем интересу детета. На пример, ако је разлог одбијања повратка противљење детета, с обзиром да је оно морало бити изузетно озбиљно да би се применио члан 13

⁹⁵² С обзиром да мајка нема хрватско држављанство а да је мала Р. бипатрид, те да све троје немају заједничко пребивалиште, применио би се став 3 члана 40 ЗРСЗ који упућује на примену домаћег држављанства.

⁹⁵³ Живковић, *Поверовање деце*, стр. 93.

⁹⁵⁴ *Ibidem*.

⁹⁵⁵ *1996 Practical Handbook*, p. 142.

Конвенције 1980, сасвим је извесно да ће противљење у поступку извршења бити драматично. Оба ова одступања од сврхе Конвенције 1996 прете да је обесмисле. Међутим, с обзиром да покретање поступка у држави уточишта, као и оног у држави уобичајеног боравишта детета *зависи искључиво од воље лица које тражи повратак*, „болести“ литиспенденције и контрадикторних одлука је једноставније спречити него лечити. У том смислу, посебно је важна улога централних органа у погледу давања обавештења овом лицу о последицама вођења паралелних поступака, како би се определио за једну од конвенција. То би се могло остварити на основу Конвенције 1980 и члана 7 став 2 тач. г) о обавези централних органа да омогуће или олакшају правну помоћ и пруже савете лицу које подноси захтев.⁹⁵⁶

В) Право на виђање

Што се тиче права на виђање, члан 21 Конвенције 1980 регулише ово питање, али само делимично. Наиме, овај члан дозвољава организовање и обезбеђивање права на виђање, намећући обавезу сарадње централним органима који могу да иницирају или помогну у покретању одговарајућег поступка. Међутим, остало је нејасно питање домашаја ове одредбе. С обзиром да Конвенција 1980 не садржи одредбе о признању и извршењу, судбина и постојеће одлуке којом се уређује ово право неизвесна је и подлеже националним нормама.

Иако ни Конвенција 1996 не решава сва питања везана за остваривање овог права, она ипак представља значајну допуну претходне конвенције. Одлуке којима се установљава право на виђање и које уређују његово остваривање могу се квалификовати као мере које спадају у поље промене Конвенције 1996, те се надлежност за одлучивање о овом питању заснива на свим поменутичким члановима. Исто важи и за њихово признање и извршење. У првом случају, родитељ који не врши право на старање, а има одлуку која му додељује ово право може да покрене поступак за њено извршење, те конвенцијске одредбе добијају на значају. У другом случају, када одлука још увек није донета, долазе до изражаја одредбе о надлежности које ће одредити државу чији ће орган уредити ово право. Дакле, одлуку о праву на виђање може донети или суд државе уобичајеног боравишта детета (јер задржава надлежност за *све* мере) или, ако је у питању *хитан случај*, то може учинити и суд државе

⁹⁵⁶ Конвенција 1996 не предвиђа овакву обавезу у члану 31.

уточишта. Након тога, прелази се на признање и извршење донетих одлука за које Конвенција 1996 садржи решења.

Уколико дете стекне ново уобичајено боравиште, опет се долази у ситуацију да органи ове државе постају надлежни за одлучивање о праву на виђање, под већ познатим условима. При томе, не треба изгубити из вида положај родитеља, који се у тој ситуацији може суочити са вођењем поступка у другој држави и свим непријатностима карактеристичним за прекограничне спорове. Међутим, Конвенција 1996 нуди решење – члан 35. Према одредбама овог члана, орган једне државе уговорнице може се обратити органу у другој држави за међународну правну помоћ. Тако, родитељ који нема право на старање може у држави свог боравишта поднети тужбу за остваривање права на виђање. Та држава није уједно и она у којој дете има уобичајено боравиште и зато не постоји надлежност на основу чланова 5-10 Конвенције 1996. Међутим, управо органи ове државе могу на најбољи начин утврдити чињенице о *подобности родитеља* да остварује право на виђање. Из овог разлога, родитељ је овлашћен да се обрати „својој“ држави са захтевом да се прикупе релеванти подаци и да одлучи о његовој подобности и условима за остваривање права на виђање. Евентуалним издавањем сертификата о подобности, органи „државе“ родитеља помажу редовно надлежним органима да мериторно одлуче о праву на виђање, у ситуацијама у којима они сами то не могу. Осим тога, органи који разматрају остваривање овог права, имају могућност одлагања одлучивања док се не оконча поступак пред органом државе родитеља. То је нарочито корисно ако је дете променило своје уобичајено боравиште, а тужба је поднета органу управо те „нове“ државе. Ипак, наведени механизам је факултативне природе јер не сме постати сам себи сврха беспотребним компликовањем и одуговлачењем поступка.⁹⁵⁷ У циљу отклањања евентуалних правних празнина у погледу заштите детета, предвиђено је и да орган надлежан на основу критеријума постављених у члановима 5-10, може доносити привремене мере док траје поступак по захтеву за прикупљање информација. Закључак се намеће сам по себи. У погледу права на виђење, систем сарадње успостављен Конвенцијом 1996 треба да употпуни и оснажи онај који је увела Конвенција 1980, а који није увек био ефикасан, управо из разлога недовољне прецизности њених одредаба.

⁹⁵⁷ *Lagarde Report*, p. 595.

Г) Однос Конвенције 1980 и Конвенције 1996 према Европској конвенцији 1980

Када говоримо о односу ове три конвенције, Конвенција 1980 и Конвенција 1996 пружају шире могућности у погледу повратка деце и признања и извршења одлука о родитељској одговорности у односу на Европску конвенцију 1980. Прва разлика која иде у прилог Конвенцији 1996 је различита аутономна квалификација одлука о старању. Наиме, механизам Европске конвенције 1980 обухвата само одлуке у погледу личности детета (члан 1 став 1 тач. ц), док Конвенција 1996 подразумева и оне управљене према имовини детета. Захтев за признање (члан 9 став 2 Европске конвенција 1980) и захтев за повратак (члан 29 Конвенције 1980) могу да се поднесу преко централних органа или директно, надлежном суду.

У односу на питање незаконитог одвођења и задржавања деце, Европска конвенција, баш као и Конвенција 1996, захтева постојање одлуке о праву на старање подобне за признање и извршење. Под овим појмом се подразумева право на старање у погледу личности детета, укључујући и право да се одреди уобичајено боравиште детета. На тај начин, ова одлука би обухватила и право вета према Конвенцији 1980. Такође, аутономна квалификација се односи и на *chasing order* - одлуку донету након незаконитог одвођења или задржавања детета којом се, истовремено, овај чин оглашава незаконитим⁹⁵⁸ (члан 12).⁹⁵⁹ Поред тога, и одлука којом се одвођење или задржавање детета оглашава незаконитим спада у појам одлуке о праву на старање.⁹⁶⁰ Такође, овој категорији припада и одлука о праву на виђање, која је посебно регулисана у члану 11. Механизам се у случају отмице деце покреће само ако је дете млађе од 16 година (као и код Конвенције 1980), и које, према праву државе свог уобичајеног боравишта или држављанства, односно праву државе признања одлуке, не може да одлучује о месту свог боравишта⁹⁶¹ (члан 1 став 1 тач. а). У односу на Србију, то значи да се она не би примењивала на децу узраста од 15-16. година, за разлику од

⁹⁵⁸ На ову одредбу је могућа резерва (члан 18).

⁹⁵⁹ У допису централног органа УК (Енглеска и Велс) упућеном Министарству правде Републике Србије 30.12.2013. године, поводом захтева оца да се спроведе одлука нашег суда о праву на виђање са дететом у Енглеској, предложено је да се покрене поступак управо по Европској конвенцији 1980.

⁹⁶⁰ *European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children Explanatory Report ad 17*. Такође и Bruch, *How to Draft a Successful Family Law Convention*, p. 50.

⁹⁶¹ У нашем Закону о ратификације Европске конвенције 1980, термин „*place of residence*“ је погрешно преведен као пребивалиште.

Конвенције 1980 (као и Конвенције 1996). Европска конвенција 1980 обухвата три ситуације које се тичу отмице детета, а такође, предвиђа три начина за њихово признање.

Први подразумева *потпуно ослобођење од услова признања*. Решење је могуће у случају да је одвођење супротно одлуци донетој у држави у којој је у тренутку покретања поступка дете имало уобичајено боравиште и, уједно, као и оба родитеља, имало држављанство само те државе (члан 1 став 1 тач. д). Такође, он укључује и *задржавање* детета које постоји ако дете није враћено након остваривања права на виђање, заснованог на одлуци или споразуму који је потврдио надлежни орган (члан 1 став 1 тач. ді). То значи да Европска конвенција 1980, за разлику од Конвенције 1996 (и пређутно Конвенције 1980), *директно не покрива* право на старање које проистиче из једностране изјаве воље нити *ex lege* право на старање. Наиме, *chasing order* (члан 12 Европске конвенције 1980) *може* да се донесе ако ово право постоји и без одлуке (споразум, једнострана изјава воље, *ex lege*, па чак и фактички – *inchoate rights*) али је за покретање механизма Европске конвенције одлука *неопходна*, макар се њоме само констатовало да је одвођење незаконито.⁹⁶²

Ако је у оба ова случаја захтев за повратак поднет пре истека рока од 6 месеци од одвођења или задржавања, централни орган замољене државе треба одмах да предузме мере за повратак детета (члан 8). Уколико, пак, држава признања предвиђа да се враћање детета може остварити путем суда, признање је аутоматско, односно не испитују се услови за одбијање признања (члан 8 став 2). Иако исти систем предвиђа и Конвенција 1996, разлика је велика. Наиме, док је у случају хашке конвенције довољно да је одлука донета од редовно надлежног суда, без обзира на држављанство детета, Европска конвенција 1980, са своје стране, врши дискриминацију деце која живе у истој држави. С тим у вези, у случају да је дете двоструки држављанин, при чему има и држављанство државе суда, одлука о старању не би могла да се призна *на овај начин*, упркос принципу искључивости домаћег држављанства, јер дете мора имати само једно држављанство. Сем тога, додатно ограничење је што то држављанство морају да имају и оба родитеља. Ови захтеви уопште нису у складу са честим случајевима у практичној

⁹⁶² Bruch, *How to Draft a Successful Family Law Convention*, p. 50.

примени Конвенције 1980, у којима су деца двоструки држављани.⁹⁶³ Такође, овим системом признања не би били обухваћени ни странци који живе у Србији. У том смислу, кинески држављанин који има уобичајено боравиште у Србији не би могао да по овом механизму издејствује повратак свог детета, које је са њим живело у нашој држави, након што га други родитељ одведе у Кину. Услед тога, Европска конвенција у оваквим случајевима не може да успостави *status quo ante* само због страног држављанства. Штавише, питање је да ли се Европском конвенцијом 1980 уопште успоставља *status quo ante*, будући да за разлику од Конвенције 1980 не предвиђа као услов да право на старање буде заиста вршено (!). Као што с правом истиче Nygh, постоји много случајева када родитељ има право на старање али је годинама пасиван у погледу бриге о детету.⁹⁶⁴ У погледу инсистирања на држављанству, очигледно је да Европска конвенција 1980 полази од претпоставке о „тесној вези“,⁹⁶⁵ али она је веома дискутабилна јер дете можда никада није крочило у ову државу, за коју га онда веже само *папирнато држављанство*. При томе, не треба заборавити да дискриминација на основу држављанства није у складу ни са Конвенцијом о правима детета, која, као што је раније наведено, забрањује дискриминацију деце по националном основу. Коначно, док Европска конвенција предвиђа рок од 6 месеци за подношење захтева, у Конвенцији 1980 он износи годину дана, а у Конвенцији 1996 једино ограничење је узраст детета (18 година).

Разлика између ове три конвенције постоји и у погледу могућности за признање *chasing order*. У систему Европске конвенције 1980, ако је захтев за признање ове врсте одлуке поднет у року од 6 месеци, њено признање је загарантовано. У суштини, то је могуће и према Конвенцији 1996, али је питање да ли би одлука била и оглашена извршном, будући да се углавном доноси *ex parte*, а осим тога, могла би интервенисати и клаузула јавног поретка. За разлику од обе ове конвенције, *chasing order* је без значаја за Конвенцију 1980.⁹⁶⁶

Ако је реч о *задржавању*, оно подразумева да је повређен споразум између титулара права на старање и титулара права на виђање или одлука о праву на виђање,

⁹⁶³ Nygh, *The International Abduction of Children, How to Implement Their Right to Family Life* (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996, p. 42.

⁹⁶⁴ У том смислу и Nygh, *The International Abduction of Children*, p. 34.

⁹⁶⁵ Како то назива Nygh, *The International Abduction of Children*, p. 42.

⁹⁶⁶ Nygh, *The International Abduction of Children*, p. 33.

при чему се таква одлука не условљава држављанством нити уобичајеним боравиштем. То би значило да је једноставније осигурати повратак детета у случају задржавања него одвођења.⁹⁶⁷

Друга ситуација би се могла схватити као *систем делимичне контроле* који се односи на одлуку о праву на старање када услови држављанства или уобичајеног боравишта нису испуњени, али је захтев поднет у року од 6 месеци (члан 9). Тада се признање одлуке одвија у класичнијем систему, у коме се испитују право на одбрану, индиректна надлежност (уобичајено боравиште противника предлагача, последње заједничко уобичајено боравиште родитеља детета уколико један од родитеља задржао уобичајено боравиште у њој или, пак, уобичајено боравиште детета) и, коначно, да ли је одлука неспојива одлуци о праву на старање која је извршна у држави признања пре одвођења детета (осим ако је дете имало уобичајено боравиште у држави молиљи у периоду од годину дана пре одвођења (члан 9 став 1).

Последња, трећа ситуација, као *систем пуне контроле*, тиче се одвођења или задржавања када је захтев поднет након истека рока од 6 месеци (члан 10). У том случају, систем признања је потпун (јавни поредак, дејства одлуке више нису у најбољем интересу детета услед протеча времена и промењених околности, дете је имало држављанство државе признања и уобичајено боравиште у њој и не постоји никаква веза са државом порекла одлуке, одлука је неспојива извршној одлуци донетој у држави признања или трећој држави а поступак је покренут пре подношења захтева за признање уколико је одбијање признања у најбољем интересу детета). У поређењу са условима из Конвенције 1996, Европска конвенција предвиђа веома ригорозну контролу, која узима у обзир и држављанство детета. Исти ови услови важе и за признање одлуке у случају када није реч о отмици, већ о класичним случајевима признања и извршења одлука о праву на старање или виђање.

Међутим, Европска конвенција 1980 је врло корисна када је реч о признању привремених мера о праву на старање или на виђање. Наиме, она се односи на одлуке које су извршне, али не нужно и правноснажне (члан 7). Као што смо видели, Конвенција 1996 не омогућава признање привремених мера нити је то могуће према

⁹⁶⁷ *Bucher* наводи да се Европска конвенција не би могла применити ако право на виђање проистиче из оваквог споразума или одлуке о праву на виђање ако родитељи заједнички врше право на старање и ниједан од њих нема само право на виђање. *Bucher, L'enfant en DIP*, p. 146.

ЗРСЗ-у.⁹⁶⁸ Штавише, Европска конвенција 1980 је у нашој пракси и коришћена у ту сврху.⁹⁶⁹ Поред тога, према Европској конвенцији, централни органи су овлашћени за, између осталог, и ангажовање у вези одређивања привремених мера за заштиту детета (члан 5 став 1 тач. б). Овакав вид мера, према Конвенцији 1996, није могућ у случају незаконитог одвођења или задржавања детета (само хитне мере), али Конвенција 1980 не спречава државу уточишта да доноси привремене или хитне мере. Такође, она може бити значајна и у погледу признања одлуке о праву на виђање, не толико због система признања који је исти као и у претходна три случаја, већ зато што се услови његовог остваривања могу прилагодити условима у држави извршења (члан 11). На пример, ако је у одлуци наведено да ће се контакти остваривати под надзором центра за социјални рад, а у држави извршења овакав надзор може да врши само суд, одлука се може прилагодити. Поред тога, централни органи могу, у ситуацији када о праву на виђање тек треба донети одлуку, проследити такав захтев надлежном органу ради покретања поступка за одлучивање (члан 11 став 3).

У суштини, проблем са Европском конвенцијом 1980 везан је за чињеницу да она користи „превише софистицирану правну технику“,⁹⁷⁰ односно, да је превише компликована. Стога, Конвенција 1980 остаје први избор при отмици деце, док Конвенција 1996 за највећи број одлука (сем привремених) предвиђа једноставнији систем признања и оглашавања одлуке извршном. Такође, Конвенција 1996 обухвата мере о одређивању заступника детета на које се Европска конвенција 1980 не односи, сем ако директно утиче на право на старање што треба да докаже лице које тражи признање. При томе, меродавно право за овакво дејство одлуке је право примењено на одлучивање о заступању.⁹⁷¹ Коначно, имајући у виду државе које су уговорнице све

⁹⁶⁸ Као ни у Нацрту, сем за грађанскоправну заштиту од насиља у породици (члан 113).

⁹⁶⁹ Решење Врховног суда Србије, Гж. 47/08 од 08.05.2008. Случај се тичао признања пресуде италијанског суда за малолетнике, које је Окружни суд у Крагијевцу одбио управо зато што није било правноснажно. Врховни суд је решење укинуо и вратио суду на поновни поступак, образлажући то на следећи начин: „...прописано је да ће се признати одлука о старању која је донета у једној држави уговорници, а када је у земљи порекла извршена, извршиће се у свакој другој држави уговорници. Првостепени суд није имао у виду одредбу члана 7...“ Такође и, на пример, Решење Врховног суда Србије Гж. 104/04 од 04.11.2004., одлука наведена према Б. Бордаш, *Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања – извор међународног приватног права у Србији*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, 2/2006, стр. 519-534.

⁹⁷⁰ Bruch, *How to Draft a Successful Family Law Convention*, p. 54.

⁹⁷¹ *European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children Explanatory Report ad 18.*

три конвенције,⁹⁷² резерву на чланове 8 и 9 Европске конвенције 1980, на основу којих се признање одлуке у случају незаконитог одвођења или задржавања увек врши *пуним системом контроле*, није ставило само 9 држава,⁹⁷³ те је тиме значај Европске конвенције 1980 значајно умањен. Ипак, упркос чињеници да се, генерално, ова конвенција ретко примењује,⁹⁷⁴ она може бити једини начин да се признају привремене одлуке и, евентуално, *chasing order*.⁹⁷⁵

2.2. Међународно усвојење

Претходна разматрања

Конвенција 1993 јединствена је у хашком систему за заштиту деце зато што она настоји да реши суштински проблем једне посебне категорије деце – оне која нису под родитељским старањем или чији родитељи не желе, односно не могу да се старају о њима. При томе, ова деца су додатно угрожена чињеницом да се одговарајућа породица за њих није могла наћи у држави из које потичу, већ се решење морало потражити с друге стране границе, путем међународног усвојења.

Колики је значај заштите деце у овој материји говори и податак да је у току 2005. године у свету засновано преко 10 000 међународних усвојења.⁹⁷⁶ Другим речима, преко 10 000 деце годишње потребно је заштити у поступцима заснивања међународних усвојења. Покушај да се њихова заштита обезбеди у оквиру Хашке

⁹⁷² Укупно је у питању 25 држава: Аустрија, Бугарска, Кипар, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Латвија, Литванија, Луксембург, Малта, Црна Гора, Холандија, Пољска, Румунија, Словачка, Шпанија, Шведска, Украјина и УК.

⁹⁷³ Аустрија, Кипар, Естонија, Француска, Латвија, Црна Гора, Холандија, Словачка и Шпанија.

⁹⁷⁴ E. Gallant, *La convention de Luxembourg du 20 mai 1980 (bilan), Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004, p. 124.

⁹⁷⁵ Према одредби члана 52 става 1 Конвенције 1996, она, начелно, не утиче на примену других међународних уговора, али је ипак могуће дати изјаву о њеној предности над другим уговорима. У случају евентуалног приступања Србије Конвенцији 1996, то не би требало учинити у односу на Европску конвенцију 1980 управо због могућности признања привремених мера и права на виђање. Осим тога, нема разлога ограничавати слободу лицу које тражи повратак да изабере конвенцију која му највише одговара. Стога је најбоље не мењати однос конвенција у односима држава које су њихове чланице. По речима професора *Bodenheimera*, њихов однос се може описати као „пријатељска конкуренција“. Наведено према Bruch, *How to Draft a Successful Family Law Convention*, p. 51 ad 20 (фуснота).

⁹⁷⁶ P. H. Pfund, *Future United States Implementation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention*, Pacis Artes – Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. Tomo II – Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia, Madrid, 2005, p. 1721.

конференције класичном конвенцијом унификације доживела је потпуни неуспех. Окретање Хашке конференције административној сарадњи у материји међународног усвојења, која не искључује сваку могућност злоупотреба, био је ризичан потез. Ипак, успостављањем јасних процедура и забраном неприкладне финансијке користи, Конвенција 1993 настоји да обезбеди детету правну сигурност и одговарајућу заштиту у свакој фази заснивања међународног усвојења, али и након тога, признањем тако насталог родитељско-дечјег односа. Да би остварила најбољи интерес детета, Конвенција 1993 полази од основних принципа међународног усвојења, али уједно одговара и на питања која се тичу деце избеглица и деце без пратње, као и на питање поштовања људских права у контексту међународног усвојења. Такође, она предвиђа и стриктне обавезе централних органа државе порекла и државе пријема од покретања поступка до пост-адоптивне заштите. Коначно, с обзиром да јој је Република Србија недавно приступила (2013), треба размотрити како се њоме побољшава постојећи механизам међународног усвојења у односу на домаће породично законодавство и домаће норме међународног приватног права.

2.2.1. Најбољи интерес детета и принципи Конвенције 1993

Конвенција 1993, као што је већ наведено, не решава питање заштите усвојеника методом унификације, већ сарадњом *sui generis*, тако да је и њен механизам специфичан, с обзиром да остаје нерешен низ питања која се везују за разлике у националним правима држава уговорница. Те разлике постоје како у погледу одредаба супстанцијалног права о усвојењу, тако и њихових норми о међународној надлежности за заснивање и престанак усвојења и меродавном праву за услове заснивања, дејства и престанак усвојења. Једино питање класичног међународног приватног права које Конвенција 1993 унификује јесте питање признања одлука о усвојењу, укључујући и конверзију усвојења.

Конвенција 1993 представља вишестрану конвенцију која дефинише одређене принципе за заштиту деце, установљава правни оквир за сарадњу између државе порекла и државе пријема, а у одређеној мери, која не утиче на њену примарну правну природу, унификује норме о признању усвојења.⁹⁷⁷ Оваква њена концепција очигледно је државама деловала привлачно управо зато што, на супрот Конвенцији 1965, оставља

⁹⁷⁷ Видети Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau, *The Implementation and Operation of the 1993 Intercountry Adoption Convention: Guide to Good Practice, No 1*, 2008, p. 24 ad 26. Даље *Guide to Good Practice 1993, No 1*.

по страни наведене разлике у националним системима породичног и међународног приватног права. Наиме, и држава порекла детета и држава пријема примењују своје супстанцијално и међународно приватно право, али у поступку међународног карактера, прожетог интензивном међународном сарадњом централних органа, ове разлике се релативизују.⁹⁷⁸ Исто тако, последица сарадње је и аутоматско признање усвојења заснованог у јеној држави уговорници у свим осталим државама уговорницама. Најзад, иако Конвенција 1993 не решава проблем сукоба надлежности и сукоба закона непосредно, она ипак посредно омогућава да се они избегну или смање.⁹⁷⁹

У модерном хашком систему за заштиту деце највиши степен конкретизације стандарда најбољег интереса детета постигнут је управо у оквиру Конвенције 1993 која има три основна циља: а) успостављање гаранција ради заснивања међународних усвојења у најбољем интересу детета и поштовања основних права која су му призната међународним правом; б) установљавање система сарадње између држава уговорница ради обезбеђења поштовања тих гаранција и спречавања отмице, продаје или трговине децом; в) обезбеђење признања усвојења заснованог њеном применом у државама уговорницама (члан 1).

Да би заснивање усвојења било у најбољем интересу детета, Конвенција 1993 полази од принципа супсидијарности, забране дискриминације и мера којима се обезбеђује његово остваривање. Осим тога, она предвиђа и механизме за спречавање отмице и трговине децом ради усвојења, као и сарадњу у циљу превенције злоупотреба конвенцијског механизма.

А) Принцип најбољег интереса детета и принцип (двоструке) супсидијарности

Иако Конвенција 1993 у целини почива на принципу најбољег интереса детета, он се изричито помиње у пет одредаба. Прва од њих подразумева обавезу државе порекла детета да најпре испита могућности да се смештај детета организује у њој, а потом и да је међународно усвојење у најбољем интересу детета (члан 4 тач. б)). Такође, и следећа одредба се односи на обавезу државе порекла детета да приликом

⁹⁷⁸ E. Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours, tome 251, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 185. Даље Jayme, *Le droit international privé postmoderne*.

⁹⁷⁹ van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 377.

одлучивања о спровођењу поступка прилагођавања детета размотри појединачне извештаје о детету и потенцијалним усвојитељима и на основу тога процени да ли би овај поступак био у најбољем интересу детета (члан 16 став 1 тач. д)). Наредна одредба тиче се ситуације када је потребно предузети конкретне мере за заштиту детета након што је у циљу заснивања усвојења пресељено у државу пријема и централни орган ове државе је утврдио да његов даљи останак код потенцијалних усвојитеља више није у његовом најбољем интересу (члан 21 став 1), као и да је од свих мера које се могу предузети, једино повратак детета у државу порекла у његовом најбољем интересу (члан 21 став 1 тач. ц). Последња одредба која се изричито позива на најбољи интерес детета је она о клаузули јавног поретка којом се може одбити признање усвојења заснованог према Конвенцији 1993 услед очигледне супротности јавном поретку државе признања, посебно узимајући у обзир најбољи интерес детета (члан 24).

У осталим одредбама Конвенције 1993, принцип најбољег интереса детета садржан је прећутно, на основу наведеног члана 1 и Преамбуле, која предвиђа да међународно усвојење мора бити у најбољем интересу детета, уз поштовање његових основних права, док отмица и трговина децом у циљу усвојења морају бити спречене (параграф 4). На овај начин су поновљене одредбе Конвенције о правима детета о најбољем интересу детета (члан 3) и обавези држава да спречавају отмицу и трговину децом (члан 35).

Када говоримо о најбољем интересу детета у материји усвојења, треба имати у виду да и Конвенција 1993 и Конвенција о правима детета узимају у обзир и интересе других лица који учествују у поступку заснивања усвојења, као што су биолошки родитељи и потенцијални усвојитељи. Ова лица се у Конвенцији 1993 штите првенствено на тај начин што је њихова сагласност обавезан услов за заснивање усвојења (али и касније за његову евентуалну конверзију). Међутим, то не значи да су интереси ових лица подједнако важни као и најбољи интерес детета. Напротив, у материји усвојења, управо је најбољи интерес детета одлучујући критеријум.⁹⁸⁰ Такође, да би заштитила најбољи интерес детета, Конвенција 1993 се позива и на основна

⁹⁸⁰ Committee on the Rights of the Children, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, adopted by the Committee at its sixty-second session (14 January – 1 February 2013), 29 May 2013, p. 10 ad 38. У том смислу, Комитет за права детета, прави разлику између термина “*a primary consideration*” који указује да је најбољи интерес детета један од фактора од првенственог значаја, и “*the paramount consideration*” који значи да је најбољи интерес детета одлучујући фактор у односу на све друге.

права детета, подразумевајући под тим забрану дискриминације по било ком основу и право детета на мишљење исказану кроз сагласност коју даје за усвојење у складу са својим годинама и зрелошћу.⁹⁸¹

Преамбула има посебну улогу у тумачењу Конвенције 1993 и заштити најбољег интереса детета.⁹⁸² Веома је детаљна у поређењу са преамбулама претходних хашких конвенција о заштити деце,⁹⁸³ те је у том смислу отворила врата већем значају преамбула уопште у модерном хашком систему за заштиту деце.⁹⁸⁴ Преамбула Конвенције 1993 полази не само од најбољег интереса детета у међународном усвојењу, већ и од других принципа који наглашавају значај породице за развој личности детета - на пример, право детета на породицу (први параграф) који је дословно пренет из Преамбуле Конвенције о правима детета (пети параграф). Слично томе, и део Преамбуле Конвенције 1993 о праву детета да буде збринут у породици и дужност држава да предузму све мере како би то обезбедиле (други параграф) ослања се на Конвенцију о правима детета (члан 18 у вези чл. 9 и 10), али и на Декларацију УН о друштвеним и правним принципима о заштити и добробити деце са посебним упућивањем на хранитељство и домаће и међународно усвојење (чл. 1-3), док се у последњем параграфу Преамбула Конвенције 1993 директно позива на Конвенцију о правима детета и Декларацију УН о правима детета (1959), као и друге међународне инструменте у овој материји.⁹⁸⁵

2.2.2. *Заштита детета пре покретања поступка заснивања међународног усвојења*

А) Принцип супсидијарности и принцип најбољег интереса детета

Упркос великом степену усклађености Конвенције 1993 са Конвенцијом о правима детета, њихово поклапање није потпуно. Разлика постоји у погледу принципа супсидијарности чији је примарни циљ заштита детета пре покретања поступка

⁹⁸¹ *Guide to Good Practice 1993, No 1*, p. 28 ad 42.

⁹⁸² Од самог почетка рада на Конвенцији 1993, експерти који су сачињавали Специјалну комисију инсистирали су на значају Преамбуле приликом евентуалних тумачења Конвенције 1993. Видети *Parra-Aranguren Report ad 36*.

⁹⁸³ *Ibidem*.

⁹⁸⁴ Њен главни такмац у том смислу је Конвенција 2007 чија је Преамбула такође веома детаљна (укупно 7 параграфа, с тим што је шести прецизиран са 4 алинеје). За разлику од ове две конвенције, преамбуле других модерних хашких конвенција о заштити деце садрже 2 параграфа од значаја за њихово тумачење (од укупно 4, Конвенција 1980) односно 4 (од укупно 8, Конвенција 1996) или се само позива на потребу измене претходних хашких конвенција у тој материји (Протокол 2007, укупно 4 параграфа).

⁹⁸⁵ Под којима се подразумевају пре свега Конвенција 1965 и Интер-америчка Конвенција о сукобу закона у погледу усвојења малолетника од 24. маја 1984. године. *Parra-Aranguren Report ad 57*.

заснивања међународног усвојења. Наиме, принцип супсидијарности значи да је међународно усвојење у најбољем интересу детета тек ако нема могућности за његово збрињавање у домаћој држави. Преамбула Конвенције 1993 даје предност међународном усвојењу над привременим мерама за заштиту детета, будући да се поступак међународног усвојења може покренути тек ако се одговарајућа породица детету не може наћи у држави његовог порекла (параграф 3). С друге стране, Конвенција о правима детета предвиђа међународно усвојење као алтернативни начин заштите деце, ако у држави његовог порекла не може да се организује хранитељство, заснује усвојење или дете збрине на било који други погодан начин (члан 21 тач б). Разлика између ове две конвенције је у томе што Конвенција 1993 предност даје *трајним* мерама за збрињавање деце у оквиру породице, укључујући хранитељство или, чак, и смештај детета у институцију уколико су такође трајног карактера, док Конвенција о правима детета предност даје свим мерама у држави порекла детета, чак и оним које су *привремене*.⁹⁸⁶

У доктрини су изнета мишљења (када је реч о институционалном збрињавању детета), да и Конвенција о правима детета дозвољава тумачење да међународно усвојење може бити боље решење у односу на институционалну бригу у држави порекла детета, полазећи од њене одредбе по којој алтернативна брига подразумева, између осталог, и усвојење „или ако је то неопходно смештај детета у одговарајућу институцију“ (члан 20 став 3).⁹⁸⁷ На тај начин је Конвенција о правима детета успоставила хијерархију између различитих облика алтернативног старања о деци по којој усвојење има предност у односу на институционалну бригу о детету.⁹⁸⁸ Имајући у виду да се ова одредба Конвенције о правима детета односи на заштиту деце која су не само изгубила везу са својом породичном средином, већ се налазе и изван државе свог порекла, могло би се сматрати да она заиста дозволљава тумачење да међународно

⁹⁸⁶ *Parra-Aranguren Report ad 43.*

⁹⁸⁷ van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 339 ad 353 (фуснота). Такође и Committee on the Rights of the Children, *General comment No. 6 (CRC/GC/2005/6) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, 2005, p. 51 ad 40.

⁹⁸⁸ Видети Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, p. 336. Осим тога, овакво тумачење подржава и UNICEF управо поводом Конвенције 1993. Видети изјаву у *Guide to Good Practice 1993, No 1, ad Annex 10 UNICEF's Position on Intercountry Adoption Statement 2007.*

усвојење, исто као и домаће, има предност над институционалним збрињавањем деце.⁹⁸⁹

Ако се посматра хијерахијски однос међународног усвојења и останка детета у биолошкој породици, односно немогућности да се старање о детету организује у држави његовог порекла, онда у Конвенцији 1993 важи *принцип двоструке супсидијарности*.⁹⁹⁰ Најпре, он омогућава одлуку о томе да ли је усвојење ван граница државе порекла детета у његовом најбољем интересу, с тим да одлука може да уследи тек ако је дете трајно одвојено од своје уже или шире породице (први ниво супсидијарности) и, потом, уколико је држава порекла детета са дужном пажњом размотрила могућности за организовање алтернативних облика старања о детету, пре свега оних трајног карактера (други ниво супсидијарности).⁹⁹¹ Док се први ниво супсидијарности подразумева и не захтева детаљнија објашењења, други ниво супсидијарности није лишен дилема. Наиме, он полази од претпоставке (готово необориве), да је у најбољем интересу детета да буде збринуто у држави свог порекла. При томе, Конвенција 1993 даје предност само трајним мерама у држави порекла док Конвенција о правима детета, као што смо видели, не прави разлику између дужине трајања мера алтернативног старања, већ је акценат на томе да о њима одлучује држава порекла детета. На основу овако схваћеног принципа супсидијарности могло би се закључити да међународно усвојење долази у обзир само као последње могуће решење. Међутим, Конвенција 1993 има потпуно другачији циљ. У већини случајева одређивање више привремених мера, макар подразумевале смештај у оквиру породице (хранитељство) није боље решење од заснивања међународног усвојења.⁹⁹² Још мање је то смештај у институцију, чак и када је у питању мера трајног карактера.⁹⁹³ Шта више,

⁹⁸⁹ Видети Committee on the Rights of the Children, General comment No. 6 (CRC/GC/2005/6) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 2005, p. 51 ad 40. У домаћој литератури о овом коментару Комитета за права детета видети *Права детета у међународним документима* (уредница Невена Вучковић-Шаховић), Београд, 2011, стр. 169-170.

⁹⁹⁰ I. Lammerant, *L'évolution et les enjeux de l'adoption nationale et internationale*, Contribution aux Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre organisées à Sherbrooke (Canada) du 5 au 7 mai 2004 sur le thème „L'adoption: une réalité en évolution, à identifier et à partager“, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Volume 35, No. 2, 2005, p. 340.

⁹⁹¹ У том смислу и L. Martínez-Mora, H. Baker, E. Harang, *The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and Subsidiarity: is the Subsidiarity Principle still „Fit for Purpose“?*, A Commitment to Private International Law (Un engagement au service du droit international privé), Essays in honour of Hans van Loon (Mélanges en l'honneur de Hans van Loon), Intersentia, 2013, pp. 344-345.

⁹⁹² *Guide to Good Practice 1993, No 1*, p. 30 ad 53.

