

KONCEPT " NAJBOLJEG INTERESA DETETA" UNUTAR HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE

U radu će se analizirati odnos Haške Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece prema "najboljem interesu deteta", kao fundamentalnom principu porodičnog prava. Tačnije, ukazaće se na prostor koji navedena Konvencija ostavlja za ostvarivanje principa "najboljeg interesa deteta" unutar sopstvenog mehanizma primene. Premda doneta gotovo deceniju ranije od Konvencije o pravima deteta, Haška Konvencija je prepoznala potrebu da se "najbolji interes deteta" zaštiti na određen način. U tom smislu, Haška Konvencija konstituiše pravnu pretpostavku kako je u "najboljem interesu deteta" da se što hitnije vrati u državu uobičajenog boravišta. Individualizacija "najboljeg interesa deteta" se ostvaruje preko propisivanja izuzetaka od obaveza hitnog povratka deteta u vidu osnova za obaranje navedene pravne pretpostavke. U radu se ukazuje kako nacionalni organi koji odlučuju o povratku deteta uglavnom restriktivno primenjuju pomenute izuzetke kako ne bi urušili osnovni mehanizam Haške Konvencije. Međutim, od vremena donošenja navedene Konvencije, snaga principa "najboljeg interesa deteta" je značajno narasla, te se nacionalnim vlastima ostavlja sve više prostora da izuzetke od obaveze povratka deteta tumače šire i elastičnije, što može ozbiljno uzdrmati proceduralne ciljeve kojima Haška Konvencija teži.

Ključne reči: Haška Konvencija, otmica deteta, najbolji interes deteta, pravna pretpostavka, izuzeci

1. Uvod

Prekogranično odvođenje dece je složen problem, koji predstavlja izvor kako pravnih, tako i političkih sukoba među državama. Može se reći kako gotovo nijedna zemlja, niti nacija nije uspela da pomenuti problem izbegne. S obzirom na naglašen međunarodnopravni elemenat problema, postalo je jasno kako efikasan odgovor na prekogranično odvođenje dece može doći samo kao posledica zajedničke i usaglašene aktivnosti svih država na međunarodnom planu. Upravo takvi koordinirani naponi iznedrili su Hašku Konvenciju o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece (u daljem tekstu Haška Konvencija), usvojenu u Hagu 25. oktobra 1980. godine, kao prvi i najznačajniji međunarodni ugovor u domenu prekograničnog odvođenja dece ¹.

¹ Prema izveštaju The Hague Conference on Private International Law do sad ima ukupno 90 potpisnica ove Konvencije, dostupno na: www.hcch.net/index_en.php, 14. 10. 2013.

Navedena Konvencija se razlikuje od svih drugih u međunarodnom privatnom pravu po tome što njen cilj nije da unificira pravila u slučaju sukoba zakona, niti da uspostavi pravila u pogledu sukoba nadležnosti. Naprotiv, ona je instrument saradnje između država sa ciljem momentalnog povratka deteta.² U Konvenciji se insistira na uspostavljanju ranijeg stanja koje je postojalo do momenta odvođenja deteta, tj. njegov povratak u uobičajeno mesto boravka, a tek potom na rešavanju spornih pitanja, koja se tiču, pre svega, vršenja roditeljskog prava.³ U svakom slučaju, nijedan drugi organ ne bi trebao rešavati pitanja vršenja roditeljskog prava, osim onog koji je nadležan u mestu uobičajenog boravišta deteta. Na ovaj način, uspostavljanjem predašnjeg stanja, što je osnovni cilj Haške Konvencije, žele se obeshrabriti svi oni koji bi odvodili decu preko granice sa svim praktičnim i pravnim posledicama.

Shodno tome Haška Konvencija nudi mehanizam kojim se savladavaju problemi koji nastaju kao posledica sukoba roditelja oko vršenja roditeljskog prava i odvođenja deteta u drugu državu. U ovom slučaju postoji potreba da se zaštititi dete kao prirodno najranjiviji i, po pravilu, posredni akter sukoba njegovih roditelja. U tom smislu, opravdano se može postaviti pitanje da li je povratak deteta uvek u "najboljem interesu deteta", što je jedan od osnovnih principa iz Konvencije o pravima deteta⁴, koji mora biti uvek primenjen u postupcima kada se odlučuje o njegovim pravima. Postoji realna bojazan da pozivanje na jedan ovakav krajnje neodređen i širok princip⁵ može postati za sud samo izgovor da ne primeni pravo,⁶ odnosno, zgodno opravdanje za svaku sudsku odluku, naročito onu kojom se odbija povratak deteta u zemlju u kojoj dete ima "uobičajeno boravište".⁷

U radu će biti izneti argumenti kojima se navedena bojazan potkrepljuje, čime se može dovesti u pitanje sistem ustanovljen Haškom

² Fiorini, A., 'Enlèvements internationaux d'enfants - solutions internationales et responsabilités étatiques', McGill Law Journal, Vol. 51, No. 2, 2006, str. 279 - 326, na str. 283.

³ Pored ove Konvencije postoje i druge, regionalne, sa gotovo identičnim ciljevima. Kao što su Evropska Konvencija o priznanju i izvršenju odluka koje se tiču roditeljskog staranja i ponovnom uspostavljanju odnosa staranja, od 20. maja 1980., CETS 105; Međuamerička konvencija o međunarodnom povratku dece, od 15. jula 1989, OAS Treaty Series 70.

⁴ Konvenciju je ratifikovala SFRJ (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/90), a preuzela SRJ (Službeni list SRJ, br. 4/96 i 2/97).

⁵ Pogotovo ako se uzme u obzir da se pravna norma zasnovana na "najboljem interesu deteta" pre podseća na jednu socijalnu paradigmu a ne na konkretnu pravnu normu. See Elisa Pérez-Vera, E., *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, para. 21. available at: www.hcch.net/upload/expl28.pdf, 18. 10. 2013.

⁶ Da parafraziramo reči Profesorice Rubellin Devichi koja je davno napisala « donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit"; Rubellin Devichi, J., "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", *Revue française des affaires sociales*, Vol. 48, No. 4, 1994, str. 157-193, na str. 163.

⁷ Prema čl. 3.st.1. radne verzije Zakona o građanskopravnoj zaštiti od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja koji je izradilo Ministarstvo pravde Republike Srbije "pod uobičajenom boravištem deteta, u smislu ovog zakona, podrazumeva se mesto u kojem je dete integrisano u društvenu i porodičnu sredinu". O pomenutoj radnoj verziji detaljno videti: Kovaček - Stanić G., "Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmice dece", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012, str. 74 - 94.

konvencijom. Oni se uglavnom zasnivaju na odlukama nacionalnih sudova država potpisnica Haške konvencije. Materija će se izložiti u tri celine, u kojima je prikazan mehanizam primene "najboljeg interesa deteta" unutar Haške Konvencije. Shodno tome, najpre će biti reči o potrebi da se unutar Haške konvencije obezbedi prostor za primenu principa "najboljeg interesa deteta" i načina na koji to navedeni međunarodni ugovor čini. Potom će se u drugom delu rada analizirati iskazivanje navedenog principa kroz opštu pravnu pretpostavku o povratku deteta u državu uobičajenog boravišta. U trećem delu, razmotriće se osnovi za obaranje pravne pretpostavke o "najboljem interesu deteta", koje Haška konvencija daje u obliku izuzetaka od obaveze povratka deteta.