⁹⁹³ Тако је Комитет за права детета поводом односа усвојења и институционалног смештаја деце изразио забринутост због ситуације у Мађарској, у којој су деца ромске националне припадности

институционални смештај детета је последње решење које би требало примењивати.⁹⁹⁴ Слично томе, и предност домаћег усвојења у односу на међународно у смислу Конвенције 1993 се може довести у питање. Типичан пример који релативизује овај вид принципа супсидијарности односи се на усвојење члана породице.⁹⁹⁵ На пример, уколико је усвојеник држављанин Србије који има уобичајено боравиште у Србији и треба одлучити да ли је у његовом најбољем интересу да се усвојење заснује са усвојитељима који имају уобичајено боравиште у Србији, али са којима дете није блиско (домаће усвојење) или са његовим ујаком и ујном који имају уобичајено боравиште у Немачкој и са којима дете има веома присан однос (међународно усвојење). Очигледан закључак је да би у најбољем интересу детета било да се приликом одлучивања о његовој будућности узму у обзир *све* могућности.⁹⁹⁶ То је уједно и линија раздвајања између принципа најбољег интереса детета и принципа супсидијарности у оквиру Конвенције 1993. Наиме, њен механизам међународног усвојења не ставља на прво место принцип супсидијарности, како се то може чинити. Управо супротно, одлучујући је принцип најбољег интереса детета.⁹⁹⁷ Поврх тога, неопходни период који треба да протекне пре него што се закључи да је међународно усвојење у најбољем интересу детета је предмет субјективне процене законодавца (и)ли надлежног органа. Како је навела трећа Специјална комисија, „...приликом примене принципа супсидијарности, потребно је посветити пажњу потребама детета у односу на време (начин на који дете поима време се разликује од поимања одраслог лица).“⁹⁹⁸

смештене у инситуције уместо да буде покренут поступак за њихово усвојење. Maria Herzog, Member of the UNCRC Committee, *Adoption in UN Convention on the Rights of the Child and the adoption of Roma children in Hungary*, Joint Council of Europe and European Commission Conference on *Challenges in adoption procedure in Europe: ensuring the best interest of the child*, Strasbourg, 30 November 2009, p. 4, доступно на http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/FAMILY/Adoption_conference_en.asp (17.10.2013).

⁹⁹⁴ Изјава UNICEF-a, *supra* стр. 336.

⁹⁹⁵ У том смислу и *Guide to Good Practice 1993, No 1*, p. 30 ad 52.

⁹⁹⁶ У том смислу и M. de Boer-Buquicchio, Deputy Secretary General of the Council of Europe, Joint Council of Europe and European Commission Conference on *Challenges in adoption procedure in Europe*, доступно на http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption_conference_en.asp (04.12.2013).

⁹⁹⁷ J. Degeling, S. Pépit, *The Third Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, 17-25 June 2010 Theme I: Report of the Meeting, *The Judges' Newsletter on International Child Protection - Vol. XVII, Spring 2011 ad 2 a*), доступно и на http://www.hcch.net/upload/newsletter/JN17_SC_Special-Focus_E.pdf (17.10.2013). Даље Degeling, Pépit, *The Third Meeting of the Special Commission*.

⁹⁹⁸ *Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission of June 2010*, p. 17 ad 30.

Принцип супсидијарности је, по правилу, директно повезан са питањем права странаца као потенцијалних усвојитеља. У погледу ограничавања овог права странцима, државе уговорнице Конвенције 1993 које су типични представници државе порекла детета (тј. оних из којих се деца најчешће усвајају) могу се поделити у три групе. Прву чине оне које право странаца везују за протек одређеног временског периода у коме се нису могли наћи адекватни усвојитељи међу држављанима државе порекла⁹⁹⁹ или међу лицима која имају боравиште у држави порекла детета.¹⁰⁰⁰ Другу групу чине државе које о могућностима за заснивање међународног усвојења одлучују на основу процене најбољег интереса детета.¹⁰⁰¹ Последњу групу чине државе које предвиђају принцип супсидијарности, при чему се не прецизира временски период у коме није било могуће засновати домаће усвојење¹⁰⁰² Прва и трећа група ограничења права странаца подразумевају да се могућност заснивања међународног усвојења детета неће узети у обзир све док не протекне одређени рок у коме се није могло засновати домаће усвојење или да се оно не може засновати, без прецизирања рока . При томе, иако одређивање рока од чијег протекла зависи право странаца да буду усвојитељи (с обзиром на велике разлике које постоје између држава уговорница), не

⁹⁹⁹ *Албанија*: 6 месеци од уписа детета у регистар није покренут поступак за заснивање домаћег усвојења као и усклађеност принципа албанског законодавства са онима у праву државе усвојитеља, сарадња са органима државе пријема тако да се од заснивања усвојења не одустане те да дете може добити дозволу за улазак и стални боравак у држави пријема, да дете може да ужива иста права као у држави порекла и да је усвојење нераскидиво; *Чешка*: 3 месеца нема усвојитеља домаћих држављана; *Грузија*: 8 месеци нема домаћих усвојитеља и да дете може да добије стално настањење у тој држави; *Јапан*: нема јапанских држављана усвојитеља у периоду од неколико година (!); *Кореја*: исто као Јапан; *Литванија*: у року од 6 месеци нема домаћих усвојитеља или хранитељске породице; *Мадагаскар*: предност имају домаћи држављани који живе на Мадагаскару, потом домаћи држављани који живе у иностранству па тек онда страни усвојитељи; *Португалија*: ако нема домаћих усвојитеља; *Словачка*: ако нема хранитељске породице или усвојитеља у року од 6 месеци у Словачкој. Видети Country Profiles за ове државе на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69. *Србија* – 1 година од уписа у Јединствени лични регистар усвојења без усвојитеља домаћих држављана и одобрење министра надлежног за породичну заштиту, а изузетно може и пре истека рока од годину дана уз одобрење министра (члан 103 Породичног закона).

¹⁰⁰⁰ *Румунија*: две године од како је суд коначно одлучио да се покрене поступак међународног усвојења и да међу лицима са боравиштем у Румунији или сродницима до 4. степена сродства нема неког ко би хтео да усвоји. Видети Country Profiles за ове државе на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69.

¹⁰⁰¹ *Хаити*: 93% укупног годишњег броја усвојења је међународно. Видети Country Profiles за ове државе на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69.

¹⁰⁰² *Чиле*: Чилеански држављанин или странац са уобичајеним боравиштем у Чилеу би могао да усвоји дете ако надлежни орган утврди да нема брачног пара чилеанског држављанства; *Доминиканска република*: ако нема домаћих усвојитеља без одређења периода чекања; *Естонија*: нема усвојитеља домаћих држављана и ниједан други вид заштите детета не може да се организује у Естонији; *Гватемала*: нема усвојитеља домаћих држављана; *Гвинеја*: исто као Гватемала; *Латвија*: ако нема погодне породице у Латвији, а дете је смештено у институцију; *Филипини*: нема ни усвојитеља ни у региону ни интеррегионално и једино преостаје институционални смештај детета. Видети Country Profiles за ове државе на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69.

представља идеално решење, оно ипак уноси већи степен правне сигурности него прокламације да домаће усвојење није могуће засновати, без временског прецизирања. Посебно се у том смислу издвајају државе (нпр.Филипини) које под домаћим усвојењем подразумевају и оно које би се засновало са усвојитељима из региона.¹⁰⁰³ Очигледно је да ограничавање права странаца у свим наведеним случајевима представља одраз бојазни да ће дете живети у иностранству чиме ће се прекинути његове везе етничке, религиозне, културолошке и лингвистичке природе са државом порекла.¹⁰⁰⁴ То је посебно изражено код држава које под странцем подразумевају лице које нема држављанство државе порекла детета, за разлику од оних које појам странца везују за територијалне тачке везивања.¹⁰⁰⁵

Када се принцип супсидијарности међународног усвојења везује само за странско држављанство усвојитеља, понекад је могуће да дође до необичних ситуације у оквиру Конвенције 1993. Наиме, ако би се као потенцијални усвојитељи јавили држављани државе порекла који имају уобичајено боравиште у другој држави уговорници Конвенције 1993, такво усвојење би било међународно у смислу Конвенције 1993, али би зато у смислу услова за његово заснивање било третирано као домаће и усвојитељи не би морали да чекају протек одређеног временског рока, већ би аутоматски стекли право на усвојење. Међутим, исход усвојења је, по правилу, исти – дете ће живети у иностранству. У том смислу, чини се да у оквиру Конвенције 1993 није најбоље решење везивати појам странца за држављанство, већ је боље везивати га за територијални критеријум - њихово уобичајено боравиште у иностранству. Поред тога, да би најбољи интерес детета могао да буде одлучујући критеријум (и у присуству принципа супсидијарности), потребно је да се приликом одлучивања о будућности детета узме у обзир што више могућности, укључујући и међународно усвојење. Стога би евентуална временска ограничења везана за немогућност заснивања домаћег усвојења требало да буду што краћа. Принцип супсидијарности не значи да сви начини организовања алтернативног старања у држави порекла детета треба да буду *исцрпљени* већ да те могућности само буду *размотрене*.¹⁰⁰⁶ Што се касније донесе

¹⁰⁰³ Country Profile на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69

¹⁰⁰⁴ E. Bartholet, *International Adoption: Thoughts on the Human Rights Issues*, Harvard Law School Faculty Scholarship Series. Paper 21, 2007, p. 180. Даље Bartholet, *International Adoption*.

¹⁰⁰⁵ Румунија, на пример, *supra* стр. 339.

¹⁰⁰⁶ *Guide to Good Practice 1993, No 1*, p. 29 ad 50.

одлука о међународном усвојењу, то је дете старије и изгледи за његово усвојење су све мањи,¹⁰⁰⁷ а постаје све извесније да ће бити трајно смештено у институцију, што би требало да буде последња могућност за његово збрињавање.¹⁰⁰⁸

Као што се може путем територијалних критеријума може релативизовати појам странца усвојитеља, тако и израз „држава порекла“ не мора нужно означавати државу чији је дете држављанин. Тачно је да Конвенција о правима детета предвиђа да се приликом оцене његовог најбољег интереса дужна пажња треба посветити поменутом етничком, религиозном, културолошком и лингвистичком пореклу детета. Међутим, ни Конвенција о правима детета ни Конвенција 1993 под државом порекла детета не подразумевају нужно државу чији је оно држављанин.¹⁰⁰⁹ У данашњем свету обележеном процесом глобализације и великих миграција људи, тешко се о држављанству може говорити као искључивом синониму за државу порекла, иако је и даље најчешћа асоцијација на порекло управо држављанство. Ипак, ова веза је данас релативизована. На пример, уколико је усвојеник шестогодишње дете које је од рођења живело у Немачкој у коју су његови родитељи, српски држављани, дошли пре више од деценије, чини се да би било умесно запитати се са којом државом је његово етничко, религиозно, културолошко и лингвистичко порекло заправо повезано. Иако етничко порекло детета сигурно указује на државу његовог држављанства (а вероватно и религиозно, мада не са истом сигурношћу), преостала два критеријума могу исто тако указивати и на државу чије држављанство нема, али у којој је рођено и у којој је до тада непрекидно живело. Граница раздвајања би била још магловитија ако би дете имало и држављанство државе у којој живи.

Очигледно је да одговор на питање која то држава порекла детета није увек једноставно дати јер за разлику од садржајне и живе везе са државом уобичајеног боравишта, веза са државом држављанства детета може некада постојати само на папиру. Због тога треба имати у виду да држава порекла ни у Конвенцији 1993 ни у Конвенцији о правима детета не подразумева нужно државу чији је дете држављанин. Управо супротно, Конвенција 1993 подразумева под државом порекла ону државу уговорницу у којој дете има уобичајено боравиште. Услед тога, могуће је чак и према

¹⁰⁰⁷ У том смислу и Degeling, P  pit, *The Third Meeting of the Special Commission*, pp. 348-349.

¹⁰⁰⁸ О последицама институционалног збрињавања на децу Bartholet, *International Adoption*, loc.cit.

¹⁰⁰⁹ Duncan, *Nationality and the Protection of Children*, p. 82.

Конвенцији о правима детета да усвојитељ страни држављанин буде укључен у збрињавање детета у држави порекла, ако живи у тој држави.¹⁰¹⁰ Међутим, према Конвенцији 1993 евентуално усвојење се тада не би сматрало међународним усвојењем, будући да је уобичајено боравиште детета и усвојитеља у истој држави уговорници.

Б) Врсте усвојења у којима се дете штити

Конвенција 1993 се односи на оне врсте усвојења којима се заснива трајан однос родитеља и детета (члан 2 став 2) чиме је исправљен недостатак Конвенције 1965 која термин усвојења није посебно дефинисала. Поред тога што Конвенција 1993 несумњиво обухвата потпуно усвојење,¹⁰¹¹ овом одредбом је обухваћено и непотпуно усвојење ако има за последицу заснивање оваквог трајног односа између усвојеника и усвојитеља.¹⁰¹² Осим тога, овим су обухваћена и унутар-породична усвојења.¹⁰¹³ У

¹⁰¹⁰ Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, стр. 247.

¹⁰¹¹ Само потпуно усвојење познају, на пример, Кина (Хонг-Конг), Конго, Шпанија (Country Report), Аустрија, Кипар, Данска, Естонија, Финска, Ирска, УК (*European Network of National Observatories on Childhood (ChildONEurope)*), Report on National and Intercountry Adoption, January 2006, p.8, доступно на

http://www.childoneurope.org/issues/adoption/post_adoption_seminar/draft%20report%20on%20adoption.pdf. Даље ChildONEurope, *National and Intercountry Adoption*. Такође, овај облик усвојења познаје и Породични закон Србије. Насупрот томе, постоје државе у којима је могуће засновати и потпуно и непотпуно усвојење, као на пример Бенин, Буркина Фасо, Демократска Република Конго (међународно непотпуно усвојење подразумева усвојење члана породице), Француска, Црна Гора, Белгија, Бугарска, Луксембург, Румунија (Country Profiles), Италија, Пољска, Португалија, Словачка (ChildONEurope, *National and Intercountry Adoption*).

¹⁰¹² *Parra-Aranguren Report, ad 94*. У погледу непотпуног усвојења било је предлога да оно не буде обухваћено Конвенцијом 1993, односно да она уређује само питање потпуног усвојења. Основни разлог да се задржи и непотпуно усвојење био је условљен чињеницом да је Хашка конференција тежила да овом конвенцијом привуче што већи број држава, при чему је у појединим дозвољено само непотпуно усвојење или обе врсте усвојења, а требало је да Конвенција 1993 буде таквог домаћаја да може да прати и промене супстанцијалног права држава, односно све чешће опредељивање држава за заснивање непотпуног међународног усвојења. van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 348 *ad 206*.

¹⁰¹³ Слично као поводом непотпуног усвојења, било је предлога да се искључе из поља примене Конвенције 1993 усвојења чланова породице. *Parra-Aranguren Report, ad 92*. Усвојење члана породице предвиђају, на пример, право Албаније (баба, деда, брат, сестра, ујак или тетка детета, пунокрвни или полукрвни); Андоре (усвојење пасторка); Јерменије (сродници у правој линији); Аустралије (биолошки сродници); Аустрије (сродници до трећег степена сродства или биолошко дете супружника); Белгије (до трећег степена сродства или дете супружника или ванбрачног партнера, а са овом врстом усвојења је изједначено и усвојење детета са којим је усвојитељ свакодневно живео и са којим постоје друштвене везе и блискост); Бенин (биолошки сродник у правој линији или побочној, по мајци или по оцу); Канада (Британска Колумбија: биолошки сродник или адоптивни; Алберта: ујак, тетка, баба, деда, дедина и бабина браћа и сестре; Онтарио: родитељ детета, супружник родитеља или сродника, баба и деда, ујак, тетка, дедина и бабина браћа и сестре; Квебек: браћа, сестре, сестрић, сестричина, синовац, братаница, унуци, рођаци, полубрат, полусестра или његовог супружника; Нови Брунсвик: члан породице; Нова Шкотска: син, ћерка, унуци, сестрић, сестричина, синовац, братаница, рођак; Острво принца Едварда: родитељ, тетка, ујак, полубрат, полусестра, сестрић, братанац или рођаци који нису у директној вези уз одобрење); Конго (баба, деда, родитељи, браћа, сестре, ујаци, тетке, рођаци); Чешка (само усвојење пасторка); Демократска Република Конго (супружник родитеља, сестрић, сестричина, синовац,

погледу ове врсте усвојења, поставило се питање да ли је потребно да централни орган државе пријема саставља извештај о потенцијалним усвојитељима и пожељним карактеристикама детета. Иако су злоупотребе у случају усвојења чланова породице, по правилу, мање вероватне, централни орган државе пријема мора да достави овај извештај централном органу државе порекла детета.¹⁰¹⁴ Конвенција 1993 може изузетно обухватити и усвојење пасторка, али само ако родитељ има право на старање и има уобичајено боравиште у једној држави уговорници, а дете у другој, под условом да је усвојење од стране очуха или маћехе неопходно за улазак и боравак детета у држави уобичајеног боравишта родитеља.¹⁰¹⁵ Када је реч о независним усвојењима (*independent adoptions*), на њих се Конвенција 1993 не односи зато што се ова врста усвојења одвија мимо комуникације и сарадње централних органа државе порекла детета и државе пријема с обзиром да потенцијални усвојитељи, након што прибаве потврду о општој адоптивној способности, одлазе у државу порекла да би независно од њеног централног органа пронашла дете које желе да усвоје. С обзиром да независна усвојења нису у складу са одредбама Конвенције 1993 којима се у току поступка штити дете, она не могу уживати ни привилегију признања *ipso iure* ни постадоптивне заштите.¹⁰¹⁶ За разлику од тога, када је реч о приватним усвојењима, која подразумевају споразум између биолошких родитеља, с једне, и потенцијалних усвојитеља, с друге стране, ситуација није довољно јасна јер према *Guide to Good Practice 1993* она могу бити обухваћена конвенцијским механизмом, уколико су испуњени услови за примену Конвенције 1993 *ratione personae*,¹⁰¹⁷ док специјална комисија заузима супротан став.¹⁰¹⁸

Подсећања ради, конвенцијски услови који одређују поље примене *ratione personae* подразумевају да дете (усвојеник) и потенцијални усвојитељи имају уобичајена боравишта у различитим државама уговорницама (држави порекла односно држави пријема), као и да је дете већ пресељено или треба да буде пресељено

братаница, млађи брат, млађа сестра, рођаци); Данска (члан породице или усвојење детета са којим постоји посебна претходна веза, нпр. хранитељство); Доминиканска Република (укључујући и проширену породицу); Еквадор (до четвртог степена је привилеговано); Естонија (утврђује се у сваком конкретном случају, обично подразумева постојање обавезе издржавања); Грузија (сестре, браћа, унуци, нећак, сестричина, ујак, тетка, рођаци); Грчка, Немачка, Француска. Детаљније видети *Country Profiles* на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69.

¹⁰¹⁴ *Guide to Good Practice 1993, No 1*, p. 114 ad 513.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*, p. 115 ad 519.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*, p. 116 ad 525.

¹⁰¹⁸ *Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission of June 2010*, p. 21 ad

у државу пријема након заснивања усвојења или у циљу његовог заснивања у држави порекла детета или држави пријема (члан 2 став 1). Када је реч о овим условима, посебан проблем може представљати утврђивање уобичајеног боравишта потенцијалних усвојитеља, посебно ако они бораве у држави порекла детета због посла. Поједине државе дозвољавају усвојење детета по правилима за домаће усвојење ако потенцијални усвојитељи имају у њој уобичајено боравиште. Понекад је ово право изричито предвиђено,¹⁰¹⁹ а некад, опет, проистиче прећутно из других одредаба јер се под домаћим усвојењем подразумева оно које се заснива са лицима која живе у држави порекла детета.¹⁰²⁰

Овај проблем отвара два питања. Најпре, оно класично, где се налази уобичајено боравиште лица „на привременом раду у иностранству“, а затим и да ли је усвојење које се у овом случају заснива у држави порекла детета домаће или међународно у смислу Конвенције 1993. Када је реч о утврђивању уобичајеног боравишта ових лица, видели смо да се уобичајено боравиште детета које се налази на школовању углавном квалификује као привремено одсуство из државе уобичајеног боравишта детета. Овакав већински став је последица чињенице да намера родитеља има значајну улогу без обзира да ли се примењује тест родитељског права или тест фокусиран на дете.¹⁰²¹ Ипак, некада се у овој ситуацији сматра да дете стиче уобичајено боравиште независно од уобичајеног боравишта родитеља, с тим што намера родитеља опет има важну улогу.¹⁰²² То још једном показује колико проблем утврђивања уобичајеног боравишта понекад може бити сложен. Услед његове фактичке природе, могуће је да надлежни органи државе у којој је дете живело пре одласка на школовање сматрају да је дете задржало уобичајено боравиште у њој, док, на супрот томе, органи државе у којој се школује могу закључити да је дете стекло уобичајено боравиште у њој.

Сличне недоумице могу настати и поводом уобичајеног боравишта одраслог лица које ради у држави порекла детета, при чему је његов боравак мање или више привремен. Последица тога може бити да, према схватању државе порекла детета, потенцијални усвојитељи имају уобичајено боравиште баш у тој држави, док према схватању државе у којој су живели пре одласка, у држави порекла имају само

¹⁰¹⁹ Румунија, Чиле. Видети *supra* стр. 339.

¹⁰²⁰ Латвија, Филипини, Словачка. Видети *supra* стр. 339.

¹⁰²¹ Видети *supra* стр. 69-75.

¹⁰²² Видети *supra* стр. 72.

боравиште, с обзиром да је рад привремен. У том смислу, готово је неспорно да кинески држављани који раде у Србији код нас стичу и ново уобичајено боравиште, али је питање како овај боравак квалификују надлежни органи у Кини. Од решења овог питања зависи да ли ће усвојење бити обухваћено Конвенцијом 1993, а дете уживати посебну заштиту у свим фазама поступка заснивања усвојења или ће бити квалификовано као домаће усвојење, услед чега конвенцијска заштита изостаје. Званични предлог Хашке конференције за решење ове ситуације састоји се у томе да се питање квалификације усвојења као домаћег или међународног врши према намери потенцијалних усвојитеља.

У том смислу, предложено је да се усвојење квалификује као домаће ако усвојитељи имају намеру да се врате у „своју“ државу годинама касније.¹⁰²³ Међутим, проблем може настати приликом тумачења овог временског периода који је кључан за квалификацију усвојења као домаћег или међународног у смислу Конвенције 1993. Другим речима, дилема се своди на тумачење услова „годинама касније“ односно да ли тај стандард подразумева да је довољно да усвојитељи имају намеру да се врате у своју државу након две године, рецимо, или, пак, тек после четири или пет година. Овај стандард се може и додатно релативизовати у случају да се повратак планира након, на пример, три године од евентуалног заснивања усвојења. Да ли би се овај период тумачио као стандард „годинама касније“ или не, дискутабилно је. Опет, уколико то не би био случај и услед тога би усвојење било квалификовано као међународно, можемо се запитати и да ли је оправдано сматрати да усвојење стиче међународни карактер у смислу Конвенције 1993 ако се усвојитељи враћају након три године, а да, на супрот томе, намера повратка у року од четири године, рецимо, чини усвојење домаћим. Имајући у виду да ће питање признања таквог усвојења након повратка усвојитеља постати актуелно у њиховој држави, од тумачења стандарда „годинама касније“ зависи да ли ће усвојење уживати погодности признања *ipso jure*. Осим тога, постојање намере повратка не значи да ће се она и остварити. Тако би се могло десити да усвојитељи морају да остану и дуже времена од планираног или пак треба да се врате раније него што су намеравали. Штавише, исто тако је могуће и да управо због пословних или породичних разлога, усвојитељи морају да оду у трећу државу. Зато се чини да услов у погледу намере повратка носи реалан ризик арбитрности приликом одлучивања о

¹⁰²³ *Guide to Good Practice 1993, No 1*, p. 107 ad 482 („...but intend to return to their own country years later, that is not an adoption under the Convention.“ Истакла С.М).

карактеру усвојења, што с обзиром на озбиљност последица не оставља утисак успелог решења Конвенције 1993.

Ипак, чини се да би проблем могао да се реши, уместо тумачњем временског периода, утврђивањем где усвојитељи у тренутку покретања поступка усвојења имају уобичајено боравиште. Иако је правило да се квалификација врши на основу *lex fori*, овај проблем захтева сарадњу централних органа државе порекла детета и државе у којој су усвојитељи свакодневно живели пре доласка у државу порекла.¹⁰²⁴ Конкретно, они морају заједнички да утврде где је уобичајено боравиште ових лица. При томе, намера усвојитеља у вези евентуалног повратка коју је утврдио централни орган државе порекла има важну улогу за решавање ове дилеме. Уколико држава пријема, након што су оба органа размотрила све околности случаја, сматра да усвојитељи, упркос пресељењу у државу порекла детета, нису у њој стекли ново уобичајено боравиште, држава порекла би то требало да уважи и да упути усвојитеље да захтев поднесу централном органу државе пријема у којој су живели пре пресељења. У супротном, ако би држава порекла ипак инсистирала на томе да је реч о домаћем усвојењу, ризикује да држава пријема не дозволи улазак детета на своју територију зато што процедура Конвенције 1993 није поштована, чиме се директно угрожавају права детета.¹⁰²⁵ Поред тога, могуће је да услед тога што се такво њено поступање третира као кршење Конвенције 1993, у крајњој линији буду суспендована међународна усвојења између ове две државе.¹⁰²⁶ Због тога је потребно да сарадња

¹⁰²⁴ Слично томе и *Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission on the Practical Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention (17-25 June 2010)*, Prel. Doc. No 4, March 2011, p. 7 ad 13.

¹⁰²⁵ На овај ризик скренула је пажњу последња Специјална комисија током састанка јуна 2010. године. *Ibidem ad 26*.

¹⁰²⁶ Таквих је случајева из различитих разлога већ било. На пример, САД су суспендовали усвојења са Камбоџом. Видети *USA Responses to the Questionnaire of March 2005 on the practical operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption*, http://www.hcch.net/upload/adop2005_us.pdf (питање број 17). Норвешка је одбила обнову акредитацију органа из Гватемале због неостатака у националном систему усвојења. *Responses to the Questionnaire of March 2005 on the practical operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption*, http://www.hcch.net/upload/adop2005_no.pdf (питање број 17). Такође, 2010. године је Аустралија ставила мораторијум на усвојења са Гватемалом. *Responses to the Questionnaire of April 2010 on the abduction, sale of, or traffic in children and some aspects of the practical operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention*, http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5451&dtid=33 (питање број 10). Изненађује чињеница да је одговор на овај упитник из 2005. године послала и Заједница Србије и Црне Горе иако нису ни биле уговорнице Конвенције 1993. Упитник се односио на примену Конвенције 1993 и био је намењен само државама порекла и државама пријема. При томе су подаци о броју усвојења послати на српском језику без превода. Видети *Serbia and Montenegro, Responses to the Questionnaire of March 2005 on the practical operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption*, http://www.hcch.net/upload/adop2005_srp.pdf.

државе порекла и државе пријема постоји чак и за она питања поводом којих та обавеза није изричито предвиђена. Разлог за овакво *проширивање* сарадње између држава уговорница Конвенције 1993 је, пре свега, заштита најбољег интереса детета, али и свих других лица која су укључена у поступак усвојења. Осим тога, правни основ за овакво тумачење је и члан 7 Конвенције 1993 који предвиђа *општу* обавезу сарадње између држава уговорница.

В) Мобилни сукоб закона и уступање надлежности

За разлику од претходног, проблем мобилног сукоба закона у случају када је несумњиво стечено ново уобичајено боравиште, лакше се решава. Примена Конвенције 1993 сада зависи од тога да ли се ново уобичајено боравиште стиче у држави која је уговорница Конвенције 1993, као и од тога да ли је реч о пресељењу детета или потенцијалних усвојитеља. Уколико се дете сели у државу неуговорницу, Конвенција се више не примењује.¹⁰²⁷ Насупрот томе, ако су у питању потенцијални усвојитељи, онда наставак поступка према Конвенцији 1993 зависи од процене централног органа државе пријема. Ако он сматра да има могућности да се поступак настави, без обзира што су се усвојитељи преселили у државу неуговорницу, обавестиће о томе централни орган државе порекла детета који би требало да прихвати наставак поступка.¹⁰²⁸

У случају да је пресељење везано за другу државу уговорницу, онда се поступак свакако наставља, с тим што се сада поставља питање *уступања надлежности*, слично као и у Конвенцији 1996. Наиме, ако је дете стекло ново уобичајено боравиште, онда централни орган нове државе порекла треба да одлучи да ли ће наставити поступак или ће надлежност уступити централном органу претходне државе порекла детета.¹⁰²⁹ Слично томе, ако су у питању усвојитељи, онда је централни орган нове државе пријема тај који треба да одлучи о уступању своје надлежности претходној држави пријема. Коначно, ако су се преселили и дете и усвојитељи, поставља се питање задржавања надлежности обеју држава. Сличност са Конвенцијом 1996 је очигледна. У том смислу, одлука о уступању надлежности зависи од договора централних органа држава у питању, а он зависи, као и у случају Конвенције 1996 од заједничке процене најбољег интереса детета. Такође, паралела постоји и у погледу тога како би се он процењивао. С једне стране, ако је поступак у почетној фази, нова држава порекла

¹⁰²⁷ van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 347 ad 204.

¹⁰²⁸ *Ibidem*.

¹⁰²⁹ *Ibidem*.

односно пријема треба да га наставе. С друге стране, уколико је поступак усвојења већ у поодмаклој фази, онда би било оправдано да се надлежност уступи претходној држави порекла, односно пријема. У сваком случају, одлука о овом питању би требало да буде донета уз учешће свих инволвираних држава.

Последњи случај промене уобичајеног боравишта детета и/или усвојитеља односи се на пресељење након заснивања усвојења. Наравно, ако је у питању држава неуговорница, Конвенција се неће примењивати, али уколико је реч о држави уговорници, не само да се Конвенција 1993 примењује у односу на питање признања усвојења већ и пост-адоптивне заштите и права детета да зна своје порекло.¹⁰³⁰

Г) Заштита посебних категорија деце – деца избеглице без пратње

Посебан проблем представља оправданост примене Конвенције 1993 на децу избеглице без пратње.¹⁰³¹ Конвенцијски систем међународног усвојења обухвата и усвојење ове категорије деце уколико имају уобичајено боравиште у држави уговорници. Међутим, установа међународног усвојења, која је и иначе осетљиво питање, још је проблематичнија када су у питању деца избеглице. Наиме, ретко када је потпуно извесна судбина других чланова породице детета у тренутку када она долазе у државу уточишта.¹⁰³² Услед тога, *UNHCR* је препоручио да се уместо термина „сироче“, који је примерен само у ситуацијама када је недвосмислено утврђено да су родитељи преминули, за ову децу користи израз „деца без пратње“¹⁰³³ како би се на тај начин обухватила и она деца која су, на пример, отета или су их родитељи послали у државу уточишта, док су сами остали у држави порекла или су побегли у неку другу државу или су одвојени од родитеља након њиховог повратка у државу порекла, као и оне случајеве када су узрок раздвајања породице мобилизација малолетника, задржавање родитеља у притвору, смрт родитеља или, чак, и хуманитарне акције

¹⁰³⁰ *Ibidem.*

¹⁰³¹ Под децом без пратње, *UNHCR* подразумева дете које је одвојено од родитеља и о коме се не стара ниједно одрасло лице било на основу закона било на основу обичаја. *UNHCR* процењује да од укупног броја насилно расељених лица скоро половину чине деца. У том смислу, највеће повећање укупног броја је забележено у 2013. години (у првих 6 месеци било је укупно 5,9 милиона насилно расељених лица). Подаци доступни на <http://www.unhcr.org/52b310a06.html> (12.12.2013). Такође, према подацима само за ЕУ, у току 2002. године, на територији држава чланица ЕУ било је укупно 29.130 деце без пратње, од којих је 12.057 тражило азил, а чак 15.916 није. *ChildONEurope, A first overview of statistical data on unaccompanied foreign children (UFC) in the EU in 2002*, pp. 1-2, доступно на http://www.childoneurope.org/issues/unaccompanied_children2.htm (12.12.2013).

¹⁰³² *UNHCR, Refugee Children: Guidelines on Protection and Care*, Geneva, 1994, p. 53, доступно на <http://www.unhcr.org/3b84c6c67.html> (12.12.2013). Даље *UNHCR Guidelines*.

којима су, поготову у прошлости,¹⁰³⁴ деца одвајана од родитеља у кризним подручјима.¹⁰³⁵ Специфичност ситуације у којој се ова деца налазе огледа се у чињеници да је њихово усвојење ризично с обзиром да постоји могућност да се чланови биолошке породице детета накнадно пронађу, а на основу усвојења које је у међувремену засновано, већ је настао нови родитељско-дечји однос (са усвојитељима). Због тога, *UNHCR* и Хашка конференција, тесно сарађујући, првенствено инсистирају да се у овим случајевима најпре покуша поновно спајање биолошке породице.¹⁰³⁶ У том смислу је *UNHCR* заузео став да усвојење деце избеглица без пратње може да уследи под условима да трагање за дететовом биолошком породицом и спајање са њом није у његовом најбољем интересу, односно ако у разумном року (од најмање две године) није могуће наћи родитеље или друге преживеле чланове породице упркос предузимању свих расположивих мера, као и онда ако се дете или родитељ не противи усвојењу или ако добровољна репатријација у државу порекла детета и преузимање бриге о детету у овој држави није у његовом најбољем интересу у односу на усвојење.¹⁰³⁷ Према томе, *UNHCR* не фаворизује усвојење, без обзира да ли би оно било домаће или међународно у смислу Конвенције 1993, све док породична ситуација детета није разјашњена.

Овај став имао је одјека и у оквиру Хашке конференције која је оформила радну групу¹⁰³⁸ која је требало да да размотри примену Конвенције 1993 на децу избеглице и другу међународну расељену децу.¹⁰³⁹ Као резултат тог рада, Хашка

¹⁰³⁴ Најпознатији случај вероватно је „*Operation Babylift*“ предузета у току америчко-вијетнамског рата када је извршена масовна евакуација деце из јужног Вијетнама у САД и друге државе, посебно Аустралију, Канаду и Француску, непосредно пре пада Сајгона, 1975. године. Само у САД је одведено преко 2000 деце, а у друге државе преко 1300 деце. Тачан број одведене деце која су потом усвојена у државама уточишта ни данас се не зна. Видети К. Ј. S. Bergquist, *Operation Babylift or Babyabduction?: Implications of the Hague Convention on the humanitarian evacuation and 'rescue' of children*, *International Social Work* 52(5), 2009, pp. 622-623.

¹⁰³⁵ G. S. Goodwin-Gill, *Protecting of Human Rights of Refugee Children: Some Legal and Institutional Possibilities*, *Children on The Move: How to Implement Their Right to Family Life* (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996, p. 103. Даље Goodwin-Gill, *Protecting of Human Rights of Refugee Children*.

¹⁰³⁶ Видети van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 238 ad 41. У погледу бивше СФРЈ видети Report of the joint mission of UNICEF, UNHCR and DCI in collaboration with the Hague Conference on Private International Law for the protection of the rights of unaccompanied children in former Yugoslavia, 1993, p. 7 ad „Registration and Tracing“, доступно на <http://www.hcch.net/upload/unaccompanied.pdf> (12.12.2013).

¹⁰³⁷ *Argumentum a contrario UNHCR Guidelines*, p. 56.

¹⁰³⁸ Одлука је донета на седамнаестој седници Општег Савета за нормативне послове и општу политику, а на основу предлога белгијске делегације (*Working Document No 31*). *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome II, Adoption – coopération, 1994, p. 649 ad B Refugee children.

¹⁰³⁹ За извештај Радне групе видети *Report of the Working Group of April 1994 to study the application to refugee children of the Intercountry Adoption Convention*, 1994, <http://www.hcch.net>

конференција је донела Препоруку о примени Конвенције 1993 на децу избеглице и другу међународно расељену децу (даље Хашка Препорука).¹⁰⁴⁰ Њоме Хашка конференција препоручује државама уговорницама Конвенције 1993, као и онима које намеравају то да постану, да предузму најпре све *разумне* мере да нађу и поново окупе дете и његове родитеље или друге чланове породице од којих је раздвојено, пре него што размотре могућност међународног усвојења. Уколико се, пак, закључи да је међународно усвојење у најбољем интересу тог детета, потребно је прибавити све неопходне сагласности, као и сачинити извештај о њему, онолико детаљно колико је то могуће с обзиром на околности, при чему се треба обратити UNHCR-у и националним органима (члан 2 тач. а) и б)).

Ипак, приликом одлучивања о међународном усвојењу детета из ове специфичне категорије, јављају се и одређени проблеми. Несумњиво, Конвенција 1993 се односи и на ову групу деце под условом да имају уобичајено боравиште у држави уговорници. Међутим, као што је то био случај и са применом Конвенције 1996 на међународно расељену децу и децу избеглице, није неуобичајено да државе поштравају услове не само за добијање статуса избеглице, већ и за стицање уобичајеног боравишта. Иако је питање избеглица уређено Конвенцијом о статусу избеглица (1951)¹⁰⁴¹ и њеним Протоколом о статусу избеглица из 1967. године,¹⁰⁴² њихов домашај је ограничен најпре зато што оне не регулишу питања пријема избеглица у државу уточишта, затим, ни њиховог добровољног повратка у државу порекла, а не садрже ни решења за поједине категорије избеглица.¹⁰⁴³

Када је реч о деци избеглицама, Конвенција о статусу избеглица се само у једном делу на њих непосредно односи тако што подстиче државе уговорница на предузимање неопходних мера за заштиту малолетних избеглица, а посебно деце и девојчица без пратње, имајући у виду посебно старатељство над њима и усвојење

/index_en.php?act=publications.details&pid=932&dtid=2. За извештај Специјалне комисије видети *Report of the Special Commission on the Implementation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, Annex A, 1994, http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=934&dtid=2.

¹⁰⁴⁰ *Recommendation concerning the application to refugee children and other internationally displaced children of the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* (adopted on 21 October 1994).

¹⁰⁴¹ *Сл. лист ФНРЈ – додатак*, бр. 7/1960.

¹⁰⁴² *Сл. лист СФРЈ – додатак*, бр. 15/1967.

¹⁰⁴³ Goodwin-Gill, *Protecting of Human Rights of Refugee Children*, p. 97.

(Препорука Б).¹⁰⁴⁴ У том смислу, не само да ова Конвенција не предвиђа трајна решења за децу избеглице, већ то не чини ни Конвенција о правима детета. Док, с једне стране, Конвенција о статусу избеглица уређује питање заштите деце избеглица само делимично и то на основу препоруке која нема обавезујућу снагу, докле, с друге стране, Конвенција о правима детета упркос обавезујућој снази, тек начелно предвиђа дужност држава уговорница да предузимају све неопходне мере за проналажење и поновно окупљање породице детета, као и да примењују све међународне и националне поступке за одговарајућу заштиту и хуманитарну помоћ овој категорији деце (члан 22). Ниједна од њих се не бави проблемом трајних мера нити децом која траже азил. Ова последња група тек након добијања статуса избеглице ужива заштиту према Конвенцији о статусу избеглица на основу које не могу бити протерана (члан 33), али је проблем у томе што пракса показује да тек незнатни број деце која траже азил заиста и добијају и статус избеглице.¹⁰⁴⁵ Међутим, као што је то с правом истакнуто, трајна решења за ове категорије деце се не могу одлагати у недоглед, већ се она морају пронаћи што пре.¹⁰⁴⁶ Услед тога су Хашком Препоруком државе уговорнице Конвенције 1993 подстакнуте да у складу са Препоруком (а не на основу општих одредаба) утврђују да ли је дете из ове категорије стекло уобичајено боравиште у држави уговорници. Сматраће се да је оно засновано у оној држави уговорници у којој дете борави након што је морало да напусти своју државу (став 1 Хашке Препоруке). На овај начин је заправо уведен посебан појам уобичајеног боравишта деце избеглица. Ипак, овај појам, за разлику од праксе у примени Конвенције 1980, нема општи значај у систему хашких конвенција, будући да служи само за потребе једне од конвенција модерног хашког система за заштиту деце – Конвенције 1993. Томе у прилог сведочи чињеница да Конвенција 1996, која такође уређује питање заштите ове категорије деце, не инсистира на постојању уобичајеног боравишта, већ је за заснивање надлежности довољно присуство ове деце у држави уговорници.

Иако положај и деце избеглица и деце која траже азил налаже њихову хитну заштиту, када се ради о њиховом усвојењу, решење није тако једноставно пронаћи. Другим речима, хијерархијску лествицу свих облика алтернативног старања о деци

¹⁰⁴⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁴⁵ R. Fernhout, *Asylum-Seeking Children: How to Implement Their Right To Family Life*, Children on The Move: How to Implement Their Right to Family Life (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996, p. 116.

¹⁰⁴⁶ Goodwin-Gill, *Protecting of Human Rights of Refugee Children.*, p. 98.

посебно је тешко конструисати у случају деце избеглица и деце азиланата. У том смислу, примарна обавеза држава уговорница је да покушају да пронађу чланове биолошке породице детета. Овај задатак, које предвиђају све релевантне конвенције (на пример, Конвенција о правима детета) и други међународни документи (Хашка Препорука, *UNHCR* Водич, Препорука Б Конвенције о статусу избеглица), често представља велико оптерећење за државе уточишта које понекад не располажу ни техничким средствима за ефикасно спровођење потраге. Услед тога, Хашка Препорука подстиче државе уговорнице да затраже помоћ, између осталог, и од *UNHCR-a*, једине организације која је специјализована за решавање проблема ове категорије деце. Међутим, недостатак овог решења састоји се у томе што нужност сарадње са *UNHCR*-ом подлеже процени државе уговорнице, будући да Хашка Препорука наводи да се сарадња одвија „по потреби“.¹⁰⁴⁷ Ипак, Хашка Препорука није ни могла другачије да уреди ово питање зато што није реч о акту са обавезујућом снагом, већ о документу чија примена зависи од добре воље држава уговорница. Управо је то и њен главни недостатак - упркос добрим решењима, она остаје питање слободног избора држава уговорница. Једини вид индиректне контроле може бити овлашћење држава уговорница да суспендују усвојења из одређених држава порекла, као санкцију за неприкладна решења у унутрашњем правном систему у материји међународног усвојења. Као што је већ наведено, ова могућност је, из различитих разлога, већ примењивана.¹⁰⁴⁸

С друге стране, потрага за биолошком породицом детета избеглице, чак и када је спроводи *UNHCR* је тежак задатак, с неизвесним исходом, који одузима доста времена. Из тих разлога, *UNHCR* Водич дозвољава да се могућност усвојења узме у обзир након најмање две године од почетка трагања за биолошком породицом детета. Творци Хашке Препоруке, такође, свесни опасности од прераног прибегавања усвојењу, дају предност, у овој почетној фази, другим алтернативним облицима заштите. У том смислу, старатељство и хранитељство могу бити погодни облици, али не као трајна решења, с обзиром да не обезбеђују породично окружење детету које оваплоћује принцип најбољег интереса *in abstracto*, ма о којој категорији деце се

¹⁰⁴⁷ У том смислу и К. Beevers, *Intercountry adoption of unaccompanied refugee children*, Child and Family Law Quarterly, Volume 9, No. 2, 1997, p. 140. Даље Beevers, *Intercountry adoption of unaccompanied refugee children*.

¹⁰⁴⁸ Видети *supra* стр. 346.

радило. У случају хранитељства, веза која настаје између детета и хранитеља није довољно снажна да би могла у потпуности да заштити интересе детета.¹⁰⁴⁹ Старатељство, опет, није примерено решење јер дете не мора увек да живи са старатељем, нити старатељ има *ex lege* право да пресели дете, што очигледно говори у прилог чињеници да се њиме не ствара ни привид породичног окружења који постоји у случају хранитељства. Поред тога, ни Конвенција 1993 ни Хашка Препорука не узимају у обзир узраст детета који је такође важан фактор у процени најбољег интереса конкретног детета. Сасвим сигурно, потребе старијег детета нису исте као потребе детета млађег узраста те се најбољи интерес не мора штитити на исти начин. Док се у случају старијег детета може сматрати да ће хранитељство или старатељство ипак бити боље решење од усвојења, дотле се заштита најбољег интереса детета ниже старосне доби првенствено остварује у породичном окружењу.¹⁰⁵⁰

Осим тога, ови облици алтернативног старања о детету и на основу *UNHCR* Водича престају да буду доминантни облик збрињавања деце избеглица након протека две године од почетка трагања за биолошком породицом. Тада се може испитати и могућност усвојења. То нас доводи до проблема прикладности усвојења ове категорије деце. Наиме, најчешћи и уједно типични случај усвојења подразумева да дете бива усвојено у држави уточишта. Према Конвенцији 1993, то није међународно усвојење јер и дете и усвојитељи имају уобичајено боравиште у истој држави (држави уточишта), али се, ипак, не може пренебрегнути чињеница да ван контекста Конвенције 1993 овакав вид усвојења ипак јесте међународног карактера. Наиме, држава (правог) порекла детета је управо она коју је дете морало да напусти, док се држава уточишта трансформише у државу порекла детета само у оквиру Конвенције 1993. То је уједно и основна разлика између Конвенције о статусу избеглица, која под државом порекла подразумева државу коју су ова лица напустила и Конвенције 1993, која под тим појмом подразумева државу уточишта. Да би се смањио ризик од злоупотреба које латентно прате процес усвојења, посебно када је реч о деци избеглицама, Хашком Препоруком су државе подстакнуте да у овим случајевима (када постоји *привид* домаћег усвојења) примењују све принципе Конвенције 1993 и да сарађују са *UNHCR*-ом. То би значило да држава уточишта треба да преузме улогу и

¹⁰⁴⁹ Beevers, *Intercountry adoption of unaccompanied refugee children*, p. 144.

¹⁰⁵⁰ У том смислу, *Guide to Good Practice 1993, No 1*, p. 115 ad 518.

државе порекла и државе пријема. Она мора да утврди општу адоптивну способност детета, потом да добије све неопходне сагласности у складу са Конвенцијом 1993, као и да процени да ли је усвојење у најбољем интересу детета, али и да утврди општу адоптивну способност усвојитеља и да спроведе поступак прилагођавања. При томе, ова држава треба посебно да води рачуна да не наруши интерес лица која се још увек налазе у држави детета, посебно чланова његове породице, приликом прикупљања и чувања података у претходним фазама, као и да обезбеди њихову тајност у складу са Конвенцијом 1993 (став 3 Хашке Препоруке). Да би се поступило по овој препоруци, потребно је да држава уточишта располаже ефикасним средствима ради проналажења чланова породице детета, при чему је питање да ли је она заиста у стању да то учини имајући у виду да то није једноставан задатак ни за *UNHCR*.¹⁰⁵¹ Осим тога, можемо се запитати и колико је ова држава у стању да реално процени најбољи интерес детета са чијом је ситуацијом скоро површно упозната.

Ништа мање компликована није ни ситуација када је реч о међународном усвојењу у смислу Конвенције 1993. Наиме, могућа су два случаја. Први подразумева да се дете усваја у некој другој држави уговорници, тако да је поступак усвојења праћен његовим пресељењем у *праву* државу пријема. Други случај једнако је контроверзан као и случај *привидног* домаћег усвојења. Дете се овде усваја у држави коју је напустило – држави порекла у смислу Конвенције о статусу избеглица. На тај начин, међународни карактер поприма и усвојење када се дете враћа у своју праву државу порекла. При томе, ова држава сада има улогу државе пријема и као таква, њен је задатак да процени подобност потенцијалних усвојитеља, док процену подобности детета врши држава уточишта, иако је држава правог порекла, по правилу, у бољој позицији да то учини, посебно ако није прошло сувише времена од када ју је дете напустило. Одговор на ово питање зависиће и од времена које је дете провело у држави правог порекла. Свакако да није исто ако ју је дете напустило као беба или ако се то догодило у каснијем узрасту, када су већ успостављене чвршће везе са државом правог порекла.

Сви ови проблеми који се као тамни облаци надвијају над оправданошћу усвојења ове специфичне категорије деце указују на то да јединствено решење не постоји. Не бисмо се могли сложити са онима који се у начелу противе могућности

¹⁰⁵¹ Beevers, *Intercountry adoption of unaccompanied refugee children*, p. 139.

усвојења деце избеглица.¹⁰⁵² Иако постоји много замки у овом поступку, ипак би потпуна негација ове могућности значила да се најбољи интерес конкретног детета жртвује због најбољег интереса ове групе деце *in abstracto*. Сложила бисмо се да се овом проблему мора прићи веома опрезно и да не треба журити са усвојењем, без обзира да ли је то *привидно* домаће усвојење или међународно у смислу Конвенције 1993. При томе, мислимо да не треба давати *a priori* предност том *привидном* домаћем усвојењу зато што принцип супсидијарности и у случајевима деце која нису избеглице, може да буде доведен у питање (на пример, случај када су усвојитељи странци који живе у држави порекла детета). Однос домаћег и међународног усвојења је још више релативизован у случају деце избеглица јер граница раздвајања може бити врло магловита (случај усвојења у држави уточишта наспрам усвојења у држави правог порекла детета). Принцип супсидијарности би се можда могао више узети у обзир у случају када дете дуже борави у држави уточишта. Тада би, рецимо, његово усвојење у држави уточишта могло заиста и да се посматра као домаће, слично ситуацији када би се, примера ради, поставило питање усвојења детета нашег држављанина које се као једногодишњак преселило са родитељима у другу државу, у којој су родитељи након пет година настрадали у саобраћајном удесу. Тада држава у којој је дете живело заиста постаје држава његовог порекла јер су везе са њом веома изражене и усвојење у њој се заиста може схватити као домаће. И обрнуто, ако би се његово усвојење заснивало у Србији и дете би се услед тога морало да врати у државу у којој је кратко живело, али у којој има сроднике, онда опет постоји паралела са усвојењем детета избеглице у држави његовог правог порекла (јер упркос чињеници да је дете у тој држави живело одређени временски период, веза са њом је мање изражена у односу на државу уточишта).

Дакле, принцип супсидијарности у случају деце избеглица није апсолутан и не би га требало процењивати по истим критеријумима као у случајевима када није реч о деци избеглицама. Најбољи интерес детета избеглице је такође угрожен и будући да потрага за биолошким сродницима не може трајати дуго, могло би се, у зависности од околности случаја, дати предност појединим облицима усвојења којима се обезбеђује даљи контакт детета са билошком породицом ако се она накнадно појави. У том смислу, непотпуно усвојење би могло доћи у обзир јер се може раскинути и на захтев

¹⁰⁵² *Ibidem*, p. 144.

усвојитеља и на захтев усвојеника, али и зато што, чак и ако не дође до раскида, омогућава одржавање контаката са родитељима. Такође, и отворено усвојење омогућава постизање истог циља јер оно омогућава задржавање контаката са биолошком породицом иако се може засновати у облику потпуног усвојења.

Међутим, накнадно појављивање биолошких родитеља може довести у питање судбину сваког облика усвојења, како домаћег тако и међународног, потпуног или непотпуног. Наиме, у ситуацији када је потрага за биолошким родитељима била неуспешна, за заснивање усвојења је потребно да родитељи буду проглашени за умрле. Након тога, сагласност за усвојење, уместо њих, по правилу, даје старатељ детета. С тим у вези, поставља се питање да ли се тако засновано усвојење може поништити ако се родитељи ипак појаве. С аспекта права Србије, то не би било могуће јер сагласност родитеља који су проглашени за умрле даје старатељ. Такође, одговор би био исти и у погледу адоптивне способности детета с обзиром да се у тренутку њене процене боравиште родитеља није могло знати (члан 91 став 1 тач. 2 Породичног закона).

Коначно, сматрамо добром идеју о UNCHR-у као о некој врсти наддржавног централног органа који би обавезно морао да буде укључен у усвојење ове категорије деце, не само поводом трагања за породицом детета већ и као надзорни орган над свим централним органима држава порекла и држава пријема, који би координисао и надгледао њихову активност, као што је у доктрини већ предложено.¹⁰⁵³

2.2.3. *Заштита деце у току поступка усвојења и пост-адоптивна заштита*

Прави значај сарадње највише долази до изражаја у поступку који следи након што потенцијални усвојитељи поднесу захтев централном органу своје државе. Од тог тренутка најзначајније фазе у поступку заснивања усвојења спроводе се заједничким одлукама органа обе државе. Наиме, након што централни орган државе порекла добије захтев за усвојење и утврди да су потенцијални усвојитељи адоптивно способни у складу са меродавним правом према националним колизионим нормама, он саставља детаљан извештај о личним и породичним приликама усвојитеља и доставља га централном органу државе порекла (чл. 14 и 15). Потом се у држави порекла проверава

¹⁰⁵³ Goodwin-Gill, *Protecting of Human Rights of Refugee Children*, p. 108. Beevers, *Intercountry adoption of unaccompanied refugee children*, p. 139.

да ли постоји дете које има општу адаптивну способност (опет у складу са меродавним правом) које одговара профили потенцијалних усвојитеља (члан 16). Међутим, иако се из одредаба Конвенције 1993 може закључити да је потребно само поклапање у погледу личних карактеристика, те да колизионе норме нису од значаја, ситуација је ипак другачија. У овој фази, на основу меродавног права (одређеног на основу колизионе норме државе порекла), централни орган врши прву проверу испуњености услова на страни потенцијалног усвојеника и усвојитеља. Једино на тај начин може да се изврши потпуна провера компатибилности детета и усвојитеља, односно утврдити посебна адаптивна способност. Исход провере компатибилности зависи, при томе, од степена еквиваленције одредаба меродавног права одређеног у држави порекла и оног које би било меродавно у држави пријема. То значи да би централни орган државе порекла морао да сазна колизиону норму државе пријема, као и садржину меродавног права. Овај задатак је утолико једноставнији уколико постоји ефикасан систем сарадње са државом пријема јер се утврђивање садржине страног права може обавити знатно брже у директној комуникацији са њеним централним органом. У том смислу, посматрано из угла међународног приватног права Србије, долази до изражаја крутост решења из члана 153 Закона о општем управном поступку¹⁰⁵⁴ о утврђивању садржине страног права, будући да овај закон предвиђа да се орган управе обраћа Министарству спољних послова за добијање оваквог обавештења, „ако органу који решава у управној ствари није познато право које важи у страни држави“.¹⁰⁵⁵ Свакако да Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања не зна унапред колизиону норму државе пријема (или барем у зависности од тога колико често је било случајева међународног усвојења између Србије и конкретне државе пријема). Поред тога, ретко ће знати и супстанцијалне одредбе меродавног права. Стога је много ефикасније да се за сазнање колизионе норме обрати директно централном органу државе пријема него Министарству спољних послова. Уколико се испостави да је меродавно право те државе, онда је супстанцијалне одредбе такође лако сазнати од партнерског централног органа. Но, ако је меродавно право неке треће државе (у зависности од тачке везивања - зато што су усвојитељи странци или немају пребивалиште у држави пријема већ само уобичајено боравиште), онда се наш централни орган мора обратити Министарству

¹⁰⁵⁴ *Сл. лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Сл. гласник РС*, бр. 30/2010.

¹⁰⁵⁵ Став 2 члана 153 о активности странака у погледу утврђивања страног права у овом случају није од значаја јер орган управе нема контакт са странкама (усвојитељима).

спољних послова. Насупрот томе, према решењу члана 40 Нацрта, и орган управе би имао на располагању флексибилан систем сазнања страног права који подразумева и експертско мишљење али и „сваки други погодан начин“ сазнања.

Најочигледнији примери значаја провере испуњености услова меродавних права у овој фази поступка јесу унутар-породична усвојења. Централни орган државе порекла већ у тренутку када добије извештај о усвојитељима, мора да утврди меродавно право за усвојење како би проверио (не)испуњеност обостране сметње у погледу конкретног степена сродства. Тек ако сметње нема, има смисла састављати извештај о детету. У супротном, ризикује се да се поступак оконча у овој почетној фази, након што пошаље извештај. Још једно важно питање јавља се у вези колизионих норми и меродавног права и тиче се могућности заснивања усвојења упркос томе што га национално право усвојеника забрањује.¹⁰⁵⁶ Реч је о ситуацији у којој дете живи ван државе чији је држављанин, те се држава његовог уобичајеног боравишта јавља као држава порекла а не национална држава. У том смислу, адоптивну способност одређује меродавно право до кога се долази на основу колизионих норми државе порекла. У вези са овим проблемом, могуће су две ситуације. У првој, колизиона норма упућује на неко друго право, а не на *lex nationalis*. Ово је релативно једноставан случај јер би дете, у складу са меродавним правом, имало адоптивну способност. Друга ситуација је сложенија јер подразумева да је меродаван *lex nationalis* али је таква забрана супротна јавном поретку државе порекла. У том смислу, *Muir-Watt* сматра да одговор зависи од интензитета везе детета и његове националне државе. Тако, у ситуацији када је она слаба, рецимо зато што је дете измештено из те државе и напуштено на територији друге државе (која је сада држава порекла), нема разлога да се узима у обзир његово национално право ако колизионе норме државе порекла на њега не упућују. С друге стране, ако је дете пресељено из државе порекла ради усвојења, његово национално право се мора узети у обзир.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁶ Због тога је на инсистирање Египта, као једине муслиманске државе која је учествовала у изради Конвенције 1993, унета одредба по којој саставни део извештаја чине и подаци о вероисповести детета. E. Poisson-Drocourt, *L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption*, Clunet 3/1999, p. 722.

¹⁰⁵⁷ H. Muir-Watt, *Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif. À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale*, RCDIP 3/1999, p. 486-492. Даље Muir-Watt, *Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif*. Међутим, француски Касациони суд је у одлуци *Fanhou* заузео став по коме је свим случајевима када национално право забрањује усвојење, његово заснивање ипак могуће. Наведено према Donnier, *Actualité de l'adoption internationale*, p. 47.

Дакле, ако централни орган државе порекла процени да компатибилност постоји, о детету се такође саставља извештај и упућује централном органу државе пријема (члан 16). Поред тога, задатак државе порекла је и да прибави неопходне сагласности за усвојење (члан 16ц). Националне колизионе норме поново долазе до изражаја јер меродавно право одређује круг лица чија је сагласност неопходна за заснивање пуноважног усвојења. У овом делу поступка може бити проблематична садржина сагласности биолошких родитеља, односно лица или органа која сагласност дају уместо њих. С тим у вези, може се десити да усвојитељи желе заснивање потпуног усвојења, док лица која дају сагласност имају у виду непотпуно усвојење. Као што се у доктрини наводи, биолошка породица може живети у држави у којој потпуна усвојења нису довољно позната.¹⁰⁵⁸ Француски Касациони суд је најпре у случају *Torlet*¹⁰⁵⁹ заузео став по коме се сматра да је сагласност дата и за потпуно и за непотпуно усвојење ако ниједно није изричито наведено.¹⁰⁶⁰ Међутим, почев од одлуке у случају *Pistre*, преовладавајуће становиште подразумева да се сагласности оцењују независно од националног права усвојеника, те да „француски суд мора да се придржава воље, изричите или прећутне, лица од којих је сагласност добијена“.¹⁰⁶¹

Као што смо видели, до ове фазе је прву проверу опште адоптивне подобности (тзв. *matching*) детета и потенцијалних усвојитеља вршио централни орган државе порекла. Међутим, да би се поступак заснивања усвојења наставио и успешно окончао, потребно је да се успостави систем саодлучивања који подразумева да се оба централна органа сагласе са наставком поступка усвојења (члан 17 став 1 (ц)). На тај начин, друга фаза провере опште адоптивне способности детета и усвојитеља подразумева ангажовање централног органа државе пријема. Од те процене зависи и да ли ће се постићи сагласност у погледу настављања поступка усвојења будући да је своју сагласност централни орган државе порекла већ исказао слањем извештаја о детету. Централни орган државе пријема проверава са своје стране испуњеност услова за заснивање усвојења које предвиђају чл. 5 и 17д) Конвенције 1993 (општа адоптивна подобност усвојитеља, саветовање усвојитеља, ако је потребно, и могућност да дете добије дозволу уласка и трајног боравка у држави пријема). Ова дупла контрола је

¹⁰⁵⁸ van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 282.

¹⁰⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 1984, RCDIP 1985, p. 533, note Simon-Depitre.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*. Такође видети и Muir-Watt, *Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif*, p. 476.

¹⁰⁶¹ van Loon, *Intercountry Adoption*, p. 283.

неопходна ради спречавања храмљућих усвојења, чиме се директно штити принцип најбољег интереса детета. При томе, оба централна органа имају задатак да обезбеде детету дозволу за улазак и трајни боравак детета у држави пријема. Уједно, централни органи обе државе, иако Конвенција 1993 то изричито не одређује, треба да се договоре о томе у којој држави ће формално доћи до заснивања усвојења. Да ли ће то бити држава порекла или држава пријема, зависи пре свега од националних норми о међународној надлежности. Уколико је у питању типична држава пријема (на пример, САД), по правилу је реч о постојању конкурентне међународне надлежности. С друге стране, типичне државе порекла (каква је, рецимо, Србија), врло често предвиђају искључиву надлежност за усвојеника домаћег држављанства. У том случају, правог договора не може бити јер ће питање надлежности бити решено применом строже норме о надлежности (у нашем примеру, искључиве). Другим речима, тек две конкурентне надлежности омогућавају прави договор о надлежности у корист државе порекла или пријема.

Трећа фаза, која се одвија након што су се оба централна органа договорили о настављању поступка заснивања усвојења, односи се на заштиту детета у току његовог пресељења у државу пријема и спровођење поступка прилагођавања (чл. 19-21). Приликом пресељења детета, Конвенција 1993 предвиђа да ће се централни органи побринути да се оно обави на безбедан начин, по могућству у пратњи усвојитеља (члан 19). С обиром да мере за заштиту Конвенције 1996 не могу да се примене у случају заснивања усвојења, једино решење су мере које познају национална права инволвираних држава. У овом делу поступка одвија се процес прилагођавања, ако је потребан (чл. 20 и 21). Ако се тада испостави да даљи останак детета код усвојитеља није у његовом најбољем интересу, централни орган државе пријема мора да реагује и заштити дете. На располагању има посебне мере за заштиту које предвиђа Конвенција 1993 (члан 21). То су најпре, одвајање детета од усвојитеља и организовање привременог старања, потом, у сарадњи са централним органом државе порекла нови смештај детета у циљу његовог усвојења или организовање дугорочног старања о детету. Уколико је ново усвојење ипак могуће, оно се не може засновати пре него што се централни орган државе порекла обавести о новим усвојитељима. Коначно, као крајња мера, дете се враћа у државу порекла. За разлику од фазе пре пресељења детета, у овој је само за заснивање новог усвојења потребно обавештавање државе порекла.

Но, свакако да ће то бити случај и ако се дете враћа у државу порекла јер је потребно организовати безбедан повратак детета, а држава порекла треба да преузме заштиту од тренутка када пређе њену границу. Ако је дете одговарајућег узраста и нивоа зрелости, за све ове мере је потребна његова сагласност. У свим случајевима када се предузимају мере за заштиту које не воде заснивању новог усвојења, чини се да има места примени Конвенције 1996 јер су из њеног поља примене искључене, као што смо видели, само ситуације које имају за циљ заснивање усвојења. У сваком случају, ако је усвојење засновано, даља заштита детета се препушта Конвенцији 1996 јер је формиран родитељско-дечји однос.

2.2.4. Утицај Конвенције 1993 на породично међународно приватно право Србије

Конвенција 1993 нема само директни утицај на породично међународно приватно право, већ може довести и до преиспитивања појединих одредаба националног права о приватним правима странаца и поступку прилагођавања. Што се њеног директног утицаја тиче, већ смо видели да су одредбе нашег Нацрта о конверзији и признању усвојења, инспирисане управо Конвенцијом 1993.¹⁰⁶²

Када је реч о приватним правима странаца, Породични закон предвиђа да странац може усвојити дете само ако нема подобних усвојитеља домаћих држављана и ако се са тим сагласи министар надлежан за породичну заштиту. Сматра се да се усвојитељи не могу наћи међу домаћим држављанима ако је прошло више од годину дана од уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења. Изузетно, министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење страном држављанину и пре истека рока од годину дана ако је такво усвојење у најбољем интересу детета (члан 103). Насупрот томе, домаћи држављани који живе у иностранству имају привилеговани положај будући да они усвајају под истим условима као и домаћи држављани који живе у Србији јер се овакво усвојење сматра домаћим. При томе, наши „радници на (не тако) привременом раду у иностранству“ могу имати и држављанство стране државе, али ипак њихова приватна права у овој материји остају иста (принцип искључивости домаћег држављанства). Поред тога, таква усвојења, с обзиром да се третирају као домаћа, не улазе у статистичке податке о

¹⁰⁶² Видети *supra* стр. 254.

броју међународних усвојења заснованих у Србији.¹⁰⁶³ Конвенција 1993 обухвата и оваква усвојења јер се уобичајено боравиште ових лица налази у иностранству. При томе, иако су у питању међународна усвојења, ова категорија наших држављана усваја под истим условима која важе за домаће усвојење,⁽¹⁾ насупрот странаца који имају уобичајено боравиште у Србији.¹⁰⁶⁴ Такво поступање је у директној супротности са принципом супсидијарности међународног усвојења, а осим тога, неоправдано води дискриминацији на основу држављанства усвојитеља. Један од примера из праксе Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања Републике Србије илуструје овај проблем.¹⁰⁶⁵ Захтев за заснивање усвојења поднели су супружници страни држављани (Немачка и Португалија), обоје са пријављеним пребивалиштем за странце у Београду. Немачки орган је издао потврду будућем усвојитељу да је „правно способан за усвојење“. Португалски орган је, пак, позивајући се на Конвенцију 1993, издао акт да није надлежан за издавање извештаја социјалне службе, јер будући усвојитељи немају пребивалиште у Португалији, те је у конкретном случају у питању домаће усвојење. Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања Републике Србије је одбило захтев с образложењем да је реч о међународном усвојењу и да није надлежан за издавање оваквог извештаја. Усвојитељи су се жалили. Португалија је, у овом случају, неосновано одбила да састави извештај будући да у то време Република Србија није била уговорница Конвенције 1993.¹⁰⁶⁶ Но, чак и да је

¹⁰⁶³ Према подацима добијеним од Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, у 2011. години је било укупно 97 усвојења, од тог броја 12 међународних усвојења; у 2012. години је било укупно 108 усвојења, од тог броја 8 међународних, а у 2013. години укупно 151 усвојења, од тог броја 13 међународних. Сва међународна усвојења су усвојења деце са посебним потребама. Тако је у случају поводом захтева број 56010-1009/2014 од 2014. године брачном пару, држављанима САД дозвољено усвојење детета са Дауновим синдромом. У једном случају је дата сагласност министра за усвојење детета са бројним озбиљним здравственим тегобама, а усвојитељи су такође били држављани САД.

¹⁰⁶⁴ Овим проблемом се бавила и Специјална комисија зато што су постојали случајеви када Конвенција 1993, управо због домаћег држављанства усвојитеља, није примењена иако се радило о усвојењу које она уређује. *Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission of June 2010*, p. 6 *ad* 11.

¹⁰⁶⁵ Захтев за заснивање усвојења број: 560-02-00328/2013-14 од 26.04.2013.

¹⁰⁶⁶ Према подацима добијеним од Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања и пре ступања на снагу Конвенције 1993 (али након што је наша држава депоновала инструменте ратификације) поставило се питање могућности њене примене у односима између Републике Србије и САД. Стриктно тумачење одредбе члана 44 став 3 и члана 41 Конвенције 1993 води ка закључку да се она не може примењивати пре истека рока од 6 месеци у коме државе које су већ обавезане Конвенцијом могу ставити приговор на приступање. Међутим, Стални биро је дао тумачење (које није обавезујуће, већ зависи од договора између држава) да се усвојење у таквим случајевима може засновати и пре истека рока од 6 месеци, али под два услова: а) да је захтев за међународно усвојење према члану 14 примљен након ступања на снагу Конвенције 1993 за конкретне државе и б) да не постоје озбиљне индикације да

била, Конвенција 1993 се не би уопште примењивала јер је за то потребно да усвојеник и усвојитељи имају уобичајена боравишта у различитим државама уговорницама, што овде није био случај. С друге стране, када се као усвојитељи појављује брачни пар различитог држављанства, од којих један има домаће држављанство, усвојење се заснива као међународно. Тако је у случају када је супруга била држављанка Србије и Француске, а супруг држављанин Француске, са пребивалиштем у Француској, усвојење засновано као међународно. С обзиром да се у овом случају пребивалиште поклапало са уобичајеном боравиштем, оно би и према Конвенцији 1993 било третирано као међународно.

Дакле, усвојења која су пре него што је Република Србија приступила Конвенцији 1993 била међународна сада су у контексту Конвенције 1993 домаћа. Стога, ако је у питању домаће усвојење, зашто би се права усвојитеља третирали као права странаца? Другим речима, било би боље да и Породични закон, попут прописа појединих држава, статус странца у материји међународног усвојења везује за постојање уобичајеног боравишта ван Републике Србије а не држављанства.

Осим тога, Конвенција 1993 омогућава да се спроведе поступак прилагођавања, што према Породичном закону није била обавеза у случају усвојитеља странаца (члан 381 став 1).¹⁰⁶⁷ Имајући у виду да Нацрт више не предвиђа искључиву надлежност домаћег органа (члан 98), могуће је да се прилагођавање у договору са централним органом државе пријема спроведе и у иностранству, што је и оправдано будући да ће дете тамо и живети. На тај начин се може пратити његова интеграција не само у оквиру адоптивне породице већ и у погледу шире средине, с обзиром да је прилагођавање у овом случају специфично јер дете мења у потпуности дотадашње окружење. Ипак, увођење поступка прилагођавања код међународног усвојења захтевало би измену Породичног закона или доношење посебног закона о спровођењу Конвенције 1993. У сваком случају, одустајање од искључиве надлежности у Нацрту резултат је утицаја

релевантна држава разматра стављање приговора на приступање. За аргументацију у прилог наведеном тумачењу од стране Сталног бироа видети *1993 Guide to Good Practice*, p. 105 et seq. ad 8.3.2.

¹⁰⁶⁷ Према подацима Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, у случајевима када се као усвојитељи јављају наши држављани са уобичајеном боравиштем у иностранству, досадашња пракса је била да се поступак прилагођавања спроводи у Србији. Према члану 318 став 1 Породичног закона, прилагођавање је обавезно ако су усвојитељи домаћи држављани, а не спроводи се ако су у питању странци.

Конвенције 1993 и такво решење омогућава да се централни органи договоре у погледу надлежности за заснивање усвојења.

Коначно, када је реч о двостраним уговорима Републике Србије, требало би рећи да њихове одредбе у материји међународног усвојења не остављају утисак превазиђених решења, као што је то случај када се упореде са одредбама Протокола 2007, Конвенције 2007 и Конвенције 1996. Разлог за то је чињеница да Конвенција 1993 не унификује међународно приватно право у овој материји. У овим уговорима је доминантно држављанство као тачка везивања и то у виду обичне кумулације (Бугарска, члан 40; Чешка и Словачка, члан 29; Француска, чл. 13,14,16, Грчка, члан 24, Мађарска, члан 36; Пољска, члан 30; Румунија, члан 28; Русија и Украјина, члан 30). Када је реч о међународној надлежности, само поједини уговори уређују ово питање (Француска, члан 15 – критеријуми пребивалиште или држављанство усвојитеља или усвојеника). У погледу признања и извршења страних одлука, сви уговори предвиђају општи режим, односно услове који важе за све одлуке у грађанским стварима (Босна и Херцеговина, Црна Гора, Чешка, Словачка, Француска, Грчка, Ирак, Кипар, Мађарска, Македонија, Пољска, Румунија). Једино уговор са СССР-ом, који данас важи у односима са Русијом и Украјином, предвиђа, у члану 31, аутоматско признање (чак и без клаузуле јавног поретка). С обзиром да Конвенција 1993 у члану 39 став 1 предвиђа могућност да се искључи примена раније закључених уговора ако државе дају изјаву о томе, очигледно је да режим Конвенције 1993 знатно повољнији од општег режима двостраних уговора и да би такву изјаву требало дати.