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

Haška Konvencija o prekograničnom odvođenju dece se često ističe kao izuzetno uspešan primer međunarodne saradnje⁸, čija osnovna vrednost proističe iz jednostavnosti obaveza koje propisuje.⁹ Naime, kao što je rečeno, čitavo zdanje navedenog međunarodnog ugovora počiva na pretpostavci kako se štetne posledice prekograničnog odvođenja dece mogu najdelotvornije ublažiti hitnim povratkom nezakonito odvedenog ili zadržanog deteta u državu gde se nalazi uobičajeno boravište deteta.¹⁰ Pri tome, sudski ili administrativni organ koji donosi odluku o povratku deteta ne može zadirati u vršenje roditeljskog prava, jer se odluka o tome prepušta pravnom sistemu države sa kojom su dete i njegova porodica najneposrednije povezani, odnosno državi mesta uobičajenog boravišta deteta.¹¹ Međutim, bez obzira na veliku operativnu moć Haške Konvencije, o pomenutom međunarodnom ugovoru ne treba suditi isključivo na osnovu broja dece koja su vraćena u države uobičajenog boravišta i brzini njihovog povratka.¹² Drugim rečima, ne sme se dozvoliti da se dete kao pravni subjekt izgubi i učini nevidljivim unutar mehanizma Haške Konvencije. Naime, osnovna svrha navedene Konvencije ostvaruje se u neizbežnoj senci jednog drugog cilja, zaštite "najboljeg interesa deteta".

U kontekstu principa "najboljeg interesa deteta", brzina i pragmatičnost Haške Konvencije suočavaju se sa ozbiljnim testom, s obzirom da navedeni princip nameće usaglašavanje ili čak podređenost interesa ostalih pravnih

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

⁹ Lowe N; Douglas, G., *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007, str. 631.

¹⁰ Murphy, J., *International dimensions in family law*, Manchester University Press, Manchester, 2005, str. 213.

¹¹ Videti: čl. 1. i 2. Haške Konvencije; U ovom smislu: Roszkowski v. Roszkowska, 274 N.J. Super. 620, 644 A.2d 1150 (Ch. Div. 1993), HC/E/USs 238; W.(V.) v. S.(D.), (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481, HC/E/CA 17; Supreme Court of Finland: KKO:2004:76, HC/E/FI 839.

¹² Schuz, R., 'The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, No. 4, 1995, str. 771-802, na str. 771.

subjekata interesima deteta.¹³ Sa druge strane, ne može se izbeći utisak kako su u prvom planu Haške Konvencije prava i interesi roditelja,¹⁴ dok se interes deteta nastoji, često veštački, uklopiti u mehanizam primene pomenutog međunarodnog ugovora. Zbog toga osnovni problem primene principa "najboljeg interesa deteta" u okvirima Haške Konvencije predstavlja ostvarivanje ravnoteže između hitnog povratka deteta u slučaju prekograničnog odvođenja, uz uvažavanje pravnog poretka države uobičajenog boravišta deteta, i poštovanja principa koji zahteva prilagođavanje interesa svih ostalih pravnih subjekata interesu deteta. Ravnoteža je nužna kako bi se u izvesnom smislu postigao kompromis između ciljeva Haške Konvencije i principa "najboljeg interesa deteta", koji je navikao biti gospodar, a ne sluga u pravnim odnosima koji se na bilo koji način tiču dece.

Tvorci Haške Konvencije su ostavili izvestan prostor u kome bi unutar mehanizma za brzi povratak deteta bilo mesta i za sagledavanje "najboljeg interesa deteta". Međutim, sve i da tako nisu postupili, pomenuti prostor bi se morao naći, jer bi u suprotnom Haška Konvencija teško mogla opstati na pravnoj sceni. Bez obzira na efikasnost Konvencije na polju međunarodnog privatnog prava, nije moguće zaobići "najbolji interes deteta" kao osnovni princip porodičnog prava u čiji domen pomenuti međunarodni ugovor neminovno zalazi.¹⁵ Iz tog razloga, u narednom delu će se razmotriti šta Haška Konvencija nudi principu "najboljeg interesa deteta" i šta pomenuti princip od Haške Konvencije traži.

U vreme donošenja Haška Konvencije, princip "najboljeg interesa deteta" je već bio prisutan u tekstu jednog međunarodnog ugovora globalnog značaja, Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena,¹⁶ premda pomenuti međunarodni ugovor još uvek nije bio stupio na snagu. Ipak, najznačajniju formulaciju navedenog principa sadrži Konvencija UN o pravima deteta iz 1989. godine (KPD).¹⁷ Tako se navedenom Konvencijom proklamuje kako će "u svim postupcima koji se tiču dece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne ustanove socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tela, najbolji interes deteta biti od prvenstvenog značaja".¹⁸ Na ovaj način, princip "najboljeg interesa deteta" je postao višestruko snažniji u odnosu na vreme kada je usvojena Haška Konvencija. Najpre, domašaj pomenutog principa je sa relativno uskog domena vršenja roditeljskog prava proširen na sve pravne odnose od neposrednog ili posrednog značaja za dete. Dalje, princip "najboljeg interesa deteta" se sada počeo ostvarivati u jednom

¹³ U zavisnosti da li se u zakonodavstvu države uobičajenog boravišta deteta primenjuje koncepcija o 'prvenstvenom' ili 'vrhunskom značaju' najboljeg interesa deteta prilikom odlučivanja o pitanjima iz domena vršenja roditeljskog prava.

¹⁴ Caldwell, J., *'Child welfare defences in child abduction cases - some recent developments'*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 13, No. 2, 2001, str. 121-136, na str. 121.

¹⁵ Schuz, R., *loc. cit.*, str. 772.

¹⁶ Čl. 16. st. 1. (f). Konvencije Ujedinjenih Nacija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, od 18. decembra 1979, UNTS 1249.

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

¹⁸ Čl. 3. st. 1. KPD.

posebnom kontekstu, koga karakterišu prava deteta kao posebna kategorija ljudskih prava. Tako je dete postalo centralna figura porodičnopравnih odnosa, a roditeljsko pravo se transformisalo u roditeljsku dužnost, odnosno odgovornost.

3. Povratak deteta u državu uobičajenog boravišta kao osnov pravne pretpostavke o "najboljem interesu" deteta

Zbog nesumnjivih vrednosti Haške Konvencije, bilo je potrebno naći prostor za primenu "najboljeg interesa deteta" unutar granica pomenute Konvencije. Tako se prvi i jedini jasno ocrtan trag prisustva "najboljeg interesa deteta" prepoznao u preambuli Haške Konvencije, prema kojoj su "države-ugovornice u snažnom uverenju da je interes dece od vrhunskog značaja u odnosima koji se tiču vršenja roditeljskog prava".¹⁹ Ipak, u pomenutoj preambuli se govori o "interesu dece" kao određene društvene grupe, a ne "interesu deteta", kao individualnog pravnog subjekta.²⁰ Međutim, neodređenost sadržine "najboljeg interesa deteta" upravo proističe iz okolnosti da je navedeni princip individualističkog karaktera, čiju sadržinu oblikuje svaki pojedinačni slučaj. Iz tog razloga je moć diskrecije organa koji primenjuju princip "najboljeg interesa deteta" tako velika.

Kako bi se navedeni problem otklonio, u jednom delu literature,²¹ ali i sudske prakse država-ugovornica²² govori se o pojmu "najboljeg interesa dece", koji predstavlja okvir za princip "najboljeg interesa deteta". Tako se smatra kako "najbolji interes" dece u potpunosti odražava osnovni cilj Haške Konvencije da se deca što hitnije vrate u državu njihovog uobičajenog boravišta.²³ Na taj način umanjuju se štetne posledice odvođenja dece i odvrćaju roditelji koji razmišljaju preduzeti tako nešto.²⁴ Dakle, interes pojedinačnog deteta se u izvesnom smislu prinosi na oltar interesima dece kao grupe.²⁵

Argumentaciju za tezu o postojanju pojma "najboljeg interesa dece" naizgled nudi osnovna formulacija principa "najboljeg interesa deteta" iz KPD gde se, između ostalog, navodi kako su i zakonodavna tela dužna poštovati navedeni princip.²⁶ Kako zakonodavna tela, po pravilu, donose pravne akte koji sadrže opšte pravne norme, jasno je kako je njihova aktivnost može biti

¹⁹ Videti: preambulu Haške Konvencije.

²⁰ Videti: *Idem*.

²¹ Videti: Schuz (1995), *loc.cit.*, p.774; Herring, *op.cit.*, str. 533 - 534; N. Lowe; Douglas,G, *op.cit.*, str. 631 - 632.

²² Preambula govori o "interesima dece" uopšte, a ne o "najboljem interesu" konkretnog deteta pred sudom. Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, HC/E/CA 11.

²³ Videti: Schuz, R., 'The Hague Abduction Convention and Children's Rights', Transnational Law & Contemporary Problems, Volume 12, No. 2, 2002, str. 393-452, na str. 398.

²⁴ Schuz (1995), *loc.cit.*, p. 775 - 776. Nemački pravnik Kurt Siehr ističe kako ovakva generalna politika nema ništa zajedničko sa "najboljim interesom deteta" u konkretnom slučaju; Siehr, K., "The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and Successes in German Practice", International Law and Politics, Vol. 33, No. 1, 2000, str. 207-220, na str. 218.

²⁵ *Ibidem*, str. 776.

²⁶ Videti: čl. 3. st. 1. KPD.

usmerena samo na decu kao društvenu grupu, a ne na svako pojedinačno dete. Međutim, aktivnost zakonodavnih organa nema za cilj određivanje sadržine "najboljeg interesa deteta", već davanje smernica onim pravnim subjektima koji neposredno uobličavaju sadržinu navedenog principa (sudovi, administrativni organi). Tačnije, zakonodavac ne može odrediti kakav će biti "najbolji interes deteta" u svakom konkretnom slučaju, ali može kroz opšta pravna pravila ustanoviti odgovarajuće pretpostavke koje bi važile u korist "najboljeg interesa deteta". Pomenute pretpostavke, kao što je rečeno, imaju za cilj olakšati primenu principa "najboljeg interesa deteta", ali i umanjiti diskreciju pravnih subjekata koje navedeni princip primenjuju.²⁷ Shodno tome, ne može se govoriti o "najboljem interesu dece", nego o načinu da se "najbolji interes deteta" iskaže kroz odgovarajuću pretpostavku. Dakle, preambulom Haške Konvencije se uspostavlja pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" u slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta. Izuzeci od navedene opšte obaveze povratka deteta nisu ništa drugo nego osnovi za obaranje pomenute pretpostavke. S obzirom da iskazivanje "najboljeg interesa deteta" putem pretpostavki sužava diskrecioni prostor pravnih subjekata koji navedeni princip primenjuju, pomenuti izuzeci predstavljaju preostali diskrecioni prostor za individualnu, odnosno istinsku primenu "najboljeg interesa deteta". Iz tog razloga se ostvarivanje koncepta "najboljeg interesa deteta" unutar Haške Konvencije može sagledati jedino kroz odnos između opšte pretpostavke o obavezi povratka deteta i osnova za obaranje pomenute pretpostavke, odnosno izuzetaka od obaveze da se dete što hitnije vrati u državu uobičajenog boravišta.

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

4.1. Dovođenje deteta u "nepodnošljivu situaciju"

Dugo je prisutna praksa da se svi navedeni izuzeci od obaveze hitnog povratka deteta restriktivno primenjuju.²⁸ Postoji, ne bez razloga, strah kako bi

²⁷ Iskazivanje "najboljeg interesa deteta" kroz odgovarajuće pretpostavke predstavlja najstariji pristup problemu sadržine navedenog principa. Na primer, u vreme nastanka koncepta "najboljeg interesa deteta", postojala je pretpostavka kako otac najbolje zna šta je u interesu deteta. Videti: Van Krieken, R., "The 'Best Interests of the Child' and Parental Separation: On the 'Civilizing of Parents' ", The Modern Law Review, Volume 68, No. 1, 2005, str. 25-48, na str. 28. Kroz evoluciju pojedinih pretpostavki može se pratiti i razvoj principa "najboljeg interesa deteta". Ipak, glavni nedostatak navedenog pristupa problemu sadržine "najboljeg interesa deteta" jeste odsustvo elastičnosti potrebne kako bi se ispratile burne i neprekidne promene koje su zahvatile pravne odnose koji se tiču deteta.

²⁸ Tako je u jednoj starijoj, ali uticajnoj odluci procenjeno kako će samo u najredim slučajevima razdvajanje deteta od roditelja koji ga je odveo i novog okruženja dostići nivo povrede koji traži Hague Convention. Videti: Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290; U jednoj drugoj odluci se u kontekstu dovođenja deteta u "nepodnošljivu situaciju" navodi kako je reč "nepodnošljiva" tako jaka po svom smislu i značenju da postavlja lestvicu za primenu navedenog

slobodnija upotreba navedenih pravila predstavljala svojevrsnog "trojanskog konja" unutar Haške Konvencije, koji bi mogao urušiti i obesmisлити читав mehanizam navedenog međunarodnog ugovora. Od svih navedenih izuzetaka, pojedini teoretičari se najviše pribojavaju upravo "nepodnošljive situacije" kao osnova za odbijanje povratka deteta, smatrajući kako se pomenutim izuzetkom otvara Pandorina kutija.²⁹

Pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" da se što pre vrati u državu uobičajenog boravišta, u praksi se najčešće obara upravo zbog procene kako bi se dete povratkom dovelo u "nepodnošljivu situaciju".³⁰ Treba reći kako se u literaturi umesto pomenutog izuzetka često navodi postojanje "ozbiljnog rizika od povrede deteta" kao osnov za donošenje odluke o odbijanju povratka u državu uobičajenog boravišta.³¹ Međutim, navedeni razlog je samo uzrok koji dovodi do posledice, odnosno do "nepodnošljive situacije za dete". Drugim rečima, u situacijama kada se utvrdi "ozbiljan rizik od povrede deteta", nije potrebno dokazivati kako je nastupila "nepodnošljiva situacija" po dete. Tvorci Haške Konvencije su izričito utvrdili postojanje uzročno-posledične veze između "ozbiljnog rizika od povrede deteta" i "nepodnošljive situacije" u koju bi se dete u takvim okolnostima dovelo. Na to ukazuje i formulacija navedenog pravila iz Haške Konvencije gde se navodi kako država u koju je dete odvedeno nije dužna vratiti dete ako "postoji ozbiljan rizik da će povratak dete izložiti fizičkoj ili psihičkoj povredi ili na drugačiji način dovesti dete u nepodnošljivu situaciju".³²

Izrazi "ozbiljan rizik" i "nepodnošljiva situacija" sugerišu kako put do osporavanja pretpostavke o "najboljem interesu deteta" iz Haške Konvencije nije ni malo lak, te da je prag dokazivanja veoma visok. Najčešće, u odbranu odvođenja roditelj pokušava da drugog roditelja (koji zahteva povratak) predstavi kao nepodobnog po dete. Roditelj koji traži povratak deteta govori o "kidnapovanju" na šta drugi odgovara da život sa njim za dete predstavlja "ozbiljan rizik", da će povratak dete dovesti u "nepodnošljivu" situaciju. Onaj roditelj koji osporava povratak često želi predstaviti dete kao "ozbiljnu" žrtvu nasilja čiji je položaj "nepodnošljiv" za šta optužuje drugog roditelja.