ДЕО ЧЕТВРТИ

КОРЕЛАЦИЈА МОДЕРНОГ ХАШКОГ СИСТЕМА ЗА ЗАШТИТУ ДЕЦЕ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Претходна разматрања

Променом Статута Хашке конференције за међународно приватно право (2007. године) дозвољено је и регионалним економским организацијама да постану чланице ове престижне светске организације (нови члан 3 Статута). Европска унија је искористила ову могућност и 2007. године постала прва међународна организација, чланица Хашке конференције. На тај начин, превазиђени су одређени неспоразуми који су у том периоду постајали између ових двеју организација и истовремено су створене претпоставке за њихову будућу сарадњу. Посматрано из угла Европске уније, ова промена је означила нову еру у њеном раду на пољу међународног приватног права. Наиме, процес настанка међународног приватног права ЕУ у одређеној мери је заснован на *прилагођеној рецепцији* појединих конвенција донетих у окриљу Хашке конференције. Тај процес се најпре уочава када је реч о хашким конвенцијама из области процесног међународног приватног права. Тако су, у овој материји, Хашка конвенција о достављању судских и вансудских аката у грађанској и трговачкој материји у иностранству (1965) и Хашка конвенција о извођењу доказа у грађанској и трговачкој материји у иностранству (1970), уз одређене измене, због специфичног односа држава чланица ЕУ, послужиле као модел за регулативе ЕУ – Регулативу 1393/2007 од 13. новембра 2007. године о достављању у државама чланицама судских и вансудских аката у грађанској и трговачкој материји¹⁰⁶⁸ и Регулативу 1206/2001 од 28. маја 2001. године о сарадњи судова држава чланица у извођењу доказа у грађанској и трговачкој материји.¹⁰⁶⁹ Поред тога, одредбе појединих хашких конвенција послужиле су као извор инспирације за формулисање одговарајућих одредаба у

¹⁰⁶⁸ *Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000*, OJ L 324 of 10.12.2007.

¹⁰⁶⁹ *Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, OJ L 174, 27.6.2001

регулативама ЕУ. Примера ради, одредбе Хашке конвенција о наслеђивању заоставштине умрлих лица (1989)¹⁰⁷⁰ које се односе на уговоре о наслеђивању (чл. 9 и 10), послужила је као модел за одредбе члана 25 Регулative 650/2012 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу веродостојних исправа у материји наслеђивања и стварању Европског сертификата о наслеђивању.¹⁰⁷¹

Међутим, још значајније, специфичан утицај *светског* међународног приватног права (које настаје у оквиру Хашке конференције) на *регионално* (који настаје у Европској унији), најизраженији је управо у материји заштите деце и испољава се у два вида. Први подразумева *директни* утицај хашких конвенција, у том смислу што Европска унија непосредно, у *неизмењеном виду*, преузима конвенцијска односно „хашка решења“ (у материји издржавања) или, пак, врши њихово *прилагођавање* односно *европеизацију* за сопствене потребе (отмица деце). Други вид утицаја је *индиректни* и он се заснива на подстицању држава чланица ЕУ да ратификују оне хашке конвенције којима се сама ЕУ не може непосредно обавезати. У суштини, оба ова процеса представљају делимичну унификацију или, пак, ако унификација није жељени циљ, делимичну хармонизацију међународног приватног права ЕУ са оним створеним у оквиру Хашке конференције.

Дакле, специфичан међусобни утицај глобалног међународног приватног права које настаје у оквиру Хашке конференције и оног регионалног, који настаје у оквиру Европске уније, највише је изражен управо у материји заштите деце. Он се јавља у два вида – као *директни* утицај, који подразумева преузимање хашких решења у материји издржавања или њихову европеизацију у погледу отмице деце (Глава I), као и *индиректни*, који обухвата подстицање држава чланица ЕУ да ратификују поједине хашке конвенције у материји која није уређена посебним прописима Уније (Глава II).

¹⁰⁷⁰ Иако ова Конвенција није до данас ступила на снагу у међународном смислу јер ју је ратификовала само Холандија, док су је потписале још и Аргентина, Луксембург и Швајцарска.

¹⁰⁷¹ *Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, OJ L 201/107.

ГЛАВА I

ДИРЕКТНИ УТИЦАЈ МОДЕРНОГ ХАШКОГ СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ НА МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО ЕУ

Хашке конвенције о заштити деце директно утичу на регулативе ЕУ на два начина - непосредним позивањем на Протокол 2007 (1) односно преузимање појединих одредаба Конвенције 2007 у Регулативи Издржавање (2) и регионализацијом Конвенције 1980 у Регулативи Брисел *Ibis* (3). У случају Регулативе Издржавање реч је онеме што је *Beaumont* назвао принципом „обрнуте супсидијарности“,¹⁰⁷² док је у погледу Регулативе Брисел *Ibis* приметна специфична *регионализација* или *европеизација* Конвенције 1980 као глобалног инструмента међународног приватног права прилагођеног за потребе држава Уније. Ипак, и Регулатива Брисел *Ibis* није остала имуна на принцип обрнуте супсидијарности али не у тако очигледном виду као што је то случај са Регулативом Издржавање. Размотримо ближе ова становишта.

1. Регулатива Издржавање и Протокол 2007

Регулатива Издржавање је један од ретких инструмената међународног приватног права ЕУ који обједињује све његове целине – надлежност, меродавно право, признање и извршење одлука.¹⁰⁷³ Специфична је по томе што је по први пут као директни извор међународног приватног права Уније преузета једна конвенција Хашке конференције у неизмењеном облику. Реч је о Протоколу 2007 на чију примену упућује члан 15 Регулативе Издржавање.

¹⁰⁷² Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, pp. 510-513.

¹⁰⁷³ Постоје још два таква примера и оба потичу из области породичног међународног приватног права, али је још увек реч о предлозима регулатива. То су Предлог Регулативе о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука у материји брачноимовинског режима (*Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes* COM(2011) 125, COM(2011) 127, SEC(2011) 327, SEC(2011) 328) и Предлог Регулативе о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука у материји имовинских последица регистрованог партнерства (*Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships*, COM(2011) 125, COM(2011) 126, SEC(2011) 327, SEC(2011) 328).

Ипак, идеја о оваквој синергији између ЕУ и Хашке конференције није постојала од самог почетка. Својевремено су у Предлогу Регулative о издржавању¹⁰⁷⁴ биле садржане и колизионе нормe, при чему је доминантна тачка везивања било уобичајено боравиште повериоца, по угледу на Конвенцију Меродавно право 1973. Примена *lex fori* долазила је у обзир само у два случаја: ако право уобичајеног боравишта повериоца не омогућава остваривање тужбеног захтева или уколико је то могуће, али поверилац жели примену права форума, под условом да оно коинцидира са правом уобичајеног боравишта дужника. Примена права државе суда је требало да помири разлике између странака: када поверилац подноси тужбу суду уобичајеног боравишта дужника, он може да тражи примену *lex fori* односно управо права државе уобичајеног боравишта дужника. На тај начин би меродавно право пратило процесно правило *actor sequitur forum rei*. Такође, било би могуће закључити споразум о избору права државе суда чиме би се додатно омогућило остваривање основног циља – примена домаћег права од стране надлежног суда. Међутим, будући да је рад на Протоколу 2007 и Регулative Издржавања текао скоро паралелно,¹⁰⁷⁵ унификација колизионих норми само у оквиру ЕУ није се чинила посебно корисном будући да се решења, очигледно, нису битно разликовала од оних садржаних у Протоколу 2007. Дакле, од одвојеног регулисања не би било нарочите користи. Поред тога, уколико би се рад на меродавном праву за оавезе издржавања сконцентрисао у оквирима Хашке конференције, онда би таква универзална конвенција могла да привуче и друге државе које имају интереса да унификују своје колизине нормe са колизионим нормама ЕУ.¹⁰⁷⁶ На крају се то и десило, иако су ван ЕУ само малобројне државе¹⁰⁷⁷ биле заинтересоване за унификацију колизионих норми о обавезама издржавања.¹⁰⁷⁸ Стога

¹⁰⁷⁴ *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations* {SEC(2005) 1629}, COM/2005/0649 final - CNS 2005/0259.

¹⁰⁷⁵ У тренутку док су преговори око Протокола 2007 и Конвенције 2007 били у току, ЕУ је донела Предлог Регулative Издржавања. Међутим, ЕУ је имала изузетно активну улогу у донешењу и Протокола 2007 и Конвенције 2007 и у међувремену је променила свој став о колизионим нормама у Регулative Издржавања. На крају, најпре су завршене хашке конвенције па је тек онда усвојена и Регулative Издржавања. Видети Borrás, *The limit on proceedings in maintenance claims*, p. 111.

¹⁰⁷⁶ Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, p. 521.

¹⁰⁷⁷ Међу овим државама посебно су се истицали Јапан, Швајцарска и Кина (Макао). *Ibidem*.

¹⁰⁷⁸ Ипак, потпуно неочекивано, Протокол 2007 је, поред ЕУ, ратификовала за сада још само Република Србија, која није ни учествовала у његовом доношењу. Разлог за ратификацију је у нашем случају била управо тежња да своје колизионе нормe у овој материји унификујемо са ЕУ. Додуше, ми нисмо једина држава која је преузела Протокол 2007. Наиме, Црна Гора се, уместо ратификације, одлучила да директно преузме његова основна решења у својој новој националној кодификацији међународног приватног права. Видети чл. 90-98 1/2014.

се ЕУ окренула Протоколу 2007 и интензивно учествовала у раду на његовом доношењу.¹⁰⁷⁹ Као последица тога, уношење одредбе која упућује управо на примену Протокола 2007 и успостављање два механизма признања страних одлука (у зависности од тога да ли је држава ЕУ обавезана Протоколом 2007), представља највећу промену након расправе о Предлогу Регулative Издржавања.¹⁰⁸⁰

Штавише, то је и први пут да се у међународном приватном праву ЕУ уводи двоструки колосек признања и извршења одлука и то између сâмих држава чланица Уније. Наиме, *европски* систем признања представља камен темељац судске сарадње у европском процесном праву.¹⁰⁸¹ Међутим, у материји издржавања долази до одступања од уобичајених решења у претходним регулативама (Брисел I, Брисел *Ibis*). У том смислу, Регулative Издржавања предвиђа да одлуке о издржавању које потичу из држава обавезаних Протоколом 2007, пролазе аутоматско признање, док су, с друге стране, могућности за одбијање извршења су незнатне. Одлука о издржавању ће аутоматски моћи да се изврши у другој чланици Уније, без потребе да се проглашава извршном, уколико то дејство има у држави признања. Штавише, надлежни орган државе чланице ЕУ који донесе одлуку о обавези издржавања требало би да је огласи привремено извршном, чак и ако по њеном националном праву она није извршна или ако је уложена жалба или рок за њено подношење још увек тече.¹⁰⁸² Одредбе о привременој извршности директно су повезане са напорима Уније да обезбеди ефикасно и једноставно остваривање издржавања. Ипак, извршење одлука донетих у државама Уније обавезаним Протоколом 2007 може бити одбијено на захтев дужника, у целини или делимично, ако је протекао рок у коме се могло тражити извршење или по праву државе порекла одлуке или извршења. Будући да се тежи заштити повериоца,

¹⁰⁷⁹ Видети М. Dechamps, *Le règlement européen 4/2009 relatif aux aliments: Tentative de simplification de la résolution des litiges transfrontières en matière d'obligations alimentaires*, *Revue trimestrielle de droit familial* 4/2011, p. 803.

¹⁰⁸⁰ Једине две државе ЕУ које нису обавезане Протоколом 2007 су Уједињено Краљевство и Данска. Изјава ЕУ доступна на

http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn. Ирска је, пак, преко Европске комисије обавестила Стални биро о замени држављансва као тачке везивања у члановима 4 и 6 Протокола 2007 критеријумом пребивалишта.

¹⁰⁸¹ Савет и Комисија су одавно настојали да укину сваку формалност у поступку признања, који стварају непотребне трошкове и доводе до одуговлачења поступка. У том смислу, примена чланова 38. и 43. Брисел I показали су се делотворним у пракси. Више од 90% свих одлука признате су и извршене без икаквог посебног разматрања у државама чланицима. Видети Hess, Pfeiffer, Schlosser, *Report on the application of the Regulation Brussels I in the member states*, study JLS/C4/2005/03, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 2007, p. 38, доступан на http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

¹⁰⁸² На сличан начин ову могућност предвиђају и чл. 41 и 4. *Брисел Ibis*.

узима се у обзир онај рок који је дужи. Потом, одбијање извршења је могуће и ако је одлука неспојива одлуци донетој у држави извршења односно ранијој одлуци донетој у некој другој држави чланици или у трећој држави, која испуњава услове за признање у земљи извршења. Напоследку, дужник може издејствовати обуставу извршења, у целини или делимично, ако је суду порекла одлуке поднет захтев за ревизију или ако је у њој суспендована њена извршност.¹⁰⁸³

Насупрот овом поједностављеном механизму признања и извршења, поступак признања и извршења одлука које потичу из држава које нису обавезане Протоколом 2007 враћен је у оквир уведен Регулативом Брисел I, који је уједно и типични за ЕУ. Додуше, он представља модификацију процедуре предвиђене Регулативом Брисел I, при чему правило о аутоматском признању остаје да важи и даље. Но, суд може одбити признање одлуке из традиционалних разлога: очигледна супротност јавном поретку државе признања;¹⁰⁸⁴ повреда права на одбрану, осим ако је туженик пропустио да оспори одлуку када је био у могућности да то учини; неспојивост са одлуком суда државе признања која је донета у истом предмету, између истих странака као и раније донетој одлуци у држави чланици или у трећој земљи, између истих странака и поводом истог тужбеног захтева, ако испуњава услове за признање у држави егзекватуре.¹⁰⁸⁵ Суд државе признања прекида поступак уколико је због улагања жалбе извршност одлуке суспендована у држави порекла. Јавни поредак и даље опстаје као разлог за одбијање признања будући да су новији примери из праксе Европског суда правде указали на потребу употребе овог негативног услова у специфичним ситуацијама.¹⁰⁸⁶ Поред тога, да би одлука донета у држави чланици, која

¹⁰⁸³ Члан 24. Регулативе о издржавању.

¹⁰⁸⁴ Према члану 24. Регулативе о издржавању повреда јавног поретка не може се испитивати у односу на норме о надлежности. Дакле, узима се у обзир само тзв. материјалноправни појам јавног поретка, а не и процесни.

¹⁰⁸⁵ Одлука којом се, услед промењених околности, модификује раније донета одлука о издржавању не сматра се неспојивом у наведеним случајевима.

¹⁰⁸⁶ ЕСЈ, 4.2.2009, случај C-394/07, *Marco Gambazzi./DaimlerChrysler Canada Inc.* У овом случају суд у Великој Британији одлучио је о захтеву тужиоца, без саслушања туженика, који је приступио суду, али је потом искључен јер није извршио обавезу из претходне наредбе суда донете у истом поступку. *DaimlerChrysler* је затражио признање тако донете пресуде у Италији, што је италијански суд дозволио. *Gambazzi* је поднео жалбу. Италијански суд је застао са поступком по жалби и затражио тумачење ЕСП. Овај суд је заузео став да су могућа ограничења права на одбрану, под условом да је то учињено у јавном интересу и да не представља очигледну или непропорционалну повреду права будући да већина држава чланица већ предвиђа адекватне санкције за оне парничаре који користе тактику одуговлачења. Ипак, потпуно искључење странке из поступка представља најдрастичније ограничење права на одбрану и зато оно мора да испуни прецизне услове да не би било окарактерисано као очигледно или непропорционално ограничење овог права. Како то овде није био случај, Суд је донео закључак да је

није обавезана Протоколом 2007 била извршена у другој држави Уније, она мора бити проглашена извршном. Поступак је специфичан по томе што нема обележја контрадикторности, већ тај карактер добија тек у евентуалном поступку по жалби. Да би одлука могла да се изврши у другој држави чланици неопходно је да странка поднесе захтев за проглашење одлуке извршном и приложи још и копију одлуке која задовољава услове веродостојности, преведени извод одлуке који издаје суд порекла на језик који држава признања прихвата, у складу са посебном формом предвиђеном Регулацивом Издржавања. Рок за доношење одлуке је кратак. Правило је да се одлучује одмах након достављања свих потребних докумената, а најкасније 30 дана од тренутка подношења захтева. Рок се може продужити само у случају постојања изузетних разлога. Свака странка може уложити жалбу на одлуку о захтеву за проглашење извршности из напред наведених разлога, у року од 30 дана од дана достављања или 45 дана ако противник предлагача нема уобичајено боравиште у држави извршења. О жалби се одлучује у року од 90 дана од дана подношења, а овај рок се у изузетним околностима може продужити.¹⁰⁸⁷ Уколико противник предлагача не приступи суду који одлучује о жалби, примењује се правило о прекиду поступка чак и ако он није резидент ниједне државе чланице. Услове и поступак за улагање правног лека на одлуку о жалби одређују државе чланице, али он мора бити хитан. Надлежни суд може поништити или одбити проглашење стране одлуке извршном у оба наведена случаја, само из оних истих разлога којима је условљено признање. Могуће је и делимично признање одлуке, уколико је њоме одлучено о више питања, а нису испуњени услови за њено признање у погледу свих. О томе суд може одлучити и самоиницијативно, али и на захтев странке.¹⁰⁸⁸

Ова решења су утолико више необична јер критеријум поделе није право које је примењено већ *порекло* колизионе норме. Другим речима, чак и да надлежни орган у УК фактички примени исто право до кога би се дошло и на основу одговарајуће колизионе норме Протокола 2007 у конкретном случају, таква одлука ипак мора да

повређено право на одбрану саставни део јавног поретка према тумачењу члана 27(1) Брисел I. Видети и В. Hess, *The Community Legal Instruments and their Impact on the Individual's Access to Civil Justice*, саопштење на конференцији „Access to Justice in the European Union“, коју је организовала Шведска у својству председавајућег Уније, Стокхолм, 22.07.2009. године, http://www.se2009.eu/polopoly_fs/1.26333!menu/standard/file/Conference%20report.pdf, р. 46 и даље.

¹⁰⁸⁷ Чланови 32-34. Регулациве о издржавању. Жалба одлаже извршење.

¹⁰⁸⁸ Члан 37. Регулациве о издржавању.

прође потпунију контролу.¹⁰⁸⁹ Тиме је извршена и уједно највећа промена досадашњег става Уније према укидању признања одлука пореклом из других држава чланица. Наиме, до сада је то било условљено само унификованим нормама о директној надлежности, али не и јединственим решавањем проблема сукоба закона. Другим речима, процесне гаранције у погледу правичности поступка су биле довољне за укидање егзекватуре.¹⁰⁹⁰ Међутим, сада оне нису пресудне, већ је степен слободне циркулације одлука о издржавању унутар Уније у директној вези са пореклом колизионе норме. Овакво решење је изазвало недоумице у европској (посебно француској) доктрини јер је укидање признања увек било везано за процесна питања односно надлежност, а не за колизионе норме.¹⁰⁹¹ У том смислу, сматра се да замењивање процедуралних услова усаглашеношћу у колизионој сфери као услова за укидање признања подразумева да судија по службеној дужности треба да обезбеди поштовање колизионе усаглашености на основу Протокола 2007, као и ваљану примену меродавног права.¹⁰⁹² Ипак, не би се могло тврдити да је колизиона усаглашеност заменила у потпуности усаглашеност на нивоу поступка и надлежности јер је и та материја исто тако унификована. Штавише, процесна усаглашеност не обухвата само директну надлежност већ управо и систем процедуралних гаранција (испитивање надлежности, члан 10; испитивање прихватљивости, чл. 11; литиспенденција и конексни спорови, чл. 12 и 13). У оквиру ових гаранција, посебно се издваја испитивање прихватљивости које указује на још једну везу са Протоколм 2007 (члан 11). Наиме, ова одредба Регулative Издржавања односи се на остваривања права на правично суђење односно стандарде које је увела Европска конвенција о људским правима, и то преко правила о достављању и права на одбрану. Уколико туженик не приступи суду који се налази ван државе његовог уобичајеног боравишта, поступак се прекида. То траје док се не утврди да је туженик био у могућности да прими иницијални или еквивалентни акт, те да је на основу тога имао довољно времена да припреми одбрану. Ако упркос неуредном достављању, услед кога дужник није имао довољно времена да припреми одбрану, одлука ипак буде донета у држави

¹⁰⁸⁹ Будући да је једна од основних идеја колизионих норми Протокола 2007, као што смо видели, да чешће воде примени домаћег права, те да је у УК његова примена правило у поступцима поводом породичних односа, савим је извесно да ће до оваквих преклапања долазити.

¹⁰⁹⁰ Тако и Ancel, Muir-Watt, *Aliments sans frontières*, p. 479.

¹⁰⁹¹ Нарочито видети Ancel, Muir-Watt, *Aliments sans frontières*, pp. 478-480.

¹⁰⁹² *Ibidem*.

обавезаној Протоколом 2007, он има право да поднесе захтев за ревизију, осим ако је пропустио да оспори одлуку чим је био у могућности. Исто важи и ако је био спречен да оспори захтев за издржавање без своје кривице, услед више силе или ванредних околности.¹⁰⁹³ Ова могућност ревизије је заправо директно повезана са посебним правилом о праву на одбрану из Протокола 2007 које, као што смо видели, у погледу деце има значаја само у односу на супсидијарне дужнике. С обзиром да је терет доказивања у том случају на дужнику, те да је његов положај посебно отежан кумулацијом права чију садржину треба да докаже како би успео у спору, и најмања процесна неправилност приликом достављања може да онемогући правично суђење. Стога је оваква одредба Регулative Издржавање неопходна.

Узимајући у обзир процесне гаранције које предвиђа Регулative Издржавање, заиста се не би могло тврдити да она нема утицаја на укидање егзекатуре. Напротив, пре би се можда могло рећи да је у случају издржавања услов за несметану циркулацију судских одлука пооштрен у односу на друге материје. Тако, осим процесне усаглашености, овде је потребно да постоји усаглашеност и у погледу меродавног права. Можда је заправо главни циљ оваквог неуобичајеног решења, поред постизања резултата *in favorem creditoris*, уједно и вршење „меког“ притиска на државе обавезане Регулative Издржавање да прихвате унификацију колизионих норми извршену Протоколом 2007. У прилог томе говори чињеница да је то за сада једина регулатива у материји породичног међународног приватног права која садржи и норму

¹⁰⁹³ Рок је преклузиван и износи 45 дана. Почиње да тече од дана када је био упознат са садржајем одлуке тако да је могао успешно да реагује, а најкасније од дана предузимања прве извршне мере која га је онемогућила да, у целини или делимично, располаже својом имовином. Усвајање захтева проузрокује ништавост и укидање оспорене одлуке. Међутим, то не утиче на користи које је поверилац имао због прекида рокова или застарелости, као ни на право да тражи ретроактивну исплату издржавања о којем је одлучено у првобитном поступку. Ипак, поступак неће бити прекинут уколико је потребно достављање неког од наведених аката у другу државу Уније на основу Регулative 1393/2007 *Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000*, ОЈ L 324, 10/12/2007. Ако није могуће достављање на основу ње, онда се оно врши према члану 15 Хашке конвенције о достављању у иностранству аката у грађанским и трговачким стварима из 1965. године (која је иначе на снази и у Србији). У том смислу, пресуда се не може донети док се не установи да је документ био достављен на начин предвиђен националним процесним правом државе Уније на чијој се територији налази адресат или да је документ заиста достављен туженику на адресу његовог уобичајеног боравишта неком другом методом предвиђеном овом Регулative, уз поштовање права на одбрану туженика. Али, ако је документ достављен у складу са њом, пресуда може бити донета, под условом да је прошло више од шест месеци, а никаква потврда није примљена, упркос сваком разумном напору који је надлежни орган означене државе чланице предузео. Туженик који у време приступања није знао за овакав документ, а изнео је *prima facie* одбрану у погледу меритума тужбе, задржава право да уложи правни лек у разумном року. Он почиње да тече од тренутка сазнања за пресуду.

о директној надлежности и унификоване колизионе норме. Очигледно је да се унутар Уније лакше постижу компромиси око основа директне надлежности него о меродавном праву. У прилог томе је и чињеница да Регулатива Брисел *Ibis* која уређује питање надлежности и признања и извршења одлука о разводу и родитељској одговорности. Колизионе норме за развод садржане су у посебној регулативи која, међутим, није ни успела да окупи све државе ЕУ, већ за сада тек нешто више од половине (15 држава чланица).¹⁰⁹⁴ Док се у овом случају може говорити макар о делимичном успеху, колизионе норме за родитељску одговорност и мере за заштиту деце нису уређене ни посебном регулативом ЕУ, а ни принцип обрнуте супсидијарности није довео до потпуне унификације у контексту Конвенције 1996.

2. Регулатива Издржавање и Конвенција 2007

Други вид директне корелације Регулативе Издржавање и модерног хашког система за заштиту деце односи се на Конвенцију 2007. При томе, ваљало би одма истаћи да се поље примене Регулативе Издржавање потпуно поклапа само са Протоколом 2007, а не и са Конвенцијом 2007, у односу на коју је знатно шири, те обухвата и оне врсте издржавања које тек путем система изјава могу постати део Конвенције 2007. Упркос томе, постоје три најважнија примера корелације између Регулативе Издржавање и Конвенције 2007.

Први случај се односи на одредбу о *perpetuatio jurisdictionis*. Она представља још један пример обрнуте супсидијарности, занимљив и због тога што је идеја о ограничавању надлежности у Конвенцији 2007 потекла управо од Европске комисије.¹⁰⁹⁵ Наиме, у Регулативи Издржавање, ограничење поступка за измену првобитне одлуке о издржавању коју је донео суд државе уобичајеног боравишта повериоца (члан 8) заснива се, по правилу, за идеји заштите повериоца од манипулација дужника баш (као што је то случај и у Конвенцији 2007). Ипак, разлика

¹⁰⁹⁴ *Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, OJ L 343/10. Њене чланице су Аустрија, Белгија, Бугарска, Француска, Немачка, Мађарска, Италија, Латвија, Луксембург, Малта, Португалија, Румунија, Словенија, Шпанија и Литванија која је почела да се примењује од 21. маја 2014. године, видети European Commission, *Press Release (20 November 2012), Lithuania is the 15th EU Member State to sign up to enhanced cooperation rules to help international couples*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1231_en.htm (12.12.2013).

¹⁰⁹⁵ *Borrás, Degeling Report*, p. 155 ad 145 (фуснота).

је у томе што конвенцијска одредба има улогу негативне надлежности односно јединог критеријума директне надлежности. За разлику од тога, Регулатива Издржавање је *règlement double*, тако да је основна сврха ограничења поступка усмерена, с једне стране, ка ефикасној заштити повериоца у оквиру ЕУ, а с друге стране, представља гаранцију надлежном органу да може изменити одлуку уколико је то потребно.¹⁰⁹⁶ Међутим, одредба о ограничавању поступка Регулативе Издржавање односи се не само на случајеве када је држава порекла одлуке чланица ЕУ, већ и онда када је та држава уговорница Конвенције 2007. При томе су сва четири услова на основу којих се може одступити од ограничења поступка садржински потпуно исти као и у Конвенцији 2007. *Mutatis mutandis*, разлика се односи на везивање сваког од тих критеријума или за државу ЕУ или за уговорницу Конвенције 2007. Тако су пророгација надлежности и пристанак туженог везани за државе ЕУ (сем Данске), а немогућност заснивања надлежности за измену одлуке и одбијање да се то учини односе се на државу уговорницу Конвенције 2007. Коначно, немогућност признања или оглашавања извршном одлуке која потиче из државе уговорнице Конвенције 2007 везана је такође и за државу чланицу ЕУ у којој се тражи њена измена. Тиме је врло снажно послат сигнал о важности хашког режима за обавезе издржавања у ЕУ, али и на спремност ЕУ да ратификује Конвенцију 2007.

Други пример корелације подразумева директну надлежност у Регулативи Издржавање (чл. 3-7) и њен однос са критеријумима индиректне надлежности које предвиђа Конвенција 2007. У том смислу, приметно је скоро потпуно поклапање критеријума Регулативе Издржавање (уобичајено боравиште туженог, уобичајено боравиште повериоца, атракција надлежности, пророгација надлежности, прећутни пристанак туженог) са онима у Конвенцији 2007. Тиме се потврђује већ изнета теза да, у погледу индиректне надлежности, значај Конвенције 2007 превазилази класични домашај једне *convention simple*, будући да су њеним решењима о индиректној надлежности истовремено утврђени и (скоро) опште прихватљиви основи директне надлежности. Једина разлика у односу на Конвенцију 2007 је у примени критеријума *forum nationalis communis* (члан 6 Регулативе Издржавање) и *forum necessitatis* (члан 7 Регулативе Издржавање). Када је реч о *forum nationalis communis*, већ смо видели да у

¹⁰⁹⁶ Ancel, Muir-Watt, *Aliments sans frontières*, p. 466. Такође, и Borrás, *The limit on proceedings in maintenance claims*, p. 111.

Конвенцији 2007 није релевантан као критеријум индиректне надлежности, осим у случају атракције надлежности. За разлику од конвенцијског решења, овај основ у контексту Регулative Издржавања, представља још једну прилику за заснивање надлежности суда државе ЕУ када ниједан класични критеријум надлежности (који се поклапа са решењима Конвенције 2007) не доводи до тог резултата. Реч је о *европској* супсидијарној надлежности будући да државе Уније имају могућност да на регионалном нивоу предвиде и додатне критеријуме надлежности, како би у што већем броју случајева био надлежан суд државе ЕУ, без посезања за основима (изразито) прекомерне надлежности.¹⁰⁹⁷ Имајући у виду, пак, *forum necessitatis* као другу разлику хашких решења и решења ЕУ, треба напоменуто да је овај критеријум значајну новина Регулative Издржавања. Њоме је промењена дотадашња спољна политика у односу на треће државе у материји међународног приватног права¹⁰⁹⁸ с основним циљем спречавања ускраћивања правде.¹⁰⁹⁹ Увођењем ове врсте надлежности уједно је избегнута потреба да се врши позивање на националне норме о надлежности држава ЕУ (резидуална надлежност), као што је то до тада био случај са претходним *règlements doubles*.¹¹⁰⁰ У том смислу она означава почетак једног новог периода породичног (али и наследног) међународног приватног права који, по правилу, следе и касније донете регулативе.¹¹⁰¹

Коначно, последњи, трећи, случај утицаја Конвенције 2007 на Регулative Издржавања односи се на систем бесплатне правне помоћи. Пре Регулative Издржавања, ово питање је било уређено Директивом 2002/8/ЕС о унапређењу приступа правди у прекограничним споровима установљавањем минимума

¹⁰⁹⁷ Не треба заборавити да и заједничко држављанство представља основ прекомерне благе прекомерне надлежности који се у случају издржавања ипак толерише.

¹⁰⁹⁸ Ancel, Muir-Watt, *Aliments sans frontières*, p. 480.

¹⁰⁹⁹ V. Retornaz, B. Volders, *Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif*, RCDIP 2/2008, pp. 226-227.

¹¹⁰⁰ Видети чл. 4 Регулative Брисел I и чл. 14 Регулative Брисел IIbis. Детаљније А. Nuyts with the collaboration of K. Szychowska, *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations), General Report (Final Version Dated 3 September 2007)*, pp. 1-156, доступно и на http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf (20.02.2014).

¹¹⁰¹ Изузетну надлежности предвиђају оба већ поменута предлога регулатива о брачноимовинском режиму (чл. 7) односно имовинским последицама регистрованог партнерства (чл. 7), као и нова Регулative Наслеђивање (чл. 11), али овог основа надлежности нема у новој Регулative Брисел Irecast (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351/1) у којој је остало позивање на националне норме о надлежности држава Уније (чл. 6). Међутим, ова Регулative се односи на уговорне и вануговорне обавезе, као и на стварна права.

заједничких правила о правној помоћи за такве спорове (даље Директива).¹¹⁰² Упркос обећавајућем називу, ова Директива ипак није гарантовала бесплатну правну помоћ на начин на који то чини Конвенција 2007, чак ни у погледу деце као поверилаца издржавања. Наиме, Директива дозвољава да државе *увек* могу да услове бесплатну правну помоћ тестом о *процени изгледа на успех у поступку (merits test)*, без икакавих одступања када је реч о обавезама издржавања. Као последица таквог решења, деца-повериоци немају право на аутоматско признавања права на бесплатну правну помоћ, као што је то могуће према Конвенцији 2007. С тим у вези, у пракси се дешавало да подносилац захтева заиста добије потврду од државе свог пребивалишта да, према свом материјалном стању, испуњава услове за пружање бесплатне правне помоћи, али да надлежни суд друге државе ЕУ такав захтев ипак одбије јер полази од процене његових изгледа за успех у поступку.¹¹⁰³ Такође, када је реч о правној помоћи у поступку извршења одлука (члан 9 Директиве), дошло је до размимоилажења држава у погледу тумачења начина на који се она остварује (аутоматски или на основу захтева странке).¹¹⁰⁴ Слично томе, у односу на поступак извршења на основу веродостојних исправа (споразуми о издржавању према Конвенцији 2007), уочена су два проблема – први, који је настао зато што Директива не одређује државу која треба да сноси трошкове поступка извршења у овом случају,¹¹⁰⁵ и други, услед тога што права појединих држава Уније не предвиђају веродостојне исправе у материји издржавања.¹¹⁰⁶ Коначно, ова Директива предвиђа иста правила за грађанску и трговачку материју, тако да се не прави разлика у односу на обавезе издржавања, па тиме ни на различите категорије поверилаца (деца нису привилегована).

Међутим, када је отпочео рад на Регулативи Издржавање, чинило се да не постоји заинтересованост да се унапреде решења поводом бесплатне правне помоћи. Штавише, у првобитном Предлогу Регулативе Издржавање, ово питање је било

¹¹⁰² *Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in crossborder disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes*, O.J. L 26/41.

¹¹⁰³ European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Directive 2003/8/EC to improve access to justice in cross border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes od 23.03.2012*, SWD(2012) 20 final, p.12, доступно на <http://eur-lex.europa.eu> (20.02.2014).

¹¹⁰⁴ Државе које нису добро имплементирале право на правну помоћ у поступку извршења су Ирска, Естонија, Литванија, Румунија, Словенија и Финска. *Ibidem*, р. 6.

¹¹⁰⁵ Према се истиче да би трошкови требало да по аналогији буду подљени између државе суда и државе уобичајеног боравишта странке која ужива право на парвну помоћ. *Ibidem*.

¹¹⁰⁶ *Ibidem*.

фрагментарно уређено и то само у поступку извршења већ постојеће одлуке (члан 29 Предлога). Како проф. Бомон истиче, „да су се о томе питале само државе ЕУ, овај систем не би имала ни Конвенција 2007.“¹¹⁰⁷ У односу на ову Директиву, Регулатива Издржавање у погледу деце као поверилаца (до 21 године) преузима идеју Конвенције 2007 и предвиђа аутоматску бесплатну правну помоћ (члан 46 став 1), прихватајући исти изузетак у погледу могућности одбијања уколико је захтев очигледно неоснован (члан 46 став 2).¹¹⁰⁸ Најзад, када је реч о бесплатној правној помоћи у случајевима супсидијарних обавеза према деци, решења Регулативе Издржавање и Конвенције 2007 су веома слична, уз једну разлику. Конвенција 2007 гарантује да ће поверилац који је у држави порекла одлуке уживао помоћ имати право на њу у најмање истом обиму у поступку признања и извршења, док Регулатива Издржавање предвиђа у том случају најповољнији систем правне помоћи или најшире ослобођење од трошкова у складу са правом државе извршења (члан 47 став 2). Оваква одредба не значи и да ће фактички обим правне помоћи бити најмање исти као у држави порекла одлуке. То ће зависити од тога шта се у држави признања и извршења одлуке подразумева под најповољнијим системом правне помоћи или под најширем ослобођењу од трошкова. Овакво решење не прати идеју Конвенције 2007 која подразумева да, ако је на пример, странка била потпуно ослобођена од трошкова у поступку мериторног одлучивања, онда исту привилегију мора да има и у поступку признања или извршења. Насупрот томе, према Регулативи Издржавање, пак, може се десити да буде само делимично ослобођена од плаћања трошкова у поступку признања или извршења јер је ослобођење у томобуму, према схватању државе признања или извршења, најшире могуће у конкретним околностима.

3. Регулатива Брисел IIbis и Конвенција 1980

Када је реч о односу Регулативе *Брисел IIbis* и Конвенције 1980, требало би одмах напоменути да се чланом 11 *Брисел IIbis* уређује поступак за повратак детета, али тако да он истовремено повезује Регулативу и са Конвенцијом 1980 и са

¹¹⁰⁷ Beaumont, *A Triumph of the Reverse Subsidiarity*, pp. 516-517.

¹¹⁰⁸ Као и у Конвенцији 2007, не може се одбити правна помоћ у случају захтева за признање са или без оглашавања одлуке извршном и извршење одлуке која је донета или призната у држави чланици ЕУ (члан 46 став 2). С обзиром да Регулатива Издржавање унификује и директну надлежност, трећи случај када се према Конвенцији 2007 не може одбити бесплатна правна помоћ није применљив (одбијање признања услед резерви на индиректну надежност).

Конвенцијом 1996. Насупрот томе, клаузуле искључења дате су у одвојеним члановима – члан 60 тач. е) уређује однос са Конвенцијом 1980 (искључена је у односима држава ЕУ у делу који *Брисел IIbis* посебно уређује) и члан 61 о односу са Конвенцијом 1996.

3.1. Опште карактеристике европеизоване Конвенције 1980

Када се ради о Конвенцији 1980, хашки механизам за одбијање повратка детета је у оквиру *Брисел IIbis* значајно пооштрен. Као што је познато, Конвенција 1980 се и даље примењује између држава ЕУ али је њен режим донекле измењен односно прилагођен спрцифичним односима држава чланица засниваним на принципу међусобног поверења. У том смислу, одредбе *Брисел IIbis* представљају *европеизацију* одредаба Конвенције 1980 за интерне потребе ЕУ. Ово „неуобичајено партнерство међународног и регионалног инструмента“, како га сликовито описује *McEleavy*,¹¹⁰⁹ резултат је, с једне стране, чињенице да су све државе ЕУ уједно и уговорнице Конвенције 1980, а, с друге стране, околности да и сама Конвенција 1980 допушта могућност закључивања споразума о ограничавању изузетака за повратак детета (члан 36). У том смислу, према *Брисел IIbis* и даље остаје могућност покретања поступка сходно Конвенцији 1980, али у измењеном виду. Реч је о четири ограничења: 1) прибављање мишљења детета је обавезно, сем ако би то било непримерено његовом узрасту и зрелости (члан 11 став 2), 2) одбијање повратка на основу *изузетка опасности* није дозвољено ако су предузете мере за његову заштиту (члан 11 став 4), 3) одбијање повратка детета је могуће ако је подносиоцу захтева пружена могућност да буде саслушан (члан 11 став 5), 4) последње ограничење које се тиче и Конвенције 1980 али и Конвенције 1996 - задржавање надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета и аутоматско признање одлуке о повратку, без могућности одбијања признања (члан 11 став 8 у вези члана 42). С друге стране, аутономна квалификација појмова незаконито одвођење и задржавање (члан 2 тач. 11) извршена је на идентичан начин као и у Конвенцији 1980, с тим што је додат аутономни појам заједничког вршења права на старање, које, у складу са схватањима изнетим у већ разматраном случају *Abbott Vs Abbott*,¹¹¹⁰ подразумева да се боравиште детета не може променити

¹¹⁰⁹ McEleavy, *The New Child Abduction Regime in the European Union*, p. 6.

¹¹¹⁰ Видети *supra* стр. 137.

без сагласности оба титулара права на старање (члан 2 тач. 11(б) *Брисел IIbis*). У погледу квалификације права на старање и права на виђање, европеизоване одредбе Конвенције 1980 у оквиру *Брисел IIbis* остале су верне хашком оригиналу (члан 2 тач. 9 и 10 *Брисел IIbis*).

Иако је *Брисел IIbis* постао „допуна“ Конвенције 1980,¹¹¹¹ режим који је њоме успостављен у погледу повратка детета знатно је строжи него онај који предвиђа Конвенција 1980. Томе иду у прилог процесни захтеви у погледу прибављања мишљења детета и лица које покреће поступак (1), као и строго временско ограничење рока у коме треба спровести поступак за повратак (2).

(1) Што се тиче прибављања мишљења детета и лица које је покренуло поступак, треба рећи да ће дете бити саслушано у поступку за повратак, осим уколико би то било неприкладно с обзиром на његов узраст. То не значи да ће га нужно саслушати судија; начин прибављања мишљења зависи од националних процесних правила чланица ЕУ. Ово решење је непосредна последица примене Конвенције о правима детета, док одредба о обавезном прибављању мишљења лица које је покренуло поступак представља резултат утицаја члана 6 Европске конвенције о људским правима (1950).¹¹¹²

(2) Када је реч о року за одлучивање, он износи 6 недеља (члан 11 став 3), баш као и у Конвенцији 1980, с том разликом што је рок обавезан а не инструкциони (као што предвиђа конвенцијско решење) и почиње да тече од тренутка подношења захтева.¹¹¹³ Но, иако је одредба о року језички тако формулисана да представља обавезу, не би се могло рећи да је у погледу последица његовог прекорачења *Брисел IIbis* заиста успео да овај рок учини преклузивним јер не предвиђа директну санкцију. Ипак, не би се могло рећи ни да је у питању класичан инструкциони рок (с обзиром да се може поставити питање одговорности државе уточишта), постоји разлика у односу на Конвенцију 1980, према чијим се одредбама може тражити само обавештење од

¹¹¹¹ É. Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, European Commentaries on Private International Law (eds. U. Magnus, P. Mankowski), Sellier, Munich, 2012, p. 128. Даље Pataut, *Brussels IIbis Regulation*. Такође и Lowe, *A supra-national approach*, p. 49.

¹¹¹² A. Schulz, *The new Brussels II Regulation and the Hague Conventions of 1980 and 1996*, IFL March 2004, p. 23.

¹¹¹³ Већ смо видели у делу о односу Конвенције 1980 и Европске конвенције 1980 да и конвенција Савета Европе предвиђа рок од 6 недеља, такође као инструкциони. У поређењу са Конвенцијом 1980, он је још флексибилније постављен јер се о њему води рачуна „кад год је то могуће“ (члан 16 став 2 Европске конвенције 1980). Слично и *Ibidem*, p. 135 *ad* 18 (фуснота).

централног органа о разлозима кашњења.¹¹¹⁴ Једино одступање од овог рока је дозвољено услед изузетних околности. У доктрини се наводи да би приликом тумачења овог стандарда требало водити рачуна о томе да ли су околности последица фактичких разлога, као што је немогућност лоцирања детета, које се могу уважити или правних (одређивање експерта) које је, опет, теже прихватити.¹¹¹⁵ Коначно, рок се односи на поступак доношења *извршне* одлуке, што у случају суспензивног дејства жалбе подразумева и окончање жалбеног поступка.¹¹¹⁶ Овакво решење се може чинити илузорним, имајући у виду ставове *ECtHR* у погледу спровођења пуног теста најбољег интереса детета који захтева више времена него што то овај рок дозвољава. То нас уједно доводи и до односа *ECtHR* и *CJEU* у погледу утврђивања најбољег интереса детета у поступку за његов повратак, као и односа овог принципа према принципу сарадње и поверења између држава ЕУ.

3.2. Сукоб принципа најбољег интереса детета и принципа међусобног поверења и сарадње

Када је реч о надлежности *CJEU*, овај суд је првенствено усмерен ка тумачењу *Брисел Ibis*, при чему је поступак претрпео две значајне измене од Лисабонског споразума из 2008. године. Прва се односи на чињеницу да више није потребно да национални суд који се обраћа *CJEU* буде и коначна инстанца у конкретној држави с обзиром да је то сада дозвољено сваком суду у складу са чланом 267 Уговора о функционисању ЕУ (*TFEU*).¹¹¹⁷ Друга измена тиче се убрзања поступка одлучивања о претходном питању (тзв. *urgent preliminary ruling procedure – PPU*) и није намењен само тумачењу *Брисел Ibis*.¹¹¹⁸

¹¹¹⁴ Н. Fulchiron, *La lutte contre les enlèvements d'enfants*, Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (sous la direction de Н. Fulchiron, С. Nourissat), Dalloz, 2005, p. 241. Даље Fulchiron, *La lutte contre les enlèvements d'enfants*.

¹¹¹⁵ Pataut, *Brussels Ibis Regulation*, p. 135.

¹¹¹⁶ М. Tenreiro, *L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau règlement „Bruxelles II“*, Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (sous la direction de Н. Fulchiron, С. Nourissat), Dalloz, 2005, pp. 46-47.

¹¹¹⁷ Случај који је први спроведен по овим правилима је управо чувени *Mercredi v Chaffe*. Видети и Lowe, *A supra-national approach*, p. 50.

¹¹¹⁸ Али се први поступак који је у пракси спроведен по правилима *PPU* односио управо на случај поводом примене ове регулативе. *Case C-195/08 PPU Rinau v. Rinau*, [2008] E.C.R. I-5271, [2008] 2 FLR 1495, INCADAT HC/E/ 987 у коме је одлучивање о претходном питању трајало мање од два месеца.

Инсистирање на принципу међусобног поверења и сарадње држава ЕУ у појединим случајевима примене *Брисел Ibis* водило је занемаривању значаја принципа најбољег интереса детета.¹¹¹⁹ У том смислу, издвајају се два проблема чији је узрок исти. Први од њих се тиче значаја одбијања детета да се врати у државу из које је одведено, а други се односи на аутоматско признање накнадне одлуке о старању, при чему су оба последица сукоба два важна принципа – принципа најбољег интереса детета и принципа међусобног поверења и сарадње држава ЕУ. Наиме, принцип најбољег интереса детета део је европског јавног поретка, будући да је садржан у члану 24 став у 1 Европске повеље о основним правима ЕУ (Европска повеља)¹¹²⁰ и да се у знатној мери ослања на члан 3 Конвенције о правима детета. У том смислу, Европска повеља предвиђа да:

„Деца имају право на онакву заштиту и бригу која је неопходна за њихову добробит. Она могу да изразе своје мишљење слободно. Ова мишљења се узимају у обзир у погледу питања која се на односе на њих, у складу са њиховим узрастом и зрелошћу.“

Поред овог принципа, у ЕУ, као што је познато, доминира и принцип међусобног поверења и сарадње који је у материји међународног приватног права ЕУ највише изражен у погледу аутоматског признања одлука. У том смислу, ни *Брисел Ibis* није изузетак. Напротив, у случајевима отмице деце овај принцип је израженији него у другим областима европског међународног приватног права. Реч је пре свега о његовом утицају на изузетак опасности, због кога се повратак детета, иначе, може одбити. Уколико су у држави у коју би дете требало вратити предузете мере за његову заштиту, принцип сарадње и поверења има апсолутну превласт и изузетак опасности (укључујући и мишљење детета), нема никаквог утицаја на одлуку о повратку детета.

Размотримо најпре сукоб ова два принципа поводом мишљења детета када се ради о изузетку опасности (члан 11 став 4 *Брисел Ibis*). *Изузетак мишљења детета* представља један од разлога за одбијање повратка детета према Конвенцији 1980. Но, видели смо да судови држава уговорница нису превише вољни да овом праву детета признају снагу права вета, тако да је процена његовог значаја препуштена

¹¹¹⁹ Тако и L. Walker, P. Beaumont, *Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, Journal of PIL, Volume 7, Number 2, 2011, p. 231. Даље Walker, Beaumont, *Shifting the Balance*.

¹¹²⁰ *Charter of Fundamental Rights of European Union* (2010/C 83/02), OJ L C 83/389 of 30.03.2010.

дискреционом овлашћењу суда државе уточишта. С друге стране, *Брисел IIbis* не придаје никакав значај чињеници да се дете противи повратку ако су у држави његовог уобичајеног боравишта предузете мере за заштиту. То практично значи да мишљење детета нема никакав утицај у овој ситуацији, чак и када је достигло одређени узраст и, самим тим, стекло право да одлучује са којим родитељем ће живети. Томе у прилог говори и једна од најновијих одлука *ECtHR*.

Наиме, у случају *Raw et autres c. France*¹¹²¹ мајка и отац су након развода брака заједнички вршили родитељско право, с тим што су, на основу одлуке суда у Француској (*La Roche-sur-Yon*), оба детета живела са мајком у УК. Деца су рођена 1995. односно 1997. године, и у тренутку када њихова животна прича почела да добија драматични обрт имала су 14 односно 12 година. Тада, приликом редовне посете оцу Француској, деца одбијају да се врате мајци, а старије дете је чак претило да ће наудити себи и напасти мајку ако се то догоди. Суд у Француској (*La Roche-sur-Yon*), јануара 2009. године, након што је прибавио мишљење оба детета, изриче привремену (хитну) меру сходно члану 20 *Брисел IIbis* којом отац добија право становања са децом и налаже сачињавање извештаја о околностима под којим су деца живела у УК. На одређивање ове мере посебно је утицало мишљење оба детета која су категорично одбијала повратак. Након изрицања мере, суд је издао наредбу специјализованој установи да психолог и социјални радник сачине извештај о условима под којима деца живе у УК. Експерти су у извештају препоручили да се о деци стара отац, заснивајући своје мишљење на утврђеној чињеници да оба детета одрастају у атмосфери страха коју стварају мајка и деда деце, при чему је посебно старије дете било изложено константном насиљу. Деца су навела да је мајка склона употреби алкохола, да им свакодневно недостаје мајчинска брига и да живе у лошим хигијенским условима јер су занемарена. Услед тога, експерти су у свом извештају навели, између осталог, и да „ако су наводи о злостављању тачни, [повратак њиховој мајци] створиће неразумевање, збуњеност и психички колапс код деце; штавише, било би могуће да би деца учинила оно што су навела: над њиховом мајком (...) над њима самима (...), или бекства од куће (...).“¹¹²² Но, месец дана пре овог извештаја, мајка је на основу *Child Abduction and Custody Act 1985* и *Брисел IIbis* поднела захтев суду УК да задржавање

¹¹²¹ *Affaire Raw et autres c. France*, Requête no. 10131/11, arrêt du 07/06/2013. Одлука је тренутно доступна само на француском и доступна је на <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116955> (21.05.2014). Даље *arrêt*

¹¹²² *Arrêt ad 14*.

деце прогласи незаконитим, што је суд и учинио, да би убрзо након тога покренула поступак за повратак деце у УК. Суд у Француској, у првом степену и по правним лековима, одлучује да се деца врате јер је у УК предузета мера за њихову заштиту (члан 11 *Брисел IIbis*), стављањем под старатељство суда. Међутим, одлука о повратку никада није извршена, упркос покушајима и ангажовању француског централног органа, а ни медијација није дала резултате.¹¹²³ Један од кључних разлога за то је психичко стање деце која су чак на два дана хоспитализована због напада панике. Одлучујући о представи мајке (коју је поднела и у име деце), *ECtHR* је сматрао да недовољно ангажовање француских власти у поступку извршења¹¹²⁴ представља кршење члана 8 Европске конвенције о људским правима,¹¹²⁵ а да одбијање деце, чак и у адолесцентском добу, да се врате и успоставе било какав контакт са мајком није нужно препрека њиховом повратку ни по Конвенцији 1980 ни по *Брисел IIbis*.¹¹²⁶ Занимљиво је да је *ECtHR* поводом реакције деце и извештаја специјализоване организације о њиховом психичком стању заузео другачији став него у случају *Šneersone and Kampanella v. Italy*.¹¹²⁷ У тој одлуци, *ECtHR* је сматрао да су италијанске власти прекршиле члан 8 Европске конвенције о људским правима тиме што су наредиле повратак детета из Латвије сходно *Брисел IIbis*, будући да италијански суд није узео у обзир чињенице због којих је суд у Латвији одбио повратак детета, међу којима је био и извештај психолога о нападима страха и панике услед могућег одвајања од мајке и повратка у Италију. Самим тим, ни мере за заштиту нису могле бити

¹¹²³ На крају, млађе дете је контактирало пријатеља на друштвеној мрежи с молбом да пренесе мајци да дође по њега код оца наредне суботе. Потом је мајка тајно дошла у Француску и одвела дете у УК, како је договорено. Старије дете (чији је отпор повратку био драматичнији) остало је, пак, да живи са оцем у Француској јер је у међувремену напунило 16 година, те се Конвенција 1980 на њега више не може применити.

¹¹²⁴ Годину дана након доношења одлуке којом је и Апелациони суд наредио повратак детета, јавни правобранилац (*le procureur général de la cour d'appel de Poitiers*) је на састанку са мајком деце навео да он неће тражити извршење одлуке с обзиром на узраст деце и њихово психичко стање. *Arrêt ad 32*.

¹¹²⁵ *ECtHR* није оспорио одустанак француских власти од извршења одлуке након што је састанак деце и мајке био потпуно неуспешан, с обзиром на психичко стање деце. Такође, француске власти су и након тога у одређеном периоду наставили да раде на извршењу, у сарадњи са централним органом УК. У том смислу, енглеске власти су тврдиле да деца неће бити предата мајци и да неће имати контакта са њом, као и да ће отац моћи да борави у УК са децом у зависности од одлуке локалних власти о дозволи боравка, те да неће бити ухапшен због незаконитог задржавања деце. Међутим, након тога напори француских власти постепено јењавају, према мишљењу *ECtHR*. Штавише, у периоду од јесени 2009. године до априла 2010. године није било никаквих покушаја француских власти да одлуку изврше, осим што су једном безуспешно покушали да позову оца како би омогућио нови контакт деце и мајке. *Arrêt ad 82-94*. На ову одлуку се ниједна странка није жалила тако да је постала коначна.

¹¹²⁶ *Arrêt ad 94*.

¹¹²⁷ *Šneersone and Kampanella v. Italy* (Application No 14737/09), INCADAT HC/E/ 1152.

адекватне.¹¹²⁸ Слично томе, и у наведеном случају *Raw et autres c. France*, суд у УК није узео у обзир извештај француске социјалне службе о психичком стању деце када је изрицао меру за њихову заштиту. Додуше, одлука о стављању деце под старатељство суда у УК донета је пре вештачења у Француској, али се суд у УК могао позвати на Регулативу Извођење доказа¹¹²⁹ и затражити такав извештај пре него што је донео одлуку. Заправо, одлука суда у УК је типичан пример тзв. *chasing order*, о чијој критици је већ било речи.¹¹³⁰ Ако се противљењу детета одузима сваки значај у ситуацији када су предузете мере за заштиту, потребно је да те мере буду одговарајуће. С тим у вези, могло би се поставити питање и да ли суд државе уточишта може процењивати адекватност мере за заштиту којом се гарантује безбедан повратак детета посебно у светлу принципа међусобног поверења и сарадње. Уколико је одговор потврдан, онда суд државе уточишта постаје нека врста контролног органа који просуђује о адекватности мере која треба да се примени у страниој држави. У супротном, суд би морао да нареди повратак детета и у ситуацијама када не би био уверен да су предузете мере довољне за заштиту детета. Из Коментара *Брисел IIbis*¹¹³¹ и Водича за праксу¹¹³² може се закључити да је суд државе уточишта ипак овлашћен да размотри адекватност мере за заштиту одређене у држави уобичајеног боравишта детета.¹¹³³ На тај начин, принцип међусобног поверења, који је у основи члана 11 става 4 *Брисел IIbis*,¹¹³⁴ је ипак, у одређеном обиму, релативизован овлашењима суда државе уточишта да процени ефикасност мере за заштиту у односу на чињеничне околности које је он сам утврдио приликом одлучивања о повратку. За разлику од материје

¹¹²⁸ *Ibidem ad 92-95.*

¹¹²⁹ *Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, OJ L 174, 27.6.2001.

¹¹³⁰ Видети *supra* стр. 311.

¹¹³¹ Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, p. 137.

¹¹³² European Commission, *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, June 2005, pp. 32-33, доступно на http://europa.eu.int/justice_home/fsj/civil/parents/fsj_civil_recognition_parents.en.htm. Даље *Brussels IIbis Practice Guide*.

¹¹³³ То потврђује и судска пракса, видети, на пример, случај из праксе Апелационог суда Париза у погледу мера за заштиту одређених у Италији (дете је стављено под старатељство општине Милано и уверавање италијанског Министарства правде да су предузете мере као и помоћ социјалне службе довољне за безбедан повратак детета) - *CA Paris, 15 février 2007, No de RG 06/17206*, INCADAT HC/E/FR 979; одлука Апелационог суда Бордоа којом је наређен повратак деце с обзиром да је суд био уверен да психомедицинско вештачење мајке указује да она не користи више наркотике и да деца нису у опасности уколико се врате, као и да су мере за заштиту од насиља у породици, које је одредио надлежни орган у Шпанији, довољне да омогуће безбедан повратак деце - *CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739*, INCADAT HC/E/FR 947; наспрот томе, енглески Високи суд (породично одељење) је нашао да *undertakings* које су понуђене у Италији могу да обезбеде само физичку подршку, док италијански правни систем не може да, у датим околностима када једно дете болује од аутизма, омогући адекватну заштиту - *D.T. v. L.B.T. (2010) EWHC 3177 (Fam.)*, INCADAT HC/E/UKe 1042.

¹¹³⁴ Pataut, *Brussels IIbis Regulation, loc.cit.*

признања и извршења у којој се међусобно поверење између судова држава ЕУ *претпоставља*, могло би се рећи да *европеизација* Конвенције 1980 захтева да се суд државе уточишта, у сваком конкретном случају, *увери* у подобност правосудног система друге државе ЕУ да ваљано заштити дете по његовом повратку. При томе, треба имати у виду да државе ЕУ у материји признања и извршења под веома либералним условима дозвољавају да страна одлука произведе дејство у њиховом правном систему (чак и када је реч о принудном извршењу). Насупрот томе, у случају када се разматра повратак детета, суд мора да *провери* адекватност мере за заштиту која чак и не производи дејство у држави уточишта. То показује да је по овом питању принцип најбољег интереса детета однео превагу над принципом међусобног поверења држава ЕУ. Међутим, то није довољно да би се могло закључити о коначној победи принципа најбољег интереса детета. Напротив, чињеница да се повратак не може одбити ни онда када се дете недвосмислено, упорно и озбољно противи зато што је у држави уобичајеног боравишта детета предузета мера за његову заштиту доводи нас до закључка да *је европизацијом* Конвенције 1980 коначно победио управо принцип поверења између држава ЕУ (на уштрб најбољег интереса детета). Чини се парадоксалним да цео механизам који је иначе успостављен ради заштите најбољег интереса детета у случајевима међународне отмице не оставља довољно простора за индивидуализацију овог принципа, чак ни онда када је став тог истог детета потпуно јасан.

Међутим, предузимање мера за заштиту не значи да ће заштита заиста и бити адекватна. У прилог томе иде податак да рецимо веома популарни *undertakings*¹¹³⁵ (посебно у државама *common law* система) најчешће не доводи до жељених резултата. Наиме, *undertakings* подразумева „обећање које даје лице које је покренуло поступак за повратак детета, гарантујући да ће се придржавати одређених услова како би повратак детета био безбедан, пре свега у погледу становања и издржавања.“¹¹³⁶ У циљу стицања својства извршности, *undertakings* често прати тзв. *mirror order* односно *safe*

¹¹³⁵ Ова врста мера настала је у судској пракси енглеских судова, почев од случаја *C. v C. (Abduction: Right of Custody Abroad)* (1989) 1 WLR 654, Lowe, *International Movement*, p. 344 *ad* 307 (фуснота).

¹¹³⁶ M. Bennett, *Judicial and administrative co-operation in family law matters: co-operation in child abduction and similar cases*, *International Law at The Hague's 750th Anniversary* (ed. W.P.Heere), T.M.C. Asser Instituut, 1999, p. 214. Даље Bennett, *Judicial and administrative co-operation in family law matters*.

harbour order.¹¹³⁷ У том случају, подносилац захтева за повратак или оба родитеља треба да се обрете суду државе уобичајеног боравишта детета како би се у форми одлуке одредили они исти услови под којима су обећања дата суду који одлучује о повратку.¹¹³⁸ На тај начин се омогућава извршност „обећања“, датог суду државе уточишта. Ипак, ове врсте мера за заштиту нису довољно ефикасне јер се у пракси најчешће не спроводе.¹¹³⁹ С друге стране, чак ни класичне мере за заштиту, као што су смештај у хранитељску породицу или стављање под старатељство (суда), нису нужно најпогоднији начин за заштиту детета. Поред тога, као што смо видели у случају *Šneersone and Kampanella v. Italy*, мере за заштиту не могу бити адекватне ако нису одређене узимањем у обзир чињеница које је утврдио суд државе уточишта.

Један од апсурдних примера који би могао послужити за илустрацију крутости система *Брисел Ибис* (иако није директно за њега везан), потиче из швајцарске судске праксе. Поступак за повратак покренут је у Швајцарској, након што је мајка са двоје деце од 14 и 8 година, отишла из Француске у ову државу. Међутим, раздаљина између града у коме су до тада живели у Француској и града у које су деца одведена износи само 10 километара. Родитељи су били разведени и, према одлуци француског суда, заједнички су вршили родитељско право, а деца су живела са мајком. Иако је отац, услед кратке раздаљине између ова два града, могао несметано да врши родитељско право и остварује контакт са децом, издат је налог за повратак деце у Француску, и то у току школске године, упркос томе што се четрнаестогодишња девојчица противила повратку, с обзиром да се сматрало да ће у Француској бити адекватно заштићена.¹¹⁴⁰ Исти резултат би зацело био постигнут и на основу *Брисел Ибис* у хипотези да је Швајцарска чланица ЕУ. Самим тим је јасно да принцип међусобног поверења у свим ситуацијама, ма колико оне атипичне биле, односи превагу над принципом најбољег интереса детета јер је режим *Брисел Ибис* лишио Конвенцију 1980 сваке флексибилности. При томе, неизбежно је и питање да ли било која мера за заштиту

¹¹³⁷ Видети посебно праксу у УК и Аустралији: УК - *Re W. (Abduction: Domestic Violence)* (2004) EWHC 1247, (2004) 2 FLR 499, INCADAT HC/E/ UKe 599, *Re F. (Children) (Abduction: Removal Outside Jurisdiction)* (2008) EWCA Civ. 842, (2008) 2 F.L.R. 1649, INCADAT HC/E/UKe 982; Аустралија - *Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), INCADAT HC/E/AU 294.

¹¹³⁸ Bennett, *Judicial and administrative co-operation in family law matters*, loc.cit.

¹¹³⁹ J. D. Garbolino, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*, 2012, p. 98, доступно на [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/hagueguide.pdf/\\$file/hagueguide.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/hagueguide.pdf/$file/hagueguide.pdf) (03.12.2013).

¹¹⁴⁰ Пример наведен према Bucher, *The New Swiss Federal Act*, p. 141.

може уопште бити адекватна ако се дете, упркос томе што зна да ће бити заштићено, упорно и озбиљно противи повратку? Ако су деца Конвенцијом о правима детета добила статус субјекта права, природно је такође се запитати и да ли их онда оваквим ригорозним приступом фактички поново враћамо на ниво објекта заштите. Како другачије објаснити ситуацију у којој механизам успостављен за заштиту деце остаје равнодушан према њиховој вољи?

Ако се вратимо одлуци у *Raw et autres c. France*, видећемо да је она исто тако пример и за други случај сукоба принципа најбољег интереса детета и међусобног поверења држава ЕУ. Наиме, одлука о повратку коју донесе суд државе уобичајеног боравишта детета се, према члану 42 *Брисел IIbis*, аутоматски признаје и стиче својство извршности без икакве могућности да буде оспорена у држави уточишта, што представља одступање од правила о пресуђеној ствари као традиционалној препреци за признање.¹¹⁴¹ Једини услов је да буде снабдевена одговарајућим сертификатом који издаје суд порекла одлуке (члан 42 *Брисел IIbis* у вези Анекса IV). На тај начин је у овој материји направљен значајан изузетак у односу на општи режим признања уведен Регулацивом Брисел I (уз извесне измене касније и *Брисел I recast*) који допушта да се из одређених разлога одбије признање или извршење одлуке (чл. 45 и 46 *Брисел I recast*). Штавише, ни очигледно кршење одредаба *Брисел IIbis* о обавези пружања детету могућности да у поступку изрази своје мишљење не може бити препрека за одбијање извршења (формалноправно). Тако је *CJEU* у случају *Aguirre Zarraga v. Pelz*,¹¹⁴² поводом претходног питања које је поставио суд у Немачкој, заузео став да суд

¹¹⁴¹ У истом смислу о принципу пресуђене ствари и Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, p. 145.

¹¹⁴² *Case C 491/10 PPU Aguirre Zarraga v. Pelz* (2010) ECR I-14247, INCADAT HC/E/ 1043. Поступак за повратак је покренут у вези детета рођеног у јануару 2000. године. Отац је ио шпански држављанин, а мајка немачки. Породица је живела заједно у Шпанији до краја 2007. године, после чега је покренут бракоразводни поступа , а суд у Билбау је донео одлуку да ће до окончања поступка родитељско право привремено вршити отац, док ће мајка имати право на виђање. Мајка се месец дана касније преселила са новим партнером у Немачку, и задржала дете након истека периода одређеног за виђање. Четири месеца касније, суд у Билбау је донео нову привремену меру којом је мајци забрањено виђање и одређено да дете не може напустити Шпанију. Поступак о вршењу родитељског права је настављен у јулу наредне године. С обзиром да је експертским извештај наређено да се прибави мишљење детета, мајка је тражила од суда у Билбау да им дозволи, након исказа детета, да напусте Шпанију. Будући да суд то није дозволио, дете није ни дошло у Шпанију те није прибављено његово мишљење. Поред тога, суд је одбио да се мишљење прибави путем међунаордне правне помоћи, извођењем доказа путем видео конференције. Као што се може претпоставити, суд је одлучио да отац самостално врши родитељско право. Мајка се жалила, тражећи да се прибави мишљење детета. Другостепени суд је одбио захтев који се тичао мишљења детета јер се, према процесним правилима, нови доказ могао изводити у жалбеном поступку тек под одређеним условима одређеним законом. У време док још тече поступак у Шпанији, отац покреће нови поступак у Немачкој за повратак детета. Немачки првостепени суд наређује повратак, али апелациони укида одлуку и одлучује да се дете не

државе признања није овлашћен да испитује услове под којима је сертификат издат. Само суд државе порекла одлуке може да врши контролу одлуке и ваљаности садржине сертификата, те, услед тога, суд државе признања може једино да одлуку снабдевену сертификатом огласи извршном. Чак и у случајевима када одлука не испуњава услове за издавање те потврде, овакав вид контроле може да спроведе само суд државе порекла.¹¹⁴³ Насупрот томе, *ECtHR* је у сличном случају *Šneerson and Campanella v. Italy*, који је већ поменут, сматрао да кршење права може да се санкционише у држави уочишта одбијањем извршења одлуке о повратку, док *CJEU* у случају *Aguirre Zarraga v. Pelz*, пак, ово право даје искључиво држави порекла одлуке.¹¹⁴⁴ Другим речима, као што је то истакла *Muir-Watt*, „сукоб ова два суда не тиче се у овом контексту, дакле, садржине основних права, већ суда пред којим – односно, стадијума поступка о повратку према *Брисел Ibis* Регулативи у којем се – може позвати на њих.“¹¹⁴⁵ Једина могућност да се интервенише у погледу сертификата је исправљање грешака на основу члана 43 став 1 *Брисел Ibis (Rectification of the certificate)*, али то подразумева ситуацију у којој он не одржава верно садржину одлуке, те треба исправити материјалне грешке у самом сертификату.¹¹⁴⁶ У погледу проблема који разматрамо, то не може бити решење јер није у питању материјална грешка у садржини сертификата, већ непоштовање процедуре *Брисел Ibis*.¹¹⁴⁷ Сасвим је сигурно да је европски законодавац приликом конципирања оваквог аутоматског признања и извршења пошао од претпоставке да ће се правила поступка увек поштовати. Како то очигледно није случај, држава извршења нема ниједан начин да изађе из овакве

врати, на основу његовог изричитог противљења. Потом, суд у издаје издаје сертификат о својој одлуци, донетој када је покренут бракоразводни поступак, на основу које се девојчица морала вратити. Немачки суд је одбио признање и извршење будући да детету није пружена могућност да изрази своје мишљење у поступку пред судом у Билбау. Отац се жалио и немачки суд је упутио *CJEU* следећа претходна питања: 1. Ако треба да се изврши пресуда издата у држави порекла која садржи озбиљну повреду основних права, да ли суд државе извршења може изузетно сам да изврши контролу, у складу с тумачењем члана 42 *Брисел Ibis* и Повеље о основним правима? 2. Да ли је суд државе извршења дужан да изврши пресуду суда државе порекла без обзира на чињеницу да, према списима предмета, сертификат садржи изјаву која је очигледно нетачна?

¹¹⁴³ *Ibidem ad* 68-75.

¹¹⁴⁴ Овај став је *CJEU* заузео и раније у случају *Rinau v. Rinau*, али не тако експлицитно, будући да се тај случај није тичао пресуде која је донета кршењем правила поступка предвиђених *Брисел Ibis*. Видети одговор *CJEU* у овом случају на претходно питање број 6.

¹¹⁴⁵ *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz, Šneerson and Campanella v. Italy*, RCDIP 1/2012, p. 185, note H. Muir-Watt.

¹¹⁴⁶ Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, p. 95.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*.

ситуације. Она се мора повиновати одлуци која је очигледно донета кршењем секундарног законодавства ЕУ.

Ипак, упркос чињеници да се признање одлуке у овој материји не може одбити, то још увек не значи да ће се успешно спровести поступак непосредног извршења одлуке. Наиме, ово се питање, традиционално, решава према *lex fori* (члан 47 став 2(1) *Брисел IIbis*). У том смислу, принцип најбољег интереса детета може бити озбиљна препрека принудном извршењу, те се тако овај принцип поново сучељава са принципом међусобног поверења и сарадње. С тим у вези, у већ разматраном случају *Raw et autres c. France*, поједини ставови *ECtHR* изнети поводом питања принудног извршења генерално, указују да је принцип најбољег интереса детета неспојив са принудним извршењем¹¹⁴⁸ ако се дете противи или, чак, физички томе опире.¹¹⁴⁹ Другим речима, мишљење детета које се *мора* занемарити приликом одлучивања о повратку (под условом да су у држави његовог уобичајеног боравишта предузете мере за заштиту), не може се игнорисати у поступку непосредног извршења одлуке о повратку, без обзира да ли је донета у држави уточишта или у држави уобичајеног боравишта детета. Штавише, у екстремним случајевима, чак, када се не ради само о пуком противљењу већ и о физичком опирању детета, извршење не би било могуће без обзира да ли је дете достигло узраст у коме се његовом мишљењу може дати одређени значај. С обзиром да би инсистирање на повратку детета у оваквом случају значило примену силе над дететом, сасвим је јасно да би то било у очигледној супротности са принципом његовог најбољег интереса, без обзира на његов узраст и степен зрелости. У том делу поступка, мишљење детета би требало да има апсолутни значај и потпуну превагу над принципом међусобног поверења. У овом случају није реч о накнадно измењеним околностима које спречавају извршење с обзиром да се дете противило и током поступка о повратку. Стога не би било оправдано и у таквој ситуацији инсистирати на покретању поступка о измени одлуке у држави њеног порекла, будући да се та иста држава, наређујући повратак, већ изјаснила о противљењу детета.¹¹⁵⁰ Но, *Брисел IIbis* нема одредбу по којој су границе извршења одређене управо принципом

¹¹⁴⁸ Arrêt ad 80: „Il y a lieu de plus de garder à l'esprit dans ce contexte que l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à son encontre.“ Међутим, суд није критиковао пасивност француских власти у односу на децу већ у односу на оца коме је само једном изречена новчана казна у поступку извршења у износу од 200 еура по дану кашњења.