Kada se radi o "ozbiljnoj opasnosti" na prvom mestu treba istaći fizičku opasnost po dete, koje neće biti vraćeno u zemlju u kojoj besni građanski rat ili postoji stalna opasnost od nasilja. Pri tome, postojanje fizičke ili psihičke opasnosti se mora odnositi konkretno na dete čiji se povratak traži, a ne generalno na kontekst u kojem živi određena populacija.³³ U ovom slučaju interes deteta da ne bude odvedeno iz uobičajenog mesta boravka bez garancija stabilnosti u novoj situaciji mora ustuknuti pred primarnim interesom svakog lica da ne bude izloženo fizičkoj ili psihičkoj opasnosti ili da bude dovedeno u

izuzetka visoko. Videti: Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) [2002] EWCA Civ 908, HC/E/UK 469.

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

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

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

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

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

nepovoljan položaj.³⁴ Ali, pored tih spoljnih događaja od rizika koji je "objektivna", ta nepovoljna situacija može biti i subjektivna. U ovom smislu i roditelj koji zahteva povratak može biti opasnost, ukoliko je bio nasilan prema detetu. U sudskoj praksi se ovaj izuzetak vrlo usko tumači kako ne bi ostao "mrtvo slovo na papiru", tj. nije dovoljan jedan, izolovan akt nasilja, već kontinuirano nasilje u prošlosti i opasnost ponavljanja u budućnosti da bi se mogao odbiti zahtev za povraćaj deteta po ovom osnovu.³⁵

Dakle, standard dokazivanja "nepodnošljive situacije" je generalno vrlo visok. Sudovi u Velikoj Britaniji³⁶, Austriji,³⁷ Australiji,³⁸ Kanadi,³⁹ Novom Zelandu,⁴⁰ Nemačkoj⁴¹ i SAD⁴² oklevaju da odbiju povratak deteta u slučaju nasilja u porodici. U sudskoj praksi SAD traži se da tvrdnje iz čl.13.st.1.b budu dokazane na "jasan i ubedljiv"⁴³ način saglasno zakonskim pravilima. Pri tome sudovi ili ignorišu izraz "nepovoljna situacija" iz čl.13.st.1.b, i svoje odluke baziraju uglavnom na dokazivanju postojanja "ozbiljne opasnosti od fizičkih i psihičkih povreda", ili je podvode pod izraz "ozbiljna opasnost od fizičkih ili psihičkih povreda."⁴⁴ Sudovi u Engleskoj i Velsu vrlo restriktivno interpretiraju izuzetak iz čl.13.1b. Oni, slično američkim sudovima, zahtevaju da dokazi budu

³⁴ U ovom smislu: Pérez-Vera, E., Explanatory Report on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction; United Nations Convention on the Rights of the Child, str. 433. Dostupno na: www.hcch.net/upload/expl28.pdf.

³⁵ Videti: DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AND THE ARTICLE 13 "GRAVE RISK" EXCEPTION IN THE OPERATION OF THE HAGUE CONVENTION OF 25 OCTOBER 1980 ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: A REFLECTION PAPER, (drawn up by the Permanent Bureau) str.18; dostupno na: www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf.

³⁶ Odluka Apelacionog suda u slučaju Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) [2002] EWCA Civ 908, HC/E/UK 469.

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

³⁸ Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), HC/E/AU 294. Premda, može se reći da stavovi sudova u ovoj zemlji donekle variraju. Tako je u jednom slučaju sud odbio povratak deteta smatrajući da su ispunjeni uslovi koji se zahtevaju u čl. 13, al. 1. b. Sud konstatuje da bi povratak deteta (2. godine) u SAD predstavljao ozbiljnu opasnost za njega što bi ga dovelo u nepodnošljivu situaciju budući da bi se vratilo samo jer majka odbija da se vrati. State Central Authority of Victoria v. Ardito, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne), HC/E/AU 283.

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

⁴⁰ Odluka Višeg suda (Auckland), K.S. v. L.S. [2003] 3 NZLR 837, HC/E/NZ 770. U ovom slučaju jedan od sudija naglašava da se izuzetak iz čl.13,1b odnosi na dete i interesuje se za izuzetne situacije ili bilo koje druge kod drugih lica, pa i roditelja koji je dete odveo, izuzev ako to ne pogađa dete. U ovom slučaju majka je odvela dete iz Australije na Novi Zeland gde joj je potom otkriven kancer. Pravedajući se potrebom da nastavi tretman lečenja u toj zemlji odbila je povratak deteta.

⁴¹ Odluka Oberlandesgericht Dresden (Higher Regional Court, 10 UF 753/01, Oberlandesgericht Dresden, HC/E/DE 486. Premda su sudovi u Nemačkoj u ranijem periodu bili skloni liberalnijem tumačenju izuzetka iz čl.13.b. Videti: 17 UF 260/98, Oberlandesgericht Stuttgart, HC/E/DE 323.

⁴² Odluka Vrhovnog suda Konektikata, Judicial District of Hartford, Panazatou v. Pantazatos, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997, HC/E/US 97

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

⁴⁴ Navedeno prema: Weiner, M. H., 'Intolerable situations and counsel for children: Following Switzerland's example in Hague abduction cases', American University Law Review, Vol. 58, No. 2, pp. 334-403, at p. 345.

"jasni i neoborivi".⁴⁵ Na tom pravcu stoje i sudovi u Srbiji, gde iz jedne odluke Višeg suda u Valjevu proizilazi kako je ocena o ispunjenosti uslova za odstupanje od dužnosti vraćanje deteta izuzetna i "mora biti zasnovana na nedvosmislenim i čvrstim dokazima".⁴⁶

Osnovni cilj navedenog pristupa jeste da onaj ko je dete odveo ne izvuče nikakvu korist iz svog nezakonitog akta i da ne može računati da će posledica toga odvođenja biti stvaranje "ozbiljnog rizika" ili "nepodnošljive situacije" u slučaju povratka. Očigledno da pojedine zemlje kroz visoke standarde dokazivanja "nepodnošljive situacije" teže ka što restriktivnijoj primeni izuzetka iz čl.13. Oni, pri tome, smatraju da se najbolji interes deteta štiti upravo njihovim povratkom u zemlju uobičajenog boravišta. Pored ovoga, neke od njih, kao što to rade australijski sudovi, takav stav opravdavaju i tvrdnjom da „oni smatraju da se vrši povratak u zemlju uobičajenog boravišta, a ne jednom licu ili posebnom regionu”.⁴⁷ Istovremeno, sudovi na Novom Zelandu smatraju da naredba za povratak deteta u jednu zemlju nije naredba za vraćanje deteta roditelju i da ono ostaje pod odgovornošću centralnog organa u toj drugoj zemlji.⁴⁸

Ipak, neke druge zemlje, kao što je Francuska, naklonjene su jednom širem tumačenju navedenih izuzetaka iz čl.13.1.b.⁴⁹ Ovakav stav proističe najviše iz činjenice da sudovi, kao što je rečeno, navedene izuzetke iz čl.13.st.1b tumače iz ugla najboljeg interesa deteta.⁵⁰

U Konvenciji se ne definiše "nepodnošljiva situacija". Međutim izraz "ozbiljna opasnost" sugerise da je polje primene prilično usko i da najviše podseća na objektivni osećaj da bi za dete povratak bio nepodnošljiv.⁵¹ Zbog teškoće oko tumačenja izraza "nepodnošljiva situacija" Švajcarska je

⁴⁵ Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371, HC/E/UKe 269.

Slično je postupio i Savezni ustavni sud Nemačke kada je istakao kako "only unusually severe endangerment of a child's welfare, which appears to be substantial, specific and current, precludes a child's return. Hardship for the abducting parent generally does not constitute such prejudice. 2 BvR 1206/98, Bundesverfassungsgericht, 29.10.1998, HC/E/DE 233

⁴⁶ Viši sud u Valjevu, u odluci 23/11, nije uzeo u obzir nasilje koje je učinjeno prema roditelju koji je dete odveo, iako značajna istraživanja u društvenim naukama pokazuju da "postoji velika povezanost između partnerskog nasilja i problema dece, čak i onda kada ona nisu direktne žrtve. U tom smislu, Wolfe, D. A., Crooks, C. V, Lee, V., McIntyre-Smith, A. and Jaffe, P. G., "The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique", Clinical Child and Family Psychology Review, Vol. 6, No. 3, 2003, str. 171-187, na str. 182. ; Edleson, J.L., "Children's Witnessing of Adult Domestic Violence", Journal of Interpersonal Violence, Vol. 14, No. 8, str. 839-870, na str. 860-861 ; Edleson, J. L., "The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering", Violence Against Women, Vol. 5, No. 2, 1999, str. 134-154, na str. 145.

⁴⁷ Kay, J., Australian journal of family law, novembre 2005, volume 19; Navedeno prema: J. Gillen, loc. cit., str. 34-35.

⁴⁸ Gillen, loc. cit., str. 34-35.

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

⁵⁰ Videti: Vassallo, B., *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance : conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale, Bruxelles II bis*. Available at: www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html.

⁵¹ Weiner, loc. cit., str. 375.

međunarodnoj zajednici predložila usvajanje jednog posebnog pravnog akta.⁵² Kako u tome nije uspela, Švajcarskoj je ostalo da svoje savezno zakonodavstvo o prekograničnom odvođenju dece prilagodi principu "najboljeg interesa deteta". Tako je pomenuta država 21. decembra 2007. godine usvojila zakon o međunarodnom odvođenju dece i haškim konvencijama o zaštiti dece i odraslih kojim su određeni neki pojmovi iz Haške konvencije.⁵³ Shodno tome, u čl. 5 precizira kriterijum "nepodnošljivosti" iz čl.13.st.1. b, gde se kaže da ona postoji: a) kada smeštaj kod roditelja koji traži povratak očigledno nije u interesu deteta, b) kada roditelj koji traži povratak deteta s obzirom na okolnosti slučaja očigledno nije u stanju da se stara o detetu u državi gde ono ima uobičajeno mesto boravka (ili se iz opravdanih razloga od njega ne može zahtevati da tako postupi), ili c) kada smeštaj kod trećih lica nije u najboljem interesu deteta.⁵⁴

Posebno je pitanje kako tretirati situaciju kada je roditelj koji je odveo dete u opasnosti, a ne direktno dete. Kako uostalom razlikovati fizičku opasnost ili psihičku traumu koja se pričinjava detetu od one koja se čini roditelju. Zar ne postoji psihičko nasilje nad detetom ako svakodnevno posmatra kako jedan roditelj fizički zlostavlja drugog?

Što se tiče uporednog prava situacija je vrlo različita i ne postoji uvek isti stav, čak i u okvirima iste države. Tako je u jednom slučaju *Parsons c. Styger*,⁵⁵ doneta odluka o povratku deteta iz Kanade u Kaliforniju (SAD) budući da je nasilje od strane muža bilo upereno prema supruzi a ne detetu. Istovremeno, majka nije pružila dovoljno uverljive dokaze o nasilju prema njoj. Međutim u jednom drugom vrlo poznatom slučaju *Pollastro c. Pollastro* isti sud je odbio povratak deteta jer je majka, koja je dete odvela, uspela dokazati da je bila žrtva nasilja od strane muža.⁵⁶ Prema ovoj odluci nasilje jednog roditelja prema drugom može dovesti dete u situaciju fizičke ili psihičke opasnosti čak i u situaciji kada se nasilje ne koristi direktno protiv njega. Počevši od ove odluke

⁵² Neposredni povod je bio "the Wood case". U ovom slučaju majka je svoje dvoje dece odvela iz Australije u Švajcarsku. Pošto je slučaj otkriven deca su joj oduzeta i smeštena u instituciju na godinu dana do povratka u Australiju. Kada je došlo vreme za povratak deca su prisilno uvedena u avion. Po dolasku u Australiju deca su ponovo smeštena u hraniteljsku porodicu budući da se otac nije mogao starati o njima. Majka se nije vratila u Australiju da ne bi bila krivično gonjena zbog otmice dece. U međuvremenu deca su promenila nekoliko hraniteljskih porodica. Konačno je australijski sud odlučio da se majci poveri vršenje roditeljskog prava i deca su vraćena u Švajcarsku. Ukratko deca su bila kod majke kao i pre otpočinjanja postupka za povratak, ali su preživela veliki stres tokom trajanja postupka.

⁵³ Zakon je dostupan na: www.admin.ch/ch/f/ff/2008/33.pdf. Za vreme zasedanja 5.sednice Specijalne Komisije Haške konvencije švajcarska delegacija je predložila ovaj tekst kao dopunu čl.13.st.b. Velikom većinom predlog je odbačen najviše zbog korišćenja izraza "najbolji interes deteta". To je protumačeno kao prvi korak ka širokom tumačenju navedenog izuzetka iz čl.13. SAD su smatrale da se upravo najbolji interes deteta ostvaruje kroz njegov povratak. Videti: Weiner, *loc. cit.*, str. 339-340.

⁵⁴ Upravo se na ovaj zakon pozvao Švajcarski federalni sud u jednoj od najnovijih odluka koje se tiču povratka deteta. Videti: 5A_479/2012, Ile Cour de droit civil, arrêt du TF 13 juillet 2012, HC/E/CH 1179.

⁵⁵ U pitanju je odluka Vrhovnog suda Ontaria : *Parsons v. Styger* (1989), 67 O.R. (2d) 1 (L.J.S.C.), aff'd (1989) 67 O.R. (2d) 11 (C.A.), HC/E/CA 16.

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

sudovi u Kanadi sve više prihvataju ideju da ozbiljan rizik po fizičko i psihičko stanje roditelja predstavlja takođe ozbiljan rizik za dete što opravdava primenu izuzetka iz čl.13.st.1b.⁵⁷

4. 2. Protivljenje deteta povratku u državu uobičajenog boravišta

Kada je u pitanju protivljenje deteta povratku, treba reći da se ovaj izuzetak često kombinuje sa drugim.⁵⁸ Konvencija o pravima deteta garantuje detetu koje je sposobno da formira mišljenje pravo da slobodno izrazi svoje mišljenje o svim pitanjima koje ga se tiču.⁵⁹ Mišljenje deteta, kao i u svim drugim postupcima, biće uzeto u obzir pod uslovom da je dete sposobno formirati mišljenje. Pri tome, od "najboljeg interesa deteta" zavisi kakav će se značaj dati mišljenju deteta, odnosno hoće li se navedeno mišljenje usvojiti.

Tvorci Haške konvencije bili su svesni značaja mišljenja deteta prilikom donošenja odluke o povratku u slučajevima prekograničnog odvođenja.⁶⁰ Tako, prema pomenutom međunarodnom ugovoru, "sudski ili administrativni organ može odbiti da naloži povratak deteta ako utvrdi kako se dete protivi povratku i da je dostiglo uzrast i stepen zrelosti u kojem je opravdano uzeti u obzir njegovo mišljenje".⁶¹

Treba reći da, za razliku od Pravila Brisela 2 bis,⁶² Haška konvencija ne priznaje izričito pravo deteta da bude saslušano. Ipak, iako se u Haškoj konvenciji ne pravi aluzija na potrebu direktnog saslušanja deteta, može se reći da su upravo ovi izuzeci inspirisani potrebom zaštite "najboljeg interesa deteta."⁶³ Utvrđivanje ovog interesa bez mišljenja deteta teško da je moguće.

⁵⁷ Videti: Apelacionog suda Kvebeka (Kanada), N.P. v. A.B.P., [1999] R.D.F. 38 (Que. C.A.), HC/E/CA 764.

⁵⁸ Najčešće se smatra kako jasno iskazano protivljenje deteta povratku može značiti kako bi se dete dovelo u "nepodnošljivu situaciju ukoliko bi se vratilo u državu uobičajenog boravišta. See, for example: The Ontario Court v. M. and M. (Abduction: Children's Objections) [1997] 1 FLR 475, [1997] Fam Law 227, HC/E/UK 33; Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 FCR 159, HC/E/UK 270.

⁵⁹ Videti: čl. 12. KPD.

⁶⁰ Videti, na primer slučaj W. v. W. 2003 SCLR 478, HC/E/UKs 508, gde škotski sud u kontekstu protivljenja deteta od 9 godina navodi da ukoliko je stav deteta sasvim definisan i snažno iskazan, predstavlja važan faktor u vršenju sudske diskrecije. Razlozi zbog koji dete nije htelo da se vrati u Australiju bili su: očevo ponašanje prema njoj i njenoj sestri bliznakinji dok su živeli u Australiji, strah da ne budu razdvojene od majke, želja da nastavi školovanje u Škotskoj.

⁶¹ Čl. 13. Haške Konvencije.

⁶² Ova Pravila je doneo Savet Evropske Unije. U Uredbi Saveta (EC) No 2201/2003 (Brussels II bis) u čl. 11. st. 2. predviđa se mogućnost da dete bude saslušano prilikom primene odredbi čl. 12 i 13. Haške Konvencije, izuzev ako bi to bilo nesaglasno sa njegovim godinama i njegovom zrelošću. Pravo deteta da slobodno izrazi svoje mišljenje predviđeno je i u Povelji o osnovnim slobodama Evropske Unije (2000/C 364/01) u čl. 24. st. 1.

⁶³ U prilog tome govori i sudska praksa. Tako, u obrazloženju odluke u slučaju Director General, Department of Community Services v. De Lewinski (1996) FLC 92-674, sudija Nicholson CJ navodi: "politika Konvencije se ne podriva saslušanjem onoga što dete ima reći i doslovnim shvatanjem izraza "protivljenje". To je zbog toga što sud treba načiniti kritičku procenu u pogledu uzrasta i zrelosti deteta, te da li se u okolnostima konkretnog slučaja može vršiti diskreciono ovlašćenje kojim se odbija povratak deteta." [[1996] FLC 92-674 at 83,017].

Bez obzira što je postupak hitan, budući da mora biti pravnosnažno okončan za šest nedelja, u slučajevima kada se ističe jedan od razloga za odbijanje zahteva za povratak mora se sprovesti dokazni postupak. U ovom pogledu u sklopu postupka mora se saslušati i dete, bez obzira što sud ne rešava meritorno pitanje vršenja roditeljskog prava.⁶⁴

Pored ovoga, na ovaj način se prihvata mogućnost da mišljenje deteta o svom povratku ili nepovratku može biti odlučujuće u situaciji ako po mišljenju suda ima dovoljno godina i ako je dovoljno zrelo. Detetu je tako data mogućnost da interpretira svoj sopstveni interes. Ova odredba može postati opasna ako bi se detetu direktno postavilo pitanje u pogledu povratka.⁶⁵ Ono izvesno može imati jasnu predstavu situacije ali koje takođe može biti pod velikim psihičkim pritiskom ako smatra da mora da bira između dva roditelja.⁶⁶

Kao što je rečeno, sudovi su u obavezi uzeti u obzir mišljenje deteta kada se dete suprotstavlja povratku a dostiglo je onaj uzrast ili stepen zrelosti u kojem je sposobno formirati mišljenje⁶⁷. Sud koji odlučuje o povratku deteta nije u ovom slučaju vezan njegovim iznetim mišljenjem. Iako mišljenje deteta predstavlja važan elemenat odluke, ono se ne može, međutim, pretvoriti u pravo apsolutnog veta.⁶⁸ Ovakvo mišljenje je zastupljeno u praksi sudova u Srbiji,⁶⁹ kao i Suda za ljudska prava u Strazburu.^{70/71} Sud može, ali i ne mora uvažiti

⁶⁴ I Specijalna Komisija za paktičnu primenu Haških Konvencija iz 1980. i 1996. godine (1 - 10 jun 2011) u svojim Zaključcima i Preporukama pozdravlja napore da se deci u skladu sa njihovim godinama i zrelošću pruži mogućnost da budu saslušana u postupku koji se vodi za njihov povratak prema Haškoj Konvenciji. Ovo bez obira na činjenicu da li se njegov povratak osporava na osnovu čl. 13. st. 2. Haške Konvencije (50). Specijalna Komisija takođe naglašava značaj potrebe da osoba koja razgovara sa detetom, bez obzira da li je to sudija, nezavisni stručnjak ili drugo lice, koliko god je to moguće, bude obučeno za ovaj zadatak. Specijalna komisija takođe prepoznaje potrebu da dete bude obavešteno, na način koji odgovara njegovom uzrastu i zrelosti, o postupku koji se vodi i njegovim mogućim posledicama.

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

⁶⁶ U ovom pogledu ne sme se zanemariti i uticaj roditelja koji je dete odveo, odnosno sa kojim dete živi, sa čim se mora računati. Kao što se kaže u jednoj odluci suda u Liježu: "Iluzorno je verovati da će dete biti potpuno otporno na ono što misli ili kaže roditelj sa kojim živi...To ne znači da su stavovi deteta automatski sugerisani od roditelja kada ide u istom pravcu. N° de rôle: 02/7742/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, 27/5/2003, HC/E/BE 546.

⁶⁷ Prema Porodičnom zakonu Republike Srbije dete ima pravo veta na odluku o povratku samo ako ima 15 godina i sposobnost za rasuđivanje. Ovo proizlazi iz odredbe člana 60. st. 2. Porodičnog zakona RS prema kojoj "dete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može odlučiti sa kojim će roditeljem živeti".

⁶⁸ U slučaju *Cass Civ 1ère 8 Juillet 2010*, N° de pourvoi 09-66406, HC/E/FR 1073, francuski kasacioni sud je istakao da iako je dete dovoljno zrelo (14 godina) i ako se suprotstavlja povratku, sama činjenica suprotstavljanja nije dovoljna da se spreči povratak.

⁶⁹ Tako u jednoj odluci Vrhovni sud Srbije nije prihvatio formirano mišljenje deteta od 9 godina da ne želi vidati svoga oca smatrajući da to nije u njegovom najboljem interesu; Judgement, Review 930/09 od 16. aprila 2009. godine, objavljena u Case-law Bulletin, 2/2009, str. 44 - 46.

⁷⁰ Kao što se kaže u odluci Suda u Strazburu ECtHR, *C. v. Finland*, 9. maj 2006 (Appl. no. 18249/02), par. 58. U ovom slučaju podnosilac zahteva, Švajcarski državljanin, je imao dvoje dece (od 10 i 11 godina) u braku sa finskom državljanicom, koja su posle razvoda poverena majci. Nakon toga majka se sa decom preselila u Finsku gde zasnovala vanbračnu zajednicu. Podnosilac zahteva je ostao da živi u Švajcarskoj, ali je i dalje održavao lične odnose sa decom. Posle smrti majke prvostepeni sud u Finskoj je doneo odluku da se deca povere ocu, ali je Vrhovni sud

mišljenje deteta u odnosu na sve druge elemente na osnovu kojih se odlučuje o povratku deteta.⁷² Protivljenje deteta povratku u zemlju uobičajenog boravišta ovom slučaju, dakle, nije odlučujuće prilikom donošenja odluke već bi trebalo utvrditi i motivaciju ovakvog stava deteta.⁷³ Nerealno je očekivati da roditelj ne vrši bilo kakav uticaj na dete. Pitanje je samo da li je taj uticaj neuobičajeno veliki.⁷⁴ U tom smislu, ako se dokaže kako je protivljenje deteta povratku u državu uobičajenog boravišta rezultat uticaja roditelja koji je dete odveo, mišljenje deteta neće biti uvaženo.

Ipak, treba imati u vidu kako pravo deteta na mišljenje predstavlja jedno od najznačajnijih iz kataloga prava deteta prema KPD.⁷⁵ Zbog toga će protivljenje deteta, kao izuzetak od obaveze povratka, verovatno vršiti sve veći pritisak na mehanizam Haške konvencije.

4.3. Adaptacija deteta u novoj sredini

Činjenica da procenu najboljeg interesa deteta prvenstveno vrši organ države u kojoj dete ima uobičajeno mesto boravišta deteta ne znači da taj isti interes u nekim slučajevima neće nalagati da dete ostane u novoj sredini u koju je dovedeno. U slučaju da se dete integrisalo u novu sredinu neposredni cilj Haške konvencije povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta ne može biti postignut i tada više ne važi pretpostavka kako je ta zemlja u najboljoj poziciji da reši spor.⁷⁶ Stoga, ciljevi Haške konvencije moraju biti analizirani u skladu sa okolnostima svakog slučaja i interesima deteta.

Prema tome, da bi se mogao primeniti izuzetak iz čl.12. st.2. Konvencije potrebno je da sud pronikne u situaciju u kojoj se dete našlo u novoj sredini i da je interpretira u svetlu njenih ciljeva. Primena ovog izuzetka dolazi u obzir samo u situaciji ako je od momenta nezakonitog odvođenja do postavljanja zahteva za

promenio odluku obrazlažući je željom dece da ostanu u Finskoj i žive sa partnerom umrle majke. Podnosilac zahteva je reklamirao povredu čl.8. Konvencije, smatrajući da ima prednost u pogledu staranja o detetu tim pre što je sve vreme održavao odnose sa njima. Sud u Strazburu smatra da je odluka Vrhovnog suda motivisana jedino željom dece da ostanu u Finskoj bez razmatranja ostalih faktora, pre svega prava podnosioca zahteva kao oca, dajući tako mišljenju deteta značaj unconditional veto. Na osnovu svega Sud je zaključio da nisu dovoljno poštovana prava svih učesnika u postupku te je stoga jednoglasno zaključio da postoji povreda prava iz čl.8. Konvencije.

⁷¹ Videti: Krenc, F. et Puechavy, M., *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, str. 86.

⁷² U jednoj odluci Vrhovnog suda Republike Srbije nije uzeto u obzir mišljenje deteta od 16 godina, sposobnog da formira svoje mišljenje, kako sud u obrazloženju kaže jer "dete očigledno nije u mogućnosti da shvati šta je u njegovom najboljem interesu, zbog čega mu je potrebna pomoć...". Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1368/2008 od 28. maja 2008. godine, objavljena na Paragraf lex, mrežna verzija.

⁷³ U Brussels II bis Regulation (čl. 11. st. 5.) se predviđa da se ne može odbiti povratak deteta bez saslušanja lica koje je zahtevalo njegov povratak.

⁷⁴ U jednom slučaju sud je stekao takav utisak budući da je dete od 16 godina u toku postupka saslušanja koristilo izraz "settled". Videti: Robinson v. Robinson, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997), HC/E/USf 128.

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

⁷⁶ Ovo je istakla Baroness Hale u presudi Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UK 937.

povratak administrativnom ili sudskom organu države u kojoj se dete nalazi proteklo više od godinu dana.⁷⁷ Ako dete živi u stabilnoj porodičnoj sredini, odnosno ako se integrisalo u njoj, tada će sa stanovišta zaštite njegovih najboljih interesa u nekim slučajevima biti najbolje da tu i ostane. No, ovo ne znači da se povratak deteta ne može narediti i ako se integrisalo u novu sredinu jer bi suprotno postupanje sudskih ili administrativnih organa u nekim slučajevima bilo protivno "najboljem interesu deteta". Da je takva namera tvoraca Konvencije bila oni bi to izričito i rekli.⁷⁸ U odsustvu ovakve izričite odredbe u Konvenciji treba uzeti da sud raspolaže sa diskrecionim pravom da u ovom slučaju naredi povratak deteta.⁷⁹

Retke su odluke u sudskoj praksi prema kojima se odluka o nevraćanju deteta zasniva isključivo na članu 12. Haške konvencije. Uglavnom se integracija deteta u novoj sredini kao razlog odbijanja ističe u kombinaciji sa drugim izuzecima. Jedna od ovakvih prvih odluka doneta je od strane američkog suda u slučaju *Wojcik v. Wojcik* još iz 1997. godine.⁸⁰ U ovom slučaju je proteklo 18 meseci od momenta odvođenja deteta do početka sudske procedure za njegovo vraćanje.⁸¹ U nekim slučajevima roditelj skriva dete u novoj sredini, ponekad mu čak menja i identitet. Ta činjenica ne dovodi do zastoja roka predviđenog u čl.12. Haške konvencije, ali je važna kod dokazivanja integracije deteta u novu sredinu.⁸² U svakom slučaju, kako proističe iz postojeće sudske prakse nacionalnih sudova, što je vreme integracije deteta u novoj sredini kraće to dokazi za nju moraju biti što solidniji.⁸³ U sudskoj praksi je pojam integracije deteta nejednako tumači. Neki ovaj pojam tumače isključivo u jezičkom smislu reči i pri tome pored integracije deteta u novu sredinu kao razlog odbijanja zahteva za povratak ističu i da to nije u skladu sa najboljim interesima deteta.⁸⁴ Druge zemlje ovaj pojam tumače u skladu sa ciljevima Haške konvencije. Brojnije su ove druge zemlje. U ovim slučajevima sudovi se izričito ne bave pitanjem zaštite najboljeg interesa deteta. Roditelj koji je dete odveo mora

⁷⁷ Čl. 12. st. 1. Haške Konvencije.

⁷⁸ Za baronesu Hejl na ovo upućuje formulacija "shall ...unless" iz člana 12. Haške Konvencije. Videti: *Abduction: Rights of Custody* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

⁷⁹ Međutim, u nekim sudskim odlukama se može naći stav da sud nema nikakvo diskreciono pravo u slučaju primene čl.12. st.2, već da se u tom slučaju Haška konvencija neće biti primenjena, odnosno dete neće biti vraćeno. Videti: *State Central Authority v. Ayob* (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567, HC/E/AU 232.

⁸⁰ *Wojcik v. Wojcik*, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997), HC/E/USf 105; Od novijih treba pomenuti: *Kubera v. Kubera*, 2010 BCCA 118, HC/E/CA 1041.

⁸¹ Sud nije prihvatio argumentaciju oca koji je tražio povratak deteta da procedura za vraćanje počinje u momentu kada je njegov zahtev prosleđen Centralnom organu SAD. Na isti način momenat otpočinjanja procedure protumačen je i u odluci Apelacionog suda u Kanadi u slučaju *V.B.M. v. D.L.J.* [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56, HC/E/CA 592 [26].

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

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

⁸⁴ *France, Cour de cassation, Chambre civile 1*, 12 décembre 2006, 06-13177; *Secretary, Attorney-General's Department v. T.S.* (2001) FLC 93-063, HC/E/AU 823; 7Ob573/90 *Oberster Gerichtshof*, 17/05/1990, HC/E/AT 378; *Präsidium des Bezirksgerichts St. Gallen* (District Court of St. Gallen), decision of 8 September 1998, 4 PZ 98-0217/0532N, décision du 8 Septembre 1998, 4 PZ 98-0217/0532N, HC/E/CH 431.

dokazati ne samo da se dete adaptiralo na novu sredinu već da je u nju integrisano. Integracija podrazumeva ne samo fizički odnos sa zajednicom i sredinom, već i emocionalnu sigurnost i stabilnost deteta u toj novoj sredini, kao i očekivanje da će tako i ostati u budućnosti. Izuzetak predstavlja odluka House of Lords u *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* koja u tumačenju pojma integracije polazi od najboljeg interesa deteta,⁸⁵ koji će, kako se ističe u odluci, u skladu sa neograničenom diskrecijom suda, u nekim slučajevima biti uzeti u obzir u nekima ne. Interes deteta da ostane u sredini u kojoj se integrisalo mora biti tako jak da prevazilazi ciljeve Konvencije prema kojima sud uobičajenog mesta boravišta jedini može odlučiti o budućnosti deteta.⁸⁶

5. Zaključak

U Haškoj Konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece se insistira na uspostavljanju ranijeg stanja koje je postojalo do momenta odvođenja deteta, tj. njegov povratak u uobičajeno mesto boravka. Međutim, opravdano se može postaviti pitanje da li je povratak deteta uvek u "najboljem interesu deteta", što je jedan od osnovnih principa iz Konvencije o pravima deteta, koji mora biti uvek primenjen u postupcima kada se odlučuje o njegovim pravima. Postoji realna bojazan da pozivanje na jedan ovakav krajnje neodređen i širok princip može postati za sud samo izgovor da ne primeni pravo, odnosno, zgodno opravdanje za svaku sudsku odluku, naročito onu kojom se odbija povratak deteta u zemlju u kojoj dete ima "uobičajeno boravište".

S toga osnovni problem kod primene principa "najboljeg interesa deteta" u okvirima Haške Konvencije predstavlja ostvarivanje ravnoteže između hitnog povratka deteta u slučaju prekograničnog odvođenja, uz uvažavanje pravnog poretka države uobičajenog boravišta deteta, i poštovanja principa koji zahteva prilagođavanje interesa svih ostalih pravnih subjekata interesu deteta. Ravnoteža je nužna kako bi se u izvesnom smislu postigao kompromis između ciljeva Haške Konvencije i principa "najboljeg interesa deteta".

Ovo se može postići samo ako se uspostavi pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" u slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta. Izuzeci od navedene opšte obaveze povratka deteta formulisani u Haškoj konvenciji nisu ništa drugo nego osnovi za obaranje pomenute pretpostavke. Prema tome, neće biti u najboljem interesu deteta ako bi se u slučaju njegovog povratka postoji ozbiljna opasnost da će dete biti dovedeno u nepodnošljivu situaciju, ako se dete protivi povratku u državu uobičajenog boravišta i ako se dete adaptiralo u novoj sredini. S obzirom da iskazivanje "najboljeg interesa deteta" putem pretpostavki sužava diskrecioni prostor pravnih subjekata koji navedeni princip primenjuju, ovi izuzeci

⁸⁵ *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

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

predstavljaju preostali diskrecioni prostor za individualnu, odnosno istinsku primenu "najboljeg interesa deteta".

Dr sc. Zoran Ponjavic, full professor
Mr. sc. Veljko Vlaskovic, assistant professor
Law Faculty, University of Kragujevac
Republic of Serbia

THE CONCEPT "THE BEST INTEREST OF THE CHILD" WITHIN THE HAGUE CONVENTION OF THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Summary: This paper discusses the application of the principle "the best interest of the child" as one of the major principles within the Hague Convention of the civil aspects of international child abduction. The question is raised whether the child's return is always "in his best interest". The indefinite nature of the phrase "in the best interest" is actually the result of the circumstances that this principle is very individual by its character, and that its content is shaped by each individual case. Therefore, the bodies that apply the principle "in the best interest" have large discretionary powers. The author here expresses his concern that resorting to such an indefinite and broad principle may become an excuse for not applying the law that is a suitable justification for any kind of decision, especially the one which denies the return of the child to its state of residence. He also presents the arguments that support this concern and that can jeopardize the system established by the Hague Convention.

It is concluded that the legislators cannot establish what is the best interest of the child in each particular case, but that certain prerequisites can be determined within a set of general rules. Such prerequisites would serve to facilitate the application of the principle "the best interest of the child" and to minimize the arbitrariness of the subjects in applying their discretionary powers. And the preamble of the Hague Convention itself establishes a legal prerequisite that in the case of illegal international child abduction, it is in the best interest of the child to be promptly returned to his state of habitual residence.

The exceptions from this general obligation that the child should be promptly returned are, nothing else, but the grounds for contesting this prerequisite. Therefore, the realization of the concept "the best interest of the child" within this Hague Convention may be only viewed through the prism of the relationship between this general obligation that the child should be promptly returned and the grounds for contesting this obligation, that is the exceptions from this obligation.

Bearing in mind the above said, it will not be in the child's best interest if his return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation, if the child objects to being returned to his habitual place of residence and if the child has been well adjusted in new environment. The author finally concludes that the stated exceptions should be interpreted in a very narrow sense in order not to destroy the entire mechanism foreseen by the Hague Convention.

Key words: the Hague Convention, child's abduction, the best interest of the child, legal prerequisite, exceptions