¹¹⁴⁹ McEavey, *The New Child Abduction Regime in the European Union*, p. 33.

¹¹⁵⁰ У случају *Povse*, *CJEU* је заузео став да накнадна промена околности која спречава извршење мора резултирати покретањем новог поступка у држави порекла одлуке. Видети одлуку ad 83.

најбољег интереса детета, за разлику од Конвенције 1996 (члан 28). Заправо, *Брисел IIbis* изричито предвиђа само постојање накнадне извршне одлуке о истој ствари као препреку извршењу (члан 47 став 2(2)). Упркос томе, упућивање на право државе извршења као меродавног свакако подразумева и могућност позивања на принцип најбољег интереса детета, будући да су све државе ЕУ уједно уговорнице и Конвенције о правима детета.¹¹⁵¹ С тим у вези, превелика крутост механизма измењене Конвенције 1980 под плаштом *Брисел IIbis* може да услови и кашњења или, чак, немогућност спровођења поступка непосредног извршења, посебно у контексту принципа најбољег интереса детета. Додуше, већ смо видели да се ни државе ван ЕУ превише не либе кашњења у овом стадијуму поступка.¹¹⁵² Но, принцип сарадње и међусобног поверења је далеко чвршће установљен уговорима и секундарним законодавством ЕУ него што је то могуће учинити вишестраним међународним конвенцијама. Као што је већ наведено, *ECtHR* сматра да неизвршење одлуке о повратку представља повреду права на породични живот лица које тражи повратак и детета. Поред тога, почев од случаја *Neulinger*, извршење одлуке о повратку након протек значајног периода времена представља повреду права на породични живот и отмицара и детета.¹¹⁵³ Насупрот томе, *CJEU* инсистира на извршењу одлуке о повратку државе уобичајеног боравишта детета, при чему протек времена нема онај значај који ужива пред *ECtHR* јер је *CJEU* фокусиран на заштиту „скоро искључиве надлежности“¹¹⁵⁴ државе уобичајеног боравишта детета. Међутим, инсистирање на принципу међусобног поверења држава ЕУ по сваку цену, по мом мишљењу, није најбоље решење када је реч о заштити деце. У прилог томе изнела бих два аргумента. Први се односи на чињеницу да се повратак детета не може одбити ако су одређене мере за његову заштиту, чак ни у случају када се дете противи а достигло је неопходни узраст и степен зрелости. Чињеница је да је ограничавање услова под којима се може одбити повратак детета дозвољено и сâмом

¹¹⁵¹ У швајцарском закону којим је извршена имплементација Конвенције 1980 принцип најбољег интереса детета је изричито наведен као руководећи у поступку непосредног извршења. Видети члан 12 став 2 *Loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA) du 21 décembre 2007 (Etat le 1er juillet 2009)* којим је измењен претходни *Loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (Etat le 1er juillet 2009)*, доступни на <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20091488/index.html> (21.01.2014). За детаљну анализу овог закона видети Bucher, *The New Swiss Federal Act*, pp. 139-161.

¹¹⁵² Видети *supra* стр. 295.

¹¹⁵³ Schulz, *The Enforcement of child return orders in Europe*, p. 46.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*.

Конвенцијом 1980 (члан 36) и ова могућност је искоришћена управо на нивоу ЕУ. Стога, не би се могло рећи да је ригорознији систем европеизоване Конвенције 1980 неутемљен, иако ова идеја у почетку није била прихваћена с одушевљењем у ЕУ.

Међутим, сасвим је друго питање да ли поштравање изузетака треба да се односи и на мишљење детета. Ако је дете добило потребне информације о предузетим мерама за заштиту, али и даље категорички одбија да се врати, онда и његов повратак и саме мере губе смисао јер је очигледно да дете ни по коју цену не жели да се врати. Инсистирање на повратку у овој ситуацији више није ни усмерено ка заштити детета, већ, као што је истакнуто, ка заштити норми о директној надлежности из секундарног законодавства ЕУ. Другим речима, принцип сарадње и поверења подигнут је на тако висок ниво да не чуди што га поједини писци називају (критички) „светим принципом“.¹¹⁵⁵ При томе, смисао Конвенције 1980 није усмерен ка игнорисању воље детета. Напротив, изузетак мишљења детета је управо и установљен ради индивидуализације најбољег интереса детета у случајевима када се његово мишљење не може занемарити. Као што истиче *Pérez-Vera* у свом Извештају:

*„Међутим, таква одредба је апсолутно неопходно с обзиром на чињеницу да се Конвенција примењује, *ratione personae*, на сву децу млађу од шеснаест година; чињеница је да се мора признати да би било веома тешко прихватити да дете од, на пример, петнаест година, треба да се врати против своје воље.“¹¹⁵⁶*

Очигледно је да *CJEU* и *ECtHR* иду из једне у другу крајност, с тим што ће даном обавезивања ЕУ Европском конвенцијом о људским правима ситуација бити знатно измењена у корист *ECtHR* који ће практично бити највиша инстанца.¹¹⁵⁷ Ни то није најбоље решење јер *ECtHR* не прихвата суштину Конвенције 1980, руководећи се у првом реду апстрактним чланом 8 Европске конвенције о људским правима.

Поред тога, приликом анализе праксе *CJEU* и релеватних одредаба *Брисел IIbis*, којима се успоставља хијерархија између принципа најбољег интереса детета и принципа сарадње и поверења, требало би имати у виду да идеја европеизације Конвенције 1980 није одмах наишла на добар пријем у државама ЕУ. Напротив, она је

¹¹⁵⁵ Walker, Beaumont, *Shifting the Balance*, p.

¹¹⁵⁶ *Pérez-Vera Report*, p. 433 *ad* 30.

¹¹⁵⁷ О односу ова два суда након обавезивања ЕУ Европском конвенцијом видети детаљно Р. Gragl, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, 2013, посебно pp. 87-278.

оштро поларизовала државе на оне које остају верне идеји о *status quo ante* и оне које су се залагале за идеју о регионалном инструменту.¹¹⁵⁸ Политички компромис који је постигнут утицао је на поједине недостатке овако измењеног режима Конвенције 1980. Премда је званични разлог за одступање од хашког механизма пронађен у слабости члана 16 Конвенције 1980 која је оставила отворена врата за заснивање надлежности суда државе уточишта за мериторно одлучивање након одбијања повратка, никада није објављен документ који би детаљније образложио идеју европеизације.¹¹⁵⁹ Стога је очигледно да се прави разлог измене хашког режима крије управо у принципу међусобног поверења и сарадње. Додуше, могло би се рећи да се Конвенцијом 1980 и иначе не штити само принцип најбољег интереса детета јер она истовремено штити и право на старање. Међутим, значајна разлика је у томе што Конвенција 1980, посматрана као међународни инструмент, задржава одређени степен флексибилности. Насупрот томе, *Брисел IIbis*, као регионални инструмент, то не чини, те принцип поверења и сарадње, под плаштом права на старање, има апсолутни примат. Истини за вољу, идеја европског законодавца је била да се овим принципом уједно штити најбољи интерес детета.¹¹⁶⁰ Међутим, очигледно је да инсистирање на принципу поверења и сарадње може да баци у запећак принцип најбољег интереса детета у случајевима као што је *Zarraga*. Штавише, на тај начин се доводи у питање и заштита људских права,¹¹⁶¹ и право на правично суђење, које је такође део европског јавног поретка.¹¹⁶² Зато би било боље да је *Брисел IIbis*, с једне стране оставио одшкринута

¹¹⁵⁸ Присталице регионалног инструмента су биле Белгија, Француска, Грчка, Италија, Луксембург, Португалија и Шпанија, насупрот Аустрији, Финској, Немачке, Ирске, Холандије, Шведске и УК. Идеја о европеизацији је потекла од Француске, чији се предлог односио на незаконито задржавање. Након тога је Европска комисија сачинила предлог који је обухватао и незаконито одвођење и којим је требало да се успостави режим потпуно независан од Конвенције 1980. Међутим, група држава које су се противиле овој идеји, предвођена УК, блокирала је рад Комитета за грађанско право и већ је постојао озбиљан ризик да ће се рад на новој регулативи завршити потпуним неуспехом. Стога је постигнут политички компромис да се задржи хашки режим са извесним изменама које се тичу задржавања и трансфера надлежности и аутоматског признања одлука о старању. Видети детаљно Р. McEleavy, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, Journal of PIL, Volume 1 Number 1, 2005, pp. 6-14. Даље McEleavy, *The New Child Abduction Regime in the European Union*. Такође и М. Tenreiro, М. Ekström, *Recent developments in European Family Law*, ERA Forum, Special Issue: European Family Law, 1/2003, 131-133.

¹¹⁵⁹ McEleavy, *The New Child Abduction Regime in the European Union*, р. 7. Штавише, McEleavy на страни 7 наводи и да су статистички подаци указивали да је већина држава ЕУ спроводила Конвенцију 1980 онако како су њени творци и желели.

¹¹⁶⁰ Одлука у случају *Aguirre Zarraga v. Pelz ad 70*. Додуше, у овом делу се не наводи изричито најбољи интерес детета већ основна права генерално, али и овај принцип ту несумњиво спада.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, р. 246.

¹¹⁶² Члан 6 Европске конвенције о људским правима пренет је чланом 6 став 3 у Уговор о Европској унији.

врата за изузетак мишљења детета не условљавајући га обавезно мером за заштиту. У том погледу, треба следити идеју хашког оригинала. Парафразирајући поново француског аутора *Dutoita*, могло поставити питање оправданости ампутације када се пацијент сасвим добро држи на своје две ноге.¹¹⁶³ Колико је то непотребно у погледу изузетка мишљења детета, толико је разумљиво у материји признања одлука с обзиром да принцип међусобног поверења и сарадње, по природи ствари, мора бити доминантан. То међутим не значи да ће се он увек поклапати са принципом најбољег интереса детета. Управо је због тога потребно релаксирати ову материју и увести могућност да се сертификат оспори ако је одлука донета кршењем процесних правила *Брисел IIbis* о обавези пружања могућности да дете искаже своје мишљење у поступку (али и лица које покреће поступак, па и самог родитеља-отмичара).¹¹⁶⁴ Другим речима, режиму признања у члану 42 *Брисел IIbis* недостаје могућност позивања на процесни јавни поредак или, барем на један његов део који чине права детета и људска права. У поступку принудног извршења одлуке о повратку, пак, принцип најбољег интереса детета би требало изричито предвидети као границу непосредног извршења, као што то чини Конвенција 1996.¹¹⁶⁵

¹¹⁶³ В. Dutoit, *Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant*, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon, Interesentia, 2013, p. 155.

¹¹⁶⁴ Walker, Beaumont, *Shifting the Balance*, p. 245. Штавише, аутори такође наводе да би се сертификат могао укинути у случајевима као што је *Zarraga* и на основу позивања на људска права и Уговор о ЕУ.

¹¹⁶⁵ Такву одредбу нема ни српски Нацрт Закона о спровођењу Конвенције 1980, што би такође требало кориговати. Видети члан 35 овог Нацрта.

ГЛАВА II

ИНДИРЕКТНИ УТИЦАЈ

1. Регулатива Брисел IIbis и Конвенција 1996

Када су у питању конкретне одредбе које идејно повезују *Брисел IIbis* са Конвенцијом 1996, треба најпре истаћи да *Брисел IIbis* не даје потпуно исту дефиницију родитељске одговорности као Конвенција 1996, али се њихова поља примене *ratione materiae* ипак у највећој мери подударују.¹¹⁶⁶ Тако се и *Брисел IIbis* у материји родитељске одговорности односи не само на овлашћења и дужности родитеља, већ и старатељство, хранитељство и сличне установе, као и заступање детета, подразумевајући и личност и имовину детета, без обзира на правну природу прописа којим је у државама чланицама уређана материја родитељске одговорности (члан 1 став 2 *Брисел IIbis*).¹¹⁶⁷ Регулатива не одређује директно поље примене *ratione personae* нити *ratione loci* већ се то чини индиректно, путем норми о надлежности,¹¹⁶⁸ које су скоро истоветне са оним садржаним у Конвенцији 1996. С тим у вези, треба напоменути да *Брисел IIbis* не фиксира узраст нити појам детета, за разлику од Конвенције 1996.¹¹⁶⁹ Што се сличности тиче, основни критеријум је уобичајено

¹¹⁶⁶ Према члану 2 ставу 1 тач. 7, *Брисел IIbis* подразумева под родитељском одговорношћу „сва права и дужности које су дата физичком или правном лицу у односу на личност или имовину детета, на основу судске одлуке, закона или споразума који производи правно дејство. Појам укључује и право на старање и право на виђање.“ Ова дефиниција не наводи посебно права и дужности родитеља нити старатеља односно заступника као Конвенција 1996, али је ово поклапање очигледно на основу одредбе о стицању, вршењу, преношењу, ограничењу и престанку родитељске одговорности (члан 1 став 2 *Брисел IIbis*). Што се разлика тиче, приметно је да једнострана изјава воље не може бити правни основ родитељске одговорности према *Брисел IIbis*, за разлику од Конвенције 1996. *Borrás* је још у свом Извештају за Конвенцију о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима из 1998. године (која је преточена у Регулативу *Брисел IIbis*) предлагала дефиницију истоветну оној у Конвенцији 1996, али то није прихваћено. Видети *Borrás, Protection of Minors and Child Abduction*, pp. 351-352.

¹¹⁶⁷ Тако је у првом случају који је разматран поводом *Брисел IIbis* пред *CJEU* (C-435/06, *Applicant C*) заузет став да одлука којом је дете смештено у хранитељску породицу представља однос који је покривен чланом 1 *Брисел IIbis* и појмом „грађанска ствар“ иако је однета на основу јавноправних прописа о заштити деце. *Cour de justice des Communauté européennes – 27 novembre 2007, Aff. C-435/08, RCDIP 2/2009, note E. Gallant.*

¹¹⁶⁸ Исти принцип у суштини важи и за *Брисел I recast*. У. Magnus, P. Mankowski, *Brussels IIbis Regulation on Jurisdiction and Recognition in Matrimonial Matters, Introduction*, European Commentaries on Private International Law (eds. U. Magnus, P. Mankowski), Sellier, Munich, 2012, pp. 20-21.

¹¹⁶⁹ Ово питање је препуштено националним правима држава ЕУ, при чему није прецизирано да ли је реч о супстанцијалном праву или колизионим нормама. При томе се наводи да ће то у већини случајева то бити лица млађа од 18 година, док еманципована деца никако не могу бити обухваћена *Бриселом IIbis*. Видети *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, p. 8. За критику

боравиште детета у држави чланици ЕУ (члан 8), а надлежност за посебне категорије деце уређена је на истоветан начин као у Конвенцији 1996 (члан 13).

Главни такмац уобичајеном боравишту детета и у Конвенцији 1996 и у *Брисел IIbis* је исти – атракција надлежности поводом брачних спорова (члан 12 став 1). При томе, *Брисел IIbis* не предвиђа да један од родитеља мора имати уобичајено боравиште у држави суда, за разлику од Конвенције 1996, али је разлог за то једноставан. Наиме, с обзиром да *Брисел IIbis* уређује и надлежност за брачне спорове, једино у случају када се ова надлежност заснива на заједничком држављанству супружника,¹¹⁷⁰ могућа су одступања од решења из Конвенције 1996 јер тада ниједан супружник нема уобичајено боравиште у држави суда. У свим осталим случајевима, овај услов ће бити испуњен (члан 3 став 1(а)). Међутим, у Регулативи *Брисел IIbis* постоји још један основ надлежности везан за атракцију поводом *било ког* спора који укључује дете и то ако постоји значајна веза државе суда и детета, подразумевајући под тим нарочито чињеницу да један од титулара родитељске договорности има уобичајено боравиште у тој држави, као и да су све странке у главном поступку изричито или на несумњив начин пристале на надлежност која мора бити у најбољем интересу детета¹¹⁷¹ (члан 12 став 3). Пре свега, то би могли бити статусни спорови који се односе на дете (очинство, материнство). Ова одредба, иако „позајмљује“ поједине услове за атракцију надлежности из члана 10 Конвенције 1996 (уобичајено боравиште титулара родитељске одговорности, најбољи интерес детета, сагласност свих титулара), од ње се и битно разликује. Реч је, заправо, о основу надлежности који проширује аутономију воље ван материје брачних спорова, при чему се оставља више простора за дискрециону оцену суда о прикладности такве надлежности него што је то случај код брачних спорова.¹¹⁷² Наиме, поводом брачних спорова суд треба да процени само однос евентуалног проширења надлежности и најбољег интереса детета. У овом, пак, случају, потребно је да утврди још и постојање значајне везе која се у суштини може заснивати на било којој чињеници. Међутим, интенција није да се неконтролисано

и дефиницију по угледу на Конвенцију 1996 видети Borrás, *Protection of Minors and Child Abduction*, p. 351 *ad* 23 (фуснота).

¹¹⁷⁰ Односно пребивалишту за УК и Ирску (члан 3 став 1(б) *Брисел IIbis*).

¹¹⁷¹ У енглеској верзији се користи термин „*best interest of the child*“, а у члану о надлежности суда који одлучује о брачном спору употребљен је термин „*superior interest of the child*“. Као што се може и претпоставити, реч је о језичкој неусклађености а не о два стандарда. Тако и Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, p. 157.

¹¹⁷² *Ibidem*, pp. 155-156.

одступа од основног критеријума уобичајеног боравишта детета већ да се ова одредба тумачи управо као изузетак;¹¹⁷³ у супротном то би значило да сваки суд може одлучивати о родитељској одговорности све док постоји сагласност странака у главном поступку.¹¹⁷⁴

Овако конципирана надлежност, која као и члан 10 Конвенције 1996, представља комбинацију атракције и аутономије воље, врло је слична одредби о трансферу надлежности коју предвиђа *Брисел IIbis* (члан 15). Наиме, трансфер надлежности је могућ према оба инструмента и то уз веома сличне услове и поступак. Осим тога, Регулатива је значајна и по томе што се по први пут уводи доктрина *forum (non)convenience* у међународно приватно право ЕУ,¹¹⁷⁵ опет по угледу на Конвенцију 1996.¹¹⁷⁶ Међутим, постоје и значајне разлике у односу на Конвенцију 1996. Наиме, према овој регулативи, трансфер је условљен сагласношћу барем једне од странака, уколико до уступања надлежности долази на иницијативу суда. Таквим решењем *Брисел IIbis* води рачуна о вољи странака јер идеја сарадње овог пута није присутна само у односу на судове различитих држава ЕУ (инволвираних у трансфер надлежности), већ и у односу странака и суда.¹¹⁷⁷ Међутим, треба имати у виду да је критеријум за трансфер, а тиме и имплицитни критеријум надлежности, принцип најбољег интереса детета. Узимајући ову чињеницу у обзир, можемо се запитати и да ли остварење тако важног принципа треба условити сагласношћу било које странке у поступку или, пак, оцену препустити суду. Утисак је да би овакво решење било сврсисходније ако би се сагласност тражила од детета односно његовог законског заступника, будући да би се у том случају процена најбољег интереса детета вршила из угла суда (објективна процена) али и детета у питању (субјективна процена). Насупрот томе, тражење сагласности од било које странке значи да до трансфера може доћи и ако се са тим сагласи странка чији се интереси у поступку сучељавају са интересом

¹¹⁷³ В. Ancel. Н. Muir-Watt, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions – Le règlement Bruxelles IIbis*, RCDIP 4/2005, p. 588. Даље Ancel, Muir-Watt, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions*.

¹¹⁷⁴ Е. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international*, Defrénois, Doctorat & Notariat, tome 9, 2005, p. 132. Даље Gallant, *Responsabilité parentale*.

¹¹⁷⁵ Ова доктрина је до сада, нарочито у погледу Регулативе Брисел I, била критикована и земљама англосаксонског система није дозвољена њена примена у оквирима ове регулативе. Одлука *CJEU* у случају *Owusu v Jackson*, Case C-281/02 (2005) ECR – I-1383. Видети детаљније Bogdan, Maunsbach, *EC Court Casebook*, p. 284. Српски Нацрт, премда преузима ове одредбе, није усвојио овај критеријум (чл. 34 и 35).

¹¹⁷⁶ Borrás, *Protection of Minors and Child Abduction*, p. 355.

¹¹⁷⁷ Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, p. 169.

детета, а да се у исто време дете (односно заступник) не слажу са тим. Додуше, могло би се тврдити и да само објективна оцена суда о најбољем интересу детета такође не мора да се подудара са субјективном оценом самог детета (заступника), али је то боље решење јер између суда и детета не постоји сукоб интереса. Другим речима, мањи су изгледи да постоји дискрепанца између оцене суда и детета будући да је суд, према Конвенцији о правима детета, дужан да детету омогући да се изјасни, у складу са његовим узрастом и зрелашћу.¹¹⁷⁸ Такође, *Брисел IIbis* другачије дефинише судове којима се може уступити надлежност тако што предвиђа *искључиву* листу критеријума на основу којих се може претпоставити постојање значајне везе детета и државе суда. То може бити: претходно или ново уобичајено боравиште детета (ако је стечено након покретања поступка), држављанство детета, место налажења имовине детета (за мере имовинског карактера), као и уобичајено боравиште титулара родитељске одговорности. Само у последњем случају не постоји директна веза детета и државе суда јер то није лице са којим дете живи будући да би се онда веза заснивала на уобичајеном боравишту детета. Међутим, очигледно да је *ratio* ове претпоставке о постојању значајне везе у схватању да је реч о титулару родитељске одговорности који или заједнички врши право на старање са другим лицем са који дете живи или остварује право на виђање детета. У првом случају, то лице може тражити самостално вршење права на старање или, пак, и даље може бити речи о заједничком вршењу али сада жели да дете живи са њим.¹¹⁷⁹ У ситуацији када постоји само право на виђање, поново се веза може успоставити у ситуацији када се виђање (искључиво или често) врши у држави уобичајеног боравишта титулара, те је оправдано претпоставити да суд те државе може боље проценити најбољи интерес детета у поступку о измени режима виђања (посебно ако се контакт остваривао под надзором). Коначно, за разлику од Конвенције 1996, *Брисел IIbis* дефинише рок у коме се судови изјашњавају о прихватању надлежности. Тако, суд коме се уступа надлежност треба да се изјасни о томе у року од 6 недеља од тренутка када је покренут овај поступак (члан 15 став 5). Међутим, будући да су ове одредбе намењене само ситуацији када иницијатива потиче

¹¹⁷⁸ Слично и Gallant, *Responsabilité parentale, loc.cit.* и Ancel, Muir-Watt, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions*, p. 598.

¹¹⁷⁹ Овај последњи пример наводи и Pataut, наглашавајући да је овај критеријум уједно и најзначајнији у погледу претпоставке о постојању значајне везе. Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, p. 172.

од суда који је редовно надлежан, остаје дилема у погледу рокова и самог поступка трансфера када је реч о иницијативи суда који није надлежан.¹¹⁸⁰

Последњи основ надлежности мимо случајева отмице деце је резидуална надлежност која подразумева позивање на националне норме о надлежности (члан 14), слично Конвенцији 1961. Као што се и у Коментару наводи, ратификација Конвенције 1996 значи да ће се у овим ситуацијама примењивати конвенцијске норме о надлежности уколико је друга држава у питању њена уговорница.¹¹⁸¹ Другим речима, ратификација значи увођење двоструког колосека за резидуалну надлежност који ће важити за државе уговорнице, док националне норме остају применљиве за државе које то нису.

Када је реч о признању и извршењу одлука о родитељској одговорности изван случајева незаконитог одвођења и задржавања деце, потребно је утврдити који међународни инструмент има предност будући да се поља примене *Брисел Ibis* и Конвенције 1996 поклапају. Да би *Брисел Ibis* имао примат, неопходно је испуњење само једног услова – да је одлуку чије се признање/извршење тражи у некој чланици ЕУ донео надлежни орган друге државе Уније. При томе, потпуно је неважно да ли дете живи на територији ЕУ, све док је постојао основ за надлежност органа који је одлуку донео. То би значило да се *Брисел Ibis* примењује уместо Конвенције 1996 и у случајевима када дете има уобичајено боравиште у трећој држави (иначе) уговорници Конвенције 1996. Циљ оваквог решења усмерен је ка потребама саме ЕУ за стварањем и функционисањем заједничког судског простора, што захтева да све одлуке донете унутар ње подлежу посебном режиму. У том смислу, све државе чланице Конвенције 1996, дале су изјаву да ће у погледу признања и извршења, под наведеним условима, примењивати унутрашње норме ЕУ.¹¹⁸²

Када је реч о овим одлукама, *Брисел Ibis* предвиђа ограничен број традиционалних негативних услова за признање: очигледна супротност јавном поретку, непоштовање

¹¹⁸⁰ У том смислу, најпре суд који је иначе надлежан одређује рок у коме ће се поступак покренути пред другим судом, с тим што у случају ћутања суда *Брисел Ibis* не предвиђа решење, те се стога препоручује решавање проблема по угледу на Конвенцију 1996. *Ibidem*, р. 173. Подсећања ради, ћутање у оквиру Конвенције 1996 значи одбијање трансфера.

¹¹⁸¹ Pataut, *Brussels Ibis Regulation*, р. 163.

¹¹⁸² То је могуће будући да чланови 23, 26 и 52. Конвенције 1996 дозвољавају државама уговорницама одређени степен флексибилности у циљу примене бржег и једноставнијег поступка признања и извршења одлука које су донете њеном применом. С обзиром да су правила и Конвенције 1996 и Регулативе веома слична у овој области, државе су дале овакве изјаве, доступне на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70 (01.07.2011).

права на одбрану која подразумева протек довољног периода времена од достављања акта којим је поступка покренут до рочишта, *res judicata*, дете није саслушано, лицу које тврди да одлука крши његово родитељско право није била пружена могућност да буде саслушано (члан 23). Као што смо видели, скоро сви услови су садржани и у Конвенцији 1996, укључујући и могућност *признања унапред*.¹¹⁸³ Изузетак је право на одбрану, с обзиром да временски период остављен за припрему одбране није изричито наведен у Конвенцији 1996, али би се морао подразумевати, будући да је реч о услови који је директно повезан са чланом 6 Европске конвенције о људским правима.¹¹⁸⁴ Пресуда о вршењу родитељског права може бити оглашена извршном у другој држави Уније на захтев заинтересованог лица (члан 28). Одлука о томе може се побијати правним лековима (члан 33). Такође, суд мора да изда сертификат на захтев сваког заинтересованог лица. Одлука о виђању, пак, признаје се аутоматски као и одлука о повратку детета (члан 41 у вези члана 40 став 1 (а)). С тим у вези, нужно је уочити разлику између одлуке којом се утврђује право на виђење и њеног практичног спровођења. Наиме, *Брисел IIbis* предвиђа да судија у држави извршења може одредити практичне начине остваривања права на виђење, уколико их сама одлука не дефинише (нпр. комуникација електронском поштом и слично). У том случају, судија мора водити рачуна да су начини вршења овог права утврђени у сагласности са основним елементима одлуке којом се право установило (учесталост контаката, поједине забране, на пример).

Коначно, вероватно најважнији сегмент корелације *Брисел IIbis* и Конвенције 1996 тиче се случајева отмице деце. У том погледу, Регулатива предвиђа задржавање надлежности државе уобичајеног боравишта детета (члан 11) под утицајем Конвенције 1996,¹¹⁸⁵ под условом да су у питању државе чланице ЕУ. Наиме, *Брисел IIbis* задржава

¹¹⁸³ Стога, како *Siehr* наводи, *Брисел IIbis* не искључује национални поступак егзекутуре када се доноси декларативна одлука о признању које, на тај начин, постаје *res judicata*. Magnus/Mankowski/K. Siehr, *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, 2012, Art. 21, p. 259 ad 2 (фуснота).

¹¹⁸⁴ Томе иде у прилог и судска пракса појединих држава ЕУ у вези примене процесног јавног поретка поводом Брисел IIbis у светлу члана 6 Европске конвенције (Шпанија, Португалија и Федерални Уставни суд Немачке; УК и Република Ирска су навеле да није било позивања на Европску конвенцију али да очекују у будућности с обзиром да Повеља ЕУ преузима поједине одредбе Европске конвенције). Видети В. Hess, Th. Pfeiffer, *Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, EP Committee on Legal Affairs, 2011, pp. 110-111, доступно на [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453189/IPOL-JURI_ET\(2011\)453189_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453189/IPOL-JURI_ET(2011)453189_EN.pdf) (20.02.2014) .

¹¹⁸⁵ Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, p. 121.

надлежност суда државе уобичајеног боравишта све док дете не стекне ново уобичајено боравиште уз испуњење додатних услова, који су већином исти као и у члану 7 Конвенције 1996. Разлика је у томе што постоје одређена проширења која нису изричито предвиђена Конвенцијом 1996. Тако, ако је дете стекло ново уобичајено боравиште, а у року од годину дана од сазнања за место где се дете налази није поднет захтев за повратак, потребно је, за разлику од Конвенције 1996, још и да је евентуално поднет захтев за повратак повучен а да нови није поднет (члан 11 став 1 (бii)). Друга могућност подразумева да је суд претходног уобичајеног боравишта одлучио да се дете не враћа (члан 11 став 1 (бiv)). Међутим, у овом случају треба имати у виду да само коначна одлука може бити повод за стицање надлежности суда државе новог уобичајеног боравишта. Томе у прилог говори одлука *CJEU* у већ наведеном случају *Povse*¹¹⁸⁶ у коме је европски суд изричито навео да привремена одлука, којом је мајци дозвољено да одлучује о свакодневним практичним аспектима живота детета до окончања поступка, не може бити повод за стицање надлежности суда друге државе.¹¹⁸⁷ Насупрот томе, одлука којом је суд уобичајеног боравишта детета наредио повратак након његовог одбијања у држави уточишта подобна је за издавање сертификата и аутоматско признање и онда када није коначна.¹¹⁸⁸

Последња ситуација у погледу задржавања надлежности (односно стицања надлежности суда друге државе) применљива је када поступак о праву на старање није покренут у року од три месеца након обавештавања о одбијању повратка детета у држави уточишта (члан 11 став 1 (бiii)). Иако нису предвиђени Конвенцијом 1996, све ове додатне ситуације се подразумевају, сем услова везаног за рок од три месеца. То је специфичност европског решења који ограничава трајање задржавања надлежности у ситуацији када су странке (пре свега, подносилац захтева за повратак) пасивни, те се незаконитост одвођења или задржавања конвалидира. У сваком случају, евидентно је да коначна одлука о праву на старање/виђење у овој компликованој ситуацији дефинитивно зависи од процесне активности родитеља. Док се један од услова за стицање надлежности суда државе новог уобичајеног боравишта детета не испуни, суд

¹¹⁸⁶ Видети *supra* стр. 317.

¹¹⁸⁷ Одлука у случају *Povse ad 50*.

¹¹⁸⁸ *Ibidem ad 67*.

државе уточишта може да одреди само хитне мере (члан 20),¹¹⁸⁹ баш као и према Конвенцији 1996 чији је члан 11 и био модел за ову одредбу.¹¹⁹⁰ Хитност у овом случају, према пракси *CJEU* у случају *Jasna Detiček v. Maurizio Sgueglia*¹¹⁹¹ подразумева и околности поводом ситуације у којој се налази дете и разлоге због којих се посупак о меритуму не може покренути пред редовно надлежним судом.¹¹⁹² Том приликом је такође заузет став и да ове мере не могу да се одреде ако бар једно од лица на које се мера односи није присутно у држави суда.¹¹⁹³ Коначно, једна од најважнијих разлика у односу на Конвенцију 1996 тиче се немогућности признања и извршења привремених мера према *Брисел IIbis* будући да се сматра да би таква могућност отворила врата за *forum shopping*.¹¹⁹⁴ Штавише, *CJEU* је навео да такво тумачење не може да се оспори позивањем на члан 11 Конвенције 1996.¹¹⁹⁵ Међутим, ове мере могу да послуже за заштиту детета током правног вакуума који постоји док се чека на оглашавање мериторне одлуке извршном.¹¹⁹⁶

У том смислу, суд државе који је одлучио да се дете не враћа, *дужан* је да упути копију предмета надлежном суду државе из које је дете одведено или задржано, директно или преко централних органа (члан 11 став 6). Рок за достављање предмета је кратак и износи месец дана од доношења одлуке. Након што омогући свим странкама да буду саслушане и узме у обзир све разлоге и доказе којима се руководио судија који је претходно одбио повратак, суд државе претходног уобичајеног боравишта треба да одлучи о праву на старање. То заправо значи да се одлука темељи делимично и на чињеничној основи коју је утврдио суд који је одбио повратак детета, с тим што утврђене чињенице и изведени правни закључци подлежу оцени и суда државе уобичајеног боравишта детета. Другим речима, принцип најбољег интереса детета се у ситуација и када је повратак одбијен не може адекватно проценити без узимања у

¹¹⁸⁹ Заправо, овај основ надлежности се у регулативи наводи под насловом „*Provisional, including protective, measures*“, али је реч о мерама које се одређују у хитним случајевима. Magnus/Mankowski/M. Pertegás Sender, *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, 2012, Art. 20, p. 253. Даље Pertegás Sender, *Brussels IIbis Regulation*.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 248.

¹¹⁹¹ *Jasna Detiček v. Maurizio Sgueglia* (C-403/09 PPU) [2011] Fam 199, INCADAT HC/E/ 1327.

¹¹⁹² Видети одлуку у овом случају *ad* 42.

¹¹⁹³ Видети одлуку у овом случају *ad* 50,52.

¹¹⁹⁴ *Bianca Purrucker v. Guillermo Vallés Pérez* (C-256/09) [2011] Fam 254, INCADAT HC/E/ 1329, тзв. *Purrucker I ad* 83, 87.

¹¹⁹⁵ Видети одлуку у случају *Purrucker I ad* 88.

¹¹⁹⁶ Према одлуци *CJEU* у случају *Health Service Executive v SC and AC*, C-92/12 PPU (2012) 2 FLR. Наведено према М. Wright, *Urgent Provisional Measures under Article 20 Brussels IIbis vs Principles of Comity*, IFL September 2012, p. 283.

обзир околности везаних за отмицу и поступак у држави уточишта. На тај начин се овај суд директно изјашњава, што у диспозитиву (наређујући или не повратак детета), што у образложењу одлуке (давањем оцене најбољег интереса детета), о процесноправној и материјалноправној страни поступка који је претходно вођен у држави уточишта.¹¹⁹⁷ Међутим, као што смо видели у случају *Zarraga*, непоштовање процесних правила се не може санкционисати одбијањем признања јер се одлука којом се налаже повратак аутоматски признаје.

На крају, пре него што донесемо закључак о корелацији Конвенције 1996 и *Брисел IIbis*, требало би напоменути да њихов однос првобитно био ривалски,¹¹⁹⁸ с обзиром да је ЕУ у време рада на овој регулативи била окренута себи и тражењу решења „код куће“. Почетак односа ова два инструмента може се пратити још од Конвенције о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима (1998)¹¹⁹⁹ Позитивни преокрет који је уследио непосредно након доношења *Брисел IIbis* донео је једну од новина у односу ЕУ према Конвенцији 1996 која се у литератури описује као скромна,¹²⁰⁰ али која, чини се, има и скривени значај који се не може занемарити. Наиме, одлуком Савета из 2003. године,¹²⁰¹ државе чланице Уније су овлашћене да заједно потпишу Конвенцију 1996 до 1. априла 2003. године, а одлуком из 2008.

¹¹⁹⁷ То је и у случају *Povse* изричито навео *CJEU*, апострофирајући неопходност да случај отмице детета, у ситуацији када је повратак у држави уточишта одбијен, буде разматран још једном у држави његовог уобичајеног боравишта, при чему тај суд мора да узме у обзир чињенице које је утврдио суд државе уточишта. Видети одлуку у овом случају *ad* 59-60.

¹¹⁹⁸ P. McEleavy, *The 1996 Hague Convention and the European Union*, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon, Intersentia, 2013, p. 372. Даље McEleavy, *The 1996 Hague Convention and the European Union*.

¹¹⁹⁹ *Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters*, OJ C 221, 16 July 1998. Конвенција никада није ступила на снагу због ступања на снагу Уговора из Амстердама 1. маја 1999. године када је због промена у надлежности држава чланица у корист ЕЗ преточена у Регуллативу Брисел II (*Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses*, OJ L 160, 30.6.2000). Као што је познато, основна примедба овој регулативи односила се на део о родитељској одговорности јер је обухватала само заједничку децу, биолошку или усвојену, али не и децу коју је један од супружника имао у претходној вези (браку). Видети A. Borrás, *Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation*, Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective (eds. J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2008, p. 351. Даље Borrás, *Protection of Minors and Child Abduction*. Такође, о критици ове регулативе и S. Francq, *Parental Responsibility under 'Brussels II'*“, ERA Forum, Special Issue: European Family Law, 1/2003, pp. 54-72.

¹²⁰⁰ *Ibidem*, p. 373.

¹²⁰¹ *Council Decision 2003/93/EC of 19 December 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children*, OJ L 48 of 21.2.2003.

године¹²⁰² и да, у свом интересу и интересу ЕУ, заједно ратификују Конвенцију 1996. Тиме је изузетно дозвољено приступање државама ЕУ међународним конвенцијама у области која је већ уређена законодавством ЕУ. Међутим, како до истека рока државе чланице нису заједнички ратификовале Конвенцији 1996, толерисала се појединачна ратификација.¹²⁰³ То показује колики значај Конвенција 1996 има у односу на заштиту деце у оквиру Уније – на основу већ помињаног принципа обрнуте супсидијарности, уместо да решава питање меродавног права (које регулативе не уређује) на домаћем терену, она се окреће међународном. Наиме, у оквиру међународног приватног права ЕУ, усвајање колизионих норми генерално у материји породичних односа је знатно тежи проблем у поређењу са надлежношћу и признањем и извршењем. Разлог за то су значајне разлике у супстанцијалном праву, које ни *CEFL* принципи нису успели да помире, чак ни на нивоу хармонизације.¹²⁰⁴ Услед тога, ЕУ се окренула унификацији колизионих норми, која у материји породичног међународног приватног права није успешна као она у материји уговора или вануговорних обавеза.¹²⁰⁵ Ратификација Конвенције 1996, стога, има два аспекта. С једне стране, Конвенцијом 1996 се директно (на основу овлашћења) унификује колизиона сфера *Брисел Ibis*. С друге стране, колизионе норме за родитељску одговорност се истовремено у потпуности унификују

¹²⁰² *Council Decision 2008/431/EC of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify, or accede to, in the interests of the European Community, the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children and authorising certain Member States to make a declaration on the application of the relevant internal rules of Community law*, OJ L 151 of 11.6.2008.

¹²⁰³ Нису је ратификовале до данас само Италија и Белгија.

¹²⁰⁴ Принципи Комисије за европско породично право (*CEFL*, основана 1. септембра 2001. године) која окупља 25 еминентних стручњака из области породичног права из ЕУ али и ван држава ЕУ. Ови принципи су израђени по угледу на амерички Рестејтмент полазећи од идеје да је хармонизација неопходна за слободан проток одлука, добара и људи. Видети К. Boele-Woelki, *The principles of European family law: its aims and prospects*, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Issue 2, 2005, pp. 160-168. *CEFL* принципе за родитељску одговорност видети у К. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007, pp. 1-288.

¹²⁰⁵ У материји развода и раставе је примењен поступак појачане сарадње који омогућава да регулативу примењују само оне државе које то желе. *Council Decision of 12 July 2010 authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation* OJ L 189/12 of 22.7.2010. *Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, OJ L 343/10 of 29.12.2010 која окупља Бугарску, Белгију, Немачку, Шпанију, Француску, Италију, Латвију, Луксембург, Мађарску, Малту, Аустрију, Португалију, Румунију, Словенију, а од 22. маја 2014. године и Литванију. Када је реч о брачноимовинском режиму и имовинским односима у регистрованој заједници, предлози за нове регулативе датирају од 2011. године. *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes*, 16.03.2011, COM(2011) 126/2 ; *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships*, 16.03.2011, COM(2011) 127/2.

јер државе ЕУ (за сада без Италије и Белгије), услед принципа универзалне примене, примењују ове одредбе Конвенције 1996 у односу на све друге државе. Поред тога, очигледно је да је *Брисел IIbis* многе одредбе у мањој или већој мери „позајмљивао“ из Конвенције 1996. Самим тим, ратификација омогућава увођење другог важног принципа Конвенције 1996 – јединство *forum* и *iura* у што већем броју случајева.

ЗАКЉУЧАК

Заштита деце у међународном приватном праву захтева постојање ефикасне међународне сарадње која се може постићи само закључивањем вишестраних конвенција. У том смислу, хашки систем заштите деце нема алтернативу. Као што смо видели, конвенције донете у окриљу Хашке конференције се могу посматрати као конвенцијски парови којима се обезбеђује континуирана заштита деце, како оне под родитељским старањем, тако и посебно угрожених категорија – међународно расељене деце и деце која нису под родитељским старањем. Овај систем обухвата већину најзначајнијих питања прекограничне заштите деце – заштиту њихове личности и имовине (Конвенција 1996), успостављање родитељско-дечјег односа заснивањем међународног усвојења (Конвенција 1993), издржавање (Протокол 2007 и Конвенција 2007), као и заштиту уобичајеног начина живота детета који је незаконито промењен отмицом од стране једног родитеља (Конвенција 1980). Такође, континуитет (и комплексност) заштите огледа се и у томе што је детету понекад у исто време потребна заштита коју пружа више конвенција.¹²⁰⁶ Та заштита почива на истим идејама о конкретизацији принципа најбољег интереса детета – обезбедити да одлучује најпогоднији суд, применом права које је у најближој вези са дететом, уз олакшани систем признања и извршења одлука (метод унификације) или осигурати ефикасан систем сарадње између држава уговорница онда када унификација није могућа (метод сарадње).

У поређењу са хашким системом, вишестране конвенције других међународних организација пружају само фрагментарну заштиту будући да су усмерене ка регулисању појединих питања заштите деце (Европска конвенција 1980, Њујоршка конвенција), а осим тога, нису нис системски повезане. Та околност, посредно потврђује посебан значај конвенција донетих под окриљем Хашке конференције.

Преузимање хашког система заштите деце кореспондира са испуњавањем обавеза преузетих Конвенцијом о правима детета. Принцип најбољег интереса детета *in abstracto* уграђен је у сваку од конвенција које чине овај систем. Тако, Конвенција

¹²⁰⁶ Сетимо се примера родитељске одговорности (Конвенција 1996) и издржавања (Протокол 2007, Конвенција 2007) - када се одлучује о вршењу родитељског права, према Породичном закону неопходно је одлучити и о издржавању (члан 272).

1996 полазећи од принципа најбољег интереса детета генерално предвиђа критеријуме који би требало да омогуће заснивање надлежности оног суда који је у најближој вези са дететом и који може најефикасније да процени његов најбољи интерес (уобичајено боравиште детета, само присуство када је реч о посебној категорији деце, односно само присуство детета за одређивање привремених и хитних мера, *forum divortii*). Исто тако, њена особеност се огледа и у томе што путем установе трансфера надлежности омогућава да основ надлежности буде усклађен са принципом најбољег интереса детета *in concreto*. У материји међународног усвојења, опет, Конвенција 1993 допушта да упркос разликама у погледу националних норми о надлежности, држава порекла и пријема зајендички процене најбољи интерес усвојеника јер се без сагласности оба централна органа поступак заснивања усвојења се не може наставити. Такође, централни органи државе порекла и државе пријема могу се договорити о томе у којој ће се од њих усвојење засновати (што претпоставља да ниједна од њих не предвиђа искључиву надлежност). Када је реч о издржавању, Конвенција 2007, са своје стране, унификује критеријуме индиректне надлежности, при чему узима у обзир и уобичајено боравиште детета као основ надлежности и случајеве атракције надлежности поводом питања порекла детета и родитељске одговорности. Најзад, она омогућава покретање поступка за мериторно одлучивање о обавези издржавања, онда када се о томе први пут одлучује али и онда када је признање одлуке о издржавању деце млађе од 18 година одбијено, те се мора водити нови поступак.

У погледу меродавног права за издржавање, принцип најбољег интереса детета уграђен је у каскадни систем Протокола 2007. Што се тиче колизионих норми Конвенције 1996, оне треба да омогуће паралелизам надлежности (*foro proprio*) и меродавног права (*lex fori*), односно да се на основу права државе уобичајеног боравишта детета уреди стицање и престанак родитељске одговорности без интервенције државног органа. Индивидуализација принципа најбољег интереса детета се у случају Конвенције 1996 постиже применом специфичне клаузуле одступања.

Системи признања и извршења Конвенције 1993, Конвенције 1996 и Конвенције 2007 омогућавају слободну циркулацију одлука у свакој од материја коју уређују, како би се што ефикасније заштитио интерес детета и избегао правни вакуум. Тако, Конвенција 1993 омогућава признање одлука о заснивању усвојења *ipso iure*, а од основа за одбијање признања остала је једино клаузула јавног поретка (прецизирана

принципом најбољег интереса детета). Слична решење предвиђа и Конвенција 1996, с том разликом што се поступак признања може трансформисати у класичан вид егзекватуре, а могуће је, такође, и тражити „признање унапред“. Посебно је важна чињеница да хитне мере могу произвести дејство у другој држави уговорници и на основу мање формалног обавештавања те државе (мејл, телефон, телефакс). У материји издржавања, Конвенција 2007 предвиђа обавезу државе признања да пружи помоћ деци млађој од 18 година у новом поступку мериторног одлучивања о издржавању (у ситуацији када је признање одлуке одбијено). Такође, она гарантује правну помоћ деци приликом утврђивања њиховог порекла ако је то неопходно ради одлучивања о издржавању.

Када се ради о проблему међународне отмице деце, Конвенција 1980 почива на претпостављеном најбољем интересу детета (*in abstracto*) који се очитује у поновном успостављању *statusa quo*. Уједно, она дозвољава да се путем изузетака, на основу којих се може одбити повратак детета, овај принцип индивидуализује у сваком конкретном случају. Слабост њеног механизма који се испољава у недостатку правила о задржавању надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета пре незаконитог одвођења за одлучивање о праву на старање надомешћује члан 7 Конвенције 1996. Поред тога, Конвенција 1996 може бити и самостални основ за покретања поступка за повратак детета.

Да би се постигло да систем заштите деце у међународном приватном праву Републике Србије буде потпун, неопходна је ратификација преосталих конвенција хашког система (Конвенција 1996 и Конвенција 2007). У раду је указано да су решења ЗРСЗ-а у погледу свих питања заштите деце које уређује хашки систем у знатној мери постала анахрона. Иако су решења Нацрта новог ЗМПП у овој материји највећим делом инспирисана хашким и европским системом заштите деце, међународно приватно право Србије се, *de lege ferenda*, може још више унапредити јер ослањање само на национална решења у овом случају није довољно ефикасан начин заштите деце. Разлог томе је, најпре, чињеница да се поједина конвенцијска решења не могу интегрисати у национални систем међународног приватног права, с обзиром да су применљива само у оквиру држава уговорница те не могу важити *erga omnes* (што би

био случај ако се уграде у националне норме).¹²⁰⁷ Тако се у материји међународног усвојења, деца не могу адекватно заштити без сарадње државе усвојеника и државе усвојитеља. Иако у овом случају остају да важе националне норме о међународној надлежности и меродавном праву за заснивање (укључујући и дејства усвојења) и поништај усвојења, сарадња је метод који гарантује да ће дете у свакој фази поступка заснивања усвојења бити заштићено од опасности које су чести пратилац међународног усвојења – трговине децом и других врста злоупотреба. Поред тога, Конвенција 1993 омогућава да се централни органи инволвираних држава обавештавају и договарају о свакој мери за заштиту коју треба предузети, тако да држава порекла има увид у ситуацију у којој се увојеник налази и онда када се он сели у државу пријема ради заснивања усвојења. Оно што је такође важно с аспекта Породичног закона Републике Србије, јесте да Конвенција 1993 омогућава да се спроведе поступак прилагођавања (ради утврђивања посебне адоптивне способности усвојеника и усвојитеља) и у случају међународног усвојења (јер постоји обавеза сарадње са државом пријема), што овај закон не предвиђа. Све је то условило да Србија ратификује Конвенцију 1993.

Другачији су били разлози за ратификацију Протокола 2007. Иако се колизионе норме из Протокола могу преузети у национално законодавство (како је то, на пример урадила Црна Гора у својој кодификацији из 2014. године, у случају Србије ратификација је била бржи начин за унификацију меродавног права за издржавање, са правом ЕУ. Осим тога, ту си и разлози везани за преиспитивање практичне примене колизионих норми у оквиру Хашке конференције (Специјалне комисије, праћење праксе судова држава уговорница и др.)

Када је реч о Конвенцији 1996, њене одредбе о трансферу надлежности којима, заправо, принцип најбољег интереса конкретног детета постаје основ међународне надлежности, не може се преузети националном кодификацијом јер захтева постојање међународне судске сарадње. Слично томе, Конвенција 2007 предвиђа механизам сарадње који представља солидну гаранцију за остваривање издржавања у иностранству, без обзира да ли се покреће поступак за мериторно одлучивање или поступак признања и извршења постојеће одлуке. Уз то, Конвенција 2007 обавезује

¹²⁰⁷ О истом проблему на примеру Швајцарске видети А. Bucher, *La LDIP et les Conventions internationales*, Mélanges en l'honneur d' Alfred E. Von Overbeck (eds. W.A. Stoffel, P. Volken), Faculté de droit de l'Université de Fribourg, 1990, p. 266 et seq.

државе уговорнице на пружање бесплатне правне помоћи у случају издржавања деце, што битно олакшава њихов положај.

Слично томе, и конвенцијски системи признања и извршења пружају бољу заштиту деце него што то чине националне норме у овој материји. Без обзира колико су напредна национална решења (чак и онда када предвиђају признање под веома олакшаним условима, као што је случај са одлукама о усвојењу у Нацрту), њихов учинак је ипак једностран јер омогућавају слободн(и)ју циркулацију само страних одлука у односу на домаћу државу, али не гарантују једнаки третман домаћих одлука у иностранству. Осим тога, либералан нациоанлни систем признања и извршења не решава проблем дипломатског реципроцитета које поједине државе захтевају. Као што се може закључити, ниједно од наведених решења не може преузети националним кодификацијама већ захтева ратификацију релевантних конвенција. Коначно, најверљивији аргумент о неопходности преузимања решења хашког система пружа систем заштите деце који настаје у оквиру ЕУ и који је, као што смо видели, окренут ка конвенцијама Хашке конференције на директан и индиректан начин – од приступања ЕУ Протоколу 2007 и Конвенцији 2007, преко преузимања појединих конвенцијских решења до овлашћењу држава чланица да ратификују Конвенцију 1996. При томе, треба имати у виду да су све државе ЕУ већ обавезане Конвенцијом 1980 и Конвенцијом 1993. Значај који Конвенција 1996 у међународном приватном праву Србије има, показује и захтев Европске комисије да Србија као држава кандидат ратификује Конвенцију 1996.¹²⁰⁸ Од тога директно зависи наш даљи статус у евроинтеграцијама. С друге стране, ратификација Конвенције 2007 омогућиће да се успостави унификовани систем признања и извршења са оним државама (не само ЕУ) са којима су случајеви прекограничног издржавања деце најчешћи.

Велики број међународних извора међународног приватног права каткада не изазива позитивна реаговања правника практичара. Тај талас међународних извора, карактеристичан за модерно доба, заиста поставља више стандарде у њиховом раду и захтева повећане интелектуалне напоре. Међутим, не треба заборавити да је однос државе према заштити деце огледало степена развијености самог друштва. Стога се

¹²⁰⁸ Република Србија 2014 Извештај о напретку који прати саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона, Стратегија проширења и кључни изазови за период 2014-2015 (СОМ Европска комисија (2014) 700 коначни), Поглавље 24, стр. 92, доступно на http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_o_napretku_14.pdf.

оклевања и кашњења у погледу ратификације преосталих хашких конвенција у овој материји тешко могу правдати. У том смислу, конвенције хашког система заштите деце често су, како се у доктрини истиче „налик екипи хитне помоћи која треба да пацијента што пре и што безбедније одведе у праву болницу где ће бити предузете најпогодније мере лечења.“¹²⁰⁹ Иако се ова језгровита реченица односи на две хашке конвенције , можемо закључити да на исти начин треба схватити *цео* хашки систем заштите деце јер су бројне ситуације у којима је деци потребна хитна заштита. Другим речима, када су у питању деца, случај је увек хитан јер - деца не могу да чекају.

¹²⁰⁹ Иако је *Clive* на овај начин описао само Конвенцију 1980 и Конвенцију 1996, чини се да је овај сликовити опис једнако може применити на цео модерни хашки систем заштите деце. *Clive, The Role of the New Protection of Children Convention*, p. 53.

СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Домаћа литература

1. Бордаш, Б, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад, 2000
2. Бордаш, Б, *Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања - извор међународног приватног права у Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, год. 40, бр. 6, 2006
3. Бордаш, Б, *Специфичности хармонизације у области међународног породичног права у ЕЗ*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, год. 42, бр.1/2, 2008
4. Бордаш, Б, Ђундић, П, *Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор међународног приватног права Србије*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, број 47, 2013
5. Влашковић, В, *Проблем одређивања садржине „најбољег интереса детета“*, Анали Правног факултета у Београду, 1/2012
6. Дика, М, Кнежевић, Г, Стојановић, С, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991
7. Драшкић, М, *Породично право и права детета*, 7. измењено и допуњено издање, Београд, 2011
8. Ђундић, П, *Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о гарђанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, год. 38, бр. 2, том 2, 2004
9. Живковић, М, *Поверовање деце на чување и васпитање у међународном приватном праву*, Ниш, 1991
10. Живковић, М, *Међународно приватно право: националне кодификације*, књига 1, Београд, 1996
11. Живковић, М, *Поверовање деце на чување и васпитање после развода брака и принцип једнакости родитеља*, Анали Правног факултета у Београду, год. 38, бр. 3, Београд, 1990
12. Живковић, М, *Међународно приватно право - непријатна непознаница наших судова?*, Правни живот, бр. 7-8, Београд, 1992

13. Живковић, М, *О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије*, Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу, 65/2013
14. Кнежевић, Г, *Претходно питање у међународном приватном праву*, Анали Правног факултета у Београду, број 3-4, 1994
15. Ковачек-Станић, Г, *Право детета да зна своје порекло*, Нови Сад, 1997
16. Ковачек-Станић, Г, *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002
17. Ковачек-Станић, Г, *Породично право: партнерско, деље и старатељско право*, Нови Сад, Правни факултет Нови Сад, 2010
18. Китић, Д, *Остваривање законског издржавања у иностранству*, докторска дисертација, Београд, 1986
19. Петровић, М, *Остваривање алиментационих захтева у случајевима са страним елементом*, Зборник Правног факултета у Крагујевцу, Крагујевац, 2002
20. Станивуковић, М, Живковић, М, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013
21. Стојановић, Н, *Осврт на поједина решења садржана у Породичном закону и Закону о наслеђивању Републике Србије*, Зборник радова „Новине у породичном законодавству“, Правни факултет, Ниш, 2006

Страна литература

1. Alston, P, *The Best Interests Principle: Towards of Reconciliation of Culture and Human Rights*, International Journal of Law and the Family, Vol. 8, Number 2, 1994
2. Ancel, B, *L'internationalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions*, Mélanges Fritz Sturm (sous la direction de J-F. Gerkens, H. Peter, P. Trenk-Hinterberger, R. Vigneron), Volume II, Editions Juridiques de l'Université de Liège, 1999
3. Ancel, B, Muir-Watt, H, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridiction: le règlement Bruxelles IIbis*, RCDIP, 4/ 2005
4. Ancel, B, Muir-Watt, H, *Aliments sans frontières. Le règlement CE No 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, RCDIP, 3/2010
5. Asser, T.M.C, *La Convention de la Haye du 14 Novembre 1896 Relative à la Procédure Civile*, London, 1901 (reprint 2013)

6. Audit, B, d'Avout, L, *Droit international privé*, Economica, Paris, 2010
7. Bartholet, E, *International Adoption: Thoughts on the Human Rights Issues*, Harvard Law School Faculty Scholarship Series. Paper 21, 2007
8. Batiffol, H, Francescakis, Ph, *L'arrêt „Boll“ de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé*, RCDIP, 1959
9. Battifol, H, *La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, RCDIP, 1973
10. Batiffol, H, Lagarde, P, *Traité de droit international privé*, 8è édition, Paris, 1993
11. Beaumont, P, McEleavy, P, *The Hague Convention on international child abduction*, Oxford, 1999
12. Beaumont, P, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*, Hague, Recueil des Cours, tome 335, 2009
13. Beaumont, P, *International Family Law in Europe - the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity*, RabelsZ, Band 73, 2009
14. Beaumont, P, *The Art. 8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, Nuovi Instrumenti del diritto internazionale privato: Liber Fausto Pocar (eds. G. Venturini, S. Bariatti), Tome 2, Milano, 2009
15. Beaumont, P, Walker, L, *Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*, Interesentia, 2013
16. Beevers, K, *Child Abduction - Welfare or Comity*; Family Law, 1996
17. Beevers, K, *Intercountry Adoption of Unaccompanied Refugee Children*, Child and Family Law Quarterly, No 2, 1997
18. Beevers, K, *Child abduction: inchoate rights of custody and the unmarried father*, Child and Family Law Quaterly, Vol. 18, No 4, 2006
19. Beevers, K, Pérez Milla, J, *Child Abduction: Convention „Rights of Custody“ – Who decides? An Anglo-Spanish Perspective*, Journal of PIL, Volume 3, No. 1, April 2007
20. Bennett, M. H, *Judicial and Administrative Co-operation in Family Law Matters: Co-operation in Child Abduction and Similar Cases; International Law and The Hague's 750th Anniversary* (W. P. Heere, ed.), TMC Asser Press, The Hague, 1999

21. Bergquist, K. J. S, *Operation Babylift or Babyabduction?: Implications of the Hague Convention on the humanitarian evacuation and 'rescue' of children*, International Social Work 52(5), 2009
22. Bigot, A, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Presses Univeritaires d'Aix – Marseille, 2003
23. Biondi, B, *Le rôle des autorités centrales en matière d'enlèvements d'enfants; Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles, 2004
24. Boele-Woelki, K, Ferrand, F, González Beilfuss, C, Jänterä-Jareborg, M, Lowe, N, Martiny, D, Pintens, W, *Principles of Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007
25. Bogdan, M, *Concise Introduction to EU Private International Law*, Europa Law publishing, 2006
26. Bogdan, M, Maunsbach, U, *EU Private International Law: An EC Court Casebook*, 2006
27. Boggs, D.J, *Remarks on the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*; New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Issue 1, 2000
28. Bonomi, A, *La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires. Quelques observations sur le travaux en cours à La Haye et à Bruxelles*, L'arbre de la méthode et ses fruits civils - Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz (eds. D. Piotet, D. Tappy), Genève-Zurich-Bâle: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2006
29. Bonomi, A, *The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, YPIL, Vol. X, 2008
30. Bonomi, A, *Litigation in family matters: is it possible to reconcile uniformity and the application of the lex fori?*, IFL March 2012
31. Bonomi, A, *Explanatory Report on the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, HCCH, 2013
32. Borrás, A, *La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: similitudes y contrastes*, Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzáles Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia, Madrid, 2005
33. Borrás, A, *The Necessary Flexibility in the Application of the New Instruments on Maintenance; Convergence and Divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven International Publishing & Schulthess, 2010
34. Borrás, A, Degeling, J, with the assistance of William Duncan and Philippe Lortie, *Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, HCCH Publications, 2014

35. Bourel, P, Loussouarn, Y, *Droit international privé*, Paris, 1993
36. Bruch, C, *The 1989 Inter-American Convention on Support Obligations*, The American Journal of Comparative Law, 1992
37. Bruch, C.S, *Statutory Reform of Constitutional Doctrine: Fitting International Shoe to Family Law*, US Davis Law Review 28, 1994
38. Bruch, C, *How to Draft a Successful Family Law Convention: Lessons from the Child Abduction Conventions*, Children on The Move: How to Implement Their Right to Family Life (eds. J. Doek, H. Van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996
39. Bruch, C, *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges*, Globalization of child law, The Role of the Hague Conventions (eds. Sh. Detrick, P.Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999
40. Bruch, C, *Religious Law, Secular Practices and Children's Human Rights in Child Abduction Cases under The Hague Child Abduction Convention*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Number 2, Winter 2001
41. Bruch, C, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases*, Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004
42. Bucher, A. *La révision de la convention de La Haye sur la protection des mineurs*, Mélanges B. Schnyder, Famille et droit, Université de Fribourg, 1995
43. Bucher, A, *Jurisprudence suisse en matière de droit international privé des personnes et de la famille*, Revue suisse de droit international et droit européen, 2001
44. Bucher, A, *L'enfant en droit international privé*, Genève, Bâle, Munich, 2003
45. Bucher, A, *Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille*, Revue suisse de droit international et européen, 2005
46. Bucher, A, *The New Swiss Federal Act on International Child Abduction*; Journal of PIL, Vol. 4, No 2, August 2008
47. Bucher, A, *L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement*, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008
48. Bucher, A, *Réforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi suisse*, Nuovi Instrumenti del diritto internazionale privato: Liber Fausto Pocar (eds. G. Venturini, S. Bariatti), Tome 2, Milano, 2009

49. Caló, E, *L'influence du droit communautaire sur le droit de la famille*. Droit communautaire et droit de la famille, Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard, Liber amicorum, Édition Defrénois, 2007
50. Carbonier, J, *Droit civil – Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, 2004
51. Carro, J.L, *Regulation of Intercountry Adoption: Can the Abuses Come to an End?*, American Journal of Family Law, Fall 1995, Vol. 9, No 3
52. Chabert, C, *L'inérêt de l'enfant et les conflicts de lois*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001
53. Clive, E, *The Concept of Habitual Residence*, The Juridical Review part 3, 1997
54. Clive, E, *The role of the new Protection of Children Convention; Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions* (S. Detrick & P. Vlaardingbroek, eds.), Kluwer Law International, Netherlands, 1999
55. Coenraad, L, *European Committee on Legal Cooperation (CDCJ) CDCJ drafting group on Prevention and Resolution of Parental Disputes (Relocation of Children), A Comparative Analysis of the Current Rules on Child Relocation*, Strasbourg, 5 August 2013, CDCJ(2013)11, 2013
56. Coester-Waltjen, D, *The Future of the Hague Child Abduction Convention: The Rise of Domestic and International Tensions - The European Perspective*; New York University Journal of International Law and Politics, No 1, Fall 2000
57. Cordery, P, *Suspension by the UK of Intercountry Adoptions*, IFL, March 2006
58. Cournil, Ch, *Aux „confins des droits“ des mineurs étrangers non accompagnés détenus et refoulés – A propos de la décision de la CEDH du 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique no 13178/03, RCDIP 1/2008*
59. DeHart, G.F, *The Relationship Between the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Protection Convention*; New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Issue 1, 2000
60. Demaret, M, *L'enlèvement international d'enfants*, Revue générale de droit civil, 2006
61. Detrick, Sh, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1999
62. Donnier, J.B, *Actualité de l'adoption internationale*, Actualité du droit international privé de la famille, Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre Kayser, Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, 2009
63. Dovgert, A, *Codification of Private International Law in Ukraine*, YPIL Vol. VII, 2005

64. Drocourt, E, *L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29.5.1993. sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption*, Clunet 3/1999
65. Droz, G, *Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé*, Recueil des Cours, tome 229, 1991
66. Duncan, W, *Administrative and Judicial Co-operation with regard to the International Protection of Children*, International Law and The Hague's 750th Anniversary (editor W. P. Heere), T.M.C. Asser Press, 1999
67. Duncan, W, *Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (29 May 1993)*, IFL, July 1999
68. Duncan, W, *The Hague Conference on Private International Law and its Current Programme of Work Concerning the International Protection of Children and Other Aspects of Family Law*, YPIL, Vol. II 2000
69. Duncan, W, *The Hague Children's Conventions - Some News and Developments*, International Children's Rights Monitor, Vol. 13, No 1, January 2000
70. Duncan, W, *Abduction in Support of The Hague Child Abduction Convention: A View from the Permanent Bureau*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Fall 2000
71. Duncan, W, *Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions – The Quest for Uniformity*; in Einhorn, T., and Siehr, K., eds., *International Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2004
72. Duncan, W, *Les conventions de La Haye relatives à la protection de l'enfant, Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004
73. Duncan, W, *Nationality and the protection of children across frontiers and the example of intercountry adoption*, YPIL, vol. VIII, 2006
74. Duncan, W, *The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. Comments on its Objectives and Some of its Special Features*; YPIL vol. 10, 2008
75. Duncan, W, *Future developments in International Family Law*, Convergence and divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr (eds. K. Boele-Woelki et.al), The Hague, 2010
76. Dutoit, B, *Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant*, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon, Intersentia, 2013
77. Dyer, A, *Relocation of custodial parents and their children within the european union and problems of access: the scope and timing of judicial involvement*, E pluribus unum, Liber amicorum Georges A. L. Droz, 1996

78. Égéa, V, *Le dépeçement illicite d'enfants*, Actualité du droit international privé de la famille, Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre Kayser, Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, 2009
79. Fernández Arroyo, D. P, *What's New in Latin America Private International Law*, YPIL Volume 7, 2005
80. Fernhout, R, *Asylum-Seeking Children: How to Implement Their Right To Family Life*, Children on The Move: How to Implement Their Right to Family Life (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996
81. Ferrari, F, *Contracts for the International Sales of Goods: Applicability and Application of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2012
82. Francq, S, *Les premiers pas du législateur européen sur le chemin du droit international privé: le règlement 1347/2000 concernant la compétence et la reconnaissance des décisions en matière matrimoniale et la responsabilité parentale des enfants communs*, note sous C.E., 29 mai 2000, Revue du droit des étrangers, no 110, 2000
83. Fulchiron, H, *La lutte contre les enlèvements d'enfants*, Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (sous la direction de H. Fulchiron, C. Nourissat), Dalloz, 2005
84. Gallant, E, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, 2004
85. Gallant, E, *La convention de Luxembourg du 20 mai 1980 (bilan)*, Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004
86. Galesloot, M, *Globalization of child law: the role of the Hague conventions, Introduction*, eds. Sh. Detrick, P. Vlaardingerbroek, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, Kluwer Law International, the Netherlands, 1999, p. 1.
87. Gannagé, L, *Le DIP à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit famille)*, RCDIP 1/2001
88. Gaudemet - Tallon, H, *De quelques souhaits pour une meilleure coherence des règles de conflits de lois*, Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia, Madrid, 2005
89. Goodwin-Gill, G. S, *Protecting of Human Rights of Refugee Children: Some Legal and Institutional Possibilities*, Children on The Move: How to Implement Their Right to Family Life (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996

90. Gragl, P, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, 2013
91. Grataloup, S, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, *Bibliothèque de droit privé*, tome 290, LGDJ Monchrestien, 1998
92. Harding, M, *The Harmonisation of Private International Law in Europe; Taking the Character Out of Family Law?*, *Journal of PIL*, Vol. 7, No 1, 2011
93. Hess, B, *Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe*, *RCDIP* 92(2), 2003
94. Hirsch Ballin, E.M.H, *Children as world citizens*, Globalization of child law, The Role of the Hague conventions (eds. Sh. Detrick, P.Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999
95. HCCH, *Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to Good Practice*, HCCH Publications, 2008
96. HCCH, *Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part I - Central Authority Practice*, HCCH Publications, 2003
97. HCCH, *Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part II - Implementing Measures*, HCCH Publications, 2003
98. HCCH, *Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part III - Preventive Measures*, HCCH Publications, 2005
99. HCCH, *Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part IV – Enforcement*, HCCH Publications, 2010
100. HCCH, *The Implementation and Operation of the 1993 Intercountry Adoption Convention: Guide to Good Practice*, HCCH Publications, 2008
101. HCCH, *Accreditation and Adoption Accredited Bodies: General Principles and Guide to Good Practice No 2*, HCCH Publications, 2012
102. Jänterä-Jareborg, M, *A European Family Law for Cross-border Situations - Some Reflections Concerning the Brussels II Regulation and its Planned Amendments*, *YPIL* vol. IV, 2002
103. Jayme, E, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, *Recueil des Cours*, tome 251, Martinus Nijhoff Publishers, 1995
104. Jüenger, F. K, *General Course on Private International Law*, *Recueil des Cours*, tome 193, 1983
105. Kusters, J, Bellemans, F, *Les conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé: Recueil de législation et de jurisprudence*, Institut intermédiaire international, Martinus Nijhoff, La Haye, 1921

106. Kerno, I.S, *Document:-A/CN.4/67 Nationality, including Statelessness – Analysis of Changes in Nationality Legislation of States since 1930 – Memorandum Prepared by Mr. Ivan S. Kerno, Expert of the International Law Commission, Topic: Nationality including statelessness*, International Law Commission, fifth session, 1953
107. Klötgen, P, *La portée juridique donné à la parole de l'enfant, Les enlèvement d'enfants à travers les frontières*, Actes du Colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hughes Fulchiron, Bruxelles, 2004
108. Lagarde, P, *La protection du mineur double national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale: Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989
109. Lagarde, P, *Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des question alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé*, Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck, Fribourg, 1990
110. Lagarde, P, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, HCCH Publications, 1998
111. Lammerant, I, *L'évolution et les enjeux de l'adoption nationale et internationale*, Contribution aux Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre organisées à Sherbrooke (Canada) du 5 au 7 mai 2004 sur le thème „L'adoption: une réalité en évolution, à identifier et à partager“, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Volume 35, No. 2, 2005
112. Lequette, Y, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, Recueil des Cours, tome 264, 1994-II
113. Lortie, P, *The Development of Medium and Technology Neutral Int'l Treaties in Support of Post-Convention Information Technology Systems - The Example of the 2007 Hague Convention and Protocol*, YPIL Vol. 10, 2008
114. Lowe, N, *The 1996 Hague Convention on the protection of children - a fresh appraisal*; Child and Family Law Quarterly, Vol. 14, 2002
115. Lowe, N, *Case Studies on the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, ERA-Forum, 2003
116. Lowe, N, Overall, M, Nicholls, M, *International Movement of Children*, Family Law, Bristol, 2004
117. Lowe, N, *The Applicable Laws Provisions of the 1996 Hague Convention on the Protection of Children and the Impact of the Convention on International Child Abduction*; International Family Law, March 2010

118. Lowe, N, *A supra-national approach to interpretation the 1980 Hague Child Abduction Convention – a tale of two European courts: Part 1: setting the scene*, IFL March 2012
119. Lowe, N, *A supra-national approach to interpreting the 1980 Hague Child Abduction Convention – a tale of two European Courts: Part 2: the substantive impact of the two European Courts’ rulings upon the application of the 1980 Convention*, IFL June 2012
120. Lowe, N, Nicholls, M, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Family Law Jordan Publishing Limited, 2012
121. Loussouarn, Y, Bourel, P, de Vareilles-Sommières, P, *Droit international privé*, 9è édition, Dalloz, 2007
122. Magnus, U, Makowski, P, *European Commentaries on Private International Law - Brussels IIbis Regulation*, Munich, 2012
123. Mancini, A, *La déplacement illicite international des enfants et le rôle de la mission d’aide à la médiation internationale pour les familles*, ERA Forum scripta iuris europaei, no 1/2003
124. Marchadier, F, *La contribution de la Cour européenne des droits de l’homme à l’efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative*, RCDIP, 4/2007
125. Martínez-Mora, L, Baker, H, Harang, E, *The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and Subsidiarity: is the Subsidiarity Principle still „Fit for Purpose“?*, A Commitment to Private International Law (Un engagement au service du droit international privé), Essays in honour of Hans van Loon (Mélanges en l’honneur de Hans van Loon), Intersentia, 2013
126. Martiny, D, *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws*; Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye, III, tome 247, 1994
127. Martiny, D, *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws*, Recueil des Cours, tome 247, 1994 (III)
128. Mayer, P, Heuzé, V, *Droit international privé*, 10è édition, Paris, 2010
129. McEleavy, P. E, *International Contact - Where Does the Future Lie?*, International Family Law, April 2001
130. McEleavy, P, *The New Child Abduction Regime in the European Community: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, Journal of PIL, 2005
131. McEleavy, P, *The Communitarisation of Family Law : Too Much Haste Too Little Reflection?* in K. Boele-Woelki(eds) Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp, 2003
132. McEleavy, P, *Past and Future: The Hague Child Abduction Convention at the Crossroads*, Les enlèvements d’enfants à travers les frontières (Actes du colloque

organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003 sous la direction de Hugues Fulchiron), Bruxelles, 2004

133. McEleavy, P, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, Journal of PIL, Volume 1 Number 1, 2005
134. McEleavy, P, *A Protocol for the 1980 Hague Convention?*, IFL, 2010
135. McEleavy, P, *Habitual Residence and Children*, IFL, 2012
136. McEleavy, P, *The 1996 Hague Convention and the European Union, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, 2013
137. Mikelenas, V, *Reform of Private International Law in Lithuania*, YPIL, Vol. 7, 2005
138. Muir-Watt, H. *Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif. À propos de la circulaire du 16.2.1999 relative à l'adoption internationale*, RCDIP 3/1999
139. Muir-Watt, H, *Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalents*, RCDIP, Volume 55, No 4, 2003
140. Nadelmann, K.H, *Habitual residence and nationality as tests at The Hague: the 1968 Convention on recognition of divorces*, Texas Law Review, Vol. 47, 1968-1969
141. Nygh, P, *The International Abduction of Children, How to Implement Their Right to Family Life* (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Netherlands, 1996
142. Nygh, P, *The Hague Convention of the Protection of Children*, NILR XLV: 1-28, 1998
143. O'Brien, J, *Conflict of Laws*, second edition, London, 1999
144. Parra-Aranguren, G, *Explanatory Report on the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention*, HCCH Publications, 1994
145. Parra-Aranguren, G, *The United Nations Convention on the Rights of the Child and the Hague Conventions*, Globalization of Child Law, The Role of the Hague Conventions (eds. Sh. Detrick, P.Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999
146. Pelichet, M, *Note on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance*, Prel. Doc. No 1 of September 1995

147. Pérez Beviá, J.A, García Cano, S, *Contribución de la conferencia de la Haya a la globalización de los derechos del niño*, Globalización y derecho (eds. A.L. Calvo Caravaca, P. Blanco-Morales Limones), Madrid, 2003
148. Pérez Manrique, R.C, *The principle of the 'best interest of the child' in the context of the 1980 Hague convention: guidelines concerning its interpretation*, IFL March 2012
149. Pérez-Vera, E, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Acts et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III, Child abduction
150. Pfund, P.H, *The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child - Contribution of the Hague Conference on Private international Law*, International Law Students Association Journal of international and Comparative Law, International Practitioner's Notebook, vol. 3, no 2, 1997
151. Pfund, P.H, *Implementation of the Hague intercountry adoption convention in the United States: issues and problems*, E pluribus unum, Liber amicorum Georges A. L. Droz, 1996
152. Pfund, P. H, *Future United States Implementation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention*, Pacis Artes – Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzáles Campos. Tomo II – Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia, Madrid, 2005
153. Pirrung, J, *The german federal constitutional court confronted with punitive damages and child abduction*, E pluribus unum, Liber amicorum Georges A. L. Droz, 1996
154. Poisson-Drocourt, E., *L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption*, Clunet 3/1999
155. Reese, W. L. M, *Some Observations on the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law*, The American Journal of Comparative Law
Vol. 5, No. 4 Autumn, 1956
156. Retornaz, V, Volders, B, *Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif*, RCDIP 2/2008
157. Richez-Pons, A, *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004
158. Richez-Pons, A, *La notion „residence“*, Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (sous la direction de H. Fulchiron, C. Nourissat), Dalloz, 2005
159. Rigaux, F, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Recueil des Cours, tome 213,1989

160. Rubellin-Devichi, J, *Best Interests Principle in French Law and Practice*, International Journal of Law and the Family, Vol. 8, 1994
161. Sardenberg, M, *Judicial and Administrative Cooperation in Family Law Matters: Introduction*, International Law and The Hague's 750th Anniversary, T.M.C. Asser Press, 1999
162. Silberman, L.J, *Co-operative efforts in private international law on behalf of children: the Hague Children's Conventions*, Recueil des Cours, vol. 323, 2006
163. Silberman, L, *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2006
164. Silberman, L, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga*, Oklahoma Law Review, Vol. 63:733, 2011
165. Silberman, L, *The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children: A Perspective from the United States*, Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr (eds. J. Basedow et al), T.M.C. Asser Press, Netherland, 2000
166. 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, 2000
167. Siehr, K, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications. De lege lata and de lege ferenda*, YPIL Vol. 7, 2005
168. Schmidt, G. E, *Equal Treatment of the Parties in International Maintenance Cases*, Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr (eds. J. Basedow et al), T.M.C. Asser Press, Netherland, 2000
169. Schulz, A, *The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights*, Transnational Law and Contemporary Problems, 12, 2002
170. Schulz, A, *The New Brussels II Regulation and the Hague Conventions of 1980 and 1996*, International Family Law, No 1, March 2004
171. Schulz, A, *The state of development of uniform law in the field of European and international family and child law*, The European Legal Forum, Issue 6, 2007
172. Schulz, A, *The Enforcement of child return orders in Europe: where do we go from here?*, IFL March 2012
173. Schuz, R, *Habitual residence of children under the Hague Child Abduction Convention – theory and practice*, Child and Family Law Quarterly, Vol. 13, No 1, 2001

174. Schuz, R, *Policy Consideration in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, Journal of Transnational Law and Policy 11, 2001
175. Schuz, R, *The Hague Abduction Convention and Children's Rights Revisited*, IFL March 2012
176. Schlosser, P, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*; Recueil des Cours de l'Académie de droit international, t. 284, 2000
177. Schmidt, T. S, *The Incidental Question in Private International Law*, Recueil des Cours, tome 233, 1992-II
178. Spector, R, *The new uniform law with the regard to jurisdiction rules in child custody cases in the USA*, YPIL Vol. 2, 2000
179. Spector, R, *The New Uniform Law with Regard to Jurisdiction Rules in Child Custody Cases in the United States with Some Comparison to the 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Intercontinental Cooperation Through Private International Law - Essays in Memory of Peter E. Nygh (eds. T. Einhorn and K. Siehr), T.M.C. Asser Press, The Hague, 2004
180. Spector, R. G, *Maintenance in Private International Law in the United States: Harmonization of Divergent Rules and the Proposed Hague Maintenance Convention*, Yearbook of Private International Law, Vol. VII, 2005
181. de Steiger, W, *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*, Actes et documents de la Neuvième session (1960) - Protection des mineurs (Protection of minors), 1961
182. Sumampouw, M, *Les nouvelles Conventions de La Haye, tome I (1976), II (1980), III (1984), IV (1994), V (1996)*, Martinus Nijhoff Publishers
183. Sumampouw, M, *Parental responsibility under Brussels II*, Private Law in the International Arena: From national conflicts rules towards harmonization and unification, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000
184. Tenreiro, M, Ekström, M, *Recent developments in European Family Law*, ERA Forum, Special Issue: European Family Law, 1/2003
185. Tenreiro, M, *L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau règlement „Bruxelles II“*, Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (sous la direction de H. Fulchiron, C. Nourissat), Dalloz, 2005
186. Tyzack, W, *Mapping the jurisdiction minefield: steering clear of the traps of the EU Maintenance Regulation*, IFL September 2012
187. van Loon, J.H.A, *Intercountry Adoption of Children: A Challenge for International Co-operation to Protect Children's Rights*, Hague Yearbook of International Law, 1992

188. van Loon, J.H.A, *International Co-operation and Protection of Children with Regard to Inter-country Adoption*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, VII (244), 1993
189. van Loon, J.H.A, *Unification and Co-operation in the Field of International Family Law: A Perspective from The Hague*, E Pluribus Unum - Liber Amicorum Georges A.L. Droz, Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1996
190. van Loon, J.H.A, *The Hague Conference on Private International Law: An Introduction*, The Hague: Legal Capital of the World (eds. P. J. Van Krieken, D. McKay), T.M.C. Asser Press, The Hague, 2005
191. van Hoogstraten, V.M.H, *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, Recueil des Cours, 1967-III, tome 122
192. Verwilghen, M, *Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions*, Actes et documents de la Douzième session (1972) - Obligations alimentaires (Maintenance obligations)
193. von Overbeck, A. E, *Une règle de conflits uniforme en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, NILR, 1958
194. Von Overbeck, A. E, *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*, Recueil des cours, tome 132, 1971 - I
195. Von Overbeck, A. E, *Les nouvelles Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires*, Annuaire suisse de droit international, 1973
196. Von Overbeck, A. E, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé*, Recueil des Cours, tome 176, 1982
197. de Vareilles-Sommières, P, *Droit international privé*, Dalloz, 2007
198. Walker, L, Beaumont, P, *Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the ECHR and the EJC*, Journal of PIL, Vol. 7, No 2, 2011
199. Willems, G, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)*, Revue trimestrielle de droit familial 1/2012
200. Winter, S. I, *Home Is Where the Heart Is: Determining "Habitual Residence" Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Washington University Journal of Law & Policy, Volume 33: 351 The Politics of Identity after Identity Politics, 2010
201. Wright, M, *Urgent Provisional Measures under Article 20 Brussels IIbis vs Principles of Comity*, IFL September 2012

202. Župan, M, *Ukidanje egzekvatore u europskom pravu: nekoliko odabranih pitanja*, Pravo i porezi 17/2008
203. Župan, M, *Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim stvarima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 33 No. 2 Prosinac 2012
204. Župan, M, *Međunarodna nadležnost u obiteljskopравnim stvarima – presjek pravne stečevine EU* (u D. Babić, E. Čulinović-Herc, T. Čapeta, F. Eichel, J. Garašić, I. Goranić, N. Grković, W. Hau, M. Kengyel, E. Kunštek, V. Lazić, D. Martiny, C. Meller-Hannich, V. Rijavec, M. Stürner, M. Župan, Europsko građansko procesno pravo), Zagreb, 2013

Електронски извори

1. International Network of Lawyers, *Le recouvrement des pensions alimentaires en Europe (L'étude a été préparé à la demande de la Commission Européenne, Direction Générale de la justice et des affaires intérieurs)*, доступно на http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_maintenance_claims_fr.pdf (30.12.2013)
2. *Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the field of parental testing/DNA testing/compulsory testing/any other testing*, Strasbourg, 13 August 2010, доступно на http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FAGT3%20_2010_%20%20Jurisprudence%20of%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf
3. Kurki-Suonio, K, National Report: Finland, *Parental Responsibilities*, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Finland-Parental-Responsibilities.pdf>.
4. *Report of the Working Group of April 1994 to study the application to refugee children of the Intercountry Adoption Convention*, доступан на http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=932&dtid=2
5. Lund-Andersen, I., Gyldenløve Jeppesen de Boer, Ch, *National Report: Denmark, Parental Responsibilities*, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Denmark-Parental-Responsibilities.pdf>.
6. Pintens, W, Pignolet, D, *National Report: Belgium, Parental Responsibilities*, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Belgium-Parental-Responsibilities.pdf>
7. Lowe, N, *National Report: England and Wales, Parental Responsibilities*, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/England-Parental-Responsibilities.pdf>.
8. Dethloff, N, Martiny, D, *National Report: Germany, Parental Responsibilities*, доступан на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Parental-Responsibilities.pdf>.

9. Koutsouradis, A, *National Report: Greece, Parental Responsibilities*, доступен на <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Greece-Parental-Responsibilities.pdf>.
10. De Oliveira, G, Martins, R, *National Report: Portugal, Parental Responsibilities*, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Parental-Responsibilities.pdf>
11. Boele-Woelki, K, Schrama, W, Vonk, M, *National Report: the Netherlands, Parental Responsibilities*, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Netherlands-Parental-Responsibilities.pdf>.
12. Permanent Bureau, *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*, доступно на http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf (03.12.2013)
13. Borrás A, Degeling, J. with the assistance of William Duncan and Philippe Lortie, *Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, <http://www.hcch.net/upload/expl38.pdf>
14. Duncan, W. with the assistance of Harnois, C, *Administrative and legal costs and expenses under the new Convention on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, including legal aid and assistance*, Prel. Doc. No 10 of May 2004, доступно на http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd10e.pdf
15. de Boer-Buquicchio, M, Deputy Secretary General of the Council of Europe, Joint Council of Europe and European Commission Conference on *Challenges in adoption procedure in Europe*, доступно на http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption_conference_en.asp
16. Degeling, J, Pépit, S, *The Third Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, 17-25 June 2010 Theme I: Report of the Meeting, *The Judges' Newsletter on International Child Protection* - Vol. XVII, Spring 2011 ad 2 a), доступно на http://www.hcch.net/upload/newsletter/JN17_SC_Special-Focus_E.pdf
17. *European Network of National Observatories on Childhood* (ChildONEurope), Report on National and Intercountry Adoption, January 2006, доступно на http://www.childoneurope.org/issues/adoption/post_adoption_seminar/draft%20report%20on%20adoption.pdf
18. Report of the joint mission of UNICEF, UNHCR and DCI in collaboration with the Hague Conference on Private International Law for the protection of the rights of unaccompanied children in former Yugoslavia, 1993, доступно на <http://www.hcch.net/upload/unaccompanied.pdf>
19. Nuyts A. with the collaboration of Szychowska K., *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations), General Report (Final Version Dated 3 September*

- 2007), доступно и на http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf
20. Garbolino, J. D. *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*, 2012, доступно на [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/hagueguide.pdf/\\$file/hagueguide.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/hagueguide.pdf/$file/hagueguide.pdf) (03.12.2013)
 21. Република Србија 2014 Извештај о напретку који прати саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона, Стратегија проширења и кључни изазови за период 2014-2015 (СОМ Европска комисија (2014) 700 коначни), доступно на http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_o_napretku_14.pdf
 22. Живковић, М, Концепт редовног боравишта детета у праву Србије, доступно на <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haskakonvencija.html>
 23. Hess, Pfeiffer, Schlosser, *Report on the application of the Regulation Brussels I in the member states*, study JLS/C4/2005/03, Ruprecht-Karls_Univerität Heidelberg, 2007, доступан на http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

ПРИЛОГ 1
СПИСАК СУДСКИХ ОДЛУКА

Одлуке судова Републике Србије

1. Основни суд Сремска Митровица, судска јединица Рума, Посл. бр. 18 П2. 1551/13 од 26.12.2013. године, необјављено
2. Први Основни суд у Београду, Посл.бр. Р4-1/2011 од 07.04.2011, необјављено
3. Решење Вишег суда у Новом Саду Посл. бр. Гж.2-38/2013 од 11.09.2013. године, необјављено
4. Решење Основног суда у Новом Саду Посл.бр.П2. 2982/12 од 30.05.2013., необјављено
5. Решење Вишег суда у Новом Саду Посл.бр.Гж.2-38/2013 од 11.09.2013. године, необјављено
6. Решење Основног суда у Ужицу 2РЗ. 452/13од 05.07.2013, необјављено
7. Решење 16 Пом. Иг-23/11 Основног суда у Зајечару од 20.12.2012. године, необјављено
8. Решење Основног суда у Ваљеву СЈ Љиг, 1-25 Пом “Иг“ бр. 32/11 од 10.04.2013, необјављено
9. Виши суд у Београду, Гж бр. 1926/12 од 21.03.2012, необјављено
10. Решење Врховног суда Србије, Гж. 47/08 од 08.05.2008
11. Решење Врховног суда Србије Гж. 104/04 од 04.11.2004

Одлуке страних судова

1. A.M.R.I. v. K.E.R., 2011 ONCA 417, INCADAT HC/E/CA 1067
2. Al Habtoor v. Fotheringham [2001] EWCA Civ 186 (INCADAT HC/E/Uke 875
3. A v A (Children) (Habitual Residence) (2013) UKSC 60, INCADAT HC/E/Uke1233
4. Akbarali v Brent London Borough Council; Abdullah v Ahropshire County Council; Shabpar v Barnet London Borough Council; Jitendra Shah v Barnet London Borough Council; Barnet London Borough Council v Nilish Shah, (1983) 2 AC 309[1983] 2 WLR 16, [1983] 1 All ER 226, HL

5. B v H (Habitual Residence: Wardship), 19.10. 2001 [2002] 1 FLR 388
6. Cameron v. Cameron, 1996 SC 17, INCADAT HC/E/UKs 71
7. Court of Appeal Judgment, ZA & Anor v NA [2012] EWCA Civ 1396
8. Commissioner, Western Australia Police v. Dormann, JP (1997) FLC 92-766, INCADAT HC/E/AU 213
9. Cooper v. Casey (1995) FLC 92-575; INCADAT HC/E/AU 104
10. D.T. v. L.B.T. (2010) EWHC 3177 (Fam.), INCADAT HC/E/UKe 1042
11. Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Thorpe (1997) FLC 92-785, INCADAT HC/E/AU 212
12. Delvoye v. Lee, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003), United States Court of Appeals for the Third Circuit, HC/E/USf 529, INCADAT HC/E/USf 529
13. Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217, 222 (3d Cir. 1995) INCADAT: HC/E/US 83
14. Ferraris v. Alexander, 125 Cal. App. 4th 1417 (Cal. App. 3d. Dist., 2005). INCADAT HC/E/USs 797
15. In the matter of LC (Children) and In the matter of LC (Children) (No 2), доступна на http://supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0221_Judgment.pdf
16. Isaacs v. Rice, 1998 U.S. Dist. Lexis 12602
17. In re CL (a minor) and in re the Child Abduction and Custody Act 1985; JS v CL, INCADAT HC/E/UKn 390
18. In re M (Abduction: Habitual Residence) (1996) 1 FLR 887
19. In Re A (Wardship: Jurisdiction) (1995) 1 FLR 767
20. In re Bates, No. CA 122-89, High Court of Justice, Family Div'1 Ct. Royal Courts of Justice, United Kingdom 1989
21. Justice de Paix du cercle de Lausanne, (Magistrates' Court), decision of 6 July 2000, J 765 CIEV 112E, INCADAT HC/E/CH 434
22. Kapur v Kapur (1985) Fam Law 22; (1984) FLR 920
23. Mozes v Mozes, US Appeals Court, 9th Cir, No 98-56505, 9 January 2001, INCADAT HC/E/USf 301
24. Murray v. Director, Family Services (1993) FLC 92-416, INCADAT HC/E/AU 113
25. McCarthy v. McCarthy 1994 SLT 743, INCADAT HC/E/UKs 26
26. MacMillan v. MacMillan, 1989 SLT 350, 1989 SCLR 243, INCADAT HC/E/UKs 25

27. N.J.C. v. N.P.C. [2008] CSIH 34, 2008 S.C. 571, INCADAT HC/E/UKs 996
28. *Nessa v Chief Adjudication Officer* (1998) 1 FLR 879, (1998) 2 All ER 728, CA
29. *Karkkainen v. Kovalchuk*, US Court of Appeals, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), INCADAT HC/E/Usf 879
30. *L.W. v. B.W.L.* [2007] 2 HKLRD 193, INCADAT HC/E/CNh 975
31. *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (1990) 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom *C. v. S. (A Minor) (Abduction)*, INCADAT HC/E/UKe 2
32. *Re P (GE) (An Infant)* (1965) CH 586, (1965) 2 WLR 1
33. *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (2011) EWCA Civ 361, (2011) 2 F.L.R. 724, INCADAT HC/E/UKe 1066
34. *Re S (Minors) (Abduction: Wrongful Retention)* (1994) 1 FLR 82 Fam 70; INCADAT HC/E/UKe 117
35. *Re S.*, Auto de 21 abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1a, INCADAT HC/E/ES 244
36. *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, INCADAT HC/E/UKe 937
37. *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 FCR 159, INCADAT HC/E/UKe 270
38. *Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1993] Fam 242, INCADAT HC/E/UKs 87
39. *Re F. (A Minor) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195
40. *Re M (Minors) (Residence Order: Jurisdiction)* (1993) 1 FLR 495
41. *Re V (Abduction: Habitual Residence)* [1995] 2 FLR 992, INCADAT HC/E/UKe 45
42. *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (1990) 2 A.C. 562 INCADAT HC/E/UKe
43. *Re T* (2010) EWHC 3177 (Fam)
44. *Re L. (Abduction: Pending Criminal Proceedings)* [1999] 1 FLR 433, INCADAT HC/E/UKe 358
45. *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (2011) UKSC 27, (2012) 1 A.C. 144, INCADAT HC/E/UKe 1068
46. *Re H (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72, INCADAT HC/E/UKe 46
47. *Re F. (A Minor) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195, INCADAT HC/E/UKe 40

48. Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction), INCADAT HC/E/UKe 2
49. Souratgar v. Fair, 720 F.3d 96 (2nd Cir. 2013), INCADAT HC/E/USf 1240
50. S.S.-C. c. G.C., Cour supérieure du Québec, 15 août 2003, n° 500-04-033270-035, INCADAT HC/E/CA 916
51. Stern v Stern, United States Court of Appeals for the eight circuit, No. 10-2493 Submitted: April 12, 2011 Filed: May 6, 2011, одлука доступна на <http://media.ca8.uscourts.gov/opndir/11/05/102493P.pdf> US Court of Appeals; 983 F Supp 2d 1396, INCADAT HC/E/USf 142
52. S.K. v. K.P. [2005] 3 NZLR 590, INCADAT HC/E/NZ 816
53. V v B (A Minor) (Abduction) (1991) 1 FLR 266
54. W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy) [2002] 1 FLR 1008, INCADAT HC/E/Uke 470
55. ZA v NA [2012] EWCA Civ 1396, [2012] 3 F.C.R. 421, INCADAT HC/E/UKe 1192
56. P. v. Secretary for Justice [2004] 2 NZLR 28, INCADAT HC/E/NZ 583
57. Watson v. Jamieson 1998 SLT 180 INCADAT HC/E/UKs 75
58. Toren v. Toren, 191 F.3d 23 (1st Cir. 1999), INCADAT HC/E/USf 584
59. Cass Civ 1ère 19/03/2002(Arrêt n° 516 FS-P, pourvoi n° 00-17692), INCADAT HC/E/FR 512
60. C v C (Minor)(Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654, INCADAT HC/E/UKe 34
61. 5P.1/1999, Bundesgericht (Tribunal Fédéral), INCADAT HC/E/CH 427
62. Croll v. Croll , 229 F.3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001), INCADAT HC/E/USf 313
63. Gonzales v. Gutierrez, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002), INCADAT HC/E/USf 493
64. Abbott v. Abbott, 130 S. Ct. 1983 (2010)
65. W.(V.) v. S.(D.), 134 DLR 4th 481 (1996), INCADAT HC/E/CA17
66. W.P.P. v. S.R.W. (2001) ILRM 371, INCADAT HC/E/IE 271
67. Re V.-B. (Abduction: Custody Rights) (1999) 2 FLR 192, INCADAT HC/E/UKe 261
68. S. v. H. (Abduction: Access Rights) (1998) Fam 49 INCADAT HC/E/UKe 36
69. Pirrie v. Sawacki (1997) SLT 1160, INCADAT HC/E/UKs 188

70. Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) (2006) UKHL 51, INCADAT HC/E/UKe 880
71. Re JB (Child Abduction) (Rights of custody: Spain), (2003) EWHC 2130, (2004) 1 FLR 796
72. Kulko v. California (436 U.S. 84 (1978))
73. WP.P v. W., Cantonal Court of Zurich on 15 April 1975
74. Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390, INCADAT HC/E/UKe 56
75. Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371, INCADAT HC/E/UKe 269
76. N. v. N. (Abduction: Article 13 Defence) (1995) 1 FLR 107 INCADAT HC/E/UKe 19
77. Wolfe v. Wolfe (1993) NZFLR 277, INCADAT HC/E/NZ 303
78. Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) (1995) Fam 224, (1995) 3 WLR 339, (1995) Fam Law 534, INCADAT HC/E/UKe 8
79. Decision of the Supreme Court, 1 December 1999, I CKN 992/99 INCADAT HC/E/PL 701
80. Director General of the Department of Family and Community Services v. Davis (1990) FLC 92-182, INCADAT HC/E/AU 293
81. .D. v. J.B., (1996) R.D.F. 753 (Que.C.A.) INCADAT HC/E/CA 369
82. Secretary For Justice v. Parker 1999 (2) ZLR 400 (H), INCADAT HC/E/ZW 340
83. Re K. (Abduction: Child's objection) (1995) 1 FLR 107, INCADAT HC/E/UKe 19
84. Re M. (Abduction: Undertakings) (1995) 1 FLR 1021, INCADAT HC/E/UKe 20
85. De directie Preventie, optredend voor zichzelf en namens Y (de vader /the father) against X (de moeder/ the mother) (7 February 2001, ELRO nr.AA9851 Zaaknr:813-H-00) , HC/E/NL 314
86. In the Matter of L.L. (Children), 22 May 2000, Family Court of New York, HC/E/USs 273
87. Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC) HC/E/ZA 309
88. CA Amiens 4 mars 1998, n°5704759, INCADAT HC/E/FR 704
89. Re B. (A Minor) (Abduction) (1994) 2 FLR 249, INCADAT HC/E/UKe 4
90. Re O. (Child Abduction: Custody Rights) (1997) 2 FLR 702, (1997) Fam Law 781, INCADAT HC/E/UKe 5

91. Re G. (Abduction: Rights of Custody) (2002) 2 FLR 703, INCADAT HC/E/UKe 505
92. Re W. (Minors) (Abduction: Father's Rights) (1999) Fam 1, INCADAT HC/E/UKe 503
93. Re B. (A Minor) (Abduction: Father's Rights) (1999) Fam 1, INCADAT HC/E/UKe 504
94. Re G. (Child Abduction) (Unmarried Father: Rights of Custody) (2002) EWHC 2219 (Fam) (2002) ALL ER (D) 79 (Nov), (2003) 1 FLR 252, INCADAT HC/E/UKe 506
95. Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal) [2011] EWCA Civ 361, [2011] 2 F.L.R. 724, INCADAT HC/E/UKe 1066
96. Anderson v. Paterson (2002) NZFLR 641, INCADAT HC/E/NZ 471
97. CA Paris, 15 février 2007, No de RG 06/17206, INCADAT HC/E/FR 979
98. CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739, INCADAT HC/E/FR 947
99. D.T. v. L.B.T. (2010) EWHC 3177 (Fam.), INCADAT HC/E/UKe 1042
100. Re W. (Abduction: Domestic Violence) (2004) EWHC 1247, (2004) 2 FLR 499, INCADAT HC/E/ UKe 599
101. Re F. (Children) (Abduction: Removal Outside Jurisdiction) (2008) EWCA Civ. 842, (2008) 2 F.L.R. 1649, INCADAT HC/E/UKe 982
102. Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), INCADAT HC/E/AU 294

Међународни суд правде

Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants: Netherland v. Sweden, International Court of Justice Report 1958

Суд правде ЕУ

1. C-452/93 P (Magdalena Fernández/Commission)
2. C-523/07, INCADAT HC/E/ 1000
3. Mercredi v Chaffe (C-497 PPU; INCADAT HC/E/ 1044)

4. C-334/00 Judgment of the Court 17 September 2002, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)
5. C-18/02 Judgment of the Court 5 February 2004, Danmarks Rederiforening, acting on behalf of DFDS Torline A/S v. LO Landsorganisationen i Sverige, acting on behalf of SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation
6. Case C-400/10 PPU J. McB. v. L.E., INCADAT HC/E/ 1104
7. Doris Povse v. Mauro Alpago (C-211/10 PPU), INCADAT HC/E/ 1328
8. Case C-195/08 PPU Rinau v. Rinau, [2008] E.C.R. I-5271, [2008] 2 FLR 1495, INCADAT HC/E/ 987
9. Case C 491/10 PPU Aguirre Zarraga v. Pelz (2010) ECR I-14247, INCADAT HC/E/ 1043
10. Owusu v Jackson, Case C-281/02 (2005) ECR – I-1383
11. Jasna Detiček v. Maurizio Sgueglia (C-403/09 PPU) [2011] Fam 199, INCADAT HC/E/ 1327
12. Bianca Purrucker v. Guillermo Vallés Pérez (C-256/09) [2011] Fam 254, INCADAT HC/E/ 1329
13. Health Service Executive v SC and AC, C-92/12 PPU (2012) 2 FLR

Европски суд за људска права

1. Anghel v. Italy (Application No. 5968/09) INCADAT HC/E/ 1232
2. Case of Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, Application no. 13178/03, Judgment 12 October 2006 Final 12/01/2007
3. Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application No 41615/07), Grand Chamber, 06 July 2010, INCADAT HC/E/ 1323
4. Kroon and others v. the Netherlands (18535/91), 27 October 1994
5. Marckx contre Belgique, 13 juin 1979, n° de requête 00006833/74
6. Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81)
7. Sylvester v Austria (App. Nos. 36812/97; 40104/98 (2003) 37 E.H.R.R. 17), INCADAT HC/E/ 502

8. Shuruk v. Switzerland, Application No 41615/07, Grand Chamber, INCADAT HC/E/ 1323
9. X. v. Latvia, Application No. 27853/09, Grand Chamber, INCADAT HC/E/ 1234
10. Ignaccolo-Zenide v. Romania, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7, INCADAT HC/E/ 336
11. Iosub Caras v. Romania, Application No. 7198/04, (2008) 47 E.H.R.R. 35, INCADAT HC/E/ 867
12. P.P. v. Poland, Application no. 8677/03, INCADAT HC/E/ 941
13. Karadžić v. Croatia, Application No. 35030/04, (2005) 44 EHRR 896, INCADAT HC/E/ 819
14. Bianchi v. Switzerland, Application No. 7548/04, INCADAT HC/E/ 869
15. Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain, Requête no 56673/00, (2005) 40 E.H.R.R. 36, INCADAT HC/E/ 542
16. Monory v. Hungary & Romania, Application No. 71099/01, (2005) 41 EHRR 77, INCADAT HC/E/ 802
17. Eskinazi and Chelouche v. Turkey (Application No 14600/05), INCADAT HC/E/ 742
18. Maumousseau and Washington v. France (Application No 39388/05), INCADAT HC/E/ 942
19. Raban v. Romania (Application No 25437/08), INCADAT HC/E/ 1330
20. Van Den Berg and Sarri v. Netherlands, 7239/08 [2010] ECHR 1947
21. MR and LR v. Estonia (Application No 13420/12), INCADAT HC/E/ 1177
22. B. c. Belgique (Requête No 4320/11), INCADAT HC/E/ 1171
23. Affaire Raw et autres c. France, Requête no. 10131/11, arrêt du 07/06/2013
24. Šneersonė and Kampanella v. Italy (Application No 14737/09), INCADAT HC/E/ 1152

ПРИЛОГ 2

СПИСАК КОРИШЋЕНИХ СКРАЋЕНИЦА

Часописи и монографске публикације

AJCL - *American Journal of Comparative Law*

Clunet - *Journal du Droit International*

IFL – *International Family Law*

Journal of PIL – *Journal of Private International Law*

NILR - *Netherlands International Law Review*

RCDIP - *Revue critique de droit international privé*

RabelsZ - *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*

Recueil des Cours - *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*

YPIL – *Yearbook of Private International Law*

Законски прописи и конвенције

ЗРСЗ – *Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије*

ЗИО – *Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије*

Нацрт – *Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије*

Европска конвенција 1980 – *Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања (1980)*

Конвенција 1902 - *Конвенција о старатељству над малолетницима (1902)*

Конвенција 1956 - *Конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања деце (1956)*

Конвенција 1958 - *Конвенција о признању и извршењу одлука о издржавању деце (1958)*

Конвенција 1961 - *Конвенција о надлежности органа и меродавном праву у материји заштите малолетника (1961)*

Конвенција 1965 - *Конвенција о надлежности, меродавном праву и признању одлука о усвојењу (1965)*

Конвенција Меродавно право 1973 - *Конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања (1973)*

Конвенција Признање 1973 - *Конвенција о признању и извршењу одлука о обавезама издржавања (1973)*

Конвенција 1980 - *Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980)*

Конвенција 1993 - *Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења из (1993)*

Конвенција 1996 - *Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996)*

Конвенција 2007 - *Конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања (2007)*

Протокол 2007 - *Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања (2007)*

Њујоршка конвенција – *Конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству (1956)*

Биографија аутора

Сања Ђ. Марјановић рођена је 27.06.1979. године у Нишу. Правни факултет Универзитета у Нишу уписала је школске 1998/1999. године, а дипломирала је 2005. године са просечном оценом 9,77. У току студирања била је стипендиста града Ниша (од 2001. до 2003. године) и Владе Краљевине Норвешке (2001. године). Након дипломирања, радила је као судијски приправник у Општинском суду у Нишу, а затим као сарадник у настави, односно асистент за ужу Међународноправну научну област Правног факултета Универзитета у Нишу. Такође, била је секретар Радне групе Министарства правде Републике Србије за израду новог Закона о међународном приватном праву у периоду од августа 2011. године до окончања израде Нацрта, јуна 2014. године. Учествовала је на међународним конференцијама и има објављене радове из области међународног приватног права.



Прилог 1.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Изјављујем да је докторска дисертација, под насловом

ЗАШТИТА ДЕТЕ У ХАШКИМ КОНВЕНЦИЈАМА О МЕЂУНАРОДНОМ ПУБЛИЧНОМ ПРАВУ

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација, ни у целини, ни у деловима, није била предложена за добијање било које дипломе, према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права, нити злоупотребио/ла интелектуалну својину других лица.

у Нишу, 20.10.2014.

Аутор дисертације: САЊА МАРЈАНОВИЋ

Потпис докторанда:

Стефановић



Прилог 2.

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКЕ
ДИСЕРТАЦИЈЕ**

Име и презиме аутора: САЊА МАРЈАНОВИЋ

Студијски програм: _____

Наслов рада: ЗАШТИТА ДЕТЕ У ХАШКИМ КОНВЕНЦИЈАМА О МЕЂУНАРОДНОМ ПУБЛИЧНОМ ПРАВУ

Ментор: ПРОФ. ДР МИРКО ШИВКОВИЋ

Изјављујем да је штампана верзија моје докторске дисертације истоветна електронској верзији, коју сам предао/ла за уношење у **Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу.**

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци, који су у вези са добијањем академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада, и то у каталогу Библиотеке, Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Нишу, као и у публикацијама Универзитета у Нишу.

У Нишу, 20.10.2014.

Аутор дисертације: САЊА МАРЈАНОВИЋ

Потпис докторанда:



Прилог 3.

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Никола Тесла“ да, у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, унесе моју докторску дисертацију, под насловом:

ЗАШТИТА ДЕЉЕ У КАНКИМ КОНВЕНЦИЈАМА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ
која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату, погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију, унету у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, могу користити сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons), за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство – некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да подвучете само једну од шест понуђених лиценци; кратак опис лиценци је у наставку текста).

У Нишу, 20. 10. 2014.

Аутор дисертације:

САЊА МАРЈАНОВИЋ

Потпис докторанда: