



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
Докторске студије приватно право

**ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДЕТЕТА У
СИТУАЦИЈАМА ЊЕГОВОГ
НЕЗАКОНИТОГ ОДВОЂЕЊА У
ЗЕМЉИ И ИНОСТРАНСТВУ**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор:

Проф. др Гордана Ковачек Станић

Кандидат:

Мирна Џелетовић

Нови Сад, 2021. године

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

KLJUČNA DOKUMENTACIJSKA INFORMACIJA

Redni broj: RBR	
Identifikacioni broj: IBR	
Tip dokumentacije: TD	Monografska dokumentacija
Tip zapisa: TZ	Tekstualni štampani materijal
Vrsta rada (dipl., mag., dokt.): VR	Doktorska disertacija
Ime i prezime autora: AU	Mirna Dželetović
Mentor (titula, ime, prezime, zvanje): MN	Prof. dr Gordana Kovaček Stanić, redovni profesor
Naslov rada: NR	Pravni položaj deteta u situacijama njegovog nezakonitog odvođenja u zemlji i inostranstvu
Jezik publikacije: JP	Srpski
Jezik izvoda: JI	srp. / eng.
Zemlja publikovanja: ZP	Republika Srbija
Uže geografsko područje: UGP	Autonomna Pokrajina Vojvodina, Novi Sad
Godina: GO	2021.
Izdavač: IZ	autorski reprint
Mesto i adresa: MA	21000 Novi Sad, Trg Dositeja Obradovića 1

Fizički opis rada: FO	(broj poglavlja / stranica / slika / grafikona / referenci / priloga) 7 poglavlja / 277 stranica / 6 grafikona / 649 fusnota/
Naučna oblast: NO	Pravo
Naučna disciplina: ND	Porodično pravo
Predmetna odrednica, ključne reči: PO	Prava deteta, roditeljsko pravo, relokacioni sporovi, nezakonito odvođenje deteta, Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece
UDK	347.635
Čuva se: ČU	Biblioteka Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, Republika Srbija
Važna napomena: VN	Nema
Izvod: IZ	<p>Dete je individua i imalac prava, među kojima su i pravo da živi sa roditeljima, pravo da održava lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi i pravo da izrazi svoje mišljenje. Promena prebivališta deteta kada roditelji ne žive zajedno ili kada zajednica života još traje, ali sa narušenim partnerskim odnosom, osetljiva je oblast koja prilikom regulisanja zahteva posebnu pažnju, jer neadekvatna rešenja stvaraju prostor za zloupotrebe uz istovremeno ugrožavanje položaja dece, kao najosetljivije kategorije lica. Po domaćem porodičnom pravu za promenu prebivališta deteta je uvek potrebna saglasnost oba roditelja, nezavisno od toga da li oni roditeljsko pravo vrše zajednički ili jedan od njih samostalno. Sa ovakvom regulativom nisu usklađene odredbe Zakona o prebivalištu i boravištu građana („Službeni glasnik RS“ broj 87/2011), Zakona o putnim ispravama („Službeni glasnik RS“ brojevi 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010, 62/2014 i 81/2019) I Zakona o graničnoj kontroli („Službeni glasnik RS“ broj 24/2018).</p> <p>Rezultati istraživanja koje je obuhvatilo skoro devetogodišnju praksu Apelacionog suda u Novom Sadu su pokazali da nije značajan broj postupaka za zakonito preseljenje deteta u drugo mesto u našoj zemlji ili pak u inostranstvo (ukupno 31 postupak). Sledom toga, izneto je mišljenje da roditelj koji želi sam da se preseli sa detetom uspeva da, suprotno domaćem porodičnom pravu, izvrši promenu prebivališta deteta osnovom rešenja koja su sadržana u druga 3 zakona, koja mu daju takva ovlašćenja. Na taj način po porodičnom pravu nezakoniti premeštaji deteta, rezultiraju pravnom i faktičkom promenom prebivališta deteta, a sve zbog neusklađenosti drugih</p>

	<p>zakona sa Porodičnim zakonom. Zbog navedenog u radu je dat predlog da se rešenja sadržana u navedena 3 zakona, koji su više administrativne prirode, usklade sa rešenjima Porodičnog zakona, koji je na sveobuhvatan način uredio porodične odnose, a sve u svrhu poboljšanja položaja deteta čija bi prava i najbolji interes onda bili zaštićeniji.</p> <p>Što se tiče nezakonitog preseljenja deteta, sprovedeno istraživanje, koje je obuhvatilo praksu 5 domaćih osnovnih sudova i ukupno 400 inostranih odluka, pokazalo je da je primena Haške konvencije kako u našoj zemlji, tako i u drugim zemljama ugovornicama praćena nedoumicama i različitim tumačenjima odredaba Konvencije, naročito onih koje se tiču razloga za odbijanje zahteva za povratak deteta. Situaciju u našoj zemlji dodatno otežava činjenica da ni nakon 28 godina nije donet poseban zakon koji bi uredio postupanje nadležnih organa po zahtevima podnetim po Konvenciji, a što je nužno radi pravne sigurnosti i zaštite interesa maloletne dece. Istraživanje pokazuje da je neophodno najpre donošenje posebnog zakona kako bi se poboljšao položaj deteta ako do nezakonitog odvođenja ipak dođe, a potom i edukacija postupajućeg kadra o predmetnoj materiji. Malobrojnost ovih postupaka ne sme biti razlog da ona izostane, imajući na umu da je centralni subjekt ovih postupaka dete.</p>
Datum prihvatanja teme od strane Senata: DP	10.09.2020.
Datum odbrane: DO	
Članovi komisije: (ime i prezime / titula / zvanje / naziv organizacije / status) KO	<p>predsednik: dr Marija Draškić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, Univerzitet u Beogradu</p> <p>član: dr Gordana Kovaček Stanić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu</p> <p>član: dr Maja Stanivuković, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu</p>

University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Key word documentation

Accession number: ANO	
Identification number: INO	
Document type: DT	Monograph documentation
Type of record: TR	Textual printed material
Contents code: CC	Doctoral (Ph. D.) dissertation
Author: AU	Mirna Dželetović
Mentor: MN	Gordana Kovaček Stanić, Ph.D. Full Professor
Title: TI	Legal position of a child in its wrongful relocation in the country or abroad
Language of text: LT	Serbian
Language of abstract: LA	eng. / serb.
Country of publication: CP	Republic of Serbia
Locality of publication: LP	Autonomous Province of Vojvodina, Novi Sad
Publication year: PY	2021
Publisher: PU	Author's reprint
Publication place: PP	21000 Novi Sad, Trg Dositeja Obradovića 1

Physical description: PD	7 chapters / 277 pages / 6 charts / 649 footnotes/
Scientific field SF	Law
Scientific discipline SD	Family law
Subject, Key words SKW	Child's rights, parental rights, relocation disputes, wrongful removal of a child, Hague convention on the civil aspects of international child abduction
UC	347.635
Holding data: HD	Library of the Faculty of Law, Novi Sad University of Novi Sad, Republic of Serbia
Note: N	None
Abstract: AB	<p>Each child is an individual and a holder of rights such as the right to express its opinion, the right to live with its parents, and the right to maintain a personal relationship with a parent with whom the child does not live. Changing a child's domicile is a sensitive area when parents do not live together or when parents' cohabitation still lasts but with an irretrievable breakdown. Special attention must be provided during regulation as inadequate solutions create room for abuse while endangering the position of children who are considered the most vulnerable category. Under the domestic family law, both parents need to consent to change a child's domicile, regardless of whether parents exercise parental rights jointly or one of them independently. The provisions of the Act on Permanent and Temporary Residence of Citizens („Official Gazette RS“ No. 87/2011), the Act on Travel Documents („Official Gazette RS“ Nos. 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010, 62/2014 and 81/2019) and the Act on Border Control („Official Gazette of RS“ No. 24/2018) are not harmonized with the provisions of the Serbian Family Act regarding change of child's domicile.</p> <p>The study included nearly nine years of practice of the Court of Appeals in Novi Sad and showed that there is not a significant number of procedures for the relocation of children to another place in our country or abroad (a total of 31 procedures). Consequently, a conclusion was drawn that a parent who wants to move</p>

	<p>with a child manages to change the child's domicile based on the solutions contained in the other three acts which give the parent such powers but are not consistent with the domestic family law. Due to the incompatibility of other acts with the Serbian Family Act, relocations of children that are unlawful according to family law result in a legal and factual change of the child's domicile. Upon deeply researching the issue and reviewing the results, the study proposes that the solutions contained in the other three acts, which are more administrative in nature, harmonize with the solutions of the Serbian Family Act, which comprehensively regulates family relations, all in order to improve the position of a child whose rights and best interests will then be more protected.</p> <p>With regards to the unlawful relocation of a child, the research conducted included the practice of five domestic basic courts and a total of four hundred foreign decisions. These results showed that the application of the Hague Convention, both in Serbia and in other contracting countries, were accompanied by doubts and different interpretations of the Convention, particularly provisions which stipulate exceptions to the duty to secure the prompt return of children. The situation in Serbia is further aggravated by the fact that even after 28 years, the special act that would regulate procedure for return of a child under the Hague Convention has not been passed, which is necessary for legal security and protection of children. The research showed that it is necessary to first pass the special act in order to improve the position of a child if abduction still occurs and then to educate judges and lawyers about the subject matter. The small number of these proceedings must not be a reason for the absence of education, bearing in mind that a central subject of these proceedings is a child.</p>
Accepted on Senate on: AS	10.09.2020.
Defended: DE	

Thesis Defend Board: DB	president: Marija Draškić, Ph.D. Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law member: Gordana Kovaček Stanić, Ph.D. Full Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law member: Maja Stanivuković, Ph.D. Full Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law
----------------------------	---

САДРЖАЈ

1. УВОД	12
2. ПРАВА ДЕТЕТА.....	18
2.1. Право детета да живи са родитељима	21
2.1.1. Пракса Европског суда за људска права.....	22
2.2. Право детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи	24
2.2.1. Пракса Европског суда за људска права.....	29
2.3. Право детета да изрази своје мишљење	30
2.3.1. Пракса Европског суда за људска права.....	33
2.4. Начело најбољег интереса детета	35
2.5. Поступак у спору за заштиту права детета	40
2.5.1. Процесни положај детета	41
2.5.2. Однос начела најбољег интереса детета и истражног начела	42
3. РОДИТЕЉСКО ПРАВО	44
3.1. Појам и садржина родитељског права.....	44
3.1.1. Упоредноправни приказ	47
3.2. Вршење родитељског права	50
3.2.1. Заједничко вршење родитељског права.....	51
3.2.2. Самостално вршење родитељског права	58
3.2.3. Упоредноправни приказ	60
3.3. Лишење родитељског права	70
3.3.1. Делимично лишење родитељског права.....	71
3.4. Поступци у вези са породичним односима.....	73
3.4.1. Поступак у спору за вршење, односно лишење родитељског права	76
3.4.1.1. Процесни положај детета	78
3.4.1.2. Начело најбољег интереса детета у спору за вршење, односно лишење родитељског права	79
4. НЕЗАКОНИТО ОДВОЂЕЊЕ ДЕТЕТА У ЗЕМЉИ.....	80
4.1. Промена пребивалишта детета.....	80
4.2.Промена пребивалишта детета у одсуству сагласности другог родитеља	84
4.2.1. Релокациони спорови	85

4.2.2. Спорови према Породичном закону Србије.....	89
4.2.2.1. Истраживање судске праксе.....	93
4.2.2.1.1. Процесни положај детета.....	98
4.2.2.1.2. Начело најбољег интереса детета	99
4.2.3. Незаконита промена пребивалишта детета у нашој земљи	100
4.2.3.1. Процесни положај детета	102
4.2.3.2. Начело најбољег интереса детета	102
5. НЕЗАКОНИТО ОДВОЂЕЊЕ ДЕТЕТА У ИНОСТРАНСТВО: ХАШКА	
КОНВЕНЦИЈА	104
5.1. Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце - Хашка конвенција	106
5.1.1. Место сталног боравка детета у смислу Хашке конвенције.....	112
5.1.1.1. Зависни модел одређивања места сталног боравка детета.....	113
5.1.1.2. Делимично зависни модел одређивања места сталног боравка детета... 117	
5.1.1.3. Независни модел одређивања места сталног боравка детета	120
5.1.2. Однос начела најбољег интереса детета и Хашке конвенције	123
5.1.2.1. Пракса Европског суда за људска права	124
5.2. Примена Хашке конвенције у Републици Србији.....	128
5.2.1 Нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања.....	130
5.2.2. Информација Министарства правде за спровођење Хашке конвенције са израженим мишљењем о начину поступања судова у примени те Конвенције.....	132
5.2.3. Истраживање примене Хашке конвенције у Републици Србији	134
5.2.4. Делимично лишење родитељског права у вези са незаконитом променом пребивалишта детета у иностранство	140
5.3. Разлози за одбијање захтева за повратак детета.....	143
5.3.1. Прилагођеност детета новој средини.....	144
5.3.1.1. Рачунање рока од годину дана.....	145
5.3.1.2. Покретање поступка у прописаном року	149
5.3.1.3. Покретање поступка по протеклу прописаног рока	149
5.3.1.4. Критеријуми за процену прилагођености детета	151
5.3.2. Неостваривање права на старање о детету од стране подносиоца захтева у време одвођења или задржавања детета	155

5.3.2.1. Право на старање о детету у смислу одредаба Хашке конвенције	157
5.3.2.2. Право државе дететовог сталног настањења као релевантно материјално право	162
5.3.2.2.1. Примена права државе дететовог сталног настањења онда када је оно незаконито доведено у Републику Србију	164
5.3.2.3. Лица овлашћена да захтевају повратак детета	165
5.3.2.4. Стварно остваривање права на старање о детету	167
5.3.3. Воља родитеља у вези са одвођењем или задржавањем детета	170
5.3.4. Постојање озбиљне опасности да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај	181
5.3.4.1. Насиље у породици	184
5.3.4.2. Безбедносна ситуација у земљи повратка	189
5.3.4.3. Раздвајање детета од браће и сестара	192
5.3.4.4. Здравствено стање детета	194
5.3.4.5. Примена одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције у нашој земљи	196
5.3.5. Воља детета	200
5.3.5.1. Воља детета код захтева за повратак који се односи на више деце	210
5.3.5.2. Начин утврђивања воље детета	212
5.3.5.3. Начин утврђивања воље детета у Републици Србији	216
5.3.6. Кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је захтев упућен	218
5.3.6.1. Однос члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и члана 20 Хашке конвенције	225
6. НЕЗАКОНИТО ОДВОЂЕЊЕ ДЕТЕТА У ИНОСТРАНСТВО: ДОМАЋЕ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО.....	228
6.1. Спорови према Породичном закону Србије	228
6.1.1. Процесни положај детета	231
6.1.2. Начело најбољег интереса детета	232
6.2. Путна исправа и прелазак државне границе за малолетно дете	235
6.2.1. Процесни положај детета	239
6.2.2. Начело најбољег интереса детета	239

6.3 Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце.....	239
7. ЗАКЉУЧАК	245
ЛИТЕРАТУРА	253

**ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДЕТЕТА У СИТУАЦИЈАМА ЊЕГОВОГ НЕЗАКОНИТОГ
ОДВОЂЕЊА У ЗЕМЉИ И ИНОСТРАНСТВУ**

Резиме

Дете је индивидуа и ималац права. Промена пребивалишта детета када родитељи не живе заједно или када заједница живота још траје, али са нарушеним партнерским односом, осетљива је област која приликом регулисања захтева посебну пажњу, јер неадекватна решења стварају простор за злоупотребе уз истовремено угрожавање положаја деце, као најосетљивије категорије лица.

Најпре су анализирана права детета која су релевантна за тему која се обрађује у овој дисертацији, а то су право детета да живи са родитељима, право детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи и право детета да изрази своје мишљење. Потом је у наредном поглављу анализирано родитељско право и у том смислу овлашћења родитеља да промене пребивалиште детета када родитељско право врше заједнички и самостално, у нашем и одабраним иностраним законодавствима. По домаћем породичном праву за промену пребивалишта детета је увек потребна сагласност оба родитеља, независно од тога да ли они родитељско право врше заједнички или један од њих самостално. Са оваквом регулативом нису усклађене одредбе Закона о пребивалишту и боравишту грађана („Службени гласник РС“ број 87/2011), Закона о путним исправама („Службени гласник РС“ бројеви 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010, 62/2014 и 81/2019) и Закона о граничној контроли („Службени гласник РС“ број 24/2018).

Резултати истраживања које је обухватило скоро деветогодишњу праксу Апелационог суда у Новом Саду су показали да није значајан број поступака за законито пресељење детета у друго место у нашој земљи или пак у иностранство (укупно 31 поступак). Стога је изнето мишљење да родитељ који жели да се пресели са дететом успева да, супротно домаћем породичном праву, изврши промену пребивалишта детета по основу решења која су садржана у друга три закона, која му дају таква овлашћења. На тај начин по породичном праву незаконити премештаји детета, резултирају правном и фактичком променом пребивалишта детета, а све због неусклађености других закона са Породичним законом. Због тога је у раду дат предлог да се решења садржана у наведена три закона, који су више административне природе,

ускладе са решењима Породичног закона, који је на свеобухватан начин уредио породичне односе, а све у сврху побољшања положаја детета чија би права и најбољи интерес онда били заштићенији.

Што се тиче незаконитог пресељења детета, спроведено истраживање, које је обухватило праксу пет домаћих основних судова и укупно 400 иностраних одлука, показало је да је примена Хашке конвенције како у нашој земљи, тако и у другим земљама уговорницама праћена недоумицама и различитим тумачењима одредаба, нарочито оних које се тичу разлога за одбијање захтева за повратак детета. Ситуацију у нашој земљи додатно отежава чињеница да ни након 28 година није донет посебан закон који би уредио поступање надлежних органа по захтевима поднетим по Конвенцији, а што је нужно ради правне сигурности и заштите интереса малолетне деце. Истраживање показује да је неопходно најпре доношење посебног закона како би се побољшао положај детета ако до незаконитог одвођења ипак дође, а потом и едукација поступајућег кадра о предметној материји. Малобројност ових поступака не сме бити разлог да она изостане, имајући на уму да је централни субјект ових поступака дете.

Надамо да смо успели на свеобухватан начин да сагледамо правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству, а све у сврху да се положај детета побољша и допринесе пружању адекватне правне заштите у ситуацијама када до његовог незаконитог одвођења дође.

Doctoral dissertation

**LEGAL POSITION OF A CHILD IN ITS WRONGFUL RELOCATION IN THE
COUNTRY OR ABROAD**

Abstract

Each child is an individual and a holder of rights. Changing a child's domicile is a sensitive area when parents do not live together or when parents' cohabitation still lasts but with an irretrievable breakdown. Special attention must be provided during regulation as inadequate solutions create room for abuse while endangering the position of children who are considered the most vulnerable category.

First were analyzed the rights of a child that are relevant to the topic covered in this dissertation, such as the right of a child to express its opinion, the right to live with its parents and the right to maintain a personal relationship with a parent with whom the child does not live. Then, in the next chapter, parental rights were analyzed and in that sense, the authority of parents to change the child's domicile when they exercise parental rights jointly and one of them independently, in our and selected foreign legislations. Under the domestic family law, both parents need to consent to change a child's domicile, regardless of whether parents exercise parental rights jointly or one of them independently. The provisions of the Act on Permanent and Temporary Residence of Citizens („Official Gazette RS“ No. 87/2011), the Act on Travel Documents („Official Gazette RS“ Nos. 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010, 62/2014 and 81/2019) and the Act on Border Control („Official Gazette of RS“ No. 24/2018) are not harmonized with the provisions of the Serbian Family Act regarding change of child's domicile.

The study included nearly nine years of practice of the Court of Appeals in Novi Sad and showed that there is not a significant number of procedures for the relocation of children to another place in our country or abroad (a total of 31 procedures). Consequently, a conclusion was drawn that a parent who wants to move with a child manages to change the child's domicile based on the solutions contained in the other three acts which give the parent such powers but are not consistent with the domestic family law. Due to the incompatibility of other acts with the Serbian Family Act, relocations of children that are unlawful according to family law result in a legal and factual change of the child's domicile. Upon deeply researching the issue and reviewing the results, the study proposed that the solutions contained in the other three acts, which are more administrative in nature, harmonize with the

solutions of the Serbian Family Act, which comprehensively regulates family relations, all in order to improve the position of a child whose rights and best interests will then be more protected.

With regards to the unlawful relocation of a child, the research conducted included the practice of five domestic basic courts and a total of four hundred foreign decisions. These results showed that the application of the Hague Convention, both in Serbia and in other contracting countries, were accompanied by doubts and different interpretations of the Convention, particularly provisions which stipulate exceptions to the duty to secure the prompt return of children. The situation in Serbia is further aggravated by the fact that even after 28 years, the Special act that would regulate procedure for return of a child under the Hague Convention has not been passed, which is necessary for legal security and protection of children. The research showed that it is necessary to first pass the special act in order to improve the position of a child if abduction still occurs and then to educate judges and lawyers about the subject matter. The small number of these proceedings must not be a reason for the absence of education, bearing in mind that a central subject of these proceedings is a child.

We hope that we have succeeded to comprehensively review the legal position of a child in its illegal relocation in the country and abroad, in order to improve its position and contribute to providing adequate legal protection in situations when the child is abducted.

1. УВОД

У савременом породичном праву дете је индивидуа и ималац права. Идеално би било када би свако дете могло да одраста у породици са оба родитеља који ће се о њему старати. Стварност је ипак другачија. Нећемо рећи нажалост, јер, иако су несумњиво стресне ситуације како за бивше партнере, тако и за њихову децу која нужно учествују у догађајима новим, непознатим и за њих неразумљивим, развод брака и прекид ванбрачне заједнице сами по себи не морају бити искључиво негативне појаве. Можемо их посматрати као реорганизацију једне породице, након које родитељи више неће живети у истом дому, али ће наставити, као и за време трајања заједнице живота, да буду родитељи својој деци и у том смислу врше права и дужности из садржине родитељског права. Овакво гледање је и у складу са савременом тенденцијом породичног права која вршење родитељског права чини независним од тога да ли су родитељи у браку/ванбрачној заједници и омогућава да се родитељи заједнички старају о детету и онда када не живе заједно.

Ипак, у значајном броју случајева претходно изнето схватање је утопијско. У периоду када су односи партнера тешко нарушени и крај заједничког живота је неминован или је пак заједница живота родитеља већ окончана, дете и његов најбољи интерес често остану у сенци родитељског конфликта. У овој дисертацији ћемо се бавити управо правним положајем детета у ситуацијама када један родитељ жели сам да се пресели са дететом у границама наше земље или у иностранство, а за то нема потребну сагласност другог родитеља. Промена пребивалишта детета када родитељи не живе заједно или када заједница живота још траје, али са тешко нарушеним партнерским односом, осетљива је област која приликом регулисања захтева посебну пажњу, јер неадекватна решења стварају опасан простор за разне врсте злоупотреба уз истовремено угрожавање положаја деце, као најосетљивије категорије лица. Тада долазе до изражаја и права детета која је потребно заштитити, а то су право детета да живи са својим родитељима, право детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи и право детета да изрази своје мишљење.

Родитељ може да пресели дете у друго место у границама једне земље или пак у друго место у иностранство. Премештај детета у оба случаја може бити законит и незаконит. Како ћемо у раду видети, специфичност домаћег породичног права је у томе да је за закониту промену пребивалишта детета увек потребна сагласност оба родитеља, независно од тога да ли они родитељско право врше заједнички или један од њих

самостално. Када сагласност другог родитеља изостане, промена пребивалишта детета је увек незаконита. Са оваквом регулативом нису усклађене одредбе Закона о пребивалишту и боравишту грађана,¹ Закона о путним исправама² и Закона о граничној контроли,³ чија решења директно или индиректно стварају повољне услове за незаконите промене пребивалишта детета од стране једног од родитеља. Неусклађеност домаће релевантне регулативе, те супротна становишта владајуће праксе и теорије у погледу правног пута који родитељу стоји на располагању уколико жели детету законито да промени пребивалиште (пракса се залаже за покретање поступка за делимично лишење родитељског права другог родитеља у погледу права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, теорија за покретање поступка за заштиту права детета), биће предмет истраживања ове дисертације. У ту сврху истражена је пракса Апелационог суда у Новом Саду у погледу тужбених захтева за делимично лишење родитељског права у погледу права родитеља да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета у временском периоду од 2011. године до 2019. године. Ова питања су такође анализирана и са упоредноправног аспекта.

Надаље, међународне отмице деце су феномен чије последице настоји да отклони Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту Хашка конвенција).⁴ Иако је Конвенција дуго времена на снази у нашој земљи, није донет посебан закон који би уредио поступање домаћих органа по захтевима за повратак деце незаконито доведене у нашу земљу. Примена ове Конвенције у нашој земљи у одсуству посебног закона, те њена примена на интернационалном плану, нарочито у погледу одредаба којима су предвиђени разлози за одбијање захтева за повратак детета, биће предмет истраживања.

Када говоримо о одредбама које предвиђају разлоге за одбијање захтева за повратак детета, оне су се у пракси показале да представљају подобну подлогу за широке интерпретације. Надлежни органи у настојању да не осујете циљ Конвенције у виду хитног повратка детета, ове изузетке тумаче на начин који често иде на уштрб интереса детета. Како бисмо дали свеобухватан приказ тренутног стања предметног питања и сагледали које одредбе у највећој мери представљају подлогу за различита

¹ Закон о пребивалишту и боравишту грађана-ЗПБ, „Службени гласник РС“, бр. 87/2011.

² Закон о путним исправама-ЗПИ, „Службени гласник РС“, бр. 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010, 62/2014 и 81/2019.

³ Закон о граничној контроли-ЗГК, „Службени гласник РС“, бр. 24/2018.

⁴ Закон о ратификацији Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце-ХК, „Службени лист СФРЈ Међународни уговори“ бр. 7/91.

тумачења (чиме имплицитно угрожавају правни положај деце), те у крајњем дали предлог како би се таква различита тумачења у даљем избегла анализирали смо праксу Другог и Трећег основног суда у Београду, Основног суда у Новом Саду, Основног суда у Нишу и Основног суда у Крагујевцу по захтевима за повратак детета поднетим у складу са Хашком конвенцијом од 2011. године до 2019. године. Такође смо анализирали праксу надлежних иностраних органа у погледу примене одредаба ове Конвенције којима су прописани разлози због којих судски или управни орган државе којој је упућен захтев није дужан да наложи повратак детета тако што је конструисан узорак којим је обухваћено по 50 случајева за сваки од тих разлога предвиђених Конвенцијом.

На овај начин се надамо да ћемо успети на свеобухватан начин да сагледамо правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству. Анализа постојећих решења и јасно постављање проблема који услед неадекватног законског садржаја могу настати, те потом давање конкретних предлога *de lege ferenda* може бити од великог значаја и утицати на побољшање положаја деце. На побољшање положаја деце може утицати и анализа праксе надлежних домаћих и иностраних органа, чији резултати у великој мери могу користити управо лицима која примењују постојећу правну регулативу у области незаконитог одвођења деце на тај начин што ће се упознати са пропустима који се у пракси дешавају, а што ће у крајњем допринети пружању адекватне правне заштите у ситуацијама када до незаконитог одвођења деце дође.

2. ПРАВА ДЕТЕТА

Породично право се на крају двадесетог и почетком двадесетпрвог века изменило под утицајем промена у друштвеном и правном окружењу, а пре свега као последица усвајања идеја о људским правима, прешавши дуг пут од промовисања институција до права појединаца. Дуго времена је већина норми породичног права чинила део „јавног поретка“, што значи да је држава путем правних норми организовала породични живот.⁵

Проф. др Вељко Влашковић истиче да је „концепт права деце који се постепено развијао током XX века да би кулминирао доношењем Конвенције Уједињених нација

⁵ Зоран Поњавић, „Породично право, од институције до аутономије личности“, *Правни живот*, 10/2015, 25.

о правима детета (у даљем тексту Конвенција о правима детета)⁶ из темеља изменио представу о породичноправним односима и правном статусу детета уопште. Дете је из сенке, најпре очинске власти, а затим и са периферије борбе мајки за родну равноправност, постало централни субјект породичноправних односа. Ова тиха револуција последица је у првом реду процеса индивидуализације породичног права, која се, нарочито у годинама након Другог светског рата, одвијала под утицајем идеје о људским правима.“⁷ Дете, као члан породице, све више се индивидуализује као субјект права, те се признавањем аутономног правног субјективитета детета, уједно повећава и број титулара права из родитељског односа.⁸

Доношењем Конвенције о правима детета створена је основа за остваривање права сваког појединца без обзира на узраст, одакле произлази да конвенцијска правила имају највишу правну снагу за друштвени и правни положај детета и на међународном и на националном плану. Снага Конвенције се налази у идеји санкционисања свих основних и посебних права детета и у обавезивању држава чланица на поштовање права детета и предузимање мера за заштиту права детета.⁹

Дакле, за разлику од некадашњег схватања да дете нема права, али да родитељи имају обавезу да га школују, издржавају и заштите,¹⁰ савремено породично право је прихватило да је дете аутономна индивидуа у породичним односима и поступцима у вези са породичним односима.¹¹ У породици која је стабилна и добро функционише права детета не би требало да узрокују конфликте између родитеља и деце, већ да помогну родитељима да схвате и имају на уму жеље деце у сврху проналажења решења која су у најбољем интересу деце. Ипак, уколико родитељи нису способни да се брину о својој деци и поступају у њиховом најбољем интересу, права детета могу бити од

⁶ Конвенција је усвојена 20.11.1989. године, а ступила је на снагу 02.09.1990. године. Тренутно има 196 држава уговорница. У СФР Југославији је ратификована 03.01.1991. године, а у Републици Србији је на основу сукцесије на снази од 12.03.2001. године. Доступно на https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, 17. август 2020.

⁷ Вељко Влашковић, „Право детета на мишљење и најбољи интерес детета са тежиштем на приступу Комитета за права детета“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 75/2017, 184.

⁸ Ранка Вујовић, „Утицај промене положаја детета у породици на његов положај и права у судским поступцима у вези са породичним односима“, *Правни живот*, 10/2012, 55.

⁹ Олга Јовић, „Европски концепт права детета“, *Правни живот*, 10/2014, 69.

¹⁰ Проф. др Зоран Поњавић истиче да је „данас једини начин заштите породице у правном поретку да се то учини преко заштите вредности једне индивидуе, будући да породица нема правну персоналност, односно није призната као правно лице.“ Сматра да је „афирмација идеје пара и родитељског односа данас могућа само преко заштите индивидуалних права учесника ових односа.“ Вид. З. Поњавић, *Приватизација породице и породичног живота*, Београд 2009, 45.

¹¹ Gordana Kovaček Stanić, „Autonomy of the Child in Contemporary Family Law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 44, Number 3, 2010, 161.

помоћи судовима и другим надлежним органима у процесу доношења одлуке која је у складу са најбољим интересом детета.¹²

Конвенција о правима детета одређује „да је дете људско биће које није навршило 18 година живота, ако се на основу закона који се односи на дете пунолетство не стиче раније.“¹³ Иако са једне стране одређује када детињство завршава, Конвенција са друге стране не одређује када детињство¹⁴ почиње, да ли рођењем, зачећем или пак у неком периоду између. Разлог за то је жеља њених аутора да избегну заузимање ставова у погледу абортуса и других питања која се јављају пре рођења детета, а што би угрозило општу прихваћеност Конвенције. Последице томе, државе уговорнице су различито регулисале питање када детињство почиње. Тако је Аргентина одредила да је дете свако људско биће од момента зачећа до навршетка 18. године живота, док је Велика Британија одредила да детињство почиње после рођења.¹⁵

Попут Конвенције о правима детета, и наше важеће законодавство предвиђа да детињство траје до 18. године живота, када по редовном току ствари престаје родитељско право.¹⁶ Детињство на основу дозволе суда може престати и раније, пре 18. године, стицањем потпуне пословне способности у још 2 случаја, када се склопи брак пре пунолетства и када је малолетник који је навршио 16. годину живота постао родитељ, а достигао је „телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о сопственој личности, правима и интересима.“¹⁷

Доношењем Устава из 2006. године права детета су у нашој земљи установљена као уставна категорија.¹⁸ У складу са регулативом Устава која прописује „да се права детета и њихова заштита уређују законом“¹⁹, Породичним законом су прокламована следећа права детета: право детета да сазна своје порекло, право детета да живи са родитељима, право детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи,

¹² G. Kovaček Stanić, „Family Autonomy in Contemporary Parent-Child Relations“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Volume 1, 2010, 160.

¹³ Чл. 1 Конвенције о правима детета, ратификоване Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 15/90 и „Службени лист СРЈ-Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.

¹⁴ Истраживање које је обухватило 19 дечјих и породичних извештача (*child and family reporter*) и 19 дечјих старатеља (*child guardian*) показује да сва ова лица схватају детињство на исти начин. Његова највећа врлина је одсуство било какве одговорности, а његова највећа мана је осећање потпуне беспомоћности. Вид. Adrian L. James, Allison James, Sally McNamee, „Turn down the volume?-not hearing children in family proceedings“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 16, Number 2, 2004, 190 и 192.

¹⁵ *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 2007, 1-2.

¹⁶ Чл. 11 ст. 1 и чл. 84 ст. 1 тач. 1 Породичног закона-ПЗ, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005 и 6/2015.

¹⁷ Чл. 11 ст. 2-4 ПЗ.

¹⁸ Чл. 64 Устава, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

¹⁹ Чл. 64 ст. 5 Устава.

право детета на правилан и потпун развој, право детета на образовање, право детета да предузима правне послове и право детета да слободно изрази своје мишљење.²⁰ Дете ова права стиче под два услова, када напуни одређене године живота и уколико је способно за расуђивање.²¹

У наставку ће пажња бити посвећена праву детета да живи са родитељима, праву детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи и праву детета да изрази своје мишљење, као правима која су релевантна за тему која се обрађује у овој дисертацији. Приликом излагања прво ће бити изложена регулатива Конвенције о правима детета, потом решења нашег законодавства и онда релевантна пракса Европског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП).

2.1. Право детета да живи са родитељима

Право детета да живи са родитељима предвиђа Конвенција о правима детета када прописује да државе чланице обезбеђују да „ниједно дете не буде одвојено од својих родитеља против њихове воље, осим када надлежни органи на основу судског увида одлуче у складу са одговарајућим законом и процедурама да је такво раздвајање неопходно и у најбољем интересу детета.²² Таква одлука може бити неопходна када на пример родитељи злостављају или занемарују дете или ако живе одвојено па се мора донети одлука о месту становања детета.“²³

Конвенција дакле прописује да ниједно дете неће бити одвојено од својих родитеља изузев ако његов најбољи интерес то не захтева и да до одвајања детета од

²⁰ Чл. 59-65 ПЗ.

²¹ G. Kovaček Stanić, (2010a), 149-150.

²² Иако се у Конвенцији и законодавствима у региону ограничавање права детета на живот са родитељима може извршити само уколико то оправдава најбољи интерес детета, занимљиво решење у том погледу једно време је садржало породично законодавство Републике Српске по којем су малолетна деца могла живети одвојено од својих родитеља када је то у интересу детета, али и у ситуацији када то захтевају оправдани интереси родитеља (чл. 81 ст. 3 Породичног закона Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 54/2002). Доцент Дарко Радић оправдано истиче да се на овај начин у првом реду релативизује обавеза родитеља да штите своју малолетну децу, односно дужност родитеља да се брину о њиховом животу и здрављу. С друге стране неоправдано се успоставља једнакост између родитеља и деце у погледу легитимације њихових интереса и дозвољава се дисолуција концепта заједничког живота родитеља и њихове деце и када то не захтева најбољи интерес детета. Наводи да је применом анализираних законских одредбе могуће да „вањске околности“-оне које свој узрок и последице немају у родитељскоправном односу-оправдају одлуку о одвојеном животу родитеља и детета. Вид. Дарко Радић, „Најбољи интерес дјетета и право дјетета да живи са родитељима“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“*, 2014, 103-104. Каснијим изменама закона, ова могућност је укинута и сада право детета да живи са родитељима може бити ограничено само када је то у најбољем интересу детета (чл. 81а ст. 2 Породичног закона Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 54/2002, 41/2008 и 63/2014).

²³ Чл. 9 ст. 1 Конвенције о правима детета.

родитеља може доћи само на основу поступка спроведеног у складу са законом. У случају да је одвајање детета од родитеља ипак неопходно до њега може доћи на основу одлуке донете у поступку спроведеном по следећим принципима: да поступајући судија или арбитар немају личног интереса у поступку, да су најбоље могуће информисани о свим чињеницама конкретног случаја, да у својој одлуци наведу разлоге, да су странке саслушане и да су присуствовале извођењу доказа.²⁴

Домаће породично право је у складу са Конвенцијом о правима детета.²⁵ „Дете има право да живи са родитељима и право да се родитељи о њему старају пре свих других.“ Ово право „може бити ограничено само судском одлуком када је то у најбољем интересу детета“ и када „постоје разлози да се родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права, односно у случају насиља у породици.“

Такође, дете са навршених 15 година живота, „које је способно за расуђивање, може одлучити са којим ће родитељем живети“,²⁶ али за сада нема самостално право да се одвоји од родитеља. Одвојен живот може наступити само ако то захтевају оправдани интереси детета, а што у случају спора цени надлежни орган у зависности од ситуације. Дакле, дете има, не само право, него и обавезу да живи заједно са својим родитељима, имајући у виду да родитељско право траје по правилу до 18. године живота детета.²⁷

2.1.1. Пракса Европског суда за људска права

Случај Ширвинскас против Литваније: У одлуци донетој у овом случају суд је нагласио да основни елемент породичног живота представља уживање узајамног друштва родитеља и детета, чак и у ситуацијама прекида односа између самих родитеља. Мере домаћих органа којима се овај елемент породичног живота омета представљају кршење права заштићеног одредбама члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, изузев када је такво мешање у складу са законом и неопходно у демократском друштву.²⁸ Приликом одлучивања да ли је одлука

²⁴ *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 2007, 128.

²⁵ Чл. 60 ст. 1-3 ПЗ.

²⁶ Чл. 60 ст. 4 ПЗ.

²⁷ Г. Ковачек Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад 2002, 280.

²⁸ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист СЦГ-Међународни уговори“ бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр. и „Службени гласник РС-Међународни уговори“ бр. 12/2010 и 10/2015. Одредбом чл. 8 ст. 1 ове Конвенције је прописано да „свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке“, док је одредбом ст. 2 истога члана предвиђено да се „јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других.“ Европска конвенција за људска права не садржи одредбе

којом се одбија захтев за старање или виђање са дететом „неопходна у демократском друштву“, суд мора, узимајући у обзир предметни случај као целину, размотрити да ли су испуњени разлози прописани одредбом става 2 члана 8 Конвенције. ЕСЉП је нагласио да је несумњиво да је разматрање онога што је у најбољем интересу детета од пресудног значаја у сваком таквом случају. Оно што одредбе члана 8 захтевају од домаћих органа је да успоставе правичну равнотежу између интереса детета и интереса родитеља и да у процесу успостављања равнотеже посебан значај придају најбољем интересу детета, који у зависности од природе и озбиљности може надјачати интересе родитеља. Конкретно, родитељ према члану 8 не може имати право да предузме мере које би наштетиле дететовом здрављу и развоју. У складу са свим претходно изнетим, задатак ЕСЉП је да у поступку који спроводи утврди да ли су домаћи судови детаљно испитали целокупну породичну ситуацију и читав низ фактора, нарочито фактичких, емоционалних, психолошких, материјалних и медицинских, те да ли су извршили уравнотежену и разумну процену интереса свих лица, стално имајући на уму шта би било најбоље решење за дете. Напошетку ЕСЉП је нагласио да у оваквим случајевима увек постоји опасност да ће свако пролонгирање поступка резултирати *de facto* решавањем питања које је изнето пред суд. С тим у вези је поновио да ефективно поштовање породичног живота захтева да односи између родитеља и детета буду одређени искључиво у светлу свих релевантних чињеница, а не пуким протеклом времена. Управо због пропуста органа Литваније да на наведени начин поступају у бракоразводној парници, у предметном поступку је утврђено да је повређено право оца, подносиоца представке, на поштовање породичног живота. Привремена одлука којом је одређено да по прекиду заједнице живота родитеља, дете настави да живи са мајком до

којима се предвиђа посебна заштита права деце, па се приликом одређивања садржине права на породични живот у контексту међународне отмице деце Европски суд за људска права често осврће на одредбе Конвенције о правима детета. Вид. James J. Fawcett, Maire Ni Shuilleabhain, Sangeeta Shah, „13 Right to Respect for Family Life and the Rights of the Child: International Child Abduction“ из James J. Fawcett, Maire Ni Shuilleabhain, Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford 2016, 8. Такође, у литератури се истиче да је стил којим је формулисана заштита породичног и приватног живота јединствен у Конвенцији, с обзиром да се говори о праву на њихово поштовање. Писац Фосет (*J.E.C. Fawcett*) је запазио да поштовање више припада домену лепог понашања него праву, док избор овакве формулације по мишљењу аутора Џениса (*Mark Janis*), Кеја (*Richard Kay*) и Бредлија (*Anthony Bradley*) сугерише да је постојала намера да се странама уговорницама остави одређена слобода у регулацији приватних и породичних односа. Нав. према G. Kovaček Stanić, „Praksa Evropskog suda za ljudska prava o poštovanju porodičnog života“, *Evropsko zakonodavstvo*, 2/2002, 9. Када говоримо о заштити права на поштовање породичног живота, „могло би се рећи да су једина константа стварне личне везе једног лица са другим(а), за које се некада претпоставља да постоје, али се у већини случајева морају доказивати. Заштита права на поштовање породичног живота, стога, подразумева заштиту мирном, неометаном развоју оваквих односа у одређеном кругу лица (заштићено добро).“ Вид. Душица Палачковић, Санда Ћорац, „Заштита права на поштовање породичног живота“, *Правни живот*, 10/2014, 40.

доношења мериторне одлуке о старању над дететом, донета је без разматрања основаности тврдњи које је отац истицао, а протек времена је утицао да привремена одлука одреди и коначан исход поступка, односно да дете у даљем настави да живи са мајком. Образложење за поверавање детета мајци је управо била чињеница да је дете претходне 2 године живело са мајком и да похађа оближњи вртић, због чега је суд нашао да би му промена места живљења могла психички наштетити.²⁹

2.2. Право детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи

Присуство оба родитеља, који ће својим личним особинама и моралним вредностима равноправно учествовати у васпитању и подизању детета, неопходно је за његов правилан развој и формирање у зрелу и стабилну личност.³⁰ „Ово право детета дакле произлази из општег принципа да оба родитеља детета имају заједничку одговорност за подизање и развој детета и да су равноправни у вршењу родитељског права.“³¹

Одржавање личних односа са родитељем са којим не живи је право детета чије остваривање долази до изражаја у свим оним ситуацијама када родитељи не живе заједно (развод или поништај брака, прекид ванбрачне заједнице) или када родитељи не живе са дететом. Многа савремена права, па и домаће породично право, иду и корак даље па предвиђају да дете има право да одржава личне односе како са родитељима, тако и са другим блиским сродницима. „Наведено упућује на став да одржавање личних односа није право које се везује само за односе родитеља и детета, него представља право којем је основ крвно сродство. Проширење круга лица која имају право на одржавање личних односа са дететом и на лица која нису у сродству са дететом, указује да основ за одржавање личних односа може бити још шири, тако да обухвата посебан карактер односа између лица и детета.“³²

²⁹ „Case of Širvinskas v. Lithuania, application no. 21243/17“ од 23.07.2019. године. За још видети „Case of Sahin v. Germany, application no. 30943/96“ од 08.07.2003. године.

³⁰ Марија Драшкић, „Право детета на одржавање личних односа са блиским особама“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, зборник радова*, књига 1, Правни факултет Универзитета у Београду, 2011, 87.

³¹ *Ibid.*

³² Г. Ковачек Станић, (2002а), 303. Наш Породични закон предвиђа да „дете има право да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост“ (чл. 61 ст. 5 ПЗ). С тим у вези, проф. др Марија Драшкић сматра да је нетачан став појединих аутора, изражен и у неким домаћим судским одлукама, да и ове особе које с дететом везује посебна блискост имају активну легитимацију за остварење овог права у судском поступку. Истиче да тужба за заштиту права детета није *actio popularis* да би била доступна свакој особи која себе сматра сродником или детету блиским лицем, која би тако могла небројено пута излагати дете неоснованим тужбеним захтевима. Управо супротно, заштити права

Одржавање личних односа детета са родитељим којем није поверено вршење родитељског права, има велики значај, првенствено за дете. На овај начин се амортизују последице одвојеног живота родитеља, стварају се претпоставке за нормалан развој детета и уопште услови да се однос између родитеља и детета развија са свим оним садржајима који подразумевају остваривање родитељске улоге и подизање детета.³³ Санкција за родитеља који избегава да одржава личне односе са дететом са којим не живи, односно спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи је потпуно лишење родитељског права.³⁴ „Разлог томе је управо то што је одржавање личних односа детета и родитеља са којим не живи изузетно значајно за дете, нарочито за његов емоционални развој.“³⁵

У случајевима прекида заједнице живота родитеља, независно од тога да ли су били у браку или ванбрачној заједници, одржавање личних односа детета са родитељем са којим не живи (када је поверено на самостално старање другом родитељу) уређује се споразумом родитеља или судском одлуком, при чему разликујемо облик одржавања личних односа и учесталост одржавања личних односа. Наведена два појма имају своју област преклапања с обзиром да облик контакта кореспондира са учесталошћу времена које дете и родитељ проводе. Тако, облик заједничког фактичког вршења родитељског права повлачи више заједничког времена, док је контакт само током дана ограничен на мању учесталост.³⁶ Кад год је то могуће, настоји се да модел виђања буде такав да обезбеди што чешће и дуже боравке детета са другим родитељем, наравно колико то њихове обавезе допуштају, јер је претпоставка да испуњен и квалитетан однос са оба

детета доприноси ограничавање активне легитимације на тачно одређени круг лица, при чему довољно широк круг тих лица осигурава да неће бити угрожено право детета на одржавање личних односа. Вид. М. Драшкић, „Породични закон: дванаест година после“, *Породични закон, тематски зборник радова*, Службени гласник, Београд, 2018, 36-37. Породични закон круг активно легитимисаних лица за покретање поступка за заштиту права детета ограничава на дете, његове родитеље, јавног тужиоца и орган старатељства (чл. 263 ст. 1 ПЗ).

³³Д. Радић, 111. Поједини аутори сматрају да иако је широк модел виђања детета са родитељем користан, јер омогућава детету да створи и одржи испуњене односе са оба родитеља, инсистирање на томе да време које дете проведе са сваким од родитеља буде подељено једнако искључиво ради изједначавања статуса родитеља без одговарајућег разматрања да ли је ово продужење времена корисно за дете, даје приоритет равноправности одраслих над најбољим интересом детета. Вид. Annika Newnham, Maebh Harding, „Sharing as Caring: Contact and Residence Disputes between Parents“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 28, Number 2, 2016, 186.

³⁴ Чл. 81 ст. 3 тач. 3 ПЗ.

³⁵ Г. Ковачек Станић, „Одржавање личних односа детета са бабом/дедом, другим сродницима и трећим лицима у домаћем и европском породичном праву“, *„Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније“*, тематски зборник, Правни факултет у Новом Саду, 2013, 162.

³⁶ Урош Новаковић, „Обим контакта између детета и родитеља који не врши родитељско право након развода брака“, *Правни живот* 10/2013, 187.

родитеља доприноси правилном развоју детету.³⁷ Оно што је свакако важно напоменути је да „ово право обухвата не само право детета да виђа свог родитеља, већ и право да са њим одржава личне односе на сваки могући начин (телефоном, писмима, путем електронских комуникација, итд.)“³⁸

У вези са овим правом, значајна теоријска питања односе се на титуларе овог права и на његову правну природу. Посматрано традиционално, одржавање личних односа је сматрано правом родитеља са којим дете не живи. У последње време у фокус породичноправних односа поставља се дете, тако да овај приступ утиче на промену у схватању која лица треба сматрати титуларом права на личне контакте.³⁹ У складу са тим могло би се рећи да одржавање личних односа представља право и детета и родитеља, те обавезу родитеља са којим дете не живи да одржава личне односе са дететом, као и обавезу родитеља са којим дете живи да омогући одржавање тих односа.⁴⁰ С друге стране, поједини аутори сматрају да би се одржавање личних односа

³⁷ Врховни касациони суд у пресуди Рев.274/2018 од 25.01.2018. године истиче да је „интерес малолетног детета приоритетан у одлучивању у свим питањима па и начину одржавања личних односа“ између оца, у том поступку туженог, и малолетног детета. „Најбољи интерес детета се мора сагледавати према околностима које су присутне у тренутку када се о неком праву детета одлучује, а у сагледавању тог интереса суд треба да прибавља мишљење и стручних установа, органа старатељства пре свега.“ У конкретном случају брак парничних странака је разведен када је њихово дете имало 3 године. Од тада је дете наставило да живи са мајком, а отац га углавном није виђао без обзира што су неколико пута доношене судске одлуке којима је уређиван начин одржавања личних односа детета са оцем. Наведено је резултирало тиме да дете на прагу 15. године живота не жели да виђа оца и има психичке проблеме при сваком сусрету са њим, при чему се како суд наводи улога мајке у стварању такве ситуације не сме занемарити. У крајњем највиша судска инстанца у нашој земљи је преиначила нижестепене одлуке, које нису били донете у складу са изјашњењем вештака и органа старатељства, на начин да дете треба да одржава личне односе са оцем, јер је то у његовом најбољем интересу, али да се они редукују и сведу на мању меру од оне која је одређена претходном одлуком, што је и био предлог вештака и надлежног центра за социјални рад.

³⁸ М. Драшкић, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 119.

³⁹ Г. Ковачек Станић, *Породично право, партнерско, деље и старатељско*, Нови Сад 2014, 302. Тако је према Обитељском закону Хрватске из 2003. године право на сусрете и дружење било изричито законско право детета које извире из одредбе према којој дете које живи одвојено од родитеља има право на сусрете и дружење с тим родитељем. С друге стране, родитељи нису имали изричито субјективно право на сусрете и дружење, нити је оно изричито било одређено као њихово право и дужност, због чега нису имали ни изричито процесно право на захтев. Међутим, с обзиром на дужност суда да донесе одлуку о родитељском старању у брачном спору, као и у осталим случајевима у којима родитељ не живи са дететом у заједници, ипак се може рећи да је постојало имплицирано право родитеља да подстакне суд на доношење одлуке о виђању са дететом. Вид. Бранка Решетар, „Развој права на сусрете и дружење с дјететом у хрватском правном систему“, *Правни живот* 10/10, 212-213. Сада важећим Обитељским законом, доступан на <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>, 06. јануар 2021., одређено је да је одржавање личних односа право детета (чл. 84 ст. 4), право и дужност родитеља који не станује са дететом (чл. 95 ст. 1) и дужност родитеља који станује са дететом (чл. 95 ст. 2). У том погледу регулатива је иста као и она која је садржана у Породичном закону.

⁴⁰ G. Kovaček Stanić, „Serbian Family Law: Rights of the Child“, *International Journal of Children's Rights*, Volume 17, Number 4, 2009, 595 и G. Kovaček Stanić, „The Serbian Law on Family 2005: a European Perspective“, *International Family Law*, June/2005, 104. О томе још у О. Јовић, „Право детета на контакт са

између детета и родитеља у правном контексту требало разумети с једне стране као право и дужност родитеља који не живи са дететом и с друге стране као право и дужност детета. Решетар у том смислу наводи да се залаже за уравнотежен однос у коме ће праву обе стране кореспондирати и одговарајућа обавеза, која укључује и децу, насупрот схватању да се одржавање личних односа треба конципирати примарно као право детета, при чему је старије дете одговорно за неиспуњавање своје дужности контактирања са одвојеним родитељем, док одговорност за млађе дете треба преузети родитељ с којим дете живи.⁴¹

Конвенција Уједињених нација о правима детета за титулара овог права одређује дете, које је одвојено од једног или оба родитеља, а које право су државе чланице дужне да поштују. Ово право може бити ограничено једино ако то захтева најбољи интерес детета.⁴² „Дете, чији родитељи живе у различитим државама, има право да одржава личне везе и непосредне контакте са оба родитеља на сталној основи, осим под изузетним околностима.“⁴³

По домаћем Породичном закону одржавање личних односа је право и детета и родитеља са којим дете не живи.⁴⁴ Виђање са дететом истовремено представља и дужност родитеља који не живи са дететом.⁴⁵ Наведено право „може бити ограничено само судском одлуком када је то у најбољем интересу детета и када постоје разлози да се родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права, односно у случају насиља у породици.“⁴⁶ Такође, „дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање“, поред тога што може одлучити са којим родитељем ће да живи, „може одлучити и о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.“

47

родитељем са којим не живи“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 102-115. У погледу одржавања личних односа са другим блиским лицима, по нашем праву њихов искључиви титулар је дете (чл. 61 ст. 5 ПЗ). О томе више у Г. Ковачек Станић, „Право детета на одржавање личних односа са блиским лицима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 31, Number 1-3, 1997, 115-132.

⁴¹ Б. Решетар, *Правна заштита права на сусрете и дружење*, Осијек 2011, 257.

⁴² Чл. 9 ст. 3 Конвенције о правима детета.

⁴³ Чл. 10 ст. 2 Конвенције о правима детета.

⁴⁴ Чл. 61 ст. 1 и чл. 78 ст. 3 ПЗ.

⁴⁵ Чл. 78 ст. 3 ПЗ.

⁴⁶ Чл. 61 ст. 2 и 3 ПЗ.

⁴⁷ Чл. 61 ст. 4 ПЗ. Оваква формулација у теорији породичног права већ се тумачи као самостална одлука детета, а не „само као право детета да буде консултовано у погледу његових жеља“. З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац, 2005, 238, нав. према Д. Палачковић, „Конвенција о правима детета и

Код изнетог, јасно је да родитељ који незаконито промени пребивалиште детета и са њим се насели у месту различитом од места дотадашњег живљења, повређује право свог детета да одржава редовне и блиске односе са другим родитељем.⁴⁸ Чести су случајеви да родитељ који се сели са дететом, пребивалиште детета не мења у границама једне државе, већ се са дететом сели у иностранство, што одржавање личних односа значајно компликује. У немалом броју таквих случајева други родитељ, бар у почетном периоду након премештаја детета, нема податке о његовом новом месту живљења, тако да у том периоду сваки лични контакт детета са тим родитељем бива обустављен, што се никако не може сматрати најбољим интересом детета. Управо је Врховни касациони суд у пресуди Рев. 2406/2019 од 10.07.2019. године дао тумачење да се у том случају ради о отежаном одржавању личних односа другог родитеља и малолетног детета због промене пребивалишта детета од стране родитеља који врши родитељско право који је дете одвео у иностранство. Предметни поступак је вођен ради потпуног лишења родитељског права мајке по тужби оца. Чињенично је утврђено да су странке у току трајања ванбрачне заједнице добиле ћерку 2008. године. Пресудом из 2010. године дете је поверено на самостално старање мајци и уређен је начин одржавања личних односа детета са оцем. Отац је у то време, као и у току трајања ванбрачне заједнице са мајком детета, живео и радио у Немачкој и са дететом није редовно одржавао личне односе. Након што јој је престало запослење у Србији, мајка се са дететом преселила у Уједињене Арапске Емирате, а потом, такође због пословног ангажмана у Султанат Оман. О одласку у иностранство са дететом је обавестила Центар за социјални рад, али је земљу са дететом напустила без сагласности оца детета. Дете у иностранству похађа интернационалну школу на енглеском језику, а према процени надлежног органа старатељства у нашој земљи емотивно је везана за мајку која се о њој адекватно брине, прати и препознаје њене развојне потребе, функционалан је и посвећен родитељ и поседује родитељске капацитете. У погледу виђања детета са

Породични закон“, *Научна конференција „Новине у породичном законодавству“*, 28.04.2006. године, Правни факултет, Ниш, 31.

⁴⁸ Резултати истраживања спроведеног у Великој Британији показују да и мајке и очеви који су учествовали у дуготрајним судским поступцима чији је предмет било одржавање личних односа са дететом сматрају себе добрим родитељима. Сви испитаници су веровали да делују у најбољем интересу своје деце и да је њихов континуирани ангажман око контакта са децом неопходан за заштиту тих интереса. Чињеница да многи од њих, и мајке и очеви, пред судом нису успели да добију тражене исходе, није спречило исте да истрају у сукобу. Они су једноставно одбацили закон као неправедан, пристрасан према одређеном полу и штетан по најбоље интересе њихове деце. За њих је битка морала да се настави без обзира на то шта је закон одредио; борба је била део њихове дужности да буду 'добар родитељ'. Shelley Day Sclater, Felicity Kaganas, „Implacable Hostility?“, рад изложен на годишњој конференцији Удружења социо-правних студија, 2000., нав. према Felicity Kaganas, Christine Piper, „Shared Parenting-a 70% solution?“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 14, Number 4, 2002, 374.

оцем, мајка је понудила да једном месечно сноси трошкове очевог пута и боравка у хотелу ради виђања са дететом. Отац је покренуо поступак ради потпуног лишења родитељског права мајке. Поступак за повратак детета по Хашкој конвенцији није покренуо из разлога што земље у које је мајка одвела дете нису потписнице те конвенције.⁴⁹ Поступак пред домаћим судовима је окончан правноснажним одбијањем тужбеног захтева, а у ревизијском поступку у којем је ревизија оца одбијена, Врховни касациони суд се изјаснио да „једно од најважнијих права детета чији родитељи не воде заједнички живот јесте право да одржава личне односе са оним родитељем са којим не живи. Ово право произлази из општег принципа да оба родитеља детета имају заједничку одговорност за подизање и развој детета и да су равноправни у вршењу родитељског права, али да поступање свих у односу са малолетном децом мора бити у најбољем интересу те малолетне деце.“ Врховни касациони суд је закључио да је у конкретном случају заштићен најбољи интерес малолетног детета, које од рођења живи са мајком, а које је у моменту одласка у иностранство имало 5 година, те имајући у виду њен успех у школовању и дато мишљење Центра за социјални рад, нема оправдане сумње у функционалност и подобност мајке која за сада једина врши родитељско право. Додао је и да ова промена пребивалишта малолетног детета неће битно угрозити однос са оцем, јер постоји објективна могућност да они буду конципирани на другачији начин.

2.2.1. Пракса Европског суда за људска права

Случај Писица против Републике Молдавије: У предметној одлуци суд је нагласио да државе у случајевима који се тичу права родитеља на виђање са својим дететом у начелу имају обавезу да предузму мере у циљу поновног уједињења родитеља са дететом и да олакшају таква спајања, у мери у којој интереси детета диктирају да се све мора учинити да се сачувају лични односи родитеља и детета.⁵⁰ Међутим, обавеза националних власти да предузму мере за олакшавање поновног спајања није апсолутна, јер поновно спајање родитеља и детета које неко време живи са другим особама можда неће моћи да се догоди одмах и може захтевати предузимање одређених припремних мера. Оно што је стога пресудно је да домаће власти предузму све неопходне кораке да омогуће контакт који се може разумно очекивати у посебним

⁴⁹ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, 17. август 2020.

⁵⁰ О томе видети још у Мања Марочини Зрински, „Pravo očeva na poštovanje obiteljskog života: Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Volume 77, 2017, 17-36.

околностима конкретног случаја. Суд је нагласио да тренутно постоји широки консензус о томе да у свим одлукама које се тичу деце, њихови најбољи интереси морају бити најважнији, али и да право детета да изрази своје мишљење не треба тумачити на начин да је тиме детету дато право апсолутног вета који искључује узимање у обзир било којег другог фактора и спровођење поступка ради утврђивања најбољег интереса детета. И у овој одлуци је ЕСЉП нагласио да у свим случајевима који се тичу односа родитеља са дететом, постоји дужност савесног и марљивог поступања, с обзиром на ризик да сам пролазак времена може одредити коначно стање ствари. У конкретном случају подносилац представке је била мајка троје деце, која су јој судским одлукама додељена на старање, а које је без њене сагласности задржао њен бивши супруг и временом јој онемогућио виђање са децом. У поступку пред органима у Молдавији је на основу извештаја психолога утврђено да су деца у почетку имала позитиван однос према оба родитеља, али да су након живота са оцем свој став о мајци радикално променила. Иако је мајци судским одлукама додељено старање над децом, ове одлуке се нису могле извршити јер су деца приликом сваког покушаја извршења одбијала да пређу да живе са њом. У крајњем отац је иницирао измену одлука о родитељском старању и исходовао да му је двоје млађе деце поверено на старање. Његов захтев да му се на старање повери и најстарији син је одбијен. Код оваквог чињеничног стања, ЕСЉП је закључио да је подносиатељки представке повређено право гарантовано одредбама члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода пропуштањем надлежних органа у Молдавији да поступају са ванредном марљивошћу и да предузму мере у складу са наведеним чланом. Надлежни органи нису реаговали на указивања подносиатељке представке да су се деца отуђила од ње, нити су спровели хитан поступак у којем би испитали питање старања о деци.⁵¹

2.3. Право детета да изрази своје мишљење

Традиционална правила су полазила од чињенице да деци мањка способности да врше овлашћења и да су релативно немоћна сама по себи. Из тог разлога та правила су давала овлашћења родитељима, ретко и деци.⁵² Стање у савременом праву је другачије. По Конвенцији о правима детета, „дете које је способно да формира сопствено мишљење има право да слободно изрази мишљење о свим питањима која га се тичу и у

⁵¹ „Case of Pisica v. Republic of Moldova, application no. 23641/17“ од 29.10.2019. године.

⁵² Barbara Bennett Woodhouse, „Talking about Children’s Rights in Judicial Custody and Visitation Decision-Making“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 118.

ту сврху даје му се прилика да буде саслушано у свим судским или административним поступцима који се односе на њега, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процедуралним правилима националног права, при чему ће се мишљењу детета посветити дужна пажња у складу са његовим годинама и зрелошћу.“⁵³ Наведено партиципативно право је од изузетног значаја за правни субјективитет детета и претпоставка је свих осталих права и слобода детета.⁵⁴

На овај начин, Конвенцијом детету није наметнута обавеза да своје мишљење изрази, већ је још једном наглашено да је дете ималац права и да се људска права протежу и на децу. Поље остваривања овог права није ограничено. У том смислу не постоје више места на којима традиционално није било простора за мишљење детета, као што су то раније биле школе или породични дом. Конвенција не прописује старосну границу испод које дете није способно да формира мишљење, нити дефинише појам зрелости детета. Она подразумева способност детета да разуме и процени питање о којем се одлучује, што истовремено ствара обавезу за доносиоце одлуке да детету пруже све потребне информације.⁵⁵

Принцип да дете има право изношења мишљења подразумева да је дете самостална индивидуа способна да формира мишљење, да (релативно) самостално заступа своје интересе и да доноси неке или већину одлука. Наведена способност не односи се само на одлуке и мишљење у поступању пред државним органима, већ и на случајеве у свакодневном животу (избор другова, избор литературе за читање, избор обуће и одеће, филмова и серија, рекреативних и спортских активности, омиљеног спортског клуба).⁵⁶

⁵³ Чл. 12 Конвенције о правима детета.

⁵⁴ Невена Петрушић, „Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије“, *Научна конференција „Новине у породичном законодавству“*, 28.04.2006. године, Правни факултет, Ниш, 105.

⁵⁵ *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 2007, 149, 154-155.

⁵⁶ У. Новаковић, „Право детета на изражавање мишљења“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 194. Исти аутор указује да се у оквиру права на саслушање повлачи разлика између обавезе и могућности да дете буде саслушано, што зависи од година и узраста детета. Тачно одређени узраст (као што је у нашем праву 10 година) повлачи законску могућност саслушања, док се фактичка могућност саслушања везује за способност да дете формира сопствено мишљење. Закључује да одређени узрастом прописани узраст повлачи могућност да дете изнесе мишљење пред државним органима, а способност формирања мишљења право да се изнесе мишљење. Способност формирања мишљења повлачи право, а старост повлачи остваривање права у поступку пред државним органима.

У поступцима који га се тичу, релевантно је утврдити стварно мишљење детета, јер и дете, баш као и одрасла особа, може да изрази ставове за које верује да други жели да чује или пак ставове за које зна да се подударују са ставовима њему значајне одрасле особе. Независно од тога што одлука суда неће увек бити у складу са изнетим мишљењем детета, утврђивање онога што дете искрено мисли је оно чему надлежни органи треба да теже. То наравно захтева одговарајуће поступке – попут оног да вољу детета утврђује лице посебно обучено за то, којем дете верује, без присуства оних који би могли да утичу на дете и у атмосфери која детету пружа могућност да изнесе своја истинска мишљења.⁵⁷ Уколико судија закључи да мишљење детета није компатибилно са осталим околностима предмета спора, он није дужан да га прихвати, али је дужан да образложи због чега сматра да мишљење детета није аутентично, или ако јесте аутентично, због чега сматра да није опредељујуће у заштити најбољег интереса детета. Значи, мишљење детета је само један од критеријума за утврђивање најбољег интереса детета, а остали критеријуми односе се на целокупне околности случаја, како субјективне тако и објективне, које могу утицати на правилан психофизички и ментални развој.⁵⁸ Колико је важно дати деци могућност да изнесу своје мишљење, показују и резултати студије спроведене у Израелу према којима се чак 93% деце изјаснило да сматрају да је добра идеја што им је пружена шанса да изразе своје мишљење у спору који се води између њихових родитеља. Студија је обухватила 448 деце узраста од 6-18 година.⁵⁹

Могло би се рећи да право на изражавање мишљења у ствари представља спону између права на добијање информација и права на доношење одлуке. Ово право не може постојати ако дете не добије потребне информације, а с друге стране не би имало сврху уколико као последицу не би имало доношење одлуке везане за конкретно питање.⁶⁰ По домаћем породичном праву⁶¹, „дете које је способно да формира своје мишљење има право да благовремено добије сва обавештења која су му потребна да би формирало своје мишљење“, као и право да потом слободно изрази своје мишљење. „Мишљењу детета се мора посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у

⁵⁷ David Archard, Marit Skivenes, „Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views“, *International Journal of Children's Rights*, Volume 17, Number 1, 2009, 15.

⁵⁸ Љубица Милутиновић, „Мишљење детета као критеријум за утврђивање најбољег интереса детета“, *Породични закон, тематски зборник радова*, Службени гласник, Београд, 2018, 148.

⁵⁹ Tamar Morag, Dori Rivkin, Yoa Sorek, „Child Participation in the Family Courts-Lessons from the Israeli Pilot Project“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 26, Number 1, 11, 15.

⁶⁰ У. Новаковић, (2012), 197.

⁶¹ Чл. 65 ПЗ.

свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, у складу са годинама и зрелошћу детета. Дете које је навршило 10. годину живота⁶² може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима, а може се само, односно преко неког другог лица или установе, обратити суду или органу управе и затражити помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења. Мишљење детета суд и орган управе утврђују у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере.“⁶³

Напоследку проф. др Зоран Поњавић оправдано закључује „да је право детета да изрази своје мишљење релативног карактера, јер је ограничено његовом способношћу да формира мишљење; да степен уважавања мишљења детета зависи од његове доби и зрелости; да у случају када дете изражава властито мишљење у одговарајућем поступку пред судом или управним органом, оно није странка; да његово појављивање не може бити узето ни као сведочење, а свакако ни као исказ експерта (вештака); те да је његова позиција је у овом случају оригинална, створена у закону само за њега.“⁶⁴

2.3.1. Пракса Европског суда за људска права

Случај Зелике Магомадове против Русије: У конкретној одлуци суд је нагласио да деца имају право да изразе мишљење о свакој ствари која их се тиче. Како деца сазревају и са протеклом времена постају способна да формирају сопствено мишљење, судови би требало да њиховим мишљењима и осећањима поклоне дужну пажњу, као и

⁶² У Норвешкој на пример закон предвиђа да дете узраста 7 година и млађе има право да изрази мишљење пре доношења одлуке која га се тиче, а нарочито када се њоме одлучује о старању, пребивалишту и одржавању личних односа. Овом мишљењу биће дата тежина у складу са узрастом и зрелошћу детета. Када дете пак напуни 12 година, његовом мишљењу ће бити дата значајна тежина. Section 31, Act Relating to Children and Parents, доступан на <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-children-act/id448389/>, 22. мај 2020. Према једном од истраживања 2 од 5 одлука у Норвешкој буду донете потпуно или делимично у складу са вољом детета узраста 7 и више година. Вид. Kristin Skjorten, „Children’s Voices in Norwegian Custody Cases“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 27, Number 3, 2013, 298.

⁶³ Судија Врховног касационог суда, Љубица Милутиновић наводи да је поступајући у једном породичном спору ради вршења родитељског права, лично одабрала за разговор са дететом, које је било школског узраста, његову школу на великом одмору у присуству школског психолога и такав разговор се показао веома продуктивним. Дете је отворено износило своја запажања, своје жеље и потребе, што је омогућило у каснијем току парнице доношење одлуке која је задовољила све учеснике у поступку, успоставила комуникацију између родитеља и омогућила детету да отворено разговара са оба родитеља, без страха од евентуалне осуде. Именована судија истиче да дете може непосредно изразити своје мишљење и у суду, али по правилу не у судници већ у посебно прилагођеној просторији. Вид. Љ. Милутиновић, 147-148.

⁶⁴ З. Поњавић, *Породично право*, Београд 2014, 268.

њиховом праву на поштовање приватног живота. Истовремено, њихова мишљења нису непроменљива, нити су њихова противљења, којима свакако треба бити поклоњена дужна пажња, довољна да превладају интересе родитеља, нарочито у погледу одржавања редовног контакта са децом. Самим тим право детета да изрази своје мишљење не би требало бити тумачено на начин да је њиме дат безусловни вето детету који искључује узимање у обзир било ког другог фактора и спровођење истражног поступка у сврху одређивање најбољег интереса детета (исти став је изражен и у претходно наведеној одлуци Писица против Републике Молдавије). Уколико пак суд заснује своју одлуку на мишљењу детета које није способно да га формира и изрази, на пример због конфликта лојалности или због тога што је било изложено отуђеном понашању једног од родитеља, таква одлука би могла да буде противна одредбама члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Предметни случај је иницирала мајка (1980. годиште) која је судском одлуком лишена родитељског права над њено шесторо малолетне деце, која су поверена на старање брату њеног покојног супруга. Према наводима мајке, након смрти супруга је наставила да живи са децом у његовој кући у селу у Чеченији. У њиховој близини су живели и рођаци покојног супруга, који су како тврди вршили притисак на њу да прибави кућу у којој је живела и новчану помоћ од државе због губитка хранитеља породице. До њеног раздвајања од деце је дошло у фебруару 2010. године када ју је брат њеног супруга, након што јој је задао телесне повреде, вратио код њене мајке, узео јој путне и личне исправе, а децу распоредио код остале браће тако што је сваки од њих узео по једно дете. Надлежни органи у Русији су у току поступка прибавили мишљење њене две најстарије ћерке, 1997. годиште и 1999. годиште, које су изјавиле да не желе да је виде због њеног неморалног начина живота (ступања у односе са другим мушкарцима након смрти њиховог оца), али су игнорисали њене наводе да са децом нема никакав контакт, да је родбина њеног покојног мужа децу окренула против ње и да су две најстарије ћерке одбиле да причају са њом када је она покушала да им приђе. Такође, првостепени суд мишљење друго двоје деце подносиољке представке, узраста 13 и 11 година није прибавио, нити је тражио процену стручњака о могућности прибављања мишљења њено двоје најмлађе деце, рођене 2003. године и 2006. године, имајући у виду њихов узраст и зрелост. Због овог и других пропуста руских органа које је Европски суд за људска права у својој одлуци констатовао, а које нећемо ближе образлагати јер се не тичу права детета да изрази своје мишљење, исти суд је нашао да је поступак пред надлежним органима у Русији спроведен мањкаво због чега најбољи интерес деце није

одређен, што је резултирало повредом одредби члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.⁶⁵

2.4. Начело најбољег интереса детета

Конвенција о правима детета прописује да су „у свим активностима које се тичу деце од примарног значаја интереси детета без обзира на то да ли их спроводе јавне или приватне институције за социјалну заштиту, судови, административни органи или законодавна тела.“ Предвиђа обавезу држава чланица да „детету обезбеде такву заштиту и бригу која је неопходна за његову добробит, узимајући у обзир права и обавезе његових родитеља, законитих старатеља или других појединаца који су правно одговорни за дете и предузимају у том циљу све потребне законодавне и административне мере.“⁶⁶

На овај начин, Конвенцијом је установљен принцип понашања одговорних, од родитеља, преко надлежних лица или тела, али не и посебно право-право да се утврди најбољи интерес детета, што за последицу има да најбољи интерес не може бити и непосредни предмет заштите у судском поступку када није утврђен или није на адекватан начин утврђен.⁶⁷

Комитет за права детета Уједињених нација истиче да разматрање најбољег интереса детета мора да обухвати узимање у обзир шта је у дететом интересу како краткорочно, тако и дугорочно посматрано. Свако тумачење најбољег интереса детета мора бити у духу Конвенције Уједињених нација о правима детета, а нарочито у складу са тим да је дете индивидуа са сопственим мишљењем и осећањима, да је дете субјект грађанских и политичких права, те субјект посебне заштите. Државе не могу тумачити стандард најбољег интереса детета на начин да негирају нека од права детета која су

⁶⁵ „Case of Zelikha Magomadova v. Russia, application no. 58724/14“ од 08.10.2019. године.

⁶⁶ Чл. 3 ст. 1-2 Конвенције о правима детета.

⁶⁷ Д. Палачковић, „Истражно начело у породичним споровима као израз најбољег интереса дјетета“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“*, 2014, 145. Икелар (Eekelaar) предлаже да би се везано за примену принципа најбољег интереса детета требало правити разлика између спорова у којима одлука директно утиче на дете и спорова у којима одлука индиректно утиче на дете. У првом случају фокус онога који доноси одлуку би требало да буде на доношењу решења које је најбоље по дете. У другом случају фокус онога који доноси одлуку би требало да буде доношење најбољег могућег решења за питање које се расправља, у сврху чега ће бити узет у обзир и интерес детета, као један од релевантних фактора. О томе више у John Eekelaar, „The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children“, *International Journal of Children's Rights*, Volume 23, Number 1, 2015, 5.

гарантована Конвенцијом Уједињених нација. Напоследку Комитет за права детета сматра да најбољи интерес детета неће увек бити једини, превладавајући фактор који ће бити узет у обзир, али да он у сваком случају мора бити предмет активног разматрања, мора бити приказано да је најбољи интерес детета процењен и узет у обзир као нешто од примарног значаја.⁶⁸

У домаћем праву ово начело није предвиђено као једно од уставноправних⁶⁹, али га Породични закон, у складу са Конвенцијом о правима детета, први пут у својим основним одредбама експлицитно прописује установљавајући дужност сваког „да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета.“⁷⁰ Иако из садржине већине одредаба породичног права произлази да је реч о принципу којим се суд руководи, не и дужности суда да у сваком поједином случају процењује најбољи интерес детета, постоје изузеци. Тако на пример у ситуацијама када родитељи закључе споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права суд је дужан да процени да ли је тај споразум у најбољем интересу детета⁷¹ или пак да ли је у најбољем интересу детета да му се ограничи право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи.⁷²

Породични закон не даје дефиницију овог правног стандарда, већ оставља судовима и другим поступајућим органима да од случаја до случаја одређују његову садржину.⁷³ Изнето може резултирати веома недоследном судском праксом.⁷⁴

⁶⁸ *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 2007, 38.

⁶⁹ Цвејић-Јанчић сматра да је потребна уставна прокламација и гаранција начела уважавања најбољег интереса детета, пре свега због тога што је Устав највиши правни акт једне земље и што би једна таква уставна одредба обезбедила најширу заступљеност овог принципа у свим гранама права, јер закони морају бити у складу са Уставом. Поред тога, у земљи која је још у великој мери оптерећена патријархалним схватањем породице и привржена традиционалним породичним вредностима, према којима се очекује да деца буду потчињена својим родитељима, најбољи интерес детета није увек у првом плану или се бар може врло различито тумачити, нпр. кроз призму интереса родитеља, а тек потом и дететових интереса. Нови положај детета, као субјекта одређених права, и заштита његових интереса и добробити у таквим друштвима ће најбоље бити схваћени и остварени ако добију ранг уставног принципа и уставну афирмацију. Вид. Олга Цвејић Јанчић, „Шта је потребно мењати у Уставу Србије у области породичноправних односа“, *Правни живот*, 10/2014, 14.

⁷⁰ Чл. 6 ст. 1 ПЗ.

⁷¹ Чл. 75 ст. 2 и чл. 77 ст. 4-5 ПЗ.

⁷² Чл. 61 ст. 2 ПЗ.

⁷³ Улога судова и управних органа у тумачењу тзв. правних стандарда је значајна. Закон својом регулативом не може све да уреди, па оставља судовима да законом установљену општу директиву ближе одреде конкретним одлукама. Правни стандард „најбољи интерес детета“ тражи посебну судску опрезност, студиозност, образовање, а не само правнички таленат за дефиницију. Самим тим, може да се каже да де факто судска пракса није извор породичног права, али да је де факто значајан супсидијарни извор јер битно утиче на живот правне норме, а и на живот човека. Вид. Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2015, 33-34. Више о примени овог начела од стране домаћих судова у Меланија Јанчић, Оливера Пејак Прокеш, „Начело најбољег интереса детета у теорији и судској пракси Србије“, *Правни живот*, 10/2018, 5-22.

Професор др Сузана Бубић са једне стране истиче да постизању униформности у одређењу најбољег интереса детета не треба да се тежи, јер би са становишта детета она имала више лоших него добрих страна, а била би и супротна циљевима који се желе постићи коришћењем овог стандарда. Дакле, одређење најбољег интереса детета треба вршити на индивидуалној основи, имајући у виду контекст у којем се одлучује и околности које постоје на страни сваког појединог детета и родитеља. Са друге стране, истиче бојазан да неодговарајућа и неправилна примена овог стандарда може изазвати управо супротан ефекат и негативно се одразити на дете. С тим у вези наглашава да се увек мора имати у виду постојање опасности да родитељи при доношењу одлуке дају предности свом интересу над дететовим, те постојање опасности од неограничене диспозиције у одређивању овог интереса у поступцима које воде надлежни органи.⁷⁵ Поједини аутори пак сматрају да је прецизније одређивање начела најбољег интереса детета онемогућио политичко-економски застој узрокован ратом адвоката мајки и очева, те сатисфакција судија могућношћу да ангажују стручњаке за ментално здравље за које се претпоставља да поседују стручно знање које ће водити процес доношења одлуке о старању.⁷⁶

Колико је комплексно одређивање садржине најбољег интереса детета можда најбоље осликава дефиниција најбољег интереса детета дата у нацрту Закона о правима детета и заштитнику права детета, који као једно од права признатих детету предвиђа право на остваривање најбољег интереса.⁷⁷ Најбољи интерес детета се према овом закону утврђује „на основу права детета прописаних овим законом, Конвенцијом о

⁷⁴ Миковић сматра да одређене тешкоће и дилеме код професионалаца могу стварати и непрецизни преводи изворног текста Конвенције о правима детета. Као пример наводи превод одредбе члана 3 став 1 ове Конвенције у БИХ, који је гласио 1990. године „интереси дјетета требају имати првенство“ (Unicef, 1999, стр. 48), 1996. године „од примарног значаја су и интереси дјетета“ (MVP BiH i IBNI, 1996. година, стр. 257), 2001. године „најбољи интереси дјетета биће од првенственог значаја“ (Југословенски центар за права детета, 2001, стр. 42), док изворни текст Конвенције гласи „the best interests of the child shall be a primary consideration“. Борјана Миковић, „Најбољи интерес дјетета-обавеза и одговорност надлежних институција“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“*, 2014, 225-226.

⁷⁵ Сузана Бубић, „Стандард најбољи интерес дјетета и његова примјена у контексту остваривања родитељског старања“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“*, 2014, 12 и 14.

⁷⁶ Elizabeth Scott, Robert Emery, „Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best Interest Standard“, *Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Group*, 2013, 51.

⁷⁷ Различитости у одређивању садржине стандарда најбољег интереса детета међу државама, поједини аутори приписују различитим уверењима која друштва имају о томе шта је у најбољем интересу детета, а која су обликована под утицајем различитих економских система, религијских утицаја, политичких снага и културолошких очекивања. Преостале различитости пак приписују разликама које постоје у политичким системима земаља чије власти на другачије начине решавају правне спорове иначе. Вид. Marianne Blair, Merle H. Weiner, „Resolving Parental Custody Disputes: A Comparative Exploration“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 248.

правима детета и другим ратификованим међународним уговорима и праксе међународних институција које надзиру спровођење људских права и права детета; пола, узраста, других личних својстава, претходног искуства и животних околности детета; потреба физичког, сазнајног, емоционалног и социјалног развоја и заштите живота и здравља детета; потребе осигурања безбедности детета; значаја обезбеђења стабилности, континуитета односа са родитељима, породицом и средином из које потиче или у којој борави, средине и начина живота детета; квалитета односа које је дете успоставило са родитељем или другом особом и непосредних и дугорочних ефеката одржавања тог односа; потребе очувања породичних односа, посебно односа са браћом и сестрама; дететове културе, расне, етничке, језичке и религијске припадности или наслеђа; уважавања дететовог доживљавања времена и последица које неоправдано одлагање доношења одлуке може имати на дете; других околности, личних својстава и стања која могу да утичу на добробит детета.“⁷⁸ Како је листа критеријума исцрпна, а у сврху додатног умањења могућности злоупотреба принципа најбољег интереса детета, проф. др Вељко Влашковић оправдано предлаже да је потребно предложене критеријуме у одређеној мери рангирати, с обзиром да нису сви од истог значаја. Као примарне критеријуме изричито треба издвојити заштиту живота и здравља и осигурање безбедности детета. Као другорангирани критеријум требало би предвидети значај обезбеђења стабилности и континуитета односа с родитељима, док би се остали елементи могли сврстати у трећи ранг елемената за процену најбољег интереса детета.⁷⁹

Дакле, принцип најбољег интереса детета је значајан по томе што је интересу детета подредио интересе других и учинио га најважнијим. Проблем у његовој примени не настаје због тога што је интересу детета дат такав значај, већ због недостатка

⁷⁸ Члан 12 нацрта Закона о правима детета и заштитнику права детета, доступан на <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/070619/070619-vest15.html>, 20. децембра 2019. Неки од аутора пак шта је у најбољем интересу детета одређују искључиво на основу једног јединог фактора, односно на основу тога за кога је дете везано. Више о томе у John Bowlby, *Attachment and Loss Volume 1: Attachment*, New York 1969, *Attachment and Loss Volume 2: Separation*, 1973, *Attachment and Loss Volume 3: Loss*, 1982. Ипак, чини се да су оправдана истицања да критеријум везаности јесте само један од релевантних критеријума које је потребно узети у обзир приликом одређивања шта је у најбољем интересу сваког појединачног детета, али сам по себи није довољан за доношење комплексних одлука какве су оне у споровима о старању, пребивалишту детета и виђању са дететом. Вид. Pamela S. Ludolph, Milfred D. Dale, „Attachment in Child Custody: An Additive Factor, not a Determinative One“, *Family Law Quarterly*, Volume 46, Number 1, 2012, 37.

⁷⁹ В. Влашковић, „Проблем одређивања садржине најбољег интереса детета“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 364.

специфичности која се показује нарочито потребна у тешким случајевима.⁸⁰ У значајном броју пресуда домаћих судова садржина стандарда најбољег интереса детета није ближе одређена. Судови у одлукама често само констатује да је таква одлука у најбољем интересу детету, изостављајући разлоге због чега. Управо су овакви недостаци у образложењу били један од разлога укидања нижестепених пресуда о потпуном лишењу родитељског права од стране Врховног касационог суда.⁸¹ Највиша судска инстанца у нашој земљи је истакла да је „најбољи интерес детета правни стандард који се процењује на основу низа објективних и субјективних околности, а између осталог подразумева и да се између малолетног детета и родитеља са којим не живи развије и негује однос заснован на љубави, поверењу и међусобном уважавању. У конкретном случају нижестепени судови су пропустили да дају разлоге у вези најбољег интереса детета да отац буде потпуно лишен родитељског права, нарочито имајући у виду старост и право детета које је навршило 15 година живота да одлучује о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи, да може дати пристанак за предузимање медицинских захвата, да може одлучити коју ће средњу школу похађати и да може предузимати правне послове којима управља и располаже својом зарадом или имовином коју је стекло сопственим радом.“ У још једној одлуци највише судске инстанце дато је можда и конкретније и прецизније образложење како се „правни стандард најбољег интереса детета цени у сваком поједином случају у смислу да се он цени уз вођење рачуна о узрасту и полу детета, његовим жељама и осећањима с обзиром на узраст и зрелост, потребама детета и способностима родитеља да те потребе задовољи.“⁸²

Напоследку, принцип најбољег интереса детета је можда најадекватније приказао проф. др Влашковић када је рекао да се у најбољи интерес детета морају уткати како колективне културне и друштвене вредности, тако и посебност и карактеристике сваког засебног детета. Наведени стандард треба тумачити као мост између дететовог друштвеног и породичног окружења и самог детета. То је спона којом се детету преносе колективне вредности једне породице, али и простор у коме ће дете развити сопствене вредности које ће једног дана преносити другима. Градитељи тог моста, јесу пре свих родитељи детета. Родитељи су природно најнепосреднији

⁸⁰ Katharine T. Bartlett, „Preference, Presumption, Predisposition and Common Sense: From Traditional Custody Doctrines to the American Law Institute’s Family Dissolution Project“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 24.

⁸¹ Пресуда Врховног касационог суда Рев.1902/2019 од 09.05.2019. године.

⁸² Решење Врховног касационог суда Рев. 3412/2019 од 25.10.2019. године.

заинтересовани да се принцип најбољег интереса детета примени на одговарајући начин и њима би се морало омогућити поље слободне процене. Због тога примену начела најбољег интереса детета треба везивати за ситуацију конфликта, распада породице и пре свега нужну заштиту деце.⁸³

2.5. Поступак у спору за заштиту права детета

Дете више није објект родитељске власти, а будући да може и само да штити своја права, није ни под искључивом заштитом својих родитеља, односно других лица.⁸⁴ Сагласно томе, као један од посебних поступака у вези са породичним односима, Породични закон предвиђа поступак у спору за заштиту права детета. Надлежан суд за спровођење спора за заштиту права детета у првом степену је основни суд, док у другом степену одлучује апелациони суд.⁸⁵

Предмет заштите у овом поступку могу бити „сва права која су детету призната Породичним законом, а нису заштићена неким другим поступком.“⁸⁶ Овај поступак се покреће искључиво тужбом коју могу да поднесу дете, родитељи детета, орган старатељства и јавни тужилац.⁸⁷

Ради се о хитном поступку⁸⁸ у којем су диспонирања странака ограничена. Суд не може донети пресуду због пропуштања, нити пресуду на основу признања или одрицања, а странке не могу да закључе судско поравнање.⁸⁹ С друге стране, суд у склопу одлуке у спору за заштиту права детета, може одлучити и о вршењу, односно лишењу родитељског права, а може одредити и једну или више мера заштите од насиља у породици.⁹⁰

⁸³ В. Влашковић, (2012), 364.

⁸⁴ Гордана Станковић, „Дете као странка у парничном поступку“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног“*, Правни факултет, Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 31.

⁸⁵ Чл. 22-24 Закона о уређењу судова-ЗУС, „Службени гласник РС“, бр. 116/2008...113/2017.

⁸⁶ Чл. 263 ст. 2 ПЗ.

⁸⁷ Чл. 262 и 263 ст. 1 ПЗ.

⁸⁸ Чл. 269 ПЗ.

⁸⁹ Чл. 271 ПЗ.

⁹⁰ Чл. 273 ст. 1 и 3 ПЗ.

2.5.1. Процесни положај детета

Одредбама Породичног закона настоји се пружити посебна заштита малолетном детету, његовим правима и интересима. У складу са тим, „у спору за заштиту права детета суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета.“⁹¹

Посебна заштита детета настоји се пружити и кроз привилеговану месну надлежност којом је детету омогућено да поступак за заштиту својих права покрене како „пред судом опште месне надлежности, тако и пред судом на чијем подручју има пребивалиште, односно боравиште.“⁹²

У поступку за заштиту његових права, као и у осталим судским поступцима, дете заступају родитељи, као његови законски заступници.⁹³ За случај да су интереси детета у супротности са интересима његових законских заступника, ради остваривања права детета је омогућено да му буде постављен колизијски старатељ, односно привремени заступник. Постављање колизијског старатеља од органа старатељства, односно привременог заступника од суда, може да захтева и само дете које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање, било самостално, било преко неког другог лица или установе.⁹⁴ Такође, привременог заступника детету може да постави и суд по службеној дужности када процени да у спору за заштиту права детета, дете као странка није заступано на одговарајући начин.⁹⁵

Када у поступку иступа дете које је способно да формира сопствено мишљење, а заступа га колизијски старатељ, односно привремени заступник, исти су дужни да се старају да „дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да пружи детету објашњење које се тиче могућих последица акта који он предузима и да пренесу суду мишљење детета, ако дете није непосредно изразило мишљење пред судом.“⁹⁶ С друге стране, суд је дужан да се стара да „дете које је способно да формира своје мишљење благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да му омогући да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета, те да мишљење детета утврди на начин и на

⁹¹ Чл. 266 ст. 1 ПЗ.

⁹² Чл. 261 ПЗ.

⁹³ Чл. 72 ст. 1 ПЗ.

⁹⁴ Чл. 265 ПЗ.

⁹⁵ Чл. 266 ст. 2 ПЗ.

⁹⁶ Чл. 267 ПЗ.

месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу.“⁹⁷ Суд, односно колизијски старатељ и привремени заступник детета, нису дужни да поступе на наведени начин само онда ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.⁹⁸

2.5.2. Однос начела најбољег интереса детета и истражног начела

За разлику од општег парничног поступка у коме терет доказивања битних чињеница лежи искључиво на странкама, у споровима у вези са породичним односима, самим тим и у спору за заштиту права детета, суд има истражно овлашћење на основу кога може утврђивати „чињенице и када оне нису међу странкама спорне, те истраживати чињенице које ниједна странка није изнела.“⁹⁹ Тиме што је примат дат истражном начелу, спречено је дејство признања чињеница, које отклања спор о чињеницама, али и отклоњене последице неактивности странке у изношењу чињеница и предлагању доказа.¹⁰⁰ Дакле, доношењу одлуке у спору за заштиту права детета претходи спровођење контрадикторног поступка у којем је суд дужан да сагласно истражном начелу расправи све чињенице које су битне за доношење законите и правилне одлуке, „да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима“¹⁰¹ и да у крајњем одлуку о заштити права детета донесе руководећи се најбољим интересом детета.¹⁰² Иако је законом прописана дужност суда

⁹⁷ Чл. 266 ст. 3 ПЗ.

⁹⁸ Проф. др Невена Петрушић сматра да су „непримерене законске одредбе којима је право детета на изражавање мишљења повезано са његовим најбољим интересом.“ Наводи да томе у прилог говори чињеница да „дете не располаже ниједним процесним средством које може употребити како би издејствовало контролу одлуке суда, односно колизијског или привременог заступника да изражавање мишљења детета није у складу са његовим најбољим интересом.“ Додаје и да се „у савременом праву најбољи интерес детета не посматра пасивно, нити се сматра да су искључиво одрасли ти који одређују садржај принципа најбољег интереса детета, већ се полази од става да су ова два принципа међусобно повезана, при чему је управо уважавање мишљења детета веома често у најбољем интересу детета.“ Вид. Н. Петрушић, 113.

⁹⁹ Чл. 205 ПЗ.

¹⁰⁰ Д. Палачковић, „Поступак у спору за заштиту права детета“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 537.

¹⁰¹ Чл. 270 ПЗ. Ранка Вујовић наводи да се у овим случајевима орган старатељства појављује као вештак по дужности, јер вештачење не може да одбије, будући да ти послови спадају у његову делатност. Такође „не може ни да наплати сачињавање налаза и стручног мишљења из истог разлога, с обзиром да се у буџету Републике Србије обезбеђују средства за редовну делатност овог органа.“ Именована наводи и да је „орган старатељства специфични вештак, јер у свом саставу има стручњаке различите специјалности (психолога, педагога, социјалног радника), који поседују специфична стручна знања и који, због природе посла којим се баве и начина пружања услуга, остварују увид у породичне прилике детета и његове породице, околности које се тичу породичних односа, а релевантне су за поступак, карактеристике личности учесника тих односа и друго што је суду потребно да би донео одговарајућу одлуку.“ Вид. Р. Вујовић, „Процесни положај органа старатељства у судском парничном поступку у вези с породичним односима“, *Породични закон, тематски зборник радова*, Службени гласник, Београд, 2018, 317-318.

¹⁰² Чл. 266 ст. 1 ПЗ.

да пре доношења одлуке о заштити права детета, затражи налаз и стручно мишљење неке од специјализованих установа, то свакако не значи и дужност суда да своју одлуку донесе у складу са тим налазом и стручним мишљењем. Прибављени налаз и стручно мишљење суд цени као и све остале изведене доказе, па самим тим има и могућност да га не прихвати. У пракси се ипак ретко дешава да суд донесе одлуку која је супротна налазу и мишљењу стручне установе.

Поред тога што истражно начело у овим споровима овлашћује суд да утврђује чињенице и када оне нису међу странкама спорне, те чињенице које ниједна од странака није изнела, из образложења великог броја одлука домаћих судова произлази да се судови овим својим овлашћењем не користе у значајној мери, без обзира што својим одлукама решавају о изузетно осетљивим питањима од утицаја на живот и родитеља и деце. У немалом броју случајева истраживање релевантних чињеница судови препуштају установама специјализованим за посредовање у породичним односима, углавном центрима за социјални рад, на чијим стручним мишљењима темеље своје одлуке. Професор др Душица Палачковић као проблеме у утврђивању најбољег интереса детета и примене истражног начела издваја следеће: 1) (не)способност суда да препозна факторе од којих зависи одлука шта је у најбољем интересу *in concreto* 2) превелика дискрециона права суда у одабиру фактора релевантних *in concreto*, 3) различитост фактора условљава и различитост метода којима се долази до сазнања о релевантним чињеницама; са тим у вези наводи да за претежан број судова немају потребна стручна знања због чега се и обраћају стручним лицима за помоћ, а која лица са друге стране немају довољно знања потребних за проверу веродостојности својих закључака (они само утврђују чињенице применом одабраних научних метода које такође не морају бити и једине и најбоље), нити за повезивање резултата одабраних научних метода које су користили са квалитативним показатељима најбољег интереса, за оцену важности сваког од показатеља, а посебно за међусобно упоређење различитих фактора најбољег интереса; 4) проблем суда у прикупљању доказа по службеној дужности који су прикривени у приватности породичног живота; 5) проблем специјализованих тимова, служби или стручњака у прикупљању доказа, који се једним делом свакако превазилази различитим типовима психолошких експертиза које им стоје на располагању; 6) хетерогеност фактора процене најбољег интереса условљава тешкоће, често немогућност упоређивања, одређивања тежине, значаја или вредности сваког од њих у односу једних према

другим; 7) проблем проверљивости доказа које износе странке, пре свих родитељи, а то је обавеза суда.¹⁰³

Једно је сигурно истражно начело у споровима у вези са породичним односима је инструмент који суд у пракси недовољно користи. У значајном броју поступака утврђење битних чињеница препушта стручним тимовима центара за социјални рад. Нема сумње да је консултовање стручних лица у овим поступцима неопходно. Судије имају посебна знања из области права детета, али се не може рећи да поседују стручна знања да изврше све потребне процене и експертизе које захтева доношење правилне одлуке. У том смислу учешће специјализованих установа и појединаца је неизоставно, како то и сам Породични закон налаже. Ипак, до замене улога не би смело доћи, суд је дужан да прибави стручно мишљење специјализованих установа, али и да у складу са истражним овлашћењем извођењем адекватних доказа по службеној дужности расправи све релевантне чињенице како би руководећи се најбољим интересом детета донео закониту одлуку.

3. РОДИТЕЉСКО ПРАВО

3.1. Појам и садржина родитељског права

За разлику од модерног породичног права које прокламује равноправност брачне и ванбрачне деце¹⁰⁴ и равноправност мајке и оца као родитеља,¹⁰⁵ кроз цео период постојања патријархалне породице родитељско право је карактерисала неравноправност деце рођене у браку и деце рођене ван брака, неравноправност мајке у правима према деци (њено потпуно или делимично искључење у вршењу родитељског права) и непостојање родитељског права као таквог, већ очинске власти, тј. права оца да одлучује о подизању, васпитању, па чак и о животу своје деце.¹⁰⁶ Тако је Српски грађански законик из 1844. године прописивао да су „деца или брачна или ванбрачна или усвојена и по тој разлици имају различити вид и одношење правично према родитељима и хранитељима својима“ (параграф 112), а да се „небрачна деца искључују из уживања грађанских права. Права пак и одличја према оцу и родбини само онда добијају кад се законом путем најпре за брачну огласе“ (параграф 133). Законик је прописивао и да дужности родитељске „поглавито на оцу леже“ (параграф 116) и да

¹⁰³ Д. Палачковић (2014), 150-153.

¹⁰⁴ Чл. 6 ст. 4 ПЗ.

¹⁰⁵ Чл. 65 Устава и чл. 7 ст. 1-2 ПЗ.

¹⁰⁶ С. Панов, 157.

„отац нарочито има власт дете своје недорасло за оно стање живота приправљати и васпитавати које он за добро нађе“ (параграф 124). С друге стране предвиђао је да су „деца дужна родитеље своје почитовати и у свачему њима послушни бити и противу воље њихове ништа не чинити, нити предузимати“ (параграф 120). За родитељско право Законик је користио термин родитељска власт.¹⁰⁷

Насупрот изнетој регулативи Српског грађанског законика, савремено право карактеришу равноправност брачне и ванбрачне деце и равноправност мајке и оца у вршењу родитељског права које им припада заједно. Када говоримо о родитељском праву,¹⁰⁸ говоримо о строго личном праву родитеља, које се не може пренети на друга лица и којег се родитељи не могу одрећи. Ово право оба родитеља стичу рођењем детета. Уколико пак родитељи нису у браку мајка стиче родитељско право рођењем детета, а отац после утврђивања очинства признањем или на основу правноснажне пресуде о утврђивању очинства.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Српски грађански законик из 1844. године, InDok. Односе родитеља и деце између два светска рата и у Војводини одликовала је очинска власт, а њихов примарни основ је био статус родитеља. О томе више у Г. Ковачек Станић, „Породичноправни односи родитеља и деце у Србији (Војводини) кроз историју и данас“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 47, Number 2, 2013, 107-130.

¹⁰⁸ Проф. др Марија Драшкић истиче да термин „родитељско право“ није сасвим одговарајући, јер окосницу овог појма и његов смисао представљају дужности родитеља. Упркос томе, термин „родитељско право“ је задржан у Породичном закону из два разлога. Како наводи са једне стране, намера је била да се на тај начин афирмише право детета да се о њему, пре свих других, старају његови родитељи, а са друге стране термин „родитељско право“ задржан је и због тога што би израз „родитељска одговорност“ у српском језику могао направити забуну у односу на појам одговорности родитеља за штету коју дете причини трећим лицима. Најзад, истиче да је одговорност родитеља правни појам који заједно са појмовима „права детета“ и „најбољи (највећи) интерес детета“ треба да на савременији начин одреди однос родитеља и детета. Основну одлику овог појма чини то што он сугерише изграђивање новог система правне и етичке валоризације детета као правног субјекта и посебне улоге родитеља у правилном развоју и подизању. Вид. М. Драшкић, *Коментар Породичног закона према стању законодавства од 01.12.2015. године*, Београд 2016, 189-190. Проф. др Гордана Ковачек Станић такође сматра да термин „родитељско право“ не осликава прецизно односе између родитеља и деце, јер већ сами закони на прво место стављају родитељске дужности, у односу на права, а предвиђају и посебна права деце. Неки закони, осим тога, посредно користе и израз „родитељско старање“ означавајући децу „без родитељског старања“. Иако се чини адекватнијим, термин „старање“ може да изазове конфузију због истог језичког корена са термином „старатељство“, а који означава установу неспојиву са родитељством. Вид. Г. Ковачек Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад 1994, 12-13. С друге стране проф. др Слободан Панов коментаришући употребу термина „дечје право“ уместо термина „родитељско право“ истиче да свако форсирање, сваки став о превасходству неког субјекта нарушава склад и угрожава благостање. Концепт благостања детета може да се заснива на равноправности субјеката у родитељско-дечјем односу, а не на доминацији детета. Доминација детета супротна је и уставном начелу равноправности грађана без обзира на „било које лично својство“. Стога закључује да ако је почетна (врло нереално оптимистична) хипотеза да су родитељи и дете субјекти са истим квантумом зрелости, знања, мудрости, капацитета и талента за љубав и осећајност, онда управо начело равноправности, по природи ствари, фаворизује родитеље, макар у правном и терминолошком значењу, а и са аспекта хронолошког реда ствари, оправдано је ову релацију назвати по старијим субјектима: родитељима. Вид. С. Панов, 158.

¹⁰⁹ Илија Бабић, *Коментар Породичног закона према стању законодавства од 01.02.2012. године*, Београд 2014, 227. Др Невена Вучковић Шаховић сматра да би законско уређење односа између

По важећем породичном праву у нашој земљи „родитељско право је изведено из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.“¹¹⁰ Оно у својој садржини обухвата „право и дужност родитеља да се старају о детету, што обухвата чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање, те управљање и располагање имовином детета.“¹¹¹ Устаљена подела наведених права и дужности је на старање о личности детета, заступање права и интереса детета и старање о имовини и имовинским правима детета. Дужности и права родитеља према личности детета даље се могу поделити у две групе, дужности и права која извиру из личних односа деце и родитеља и дужности и права родитеља статусне природе (одређивање личног имена, пребивалишта и држављанства). У имовинске дужности и права родитеља убрајају се издржавање деце, управљање имовином деце, коришћење те имовине, располагање имовином и одговорност родитеља за штету. Посебна важност се придаје правима детета.¹¹²

Родитељско право по правилу престаје када дете напуни 18 година живота. Оно такође може престати и у случају „када дете стекне потпуну пословну способност пре пунолетства, када буде усвојено, када родитељ буде потпуно лишен родитељског права, те када умру дете или родитељ.“¹¹³ Имајући у виду садржину родитељског права, када дете постане способно за самосталан живот, породичноправна и друштвена заштита

родитеља и деце требало да се заснива на следећим основама: „1) родитељи или стараоци имају превасходну, али не и искључиву одговорност за децу; 2) дете је у центру пажње породице, ниједно право у оквиру породице не може се остваривати на рачун пуног остваривања права детета; 3) држава има основну одговорност у обезбеђивању услова родитељима за успешно остваривање њихове улоге у породици; 4) држава мора да води рачуна да у односима у породици морају увек бити остварена 4 основна принципа на којима се заснивају сва друга права детета-право на недискриминацију, право на живот, опстанак и развој, право на учешће/уважавање мишљења детета и остваривање најбољег интереса детета; 5) морају се јасно дефинисати обавезе према родитељима уз строго везивање за узраст и развојне могућности детета; 6) држава има обавезу заштите од свих облика злоупотребе и насиља у породици.“ Вид. Невена Вучковић Шаховић, „Права детета и породично законодавство“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 266-267.

¹¹⁰ Чл. 67 ПЗ. Проф. др Марина Јањић Комар разликује 3 типа схватања родитељског односа: либерални концепт, модел односа и модел одговорности. Либерални модел односа полази од субјекта и афирмише његова права. Посебно је добио на значају у новије време кад се дете поставља у положај субјекта и прокламују његова независна права. Модел односа полази од родитеља и дефинише однос према детету са становишта права и обавеза родитеља. Најчешће се не прави разлика између права и обавеза родитеља и користи се синтагма „право и дужност“. Модел одговорности као трећи вид интерпретације тек почиње да се назире као посебан приступ. Он је резултат промене перспективе односно напуштања класичног институционалног оквира породице у корист породичног живота као основе права. На прагу је етика одговорности која превазилази класично раздвајање права и морала и онемогућава њихову замену улога кад право преузима улогу арбитра у социјалној сфери. Вид. Марина Јањић Комар, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 247-248.

¹¹¹ Чл. 68 ст. 1-2 ПЗ.

¹¹² Марко Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд 1984, 337 и даље, нав. према Г. Ковачек Станић, (1994), 27.

¹¹³ Чл. 84 ст. 1 ПЗ.

постаје непотребна, а родитељско право престаје. Са друге стране, с обзиром да је родитељско право строго личног карактера и да припада само лицима која имају својство родитеља, оно природно престаје када нестану субјекти родитељскоправног односа. Престанком родитељског права престају сва права и дужности које чине његову садржину, изузев обавезе родитеља да доприносе издржавању свог пунолетног детета које се редовно школује, односно детета које није способно за рад и нема довољно средстава за издржавање.¹¹⁴

3.1.1. Упоредноправни приказ

У овом делу рада ћемо изнети решења која у погледу одређивања појма и садржине родитељског права имају нека од одабраних иностраних законодавстава. Приликом одабира земаља чија ће решења бити изнета овде и на другим одговарајућим местима, трудили смо се да обухватимо земље са више различитих континената, међу којима постоје економске, политичке, верске и културолошке разлике, а све како бисмо на крају могли да закључимо каквог утицаја ови чиниоци имају на уређење родитељског старања о деци.

Од европских законодавстава смо посматрали француско и грчко. Француско право је карактеристично по томе што је за означавање старања родитеља о деци задржало термин родитељска власт. Задржавајући термин родитељска власт, француско право није прихватило тренд савременог права замене тог термина са термином родитељска одговорност. Разлог за наведено је било схватање француског законодавца да термин власт боље одражава неодвојиву природу права и обавеза које родитељи имају. Да би подстакли родитеље, није довољно нагласити да имају одговорност, већ је неопходно инсистирати на томе да имају моћ у сврху остваривања њихове мисије као родитеља, односно имају одговорност управо због тога што имају власт. У том духу, остао је неизмењен члан 371 француског Грађанског законика да „дете, без обзира на узраст, мора поштовати свог оца и мајку“. Родитељска власт (ауторитет) у француском праву представља сет права и обавеза, који припадају мајци и оцу, а свако од признатих права истовремено представља и обавезу која је родитељима наметнута.¹¹⁵ С друге стране грчко право не користи термин родитељска власт. Старање према грчком Грађанском законнику обухвата старање о дететовој личности, управљање његовом

¹¹⁴ М. Драшкић, (2016), 254.

¹¹⁵ Hugues Fulchiron, „Custody and Separated Families: The Example of French Law“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 301.

имовином и заступање детета у свим правним поступцима који се тичу њега и његове имовине. Свака одлука родитеља донета у оквиру родитељског старања мора бити у дететовом интересу, а старање о детету нарочито подразумева подизање, надзор, образовање и васпитавање детета, те одређивање његовог места пребивалишта. У случају када родитељи не могу да постигну споразум, а интерес детета захтева доношење одлуке, о спорном питању ће одлуку донети суд.¹¹⁶

Од посматрана три законодавства Латинске Америке, у два је задржан термин родитељска власт. Тако се у савременом праву Аргентине однос детета и родитеља означава термином *patria potestad*, који је латинског порекла и у преводу дословно значи власт оца. Имајући у виду да овај термин не осликава право стање ствари у смислу да родитељско право врше оба родитеља у интересу малолетног детета, стручњаци у тој земљи се залажу да се уместо тренутног у употребу уведе термин родитељска одговорност. Односи детета и родитеља су у целини уређени одредбама аргентинског Грађанског законика, које аргентински судови примењују у духу одредаба различитих уговора о људским правима чији је потписник Аргентина, нарочито у духу одредаба Конвенције о правима детета. *Patria potestad* обухвата све дужности и права која родитељи имају у односу према деци и њиховој имовини у сврху њихове заштите и подизања. По томе *patria potestad* укључује све дужности и права у погледу одређивања дететовог пребивалишта, свакодневног одгајања детета, његовог издржавања, те доношења одлука о његовом школовању, здрављу и заступању.¹¹⁷

Термин родитељска власт карактерише и породично право Мексика у којем је савезни Грађански законик тренутно на снази у целој земљи и служи као узор за решења грађанских законика савезних држава у погледу родитељског старања. Родитељска власт (ауторитет, *patria potestad*) обухвата оца, мајку, дете и државу. Она је регулисана првом књигом савезног Грађанског законика која је, са изменама и допунама, на снази од 1928. године. Прописано је да је родитељска власт одговорност у јавном интересу, обавезујућа, непреносива, ограниченог временског трајања и њен ималац је се може одрећи. У преовлађујућем делу важећег права Мексика родитељска власт је схваћена као правни однос у којем између родитеља и деце важе принципи поштења и узајамности. Како произлази раније схватање о власти оца над децом више

¹¹⁶ Theofano Papazissi, „The Function of Parental Care and Custody and the Minor’s Opinion in Greece“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 340-341.

¹¹⁷ Cecilia P. Grosman, Ida Ariana Scherman, „Argentina: Criteria for Child Custody Decision Making upon Separation and Divorce“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 543-544.

не ужива заштиту. Дужности и права која улазе у садржину родитељске власти се сматрају дужностима и правима установљеним у јавном интересу с обзиром да је сврха родитељске власти подстицање складних породичних односа који су основа здравог друштва. Ове дужности и права су такође ограниченог временског трајања и могу најдуже да трају до дететовог пунолетства, односно његове 18. године, а њихов ималац их се може одрећи под 2 услова: када има 60 и више година и када није у стању да испуни своје дужности због хронично лошег здравственог стања. Што се тиче садржине родитељске власти, прва дужност родитеља је старање и брига о детету. Под старањем се подразумева да родитељ буде са дететом и брине се о њему. Судови у Мексику за ову дужност користе термине *guarda y custodia*, који се схватају као синоними. Родитељи су такође дужни и да образују и васпитавају своје малолетно дете, те да се понашају на начин који за дете представља добар пример. Истовремено, родитељи управљају имовином малолетног детета и заступају дете у свим поступцима који се тичу детета. Оно што је за предмет нашег интересовања најважније је да су имаоци родитељске власти слободни и имају право да живе где год желе, а пребивалиште лица које је под родитељском влашћу је одређено пребивалиштем онога ко ту власт врши. У том смислу дете, све док је под родитељском влашћу, не може да напусти дом особе која над њим врши родитељску власт без сагласности тог лица или одлуке надлежног органа. Дакле, из решења мексичког права произлази да родитељска власт више није схваћена као апсолутна власт родитеља над њиховом децом. Модерна решења иду у правцу установљавања родитељске власти која је условљена или ограничена правима малолетног детета, па тако важећа решења изражавају жељу друштва да заштите и промовишу основна права малолетног детета, као што су образовање, недискриминаторно понашање, достојан и безбедан дом, те остварење потенцијала детета као људског бића. Ипак, прогрес родитељске власти је отежан доминантним схватањем родитеља у Мексику да имају апсолутну власт над својом малолетном децом и да је реч оца последња када је у питању доношење одлука које се тичу детета.¹¹⁸

Коначно, родитељска власт (ауторитет) био је термин који је употребљавао и Грађански законик Бразила из 1916. године, чија су решења осликавала патријархални правни систем. Родитељска власт је припадала оцу и мајци, али је отац сматран главом брачног пара и имао је право да одређује породична правила (одлучивао је где ће

¹¹⁸ Patricia Begne, „Parental Authority and Child Custody in Mexico“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 527-542.

породица живети, управљао је имовином супружника и доносио одлуке у погледу образовања деце). Данас, према модерном праву Бразила, старање представља дужност (*minus*) родитеља да се брину о свом детету. Оно се пре свега схвата као одговорност родитеља да се свакодневно брину о детету и доносе одлуке које се тичу детета, а не као моћ родитеља да доносе битне одлуке у дететовом животу.¹¹⁹

Напоследку, термин родитељско право у Јапану, као азијској земљи чије је право посматрано, означава правни статус родитеља у погледу заштите, промовисања и заступања интереса њихове деце и управљања имовином деце. Према одредбама јапанског Грађанског законика родитељско право обухвата старање о детету и управљање његовом имовином. Законик садржи низ одредаба којима су прописана различита права родитеља попут права да се стара о детету, права да одреди место пребивалишта детета, права да васпитава дете, права да да сагласност приликом запошљавања малолетника или када малолетник жели да покрене неки посао, права да управља имовином малолетника и да га заступа.¹²⁰

На овом месту можемо да закључимо да ни у једном од посматраних система, без обзира на њихове међусобне економске, политичке, верске и културолошке разлике, старање о деци није уређено као власт оца над дететом у патријархалном значењу те речи. Чак и она права која су задржала термин родитељска власт под њим подразумевају родитељску власт која је ограничена правима и интересима детета.

3.2. Вршење родитељског права

Живот почињемо и завршавамо са породицом.¹²¹ У току брака родитеља они родитељско право врше заједнички и споразумно, док сам развод брака не доводи до губитка овог права, али утиче на начин како се оно остварује.¹²² Иста ситуација је и када се ради о ванбрачној заједници, односно њеном прекиду. По домаћем праву, „права и обавезе родитеља који не живи са дететом су иста, без обзира на статус родитеља, да ли су родитељи разведени или су прекинули заједницу живота, било у

¹¹⁹ Rodrigo Da Cunha Pereira, „The Parental Relationship in Brazilian Law: A Study of Custody“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 563-564.

¹²⁰ Satoshi Minamikata, „Resolution of Disputes over Parental Rights and Duties in a Marital Dissolution Case in Japan: A Nonlitigious Approach in Chotei (Family Court Mediation)“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 490 и 492.

¹²¹ Linda Elrod, Robert Spector, „A Review of the Year in Family Law: Increased Mobility Creates Conflicts“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 4, 2003, 515.

¹²² Тања Китановић, „Родитељско право у контексту развода брака“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 5, 2015, 116.

браку или ванбрачној заједници, те ако нису никад ни успоставили заједницу живота.“

¹²³ Породичним законом Републике Србије, као и већином других савремених породичних права, предвиђена су два начина вршења родитељског права, заједничко и самостално, при чему заједничко вршење није искључиво резервисано само за оне ситуације када родитељи воде заједнички живот. Могућност заједничког вршења родитељског права и када родитељи не живе заједно „у складу је са савременом тенденцијом компаративног породичног права која иде у правцу одвајања установе родитељског старања од статуса родитеља (брачни, ванбрачни, разведени родитељи) и њихових фактичких међусобних односа (непостојање или прекид заједнице живота)“ ¹²⁴

3.2.1. Заједничко вршење родитељског права

Заједничко старање и у одсуству заједничког живота родитеља тренд је савременог породичног права.¹²⁵ Прекид заједнице живота родитеља је стресан и са собом носи последице и промене како за родитеље, тако и за њихово дете.¹²⁶ Иако су модерна породична права прихватила концепт развода брака на основу нескривљених, објективних узрока, није окончан рат полова око старања над дететом.¹²⁷ Концепт

¹²³ Г. Ковачек Станић, „Дете у породици са једним родитељем: издржавање и породични дом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-2/2008, 342.

¹²⁴ Г. Ковачек Станић, Сандра Самарцић, Милица Ковачевић, „Развод брака и заједничко родитељско старање као последица развода брака у теорији и пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1290. О томе још у Г. Ковачек Станић (1994).

¹²⁵ Родитељи, стручњаци за ментално здравље, адвокати и судије често расправљају о заједничком старању о деци, али у те расправе не укључују и саму децу. Резултати 10 истраживања спроведених у 6 различитих држава са обухватом од 466. деце и младих људи показују да њихова искуства о заједничком старању зависе од односа са оба родитеља, квалитета тог односа и флексибилности родитељског споразума о старању. Испитаници су изразили задовољство заједничким старањем, јер им омогућава одржавање односа са оба односа. Деца такође изражавају мишљење да би у поступцима у којима се одлучује о начину на који ће они живети морала постојати већа комуникација са њима о њиховим потребама и жељама. У том смислу не би требало да постоји забрана заједничког старања, али ни претпоставка у корист самосталног старања, већ би одлука о старању требало да се доноси узимајући у обзир специфичности сваког посебног случаја. Вид. Rachel Birnbaum, Michael Saini, „A Qualitative Synthesis of Children’s Experiences of Shared Care Post Divorce“, *International Journal of Children’s Rights*, Volume 23, Number 1, 2015, 109, 125, 127.

¹²⁶ Резултати истраживања које је спровео Амато (*Amato*) између осталог показују да развод боље прихватају деца која су у периоду који је претходио разводу била изложена хроничном сукобу родитеља који се није могао решити, него деца оних родитеља чијем су разводу претходили мањи конфликти. Видети више у Paul R. Amato, „Children of Divorce in the 1990s: An update of the Amato and Keith (1991) meta analysis“, *Journal of Family Psychology*, Volume 15, Number 3, 2011, 370, нав. према Gordon T. Harold, Mervyn Murch, „Inter-parental conflict and children’s adaptation to separation and divorce: theory, research and implications for family law, practice and policy“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 17, Number 2, 2005, 189.

¹²⁷ Herma Hill Key, „No-Fault Divorce and Child Custody: Chilling out the Gender Wars“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 47. Реалност је да односима супружника по сепарацији и изборима које праве у великој мери доприносе и утицаји трећих лица из њихове околине, између осталог пријатеља, чланова породице, терапеута и других стручњака, као и адвоката. Вид. Gary Skoloff, Robert Levy, „Custody Doctrines and Custody Practice: A Divorce Practitioner’s View“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 80.

заједничког старања и онда када родитељи не живе заједно „покушава да раздвоји родитељске односе од односа између брачних (ванбрачних) партнера, на тај начин што посматрано са правног становишта односе родитеља и детета задржава истим или сличним и у случајевима промене у брачним односима, поштујући чињеницу да родитељство не престаје разводом брака, те да су детету у његовом развоју по правилу потребна оба родитеља.“¹²⁸

Када се посматра развој установе вршења родитељског права након развода брака, могуће је уочити неколико етапа које су претходиле формирању института заједничког вршења родитељског права. У првим деценијама XX века преовлађивала је у породичној теорији претпоставка да идеални старатељски однос родитељ-дете, претпоставља поверавање детета мајци (принцип фаворизовања материнске заштите). Пракса се у потпуности приклонила таквим ставовима, посебно ако је реч о малом детету или беби. Током 70-их и 80-их година XX века сматран је за најоптималнији принцип полне неутралности, који претпоставља да при додељивању родитељског права над дететом након развода брака не треба давати предност само на основу пола. Друга страна ставова супротних фаворизовању материнске заштите у теорији 1970-их година, огледа се кроз принцип психолошког благостања детета. Родитељ који са психолошке стране може детету омогућити најбољи развој има предност у вршењу родитељског права. Принцип психолошког благостања детета је претходио формирању концепта заједничког вршења родитељског права.¹²⁹

Заједничко старање у себи обухвата „заједничко правно, законско старање (*joint legal custody*) и физичко, фактичко, резиденцијално заједничко старање, односно старање са наизменичним боравиштем детета (*physical, actual, residential joint custody, alternating residence*)¹³⁰. Заједничко правно старање обухвата одлучивање о битним питањима везаним за дете, а то су пре свега образовање, здравље детета, путовање у

¹²⁸ Г. Ковачек Станић, (2002а), 231.

¹²⁹ У. Новаковић, „Најбољи интерес детета-заједничко вршење родитељског права“, *Правни живот*, 10/2011, 121-123, 125.

¹³⁰ Заједничко физичко старање може бити организовано тако да време које дете проводи код оба родитеља буде једнако расподељено или пак неједнако, на пример 35% времена да проводи код једног, а 65% времена код другог родитеља. Спроведена истраживања показују између осталог да је заједничко физичко старање и даље релативно ретко и да већина деце наставља да живи са мајкама по сепарацији родитеља, да је овај начин старања мање трајан и да често долази до његове промене у правцу самосталног старања мајке о детету, да су овим начином старања више задовољни очеви него мајке, те да најмање сатисфакције изражавају деца, нарочито у оним случајевима у којима су постигнути споразуми о старању нефлексибилни и више прилагођени потребама одраслих, него деце. Вид. Liz Trinder, „Shared Residence: A Review of Recent Research Evidence“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 22, Number 4, 2010, 494.

иностранство, религијска питања, управљање и располагање имовином детета. Оба родитеља су законски заступници детета. Још једна компонента правног старања је подељена брига о детету. Она обавезује другог родитеља да преузме бригу о детету у случају да родитељ са којим дете живи није у могућности да се брине о њему у краћем периоду. Да би постојало заједничко старање довољно је да је правно старање заједничко, док заједничко физичко старање није неопходан услов његовог постојања, иако судови могу досудити и једно и друго.“¹³¹

Професор др Гордана Ковачек Станић износи да је „најважнији разлог за оријентацију према заједничком старању као доминантном заштита интереса детета, што је уједно и најзначајнији принцип породичног права када се ради о деци. Заједничко родитељско старање подразумева да дете има исти правни однос са оба родитеља. У пракси однос не мора бити исти и обично није, али је то правни пут да се установе услови за сличан однос са мајком и оцем, а то је детету по правилу неопходно. Наводи да постоје разлози за прихватање заједничког родитељског старања као преовлађујућег и на страни родитеља. Чињеница да су родитељи у једнаком правном положају у односу на дете има позитиван психолошки ефекат, оба родитеља осећају да су детету умногоме потребни као родитељи. У случају развода брака, заједничко старање је уједно начин да се избегну конфликти око поверавања детета, нарочито у време трајања бракоразводног поступка. Овај период је често најнепогодније време за доношење важних одлука као што је поверавање детета, јер је у време поступка евентуална тензија између родитеља најјача. Овакво решење је и теоријски доследно, јер третира родитељство као специфичну и самосталну правну категорију која не зависи од промене околности или промене у правном статусу родитеља као последице развода брака. Имплицитно, тиме се у центар родитељских односа поставља дете, а не родитељи. Негативна страна заједничког старања је потенцијална немогућност родитеља да постигну споразум о одгајању деце, која се чешће испољава након развода брака него у време трајања брака или ванбрачне заједнице. У ситуацијама сталних конфликта родитеља, овај облик старања о детету губи смисао. Због тога и законодавства која преферирају овај облик старања задржавају могућност самосталног

¹³¹ Г. Ковачек Станић, „Најбољи интерес детета: Законска претпоставка за одређивање наизменичног боравишта детета као облика заједничког вршења родитељског права“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније: тематски зборник*, Правни факултет у Новом Саду, 2015, 141.

старања једног родитеља. Као и у многим другим односима, тако и овде право није свемогуће, и теоријски добро законско решење не мора увек бити такво и у пракси.“¹³²

Професор др Марија Драшкић сматра да споразум родитеља да по престанку заједничког живота наставе да се заједнички старају о свом малолетном детету на првом месту показује да су спремни да наставе да деле задовољство и одговорност одгајања детета и након што престану да живе заједно у браку или ванбрачној заједници. Споразумом детету поручују да је и даље једнако вољено од стране оба родитеља, спречавајући тако трауматични осећај губитка због раздвајања родитеља, те да трајност и чврстина родитељске привржености детету нису угрожени поремећајима у њиховом међусобном односу. Главни разлог због кога је раздвајање родитеља толико тешко за децу је тај што деца имају мало искуства да би могла да схвате разлоге рушења породичног нуклеуса, па терапеути препоручују родитељима да деци дају детаљна објашњења о томе шта значи раздвајање и зашто је до њега морало доћи. Тада могу и да разувере дете како разлог због кога родитељ напушта породични дом није то што је оно нешто рекло, урадило или мислило. Надаље истиче да су у случају заједничког старања родитељи у могућности да наставе да заједнички врше сва права и дужности из садржине родитељског права, избегавајући тиме непријатељство и незадовољство према судској одлуци којом се за вршиоца родитељског права одређује само један од њих. Такође, заједничко старање им оставља и могућност да свој живот планирају без сталног притиска одговорности са којим се суочава онај родитељ који се самостално стара о детету.¹³³

С друге стране књига Goldstein, Freud, Solnit „Beyond the Best Interest of the Child“ сматра се као најчвршћи израз потребе детета за стабилношћу у којој аутори заузимају став да дете не само да треба да буде поверено једном родитељу, него да тај родитељ треба да има самостално право да одлучи да ли ће и у којој мери дете

¹³² Г. Ковачек Станић, (2014а), 329. Модел заједничког старања поједини сматрају неприкладним када се ради о бебама и деци млађег узраста. Резултати истраживања које је обухватило 27 стручњака, 11 судија Врховног суда Квебека и 16 социјалних радника и психолога који поступају у споровима у вези са старањем, показују да су испитаници били подељени око тога да ли је заједничко старање погодно у случајевима беба и млађе деце. Неки од испитаника су били искључиви да заједничко старање не долази у обзир у овим случајевима, док су неки од испитаника остављали могућност да у зависности од околности конкретног случаја буде одређен и овај модел старања. Оно око чега су испитаници били сагласни било је да је у интересу детета да се често виђа са другим родитељем, те да се периоди који проводи са тим родитељем продужавају како дете расте. Elisabeth Godbout, Claudine Parent, Marie-Christine Saint-Jacques, „Positions Taken by Judges and Custody Experts on Issues Relating to the Best Interests of Children in Custody Disputes in Quebec“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 29, Number 3, 2015, 282-283.

¹³³ М. Драшкић, (2016), 211-212.

посећивати другог родитеља. У Епилогу књиге аутори наводе да судови пропуштају да уоче да родитељ нема самостално старање (*sole custody*) све док мора да се придржава правила о посетама, те да су судови без моћи утицаја да се настави блискост одлукама о посетама, као и одлукама о било ком облику старања, заједничком или подељеном. Осим тога, истичу да се ови термини (о облику старања) често користе да опишу исте аранжмане, а да је са тачке гледишта детета старање вероватније подељено него заједничко, све док су родитељи у сукобу.¹³⁴ Тако на пример резултати петогодишње студије која је обухватила 1.124 породице у Калифорнији показују да заједничко правно старање у посматраним породицама није дало резултате за које се уобичајено верује да ће уследити када се о детету заједнички старају оба родитеља након сепарације. Заједничко правно старање није резултирало чешћим виђањем детета са другим родитељем, побољшањем комуникације између родитеља, те редовнијем испуњавању обавезе издржавања детета од стране родитеља.¹³⁵

Напоследку професор др Слободан Панов сматра да „заједничко вршење родитељског права јесте „несавршени идеал“. Несавршен стога што би било боље да се ово питање поводом неспоразума родитеља и њиховог развода уопште и не поставља. Ипак, и овај „несавршени идеал“ није могуће да увек буде остварен. Да је заједница живота ваљано функционисала онда се не би ни постављало питање начина вршења родитељског права. Ако споразум супружника није био могућ о другим темама, онда постоји степен извесности да споразум родитеља није могућ ни о начину вршења родитељског права. Семантички посматрано, сама потреба за споразумом претпоставља различито мишљење, неспоразум, спор. Људи се најбоље разумеју ћутањем. Говор треба да објасни, а ћутање значи уживање у слагању. Наравно господствена ћутња значи одсуство жеље за расправом с недостојним или с лицем с којим постоји вечито неслагање.“¹³⁶

¹³⁴ Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit, „*Beyond the Best Interest of the Child*“-*Epilogue*, 120, New York: Free Press, 1979, нав. према Г. Ковачек Станић, (1994), 99.

¹³⁵ Catherine Albiston, Eleanor Maccoby and Robert Mnookin, „Does Joint Legal Custody Matter?“, *Stanford Law and Policy Review*, 1990, 169 и даље.

¹³⁶ С. Панов, 226. Волерстајн (*Wallerstein*) изражава такође да су америчке норме које уређују развод брака нереалне. Очекује се да ће се повређени, разочарани и љути људи пријатељски разићи, бити љубазни, делити суседство и децу, наћи новог супружника и започети нови живот и подједнако подржавати децу из првог, другог или трећег брака. С друге стране, од деце се очекује да верују у све оно што им је речено, да никога не криве, да се радо одричу викенда и одмора зарад виђања са родитељем и да не доносе никакве закључке. Напоследку, поставља питање да ли ико у систему зна нешто о деци и да ли ико са децом искрено разговара? Нав. према Carol S. Bruch, „Sound Research or Wishful Thinking in Child Custody Cases? Lessons from Relocation Law“, *Family Law Quarterly*, Volume 40, Number 2, 2006, 313.

Независно од различитих ставова у теорији чини се да је одвајање односа родитеља и детета од односа брачних (ванбрачних) партнера, позитиван тренд савременог породичног права. Свакако да би у најбољем интересу сваког детета било да одраста у потпуној породици са оба родитеља. Пошто у значајном броју случајева то није могуће, заједничко старање пружа детету могућност да са оба родитеља има однос који је најприближнији оном који би имао да је заједница живота родитеља опстала. Наравно заједничко старање неће бити адекватно решење у сваком конкретном случају, али то свакако не умањује његове позитивне одлике и бенефите које пружа и детету и родитељима.

Важећи Породични закон регулише и самостално и заједничко вршење родитељског права. Први пут је у нашој земљи предвиђена могућност да родитељи родитељско право могу да врше заједнички и споразумно не само када воде заједнички живот, већ и када не воде заједнички живот. Услов за заједничко вршење родитељског права у ситуацији када родитељи не живе заједно је њихов споразум за који суд мора проценити да је у најбољем интересу детета.¹³⁷ Предмет споразума је само начин вршења родитељског права, а не и располагање појединим или свим правима и дужностима из садржине родитељског права.¹³⁸ У одсуству таквог споразума, суд својом одлуком никада не може одредити да ће родитељи који не воде заједнички живот, родитељско право вршити заједнички и споразумно.

У погледу форме и садржине споразума о заједничком вршењу родитељског права, Породични закон прописује да он мора бити сачињен у писменој форми, да се родитељи њиме „саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, у најбољем интересу детету“ и оно што је за тему ове дисертације нарочито значајно је да је обавезни саставни део тог споразума и договор родитеља шта ће се сматрати пребивалиштем детета.¹³⁹ У том смислу родитељи могу да

¹³⁷ Чл. 75 ПЗ. Општу карактеристику права готово свих европских држава последњих 20-ак година да уговори имају све већу примену и у породичном праву, професор др Поњавић означава приватизацијом или контрактуализацијом породичног права. „Под контрактуализацијом, односно у ширем смислу приватизацијом породичног права подразумева чињеницу да се индивидуалној вољи, а пре свега сагласностима воља даје све значајнија улога у организацији породичних односа. Контрактуализација се у породичном праву појављује на раскршћу двеју тенденција: једне која види у уговору све значајнији модел организовања друштвених односа и друге која у домену породице која је традиционално омеђена моралом и јавним поретком види све више испољавање осећања и индивидуалне слободе.“ Вид. З. Поњавић, (2009), 87 и 95.

¹³⁸ З. Поњавић, „Ново породично законодавство-процес приватизације породичног права“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 15.

¹³⁹ Чл. 76 ПЗ.

се споразумеју да ће дете да живи све време са једним родитељем (на пример, ако на дете узнемирујуће делује ситуација да има „две куће“ или је становање детета везано за задовољавање неких посебних здравствених, школских, спортских или других потреба, или родитељи живе на великој удаљености, итд.), односно да ће дете део времена фактички да живи са једним, а потом са другим родитељем (рецимо ако родитељи живе у близини, или је дете сувише мало да би имало развијене социјалне контакте са околином, или је дете одрасло и може самостално да преваљује раздаљину између стана једног и другог родитеља и комуницира са вршњацима на обе локације, итд.)¹⁴⁰ Дакле, важећа решења не спречавају родитеље да се договоре „о тзв. фактичком заједничком старању. Фактичко заједничко старање подразумева да дете живи са оба родитеља и оно представља једну од компонената заједничког старања у упоредном праву. Суштински, било би могуће да дете има наизменично боравиште (и код мајке, и код оца)“¹⁴¹ Да закључимо, родитељи су дужни да се договоре о пребивалишту детета приликом закључивања споразума о заједничком вршењу родитељског права и да потом о свакој каснијој промени пребивалишта детета заједно одлучују.

Родитељи који заједнички врше родитељско право, заједнички и споразумно одлучују о питањима која битно утичу на живот детета, међу којима је и питање дететовог пребивалишта.¹⁴² С друге стране, о питањима од свакодневног значаја може да одлучује само један од родитеља који заједнички врше родитељско право. Ово из разлога што би се, када би један родитељ могао оспоравати одлуке другог родитеља о питањима од свакодневног значаја за дете, заправо доводила у питање способност родитеља да живе заједно,¹⁴³ односно да врше родитељско право заједнички. Породични закон само примера ради одређује која су то питања која битно утичу на живот детета (попут „образовања детета, предузимања већих медицинских захвата над

¹⁴⁰ М. Драшкић, (2016), 213-214.

¹⁴¹ Г. Ковачек Станић, (2015), 150. Истраживања која су углавном обухватила искуства Аустралије у погледу фактичког заједничког старања показују да је за децу важнији квалитет односа који имају са родитељима и квалитет односа између самих родитеља од количине времена коју проведу са сваком од родитеља. Већу улогу од количиневеденог времена играју и адекватно домаћинство и одређен износ средстава за живот које сваки од родитеља може да пружи деци. Не постоје докази да ће фактичко заједничко старање дати бољи исход за дете. Фактичко заједничко старање даје добре резултате из разлога што се за њега опредељују породице које су добро ситуиране и у којима родитељи добро сарађују. О томе више у Belinda Fehlberg, Bruce Smyth, Mavis MacLean and Ceridwen Roberts, „Legislating for Shared Time Parenting after Separation: A Research Review“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 25, Number 3, 2011, 318-337. У раду је као фактичко заједничко старање узето оно старање где дете преспава код сваког од родитеља бар 30% ноћи.

¹⁴² Чл. 78 ст. 4 ПЗ.

¹⁴³ В. Влашковић, „Одлучивање о питањима која битно утичу на живот детета према Породичном закону Србије“, *Породични закон, тематски зборник радова*, Службени гласник, Београд, 2018, 203.

дететом, промене пребивалишта детета и располагања имовином детета велике вредности¹⁴⁴), док не одређује која су то питања од свакодневног значаја. Проф. др Поњавић сматра да „готово ниједно питање није *a priori* свакодневно и да се, без обзира на флуидну границу разликовања свакодневних и битних питања из садржине родитељског права, дефинисање ових појмова од стране законодавца чини врло потребним и вишеструко корисним, са становишта заштите интереса детета, родитеља и трећих лица.“¹⁴⁵

Иако могућност заједничког вршења родитељског права постоји у нашем правном систему дуже од једне деценије, истраживања судске праксе показују да је овај облик вршења родитељског права и даље слабо заступљен. Резултати анализе праксе Основног суда у Новом Саду показују „да је 2007. године самостално вршење родитељског права било одређено у око 87%, а заједничко вршење родитељског права у око 12% случајева, док је у 2016. години самостално вршење родитељског права било одређено у око 82%, а заједничко вршење родитељског права у око 11% случајева. Такође, када се ради о разводима у којима има малолетне деце, брак је у 2016. години у много већем проценту разведен на основу поремећаја брачних односа (69%) него по споразуму (31%). Овај податак показује да супружници нису могли да постигну споразум ни о самом разводу, па су се вероватно теже споразумевали о вршењу родитељског права. Како је за заједничко вршење родитељског права у домаћем праву неопходан услов споразум родитеља, то је може се претпоставити основна препрека да овај облик старања добије већи значај у пракси.“¹⁴⁶

3.2.2. Самостално вршење родитељског права

„Један родитељ сам врши родитељско право када је други родитељ непознат, или је умро, или је потпуно лишен родитељског права, односно пословне способности.“¹⁴⁷ Када су пак оба родитеља жива, нису лишена родитељског права, односно пословне способности, а не воде заједнички живот, један родитељ сам врши родитељско право на основу закона „када само он живи са дететом, а суд још није донео одлуку о вршењу родитељског права.“¹⁴⁸ У свим осталим случајевима одвојеног живота родитеља, један

¹⁴⁴ Чл. 78 ст. 4 ПЗ.

¹⁴⁵ З. Поњавић, „Правни значај разликовања свакодневних и битних питања из садржине родитељског права“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 4, 2014, 21.

¹⁴⁶ Г. Ковачек Станић, С. Самарцић, М. Ковачевић, 1301-1302.

¹⁴⁷ Чл. 77 ст. 1 ПЗ.

¹⁴⁸ Чл. 77 ст. 2 ПЗ.

родитељ се самостално стара о детету на основу одлуке суда „када родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права, односно када јесу закључили споразум о вршењу родитељског права, али суд процени да тај споразум није у најбољем интересу детета или пак када јесу закључили споразум о самосталном вршењу родитељског права за који је суд проценио да је у најбољем интересу детета.“

¹⁴⁹ Јасно је да и о самосталном вршењу родитељског права родитељи могу да закључе споразум који суд онда уноси у изреку пресуде, ако процени да је у најбољем интересу детета. Поред тога којем од родитеља ће дете у даљем бити поверено на самостално старање, споразумом о самосталном вршењу родитељског права, родитељи су дужни да се договоре и о висини доприноса децјем издржавању од стране другог родитеља, те о начину одржавања личних односа са тим родитељем.¹⁵⁰

У складу са договором родитеља, односно на основу одлуке суда, о детету ће се убудуће старати један родитељ, док ће други родитељ имати „право и дужност да у даљем издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право.“¹⁵¹ Сагласно томе, може се рећи да право на одлучивање о битним питањима родитеља коме није поверено дете представља прелаз од потпуно самосталног вршења родитељског права према заједничком вршењу родитељског права, имајући у виду да одлучивање о битним питањима представља такође и једну од компонената заједничког вршења родитељског права.¹⁵² Већ смо рекли да Породични закон само примера ради одређује која су то питања која битно утичу на живот детета прописујући да се таквим питањима нарочито сматрају образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, располагање имовином детета

¹⁴⁹ Чл. 77 ст. 3-5 ПЗ. Иако се уобичајено сматра да је за дете боље да одраста са оба родитеља, резултати истраживања које је обухватило велику групу деце узраста 6 и 7 година која живе како са једним, тако и са оба родитеља, показују да одрастање детета са једним родитељем само по себи не ствара ризик за правилан развој тог детета. Вид. Henry Ricciuti, „Single Parenthood and School Readiness in White, Black and Hispanic 6 and 7 Year Olds“, *Journal of Family Psychology*, 1999, 450 и 464, нав. према Cynthia Siebel, „Fathers and Their Children: Legal Psychological Issues of Joint Custody“, *Family Law Quarterly*, Volume 40, Number 2, 2006, 232-233.

¹⁵⁰ Чл. 78 ст. 1 ПЗ.

¹⁵¹ Чл. 78 ст. 3 ПЗ.

¹⁵² Г. Ковачек Станић, „Вршење родитељског права према Породичном закону Србије из 2005. године“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 275-276. Китановић сматра да „споразумно одлучивање родитеља о битним питањима није увек у интересу детета. Уколико су родитељи у лошим односима након развода брака, ако нису успели да превазиђу анимозитет, конфликте и међусобну нетрпељивост, реално је очекивати да неће бити у стању да држе дете ван сукоба, тако да неће успети да постигну споразум о питањима од важности за дете.“ Вид. Т. Китановић, „Неке специфичности вршења родитељског права након развода брака“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, књига 3, 2013, 369.

велике вредности и промена пребивалишта детета.¹⁵³ Проф. др Влашковић одређује „питања која битно утичу на живот детета као питања поводом којих се доноси одлука која задире у право детета на живот, опстанак и развој на начин који би могао изазвати дугорочне последице на физички, психички, морални или духовни интегритет детета, а које се тешко или уопште не могу изменити будућим радњама родитеља или одговарајућих лица која су донела првобитну одлуку.“¹⁵⁴

Оно што је за тему дисертације најважније је да је по регулативи Породичног закона за промену пребивалишта детета увек потребна сагласност оба родитеља, без обзира да ли родитељи родитељско право врше заједнички или споразумно. Родитељ који се самостално стара о детету не може дакле сам, без сагласности родитеља који не врши родитељско право, да промени пребивалиште детета.

Претходно је већ напоменуто да у пракси наше земље и даље у знатно већем броју случајева деца по прекиду заједнице живота буду поверена једном од родитеља на самостално старање, него обома родитељима на заједничко старање. Самостално старање је одређено у чак 87% случајева 2007. године и у чак 82% случајева 2016. године, при чему су мајке доминирале као родитељ коме се поверава самостално вршење родитељског права (2016. године дете је поверено мајци у 73% случајева, а оцу у 14% случајева). Чини се да се у овом погледу у периоду од око пола века нису десиле значајније промене. У Републици Србији су 1969. године деца поверена мајкама у 65% случајева, а очевима у 28% случајева; 1979. године мајкама у 69% случајева, а очевима у око 28% случајева; те 1987. године и 1988. године мајкама у 75% случајева, а очевима у око 20% случајева.¹⁵⁵

3.2.3. Упоредноправни приказ

У складу са тенденцијом одвајања родитељских односа од односа између брачних (ванбрачних) партнера, „заједничко старање после развода брака је установа коју познају многе европске земље попут нордијских земаља (Шведска, Норвешка, Финска, Данска), Велике Британије, Француске, Италије, Немачке, Белгије, Холандије,

¹⁵³ Чл. 78 ст. 4 ПЗ.

¹⁵⁴ В. Влашковић, (2018), 204, 205-206. Исти аутор сматра да постоји потреба за дефинисањем питања која битно утичу на живот детета, јер граница између питања од свакодневног и питања од нарочитог значаја за дете може бити веома флуидна. На пример, родитељ исламске вероисповести жели обрезивање мушког детета, док се родитељ који је хришћански верник томе противи.

¹⁵⁵ Г. Ковачек Станић, С. Самарцић, М. Ковачевић, 1292-1293 и 1301.

Швајцарске, Португалије, Мађарске, Чешке, Хрватске, те САД и Аустралије. Концепт је настао осамдесетих година прошлог века, прво у нордијским земљама и САД.“¹⁵⁶

Могућност да родитељи имају заједничко старање и када нису у браку, уведена је у право Шведске још 1977. године (*The Children and Parents Code*), али само под условом да постоји споразум родитеља о томе. Након измена 1998. године, споразум више није неопходан, већ је суд овлашћен да одреди заједничко старање и када се један од родитеља томе противи. Оваква одлука суда да старање буде заједничко није могућа у случају противљења оба родитеља. Деца чији су родитељи у браку су по аутоматизму под њиховим заједничким старањем. У случају развода брака у већини случајева заједничко старање једноставно остаје. С друге стране, када родитељи нису у браку у време рођења детета, оно се поверава на самостално старање мајци, с тим да се и у овим случајевима заједничко старање може остварити кроз више поступака иницираних или од стране оба родитеља или само од стране оца. Иако је дакле заједничко вршење родитељског права у Шведској правило, у одређеним случајевима ће дете ипак бити поверено једном од родитеља на самостално старање. Приликом доношења одлуке који ће од родитеља самостално вршити родитељско право најпре се узима у обзир шта је најбоље за дете (шведски судови тренутно овај стандард тумаче тако што дете поверавају оном родитељу који више подржава добар однос детета са другим родитељем), потом однос родитеља и детета, те у складу са узрастом и зрелошћу детета, жеља детета којем родитељу хоће да буде поверено. Међу родитељима који самостално врше родитељско право превладавају мајке. Према шведском праву, родитељи који имају заједничко старање ће заједнички одлучивати о свим питањима која се тичу детета. Изузетак су свакодневне одлуке (шта ће дете да једе, шта ће да обуче, када ће ићи на спавање и како ће проводити слободно време), које родитељ који се у том тренутку брине о детету доноси самостално, те питања да ли ће старање бити заједничко или самостално, где ће бити дететово пребивалиште и како ће се виђања одвијати, у погледу којих одлуку може да донесе и суд. Примарни критеријум којим се суд руководи приликом доношења одлуке о овим питањима је најбољи интерес детета. Такође у обзир узима и жељу детета у складу са његовим годинама и зрелошћу. Старосни лимит није прописан, али уколико је дете напунило 12 година, или и пре навршавања 12. године уколико је достигло степен зрелости да се његовој жељи мора посветити дужна пажња, одлука се не може извршити противно

¹⁵⁶ Г. Ковачек Станић, „Законодавне промене у савременом родитељском праву Француске и Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2004, 154.

његовој вољи. Одлука суда у погледу пребивалишта детета темељи се на адресама родитеља у време доношења судске одлуке, тако да родитељ са којим дете живи касније није овлашћен да се пресели без сагласности другог родитеља. Наравно, и у погледу наведена три питања родитељи могу да се споразумеју, што је и пожељно, с тим да је за пуноважност таквог споразума потребно да је закључен у писаном облику и да је одобрен од стране социјалне службе. Правило да је за све одлуке потребан договор родитеља, у пракси често доводи до тога да родитељ који жели да се пресели са дететом то не може и да оствари, јер сагласност другог родитеља изостаје, а једини правни пут који му у том случају стоји на располагању-да поднесе захтев да му се додели самостално старање је у пракси ретко успешан, односно само у случајевима када суд утврди да родитељи имају озбиљне тешкоће да постигну међусобни договор.¹⁵⁷ Дакле родитељ који се самостално стара о детету, самостално одлучује и о промени његовог пребивалишта. С друге стране, када родитељи заједнички врше родитељско право, за промену пребивалишта детета је потребна сагласност оба родитеља. Ако она изостане, одлуку доноси суд.¹⁵⁸

И право Француске такође осликава идеју да је у најбољем интересу детета да у случају развода брака не само одржава личне односе са оба родитеља, већ и да се о њему старају оба родитеља. По важећем праву, независно од тога шта се догоди са брачним паром, родитељи су и даље родитељи. Само када постоје посебне околности, дете може бити поверено на старање једном од родитеља или трећем лицу. Заједничко старање и по сепарацији брачног пара, уведено је Законом од 22.07.1987. године (*Malhuret law*) којим је судија надлежан за разводе брака добио овлашћење да родитељима да могућност да одаберу да родитељску власт врше заједнички у оним ситуацијама када је поступак за развод брака инициран заједничким актом. Веома брзо заједничко старање је у пракси постало правило, а самостално старање изузетак. Законом од 08.01.1993. године, заједничко старање је као правило утврђено и законом, док су само посебне околности неког конкретног случаја могле оправдати поверавање детета једном од родитеља на самостално старање. Ово правило је ојачано Законом од 04.03.2002. године, у смислу да родитељи настављају да врше родитељску власт заједнички, као и док су били у браку, при чему након сепарације договор треба да постигну око дететовог пребивалишта, начина одржавања личних односа детета са

¹⁵⁷ Eva Ryrstedt, „Custody of Children in Sweden“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 394-400.

¹⁵⁸ *Family Law, Information on the rules*, Ministry of Justice Sweden, 2013, 37.

родитељем са којим не живи, те доприноса родитеља дечјем издржавању. Самостално старање одређује се када за то постоје посебне околности. У погледу вршења родитељске власти када се дете роди у ванбрачној заједници, по ранијим законским решењима само један од родитеља је настављао да врши родитељску власт. Пре 1970. године то је био отац, а након тога мајка. Закон од 27.07.1987. године увео је могућност да и у случају ванбрачних партнера, вршење родитељске власти након сепарације буде заједничко, а што је као правило уведено Законом од 08.01.1993. године, додуше под два услова: оба родитеља требају признати дете пре његовог првог рођендана и требају да живе заједно у време другог признања. У случају да наведени услови нису испуњени, заједничко старање је могло бити одређено одлуком судије за породичне ствари или заједничком изјавом родитеља датом пред надлежним органом. Са Законом од 04.03.2002. године уведено је јединствено правило у погледу како деце рођене у браку, тако и оне рођене у ванбрачним заједницама, а то је да родитељи врше родитељску власт заједнички. Изузетак постоји у ситуацији када је дете рођено у ванбрачној заједници, а други родитељ (најчешће је то отац) га је признао након дететовог првог рођендана. Тада, самостално родитељско право наставља да врши родитељ који је први признао дете, с тим што се заједничко старање и у овим случајевима може одредити на основу заједничке изјаве родитеља дате пред надлежним органом или одлуке судије за породичне ствари. За разлику од Закона од 22.07.1987. године и 08.01.1993. године који су захтевали одређивање дететовог примарног пребивалишта, Закон од 04.03.2002. године је коначно прихватио концепт наизменичног пребивалишта детета, одлазећи и корак даље тиме што је дао овлашћење судији да чак и када постоји неспоразум међу родитељима, може, пре доношења коначне одлуке о пребивалишту детета, на привременој основи да одреди да његово пребивалиште буде наизменично. Сагласно члану 373-2 Грађанског законика о свакој промени пребивалишта једног родитеља која утиче на вршење родитељске власти, други родитељ мора бити обавештен на време, а у случају неспоразума међу родитељима одлуку шта је у дететовом најбољем интересу ће донети суд. Судија је чак овлашћен да нареди да пасоши родитеља садрже упозорење о последицама напуштања територија Француске без сагласности оба родитеља.¹⁵⁹

По праву Холандије, родитељи који су у браку по закону заједнички врше родитељско право. Заједничко вршење родитељског права могуће је и када су родитељи

¹⁵⁹ Н. Fulchiron, 302, 304-310.

у ванбрачној вези, наравно након што отац призна очинство над дететом. Независно од тога да ли су родитељи у браку или не, прекид њихове заједнице не утиче на вршење родитељског права. Оно и даље остаје заједничко, при чему родитељи треба да се договоре где ће бити дететово пребивалиште и како ће се одвијати виђања детета са другим родитељем. Самостално старање над дететом биће одређено само изузетно због висококонфликтног односа родитеља или због тога што заједничко старање није у најбољем интересу детета, на пример због насиља. Када родитељи заједнички врше родитељско право, родитељ који живи са дететом мора да прибави сагласност другог родитеља ако жели да се пресели са дететом, независно да ли се ради о пресељењу у границама Холандије или у иностранство. У случају да се други родитељ не сагласи са премештајем детета, родитељ који жели да се пресели може да захтева доношење одлуке од стране суда која ће заменити сагласност родитеља. Када се пак један од родитеља самостално стара о детету, тај родитељ је овлашћен да промени пребивалиште детета без обавезе прибављања сагласности другог родитеља.¹⁶⁰

Заједничко родитељско старање опстаје по разводу брака, односно по прекиду ванбрачне заједнице и по праву Немачке, уколико родитељи о томе сачине изјаве. Одлука суда у бракоразводном поступку више не захтева истовремено доношење и одлуке о старању. Суд одлуку о томе доноси само на захтев једног од родитеља.¹⁶¹ С друге стране, иако није изричито предвиђено сматра се да родитељи који су у браку на дан рођења детета, стичу заједничко родитељско старање над њим, јер је Грађанским закоником¹⁶² прописано да када родитељи нису у браку у тренутку рођења детета, заједничко старање могу да стекну уколико изјаве да желе да врше старање заједнички, закључе брак или им суд додели заједничко старање. Ако претходно наведено изостане, мајка има родитељско старање. Када родитељи живе одвојено, а имају заједничко родитељско старање, сваки од њих може да поднесе захтев суду да му се у целости или делимично повери да родитељско старање врши самостално.¹⁶³ У случају да постоји сагласност другог родитеља у том погледу, суд ће усвојити захтев, не испитујући да ли је он у најбољем интересу детета. То значи да је суд везан вољом родитеља израженом

¹⁶⁰ Wendy M. Schrama, „Relocation after parental separation in the Netherlands, The duty to parent by doing versus parent’s right to relocate“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 2, Number 2, 2011, 29.

¹⁶¹ Nina Dethloff, „Parental Rights and Responsibilities in Germany“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 318, 319.

¹⁶² Чл. 1626а ст. 1 и 3 Грађанског законика Немачке, доступан на https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0046, 01. мај 2020.

¹⁶³ Чл. 1671 ст. 1 Грађанског законика Немачке.

у захтеву једног и сагласности другог родитеља.¹⁶⁴ Када сагласност другог родитеља изостане, суд ће усвојити захтев за поверавање родитељског старања једном од родитеља само када је то у складу са најбољим интересом детета.¹⁶⁵ Родитељско старање у себи обухвата старање о личности детета и старање о његовој имовини,¹⁶⁶ који се даље деле на физичко и правно старање.¹⁶⁷ Старање о детету подразумева бригу, васпитавање и надзор над дететом, те одређивање његовог места пребивалишта.¹⁶⁸ Дужност и право родитеља да одреде дететово пребивалиште представља њихову заједничку одговорност, па један родитељ не може самостално да пресели дете. Такође, ни суд не може да донесе одлуку о промени дететовог места пребивалишта када се томе противи један од родитеља који заједнички врше старање. Један родитељ има право да самостално одлучи о промени пребивалишта детета само ако самостално врши родитељско старање или ако му је поверено право да одређује дететово место пребивалишта¹⁶⁹

Заједничко старање о детету промовише и грчки Грађански законик. Одредбама овог законика је предвиђено да старање над малолетним дететом рођеним ван брака врши мајка, док отац у истом може да учествује тек након што призна очинство. Оцу на његов захтев, а на основу одлуке суда и нарочито ако се мајка са тим сагласи, може такође да буде додељено родитељско старање или бар његов део у мери у којој то захтева интерес детета. У погледу вршења родитељске власти након развода или поништаја брака одлучује суд, тако што старање може да повери једном од родитеља или обома, у случају да су они сагласни и да су постигли договор где ће бити дететово пребивалиште. Такође, суд има могућност и да старање подели међу родитељима или да га повери трећем лицу. Приликом доношења одлуке суд је дужан да узме у обзир везе детета са сваким од родитеља и браћом и сестрама, као и сваки споразум родитеља који се тиче детета и његове имовине. Такође, одлука суда мора бити донета руководећи се дететовим интересом, поштујући једнакост родитеља и не правећи никакву разлику на основу пола, расе, језика, религије, политичке или било које друге оријентације, држављанства, националног или социјалног порекла, те имовине. Позитивним правом нису предвиђени критеријуми на основу којих ће се процењивати

¹⁶⁴ N. Dethloff, 320.

¹⁶⁵ Чл. 1671 ст. 1 тач. 2 Грађанског законика Немачке.

¹⁶⁶ Чл. 1626 ст. 1 Грађанског законика Немачке.

¹⁶⁷ Andreas Hanke, „Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court on Human Rights“, *Family Law Quarterly*, Volume 45, Number 3, 2011, 354.

¹⁶⁸ Чл. 1631 ст. 1 Грађанског законика Немачке.

¹⁶⁹ N. Dethloff, 319.

интерес детета, али су ипак постављене границе у смислу да је противна интересу детета одлука која је донета на основу прављења разлика на основу пола, расе, религије, политичке или било које друге оријентације, држављанства, националног или социјалног порекла, те имовине. Најзад, суд је дужан да у складу са узрастом детета прибави његово мишљење и исто узме у обзир. О пребивалишту детета одлучују оба родитеља, а када не могу да постигну договор, одлуку доноси суд.¹⁷⁰

И право Сједињених Америчких Држава¹⁷¹ предвиђа могућност заједничког старања о детету по прекиду заједничког живота родитеља. Пре 1980-их многе државе су дозвољавале родитељу који се самостално стара о детету да самостално одреди и пребивалиште детета. Са појавом заједничког правног, а често и физичког старања, државе су преиспитале регулативу која је давала овлашћење родитељу да сам промени пребивалиште детета. Данас неке од држава захтевају од родитеља који жели да се пресели са дететом да прибави сагласност другог родитеља или дозволу суда пре селидбе. 25 држава захтева од родитеља да обавести другог родитеља о селидби. Обавештење би требало да садржи: намеравани датум селидбе; нову адресу становања, ако је позната; разлоге за селидбу и предлог како да се одлука о старању измени, уколико је то потребно због селидбе¹⁷². Уколико је родитељ обавестио другог о родитеља о намераваној селидби, а други родитељ се са тим сагласио или је пропустио да се томе противи, родитељ који жели да се са дететом пресели то може и да учини.

У погледу правне регулативе азијских земаља, од три посматрана законодавства, једино право НР Кине предвиђа заједничко старање над малолетним дететом и у случају развода брака, под условом да родитељи о томе постигну договор и да тај договор одобри суд, налазећи да он штити права и интересе малолетног детета. Тада се о детету физички стара један од родитеља или подељено обоје (нпр. дете живи са мајком годину дана, потом годину дана са оцем и тако наизменично). У одсуству таквог договора родитеља који се разводе, једном од њих ће бити додељено директно старање (*direct custody*), док ће други родитељ своја права и дужности старања остваривати индиректно кроз виђања и издржавање детета. Супружницима у Кини су на располагању два поступка развода брака-управни и судски. Независно од тога за који се

¹⁷⁰ Т. Papazissi, 340 и даље.

¹⁷¹ Linda D. Elrod, „Moving On: Best Interests of Children in Relocation Cases“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 53-54.

¹⁷² American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* 2.17 (2) 2002 нав. према L. D. Elrod, (2010), 53.

определе, у сваком од поступака прво морају покушати да постигну договор у погледу тога којем ће од њих дете бити поверено на директно старање, те о дечјем издржавању и начину виђања. У случају да не могу да постигну договор, одлуку о овим питањима ће донети суд. Примарни критеријум којим се суд руководи приликом одлучивања коме ће дете бити поверено на директно старање је психичко и физичко здравље малолетног детета. Иако терминолошки различит, реч је о стандарду који суштински одговара стандарду најбољег интереса детета који је познат у правима других држава. У принципу, мајци која доји дете млађе од две године, дете ће бити додељено на директно старање. Када је реч о детету старијем од 2 године, приликом доношења одлуке да ли ће оно у даљем бити поверено на старање оцу или мајци узимају се у обзир следећи критеријуми: континуитет живљења у једној животној средини, здравље, финансијско стање и евентуално лоше навике родитеља, те жеље детета. Дете узраста 10 и више година које је стекло потребну зрелост би требало од стране судије да буде питано у погледу његове жеље коме да буде поверено на директно старање. Дететовом мишљењу се мора дати пуна пажња у циљу олакшавања односа родитеља и детета по разводу брака родитеља, подстицања физичког и психичког развоја детета и умањења штетних последица развода по дете. Уколико се у конкретном случају покаже да родитељи имају приближно исте капацитете за вршење директног старања, на одлуку судије би могла да има утицаја евентуална помоћ коју родитељи имају од стране својих родитеља у погледу подизања детета.¹⁷³

С друге стране право Ирана не предвиђа могућност заједничког старања о детету и по разводу брака родитеља. Правна регулатива старања (*hizanat*) над децом у Ирану уређена је под утицајем Shi'a школе исламског права. Старосна граница до које се деца налазе под старањем се разликује за дечаке и девојчице. За дечаке је то 15 лунарних година, за девојчице 9 лунарних година. Старање по иранском праву подразумева бригу, надзор и издржавање детета. Не обухвата управљање и располагање имовином детета, ако је оно поседује. Када родитељи живе заједно, старање над дететом припада обома. У случају сепарације и развода, право даје предност споразуму родитеља о томе ко ће се убудуће старати о деци. За случај да он изостане, одлуку ће донети суд. У случају да се родитељи другачије не споразумеју, мајка има предност у старању над децом оба пола када су она млађа од 7 година. Након тог узраста, предност у старању има отац. Родитељ који има старање над децом, није овлашћен да их одведе из земље

¹⁷³ Xia Yinlan, „The Legal System of Guardianship over Minors in the People’s Republic of China“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 479-480 и 482-484.

или града у којем они имају пребивалиште, без сагласности другог родитеља или дозволе суда (суд ће дати дозволу када нађе да је то у најбољем интересу детета или интересу рођака детета који имају право да га виде). Чак и када је само један родитељ жив и он има право на старање над дететом, и тада му је потребна дозвола суда да са дететом напусти место пребивалишта детета.¹⁷⁴

Заједничко старање о детету након развода брака родитеља није предвиђено ни одредбама јапанског Грађанског законика. Родитељи који су у браку заједнички врше родитељско право. У случају сепарације, оба родитеља задржавају родитељска права и дужности у периоду сепарације, а по разводу брака само једном од њих може бити додељено вршење родитељског права. Ипак родитељско право не мора нужно бити поверено родитељу са којим дете живи, тако да су после развода брака могуће две ситуације: 1) родитељско право може бити додељено родитељу који не живи са дететом, док ће се о детету фактички старати родитељ који са дететом живи, 2) родитељ који не живи са дететом, коме је додељено родитељско право може бити овлашћен да управља имовином детета, а родитељ који живи са дететом да се о њему стара. С друге стране када се дете роди у ванбрачној заједници, родитељско право над њим врши само мајка, док отац то право може стећи на основу споразума са мајком, без покретања икаквог судског поступка, под условом да је признао очинство над дететом.¹⁷⁵ У погледу одлучивања о пребивалишту детета, када родитељи врше родитељско право заједнички, заједно одлучују и о пребивалишту детета. Када се један родитељ самостално стара о детету, овлашћен је да сам, без прибављања сагласности другог родитеља, одлучи о пребивалишту детета.¹⁷⁶

Једно од ретких модерних права које не регулише могућност заједничког старања о детету по сепарацији родитеља је и аргентинско право. Када родитељи, независно од тога да ли су у браку или не, живе заједно, родитељско право врше заједнички и за сваки акт предузет од стране једног од њих се сматра да је одобрен од стране другог. Када родитељи живе одвојено, по разводу/поништају брака или прекиду ванбрачне заједнице, обоје су и даље имаоци родитељског права-*patria potestad*, с тим да родитељ са којим дете живи врши *patria potestad*, које се тада означава термином

¹⁷⁴ Seyed N. Ebrahimi, „Child Custody (Hizanat) under Iranian Law: An Analytical Discussion“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 459 и даље.

¹⁷⁵ S. Minamikata, 490.

¹⁷⁶Чл. 821 Грађанског законика Јапана, доступан на http://www.jafbase.fr/docAsie/Japon/japan_civil_code.htm, 31. јул 2020.

tenencia-физичко старање о детету, док други родитељ задржава право да одржава личне односе са дететом, да надзире његово школовање и да са родитељем са којим дете живи одлучује о питањима за која је потребна сагласност оба родитеља. Питања за која је потребна сагласност оба родитеља, независно да ли они живе заједно или не, те да ли су у браку или ванбрачној заједници, су следећа 1) ступање у брак малолетног детета, 2) еманципација малолетног детета, 3) одлука малолетног детета да ступи у верску заједницу, војску или снаге безбедности, 4) напуштање земље од стране малолетног детета, 5) учешће малолетног детета у судском поступку, 6) отуђење имовине малолетног детета, 7) управљање имовином малолетног детета, изузев ако је један родитељ овлашћења у том погледу пренео на другог. У одсуству сагласности једног од родитеља, неопходна је одлука суда. У тим случајевима суд ће одлуку донети у складу са стандардом интереса породице, који не представља скуп појединачних интереса чланова породице, већ представља баланс њихових интереса. Независно од тога што важеће аргентинско право не предвиђа могућност заједничког старања по прекиду заједнице живота родитеља, у многим судским одлукама су прихватани споразуми родитеља да се заједнички старају о детету после развода брака. Наведено осликава свест правника у Аргентини о потреби јачања и промовисања родитељске сарадње после сепарације и развода родитеља. Напоследку оно што је још карактеристично за аргентинско право је оборива претпоставка да је у најбољем интересу деце млађе од 5 година да буду поверена на старање мајкама, те да ће дете тог узраста бити поверено оцу једино у случају постојања доказа да би поверавање мајци шкодило дететовом физичком или психичком стању. Када се ради о детету узраста од 5 и више година оно ће бити поверено на старање оном родитељу за који суд процени да је подобнији користећи начело најбољег интереса детета при тој процени.¹⁷⁷

У циљу заштите права детета и најбољег интереса детета, модерна права углавном предвиђају могућност заједничког старања и након сепарације родитеља. У мањини остају права која ту могућност не предвиђају (попут на пример правног система Јапана, Ирана и Аргентине). Истовремено, савремена породична права углавном одлучивање о месту пребивалишта детета остављају у домену оба родитеља, независно од тога да ли родитељско право врше заједнички или самостално.

¹⁷⁷ C. P. Grosman, I. A. Scherman, 545-546.

3.3. Лишење родитељског права

Према родитељу се може изрећи мера лишења родитељског права у ситуацијама када је потребно заштитити дете од поступака родитеља.¹⁷⁸ Родитељ може бити потпуно или делимично лишен родитељског права. До потпуног лишења долази онда „када родитељ злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права“, док до делимичног лишења долази онда „када родитељ несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.“¹⁷⁹ Лишити родитеља родитељског права може једино суд у законом прописаном поступку. Лишење се врши на неодређено време, у односу на једно или сву децу тог родитеља, са могућношћу да се родитељу по престанку разлога због којих је потпуно или делимично лишен родитељског права, то право врати.¹⁸⁰ „Правноснажна судска одлука о лишењу и враћању родитељског права, уписује се у матичну књигу рођених, а ако дете има непокретне имовине и у јавни регистар права на непокретностима.“¹⁸¹

О потпуном лишењу родитељског права нећемо детаљније писати, јер је за предмет ове докторске дисертације значајнији институт делимичног лишења родитељског права, будући да је према владајућој судској пракси делимично лишавање родитељског права другог родитеља правни пут који стоји на располагању родитељу који жели да премести дете из дотадашњег места пребивалишта, а за то нема сагласност другог родитеља.

Потпуно лишење родитељског права најтежа је мера која се изриче родитељима ради заштите детета. Њиме се родитељ лишава „свих права и дужности из садржине родитељског права, изузев дужности да издржава дете.“¹⁸²

До потпуног лишења родитељског права може доћи у ситуацијама „када родитељ злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права.“ Оно што је за тему дисертације битно је да по закону „родитељ грубо занемарује дужности из садржине родитељског права“ и може бити потпуно лишен родитељског права „ако избегава да издржава дете или да одржава личне односе

¹⁷⁸ Г. Ковачек Станић, (2014а), 355.

¹⁷⁹ Чл. 81 и 82 ПЗ.

¹⁸⁰ Чл. 83 ПЗ.

¹⁸¹ Чл. 87 ПЗ.

¹⁸² Чл. 81 ст. 4 ПЗ.

са дететом са којим не живи, односно ако спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи.“¹⁸³

3.3.1. Делимично лишење родитељског права

Како Породични закон прописује делимично се лишава родитељског права онај родитељ који „несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.“

¹⁸⁴ Делимично лишење се може односити на једно или више права и дужности из садржине родитељског права. Као и у случају потпуног лишења родитељског права, родитељ никада не може бити лишен дужности да издржава дете. У погледу права и дужности којих се родитељ може лишити, закон прави разлику у зависности од тога да ли се ради о родитељу који врши родитељско право или родитељу који не врши родитељско право.

„Родитељ који врши родитељско право може бити лишен права и дужности на чување, подизање, васпитавање, образовање и заступање детета, те на управљање и располагање имовином детета.“¹⁸⁵ Тако је на пример „пресудом Апелационог суда у Новом Саду Гж2.635/11 од 19.10.2011. године“ (није обухваћена истраживачким узорком) преиначена првостепена пресуда и оба родитеља, који су вршили родитељско право, делимично су лишена родитељског права у погледу чувања, подизања, васпитавања, образовања и заступања детета, управљања и располагања имовином детета, те права да одлучују о питањима која битно утичу на живот детета, док су задржали право да одржавају личне односе са дететом. Парница је покренута од стране надлежног центра за социјални рад, који претходно није предузимао мере корективног надзора,¹⁸⁶ већ је одмах иницирао судски поступак. Управо је наведено био један од разлога да првостепени суд одбије тужбени захтев, сматрајући да у одсуство претходно обављеног корективног надзора нема места лишењу родитељског права. Овај разлог је“ другостепени суд оценио као неприхватљив. Чињенично је утврђено да су тужени ванбрачни партнери који имају једно малолетно заједничко дете, које је смештено у

¹⁸³ Чл. 81 ст. 3 тач. 3 ПЗ.

¹⁸⁴ Чл. 82 ст. 1 ПЗ.

¹⁸⁵ Чл. 82 ст. 3 ПЗ.

¹⁸⁶ „Корективни надзор над вршењем родитељског права обавља орган старатељства када доноси одлуке којима исправља родитеље у вршењу родитељског права. У обављању корективног надзора орган старатељства доноси одлуке којима упозорава родитеље на недостатке у вршењу родитељског права, упућује родитеље на разговор у породично саветовалиште или у установу специјализовану за посредовање у породичним односима или пак захтева од родитеља да положи рачун о управљању имовином детета. У оквиру обављања корективног надзора орган старатељства покреће и судске поступке у складу са законом.“ Вид. чл. 80 ПЗ.

хранитељску породицу по покретању судског поступка; да отац злоупотребљава алкохол; да је мајка психички нестабилна, те да се обоје нису подвргли лечењу које им је саветовано. С обзиром на такве околности случаја, другостепени суд је сматрао да су испуњени услови за делимично лишење родитељског права оба родитеља, образлажући своју одлуку најбољим интересом малолетног детета, имајући у виду да родитељи током трајања парнице нису предузели ниједну активност ради лечења и стварања бољих услова за одрастање свог малолетног детета, већ су интерес детета подредили својим интересима. Суд наглашава да се од родитеља очекује да интересе своје малолетне деце ставе испред својих осећања и ставова, као и да своје поступке ускладе са најбољим интересом деце.

С друге стране, „родитељ који не врши родитељско право може бити лишен права на одржавање личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.“¹⁸⁷ Тако је „пресудом Апелационог суда у Новом Саду Гж2.183/18 од 19.04.2018. године“ потврђена првостепена пресуда којом је отац, као родитељ који не врши родитељско право, по тужби мајке делимично лишен родитељског права у погледу одлучивања о промени пребивалишта њихове заједничке малолетне ћерке. Као и у претходно наведеном случају и у конкретном су парничне странке биле бивши ванбрачни партнери који имају једно заједничко дете. Вршење родитељског права је по прекиду њихове ванбрачне заједнице уређено судском одлуком тако што је малолетно дете поверено на даље самостално старање мајци. Од доношења те одлуке мајка се са дететом преселила из дотадашњег места пребивалишта у друго насељено место, где је засновала нову ванбрачну заједницу, добила запослење и ћерку уписала у основну школу. Сагласност оца за премештај детета није добила, он се пресељењу истрајно противио, тако да није могла да среди потребну документацију у школи и за остваривање социјалних права. У поступку је прибављено мишљење надлежног органа старатељства чија је процена да малолетно дете сада живи у адекватном, подржавајућем окружењу и да је у њеном најбољем интересу да промени пребивалиште. Образлажући своју одлуку којом је потврдио првостепену пресуду, другостепени суд се позвао на мишљење Центра за социјални рад и навео да се истрајно одбијање оца да да сагласност не може сматрати савесним вршењем родитељског права. Образложио је и да делимичним лишењем родитељског права оца, суд није одлучио уместо родитеља, већ омогућио заштиту најбољег интереса детета, а

¹⁸⁷ Чл. 82 ст. 4 ПЗ.

одлучивање о питању промене пребивалишта детета је остало искључиво у домену оног родитеља који самостално врши родитељско право.

За случај да су оба родитеља лишена родитељског права у погледу истих права и дужности, односно ако је родитељског права делимично лишен један родитељ коме оно припада, детету се мора поставити привремени старатељ који ће преузети вршење оних права и дужности којих је родитељ лишен, а по потреби дете се може збринути и у другој, тј. хранитељској породици, односно у најгорем случају, у социјалној установи.¹⁸⁸

3.4. Поступци у вези са породичним односима

Често се каже да емоције, интима и лични односи повезани са породицом чине да су спорови у вези са тим односима подложни персонализованом, приватном одлучивању. Појединац жели да закон поштује његов избор око тога с ким ће да живи и да има децу. А кад се ти односи окончају или промене, очекује да се његова реч чује у процесу одлучивања. Закон који уређује те односе стога мора узети у обзир изборе појединца. Истовремено, чињеница је да постоји више аспеката породичног живота који нису подложни у толикој мери приватном, персонализованом одлучивању.¹⁸⁹ Цвејић-Јанчић наводи два разлога за интервенцију државе у сферу породичних односа. Први је да породични односи немају утицај само на две одрасле особе, већ утичу или могу да утичу на децу, чији живот, васпитање, образовање и будућност не могу бити само приватна ствар њихових родитеља и чланова породице. Други је да чак и ако породични односи утичу само на одрасле особе, држава треба да интервенише доношењем закона у сврху ублажавања неједнакости које могу настати у породичним односима (из разлога различитих образовних, социјалних, економских и других статуса). Држава би требало да се труди да свима осигура правну заштиту, сигурност и правду, те спречи насиље, експлоатацију и неправду у свим областима живота, укључујући и породични живот.¹⁹⁰

Породичним законом регулисано је више посебних поступака у вези са породичним односима. На те судске поступке сходно се примењују одредбе закона

¹⁸⁸ М. Драшкић, (2016), 247.

¹⁸⁹ Alison Diduck, „Autonomy and Family Justice“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 28, Number 2, 2016, 133.

¹⁹⁰ О. Цвејић-Јанчић, „Privacy and Autonomy in Serbian Family Law“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Volume 4, 2013, 59.

којим се уређује парнични поступак.¹⁹¹ Раније важећим одредбама Породичног закона¹⁹² је било прописано да ове спорове у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби веће састављено од троје судија, које судије морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета. Ове одредбе су престале да важе 01.02.2012. године.¹⁹³ Састав суда у породичним споровима је сада уређен одредбама закона који уређује парнични поступак,¹⁹⁴ којима је прописано да спорове у првом степену у правилу суди веће састављено од једног судије председника већа и двоје судија поротника. Таксативно су наведени спорови у којима суди судија појединац, међу којима нису наведени и породичноправни спорови. Овим одредбама је прописано и да „судије које суде у првом и другом степену у парничном поступку у вези са породичним односима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета по програму и на начин који споразумно прописују министар надлежан за послове правосуђа и министар надлежан за послове породичне заштите.“ Иако у теорији постоје другачија тумачења тренутно важећих одредаба Закона о парничном поступку о саставу суда у поступцима у вези са породичним односима¹⁹⁵, те одредбе се у пракси тумаче тако да поступке у вези са породичним односима у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у другом степену веће састављено од троје судија, при чему судије које суде и у првом и у другом степену морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета по програму и на начин који споразумно прописују министар надлежан за послове правосуђа и министар надлежан за послове породичне

¹⁹¹ Чл. 202 ПЗ.

¹⁹² Чл. 203 ПЗ.

¹⁹³ Чл. 507 ст. 2 Закона о парничном поступку-ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

¹⁹⁴ Чл. 35 ЗПП.

¹⁹⁵ Проф. др М. Драшкић истиче да систематско тумачење одредаба Закона о парничном поступку налаже да се оне протумаче тако да судија појединац суди у породичним споровима, иако је законодавац „заборавио“ да и ове спорове наведе у норми која садржи исцрпно набрајање свих спорова у којима суди судија појединац (члан 35 став 3 ЗПП). Наводи да таквом тумачењу иде у прилог и одредба члана 35 став 5 ЗПП којом је прописано да „судије које суде у првом и другом степену у парничном поступку у вези са породичним односима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета“, док се судије поротници као (евентуално) чланови већа у првостепену поступку уопште не помињу. Напослетку закључује и да би у пракси било врло тешко спровести законски налог да и судије поротници у породичним споровима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета, како би то произлазило из одредбе члана 35 став 5 ЗПП. Вид. М. Драшкић, (2016), 512. И проф. др Панов износи исти став да „у парничном поступку у вези с породичним односима у првом степену увек суди судија појединац, а у другом степену веће састављено од троје судија. Наводи да у првом степену веће суди ако се странке о томе сагласе најкасније пре упуштања у расправљање о главној ствари, а у случају супарничарства потребна је сагласност свих супарничара (члан 35 став 3 и члан 36 ЗПП). Наравно, професионалне судије морају да имају посебна знања из области права детета, а судије поротнице морају да имају стручно искуство у раду с децом и омладином (нпр. просветни радници, педагози, психолози)“ Вид. С. Панов, 234.

заштите. Породично право Србије на овај начин улази у круг права која познају специјализацију у суђењу у породичним односима, а у који улази и велика већина европских права. У упоредном праву позната су следећа решења: постојање посебних већа, као што је сада у домаћем праву, али и постојање посебних одељења у оквиру суда, па и посебних судова (на пример, за младе).¹⁹⁶

Поступке у вези са породичним односима одликују хитност и истражно начело.¹⁹⁷ „Суд може утврђивати чињенице и када оне међу странкама нису спорне, а може и самостално истраживати чињенице које ниједна странка није изнела.“ „Јавност је искључена, а подаци из судских списа спадају у службену тајну коју су дужни да чувају сви учесници у поступку којима су ти подаци доступни.“¹⁹⁸

Оно што је карактеристично за ове спорове је да „у многим парницама из породичноправних односа у којима се непосредно одлучује о правима детета, оно нема увек процесни положај странке, посебно у ситуацији кад се не јавља у улози тужиоца који штити своја права. Чак и кад одређени органи имају задатак да својим ангажовањем, као странке у функционалном смислу, покрећу парнични поступак у циљу заштите повређених, оспорених или угрожених права детета, дете, иако је субјект права које се штити у поступку, „ишчезава“ из поступка и постаје „прикривена“ или „притајена“ странка о чијем праву се одлучује.“¹⁹⁹

О вршењу родитељског права суд је дужан да одлучи у брачном спору²⁰⁰ и у спору о материнству и очинству.²⁰¹ У оба ова поступка суд може да одлучи и о потпуном или делимичном лишењу родитељског права.²⁰² У наставку ћемо детаљније обрадити поступак у спору за вршење, односно лишење родитељског права, као најзначајнији за тему дисертације уз поступак у спору за заштиту права детета.

¹⁹⁶ Г. Ковачек Станић, (2014а), 325.

¹⁹⁷ Чл. 204 и 205 ПЗ.

¹⁹⁸ Чл. 206 ПЗ.

¹⁹⁹ Г. Станковић (2012), 43.

²⁰⁰ Брачни спор је поступак који се покреће „ради утврђивања постојања или непостојања брака, поништења брака или његовог развода.“ Вид. чл. 210 ст. 1 ПЗ.

²⁰¹ Чл. 226 ст. 1 и чл. 260 ст. 1 ПЗ.

²⁰² Чл. 226 ст. 2 и чл. 260 ст. 2 ПЗ.

3.4.1. Поступак у спору за вршење, односно лишење родитељског права

Стварно надлежан суд за спровођење спора за вршење, односно лишење родитељског права у првом степену је основни суд. У другом степену одлучује апелациони суд.²⁰³

„Поступак у спору за вршење, односно лишење родитељског права покреће се тужбом.“²⁰⁴ Тужбу за вршење родитељског права су овлашћени да поднесу дете, родитељи детета и орган старатељства,²⁰⁵ тужбу за лишење родитељског права дете, други родитељ, јавни тужилац и орган старатељства,²⁰⁶ а тужбу за враћање родитељског права може поднети, поред детета, другог родитеља, јавног тужиоца и органа старатељства, и родитељ који је био лишен родитељског права.²⁰⁷ Закон установљава „право и дужност да обавесте јавног тужиоца или орган старатељства о разлозима за лишење родитељског права“ свим децјим, здравственим и образовним установама или установама социјалне заштите, правосудним и другим државним органима, удружењима и грађанима.²⁰⁸

И у овом спору диспонирања странака су ограничена.²⁰⁹ Суд не може донети пресуду због пропуштања, нити пресуду на основу признања или одрицања, а странке

²⁰³ Чл. 22-24 ЗУС. Везано за поступке у којима се одлучује о вршењу родитељског права над дететом, у теорији и пракси се често помиње синдром родитељског отуђења (ПАС) који је амерички децји психијатар Ричард Гарднер (*Gardner*) 1985. године дефинисао као поремећај у детињству који настаје готово искључиво у контексту спорова о старању над дететом. Његова примарна манифестација је децје омаловажавање доброг родитеља, које нема оправдање. Резултат је индоктринације другог родитеља путем програмирања („испирања мозга“) детета и сопственог доприноса детета. Када је присутно истинско злостављање и / или занемаривање од стране родитеља, анимозитет детета може бити оправдан и зато објашњење синдрома родитељског отуђења за дететово непријатељство није применљиво. О томе више видети на <http://richardagardner.com/ar22>, 29. април 2020. На мањкавости и научну неутемељеност овог синдрома указано је у С. S. Bruch, „Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting It Wrong in Child Custody Cases“, *Family Law Quarterly*, Volume 35, Number 3, 2001, 527-552.

²⁰⁴ Чл. 262 ПЗ.

²⁰⁵ Чл. 264 ст. 1 ПЗ.

²⁰⁶ Чл. 264 ст. 2 ПЗ.

²⁰⁷ Чл. 264 ст. 3 ПЗ.

²⁰⁸ Чл. 264 ст. 4 ПЗ.

²⁰⁹ Проф. др Гордана Станковић наводи да је „одступање од начела диспозиције у посебним парничним поступцима последица императивне природе материјалноправних норми породичног права, прожимања приватноправних и јавноправних елемената у домену материјалноправних норми, саме садржинске сложености породичноправних односа у којима долази до спорова, али и законом предвиђеног и дозвољеног одступања од аутономије воље.“ Вид. Г. Станковић, „Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 485.

не могу да закључе судско поравнање.²¹⁰ Поступак за лишење родитељског права је хитан.²¹¹

У погледу садржине одлуке о вршењу родитељског права,²¹² у ситуацији када су родитељи постигли споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, тај споразум се уноси у изреку пресуде уколико суд процени да је он у најбољем интересу детета. Када такав споразум родитеља изостане или пак „суд процени да њихов споразум није у најбољем интересу детета, одлуку о поверавању заједничког детета једном родитељу, о висини доприноса за издржавање од стране другог родитеља и о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем доноси суд.“ И у овом спору суд пресудом о вршењу родитељског права, истовремено може да одлучи и о потпуном или делимичном лишењу родитељског права.²¹³

Наравно пре доношења одлуке о вршењу родитељског права, суд је дужан да сагласно истражном начелу расправи све чињенице које су битне за доношење законите и правилне одлуке, „да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима“ и да у крајњем одлуку о старању донесе руководећи се најбољим интересом детета.²¹⁴ Иако је законом прописана дужност суда да пре доношења одлуке о вршењу родитељског права, затражи налаз и стручно мишљење неке од специјализованих установа, то свакако не значи и дужност суда да своју одлуку донесе у складу са тим налазом и стручним мишљењем. Прибављени налаз и стручно мишљење суд цени као и све остале изведене доказе, па самим тим има могућност да га не прихвати из разлога што сматра да није у најбољем интересу детета. Ипак своје овлашћење да не прихвати мишљење органа старатељства суд у пракси користи изузетно, те своје одлуке углавном заснива на израженом мишљењу, што је и логично јер је орган старатељства институција оспособљена за истраживање односа родитеља и детета, кроз тимски, интердисциплинарни рад, те могућношћу непосредног увида у средину у којој дете живи.²¹⁵

У пракси суд најчешће прибавља налаз и стручно мишљење од центра за социјални рад надлежног према пребивалишту странака. За случај да странке имају

²¹⁰ Чл. 271 ПЗ.

²¹¹ Чл. 269 ПЗ.

²¹² Чл. 272 ст. 1 и 2 ПЗ.

²¹³ Чл. 273 ст. 2 ПЗ.

²¹⁴ Чл. 270 и 266 ст. 1 ПЗ.

²¹⁵ Г. Ковачек Станић, (1994), 71.

пребивалишта на територији надлежности два различита центра за социјални рад, суд ће затражити налазе и стручна мишљења од оба центра и покушати њихово усаглашавање.²¹⁶ Оно што је у пракси једно време било спорно је да ли суд, у ситуацијама када орган старатељства у склопу својих овлашћења покрене спор за вршење, односно лишење родитељског права, може од истог тог органа старатељства у поступку да затражи налаз и стручно мишљење. Напослетку је превладала пракса да је у тим случајевима, када центар за социјални рад иступа у улози тужиоца, налаз и стручно мишљење потребно прибавити од другог центра за социјални рад, најчешће оног најближег месту пребивалишта странака.²¹⁷

3.4.1.1. Процесни положај детета

Како је већ речено, одредбама Породичног закона настоји се пружити посебна заштита малолетном детету, његовим правима и интересима. Процесни положај детета у споровима за вршење, односно лишење родитељског права, истоветан је његовом положају у споровима за заштиту права детета.

²¹⁶ У „пресуди Врховног касационог суда Рев. 1902/2019 од 09.05.2019. године“ суд образлаже да су у поступку пред нижестепеним судом прибављена стручна мишљења два Центра за социјални рад, оног на чијој територији има пребивалиште малолетно дете које је тужилац и оног на чијој територији има пребивалиште тужени отац. Предмет спора је било потпуно лишење родитељског права оца, а достављена мишљења су у том погледу била различита. Један Центар за социјални рад је био мишљења да би отац требало потпуно лишити родитељског права, а други је био мишљења да не би требало посезати за тако драстичним мерама. Код изнетог, Врховни касациони суд сматра да „када постоје два мишљења органа старатељства са подручја на којима парничне странке имају пребивалиште, а која су супротна, првостепени суд би требало да затражи синтетизовано мишљење оба органа старатељства у коме би органи старатељства требало да имају у виду своја различита мишљења и да покушају да постигну заједничко мишљење.“ Будући да првостепени суд није затражио заједничко мишљење ових центара, већ је прихватио мишљење Центра за социјални рад који је предложио да се отац потпуно лиши родитељског права, Врховни касациони суд је укинуо нижестепене пресуде и предмет вратио на поновно суђење.

²¹⁷ У „решењу Апелационог суда у Новом Саду Гж2.250/16 од 20.04.2016. године“ (није обухваћено у истраживачком узорку) је наведено да „по пракси највише судске инстанце одлуку о основаности тужбеног захтева суд не може да донесе на основу налаза и стручног мишљења Центра за социјални рад који је у парници истовремено и тужилац. Како је у том случају суд своју одлуку о делимичном лишењу родитељског права тужених родитеља засновао између осталог на прибављеном налазу и стручном мишљењу истог органа старатељства који је у својству тужиоца покренуо ту парницу“, другостепени суд је укинуо првостепену пресуду налазећи да због иступања тог органа старатељства у истом поступку у две улоге постоји сукоб интереса у поступању тог органа. У укидном решењу је дао налог првостепеном суду да у поновном поступку примењујући одредбу члана 270 Породичног закона од другог органа старатељства (најближег Центра за социјални рад), породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима, затражи налаз и стручно мишљење у погледу подобности тужене мајке (само она је изјавила жалбу против првостепене пресуде, тужени отац није) да врши родитељско право над малолетним дететом.

И „у споровима за вршење, односно лишење родитељског права суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета.“²¹⁸ Такође, важе иста правила која се тичу привилеговане месне надлежности за дете, заступања детета од стране родитеља, односно колизијског старатеља или привременог заступника, те дужности суда и колизијског старатеља, односно привременог заступника према детету које је способно да формира своје мишљење.²¹⁹

3.4.1.2. Начело најбољег интереса детета у спору за вршење, односно лишење родитељског права

„У спору за вршење, односно лишење родитељског права суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета.“ Како је већ речено начело најбољег интереса детета није дефинисано, нити ближе одређено одредбама Породичног закона. Када је реч о доношењу одлуке о вршењу, односно лишењу родитељског права суд ће, имајући у виду посебне околности сваког конкретног случаја, процењивати шта је у најбољем интересу детета и спрам тога доносити одлуку. Због наведеног често се истиче да је начело најбољег интереса детета, независно од његове широке прихваћености, двосмислено, нејасно и неодређено, те да управо та двосмисленост овај стандард претвара у савитљив материјал, што је можда и судбина сваког општег стандарда, да измиче колико год се трудили да одредимо његово значење.²²⁰

Истраживање праксе спроведене у Основном суду у Новом Саду 2016. године показује да је управо најбољи интерес детета најчешћи критеријум (25%) на основу којег су судови доносили одлуке у споровима за вршење родитељског права. Судије увек у обзир узимају најбољи интерес детета, само то негде посебно наглашавају, а негде га користе само као фразу. Приликом образлагања најбољег интереса детета, судије углавном само констатују да је он остварен. Уколико и наводе разлоге²²¹, то је

²¹⁸ Чл. 266 ст. 1 ПЗ.

²¹⁹ Чл. 261, чл. 72 ст. 1, чл. 265, чл. 266 ст. 2 и 3 и чл. 267 ПЗ. Према „решењу Апелационог суда у Новом Саду Гж2.250/16 од 20.04.2016. године“ у спору за делимично лишење родитељског права оба родитеља, који су тужбом покренули орган старатељства и дете у складу са одредбом члана 264 став 2 ПЗ, малолетном детету је орган старатељства поставио колизијског старатеља-деду због тога што су интереси детета у супротности са интересима његових законских заступника-тужених родитеља, а све у складу са одредбама члана 265 став 1 и члана 132 став 2 тачка 3 ПЗ.

²²⁰ Ursula C. Basset, „The Changing Standard of the Best Interests of the Child and its Impact on the Exercise of Parenting and on Children“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Volume 2, 2011, 409.

²²¹ У „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 416/18 од 15.08.2018. године“ најбољи интерес малолетног детета, узраста годину дана, да буде поверено мајци на самостално старање образложен је управо његовим раним узрастом и значајнијом улогом коју мајка има у том животном добу. У „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 101/18 од 01.03.2018. године“ у парници коју је иницирао тужбом отац ради измене раније одлуке о вршењу родитељског права тако да му се повери на старање син

најчешће споразум родитеља, тако да се може рећи да ако су родитељи постигли споразум, то аутоматски значи да је најбољи интерес детета остварен. У вези са тим, важно је споменути да у оквиру датог истраживања није пронађен ниједан споразум родитеља који није био у најбољем интересу детета. Наведено истраживање је показало и да се судије у појединим одлукама позивају на Конвенцију о правима детета, што је, сматрају аутори истраживања, одраз специјализације судија и свакако нешто што треба поздравити као значајан и позитиван помак.²²²

4. НЕЗАКОНИТО ОДВОЂЕЊЕ ДЕТЕТА У ЗЕМЉИ

У овом поглављу ће најпре бити изложена релевантна регулатива у погледу промене пребивалишта детета од стране родитеља која је садржана у Породичном закону, а потом ће бити сагледане и релевантне одредбе које су садржане у важећем Закону о пребивалишту и боравишту грађана. Након анализе важећих домаћих законских решења, бавићемо се правним путем који родитељу стоји на располагању за случај да детету жели законито да промени пребивалиште у границама наше земље. Истовремено ће на одговарајућим местима бити изношени и резултати до којих се дошло истраживањем судске праксе Апелационог суда у Новом Саду, које је спроведено за потребе писања ове дисертације.

4.1. Промена пребивалишта детета

Закон о пребивалишту и боравишту грађана одређује пребивалиште као „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

узраста 12 година, а да ћерка узраста 10 година остане на старању код мајке, другостепени суд је потврдио првостепену одбијајућу пресуду образлажући најбољи интерес малолетног сина парничних странака да остане код мајке тиме што се у протеклом периоду развој његове личности уредно одвијао, његовом везаношћу за млађу сестру и добрим односима које има са оба родитеља. У том поступку син парничних странака је, из настојања да одржи добре односе са оба родитеља и да својом жељом никог од њих не повреди, пред радницима органа старатељства и вештацима изразио жељу да живи са оцем, а пред судом да жели да живи са мајком. Због наведеног другостепени суд је руководећи се најбољим интересом детета нашао да је правилна првостепена одлука којом се одбија тужбени захтев, указујући у својој пресуди да ће малолетни син странака са навршавањем 15. године бити у узрасту када ће моћи самостално да одлучи са којим родитељем жели да живи, у складу са одредбом члана 60 став 4 Породичног закона. Обе наведене пресуде нису обухваћене истраживачким узорком.

²²² Г. Ковачек Станић, С. Самарцић, „Критеријуми за одлучивање о вршењу родитељског права после развода брака у теорији и пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/18, 875-876.

настанио.“²²³ Боравиште пак одређује као „место у коме грађанин привремено борави ван места свог пребивалишта дуже од 90 дана.“²²⁴

Одлучивање о промени пребивалишта детета једно је од Породичним законом егземплификативно наведених питања за која се сматра да битно утичу на живот детета. Домаће породично право захтева да о промени пребивалишта детета родитељи увек заједно одлучују.²²⁵ Без сагласности другог родитеља, један родитељ не може самостално да промени детету пребивалиште, чак и када му је дете поверено на самостално старање. Облик вршења родитељског права је без утицаја на промену пребивалишта детета. И у ситуацији када родитељи родитељско право врше заједнички, и у ситуацији када један од њих врши родитељско право самостално, по важећем Породичном закону један родитељ, без пристанка другог, није овлашћен да промени место пребивалишта детета. Ово питање је увек у надлежности оба родитеља. До одступања од овог правила, када су жива оба родитеља, може доћи само на основу одлуке суда онда када је други родитељ потпуно или делимично лишен родитељског права, при чему би делимично лишење родитељског права требало да се односи на лишење права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.²²⁶

Са оваквим решењем породичног права, не би се могло рећи да су у потпуности у складу решења која су садржана у Закону о пребивалишту и боравишту грађана. Наиме, према Закону о пребивалишту и боравишту грађана „пријаву и одјаву пребивалишта, односно пријаву и одјаву боравишта за малолетно лице подноси његов родитељ, односно старатељ или други законски заступник, а ако родитељи немају исту адресу становања, пријаву и одјаву подноси један од родитеља уз сагласност другог родитеља или родитељ који у складу са законом самостално врши родитељско право.“²²⁷ Пријаву пребивалишта за малолетно лице је потребно поднети у року 3 месеца од

²²³ Чл. 3 тач. 2 ЗПБ.

²²⁴ Чл. 3 тач. 3 ЗПБ.

²²⁵ Сливовити су резултати истраживања које је обухватило 2.500 испитаника у Великој Британији, а који показују да је људима „природно“ да о пребивалишту детета одлучују оба родитеља. У истраживању описаној фиктивној ситуацији се наводи пример разведених родитеља у којем мајка има жељу да се пресели са дететом. Од укупног броја испитаника њих 76,5% је сматрало да је мајка дужна да консултује оца поводом промене пребивалишта детета, 18,9% је сматрало да мајка нема такву дужност, док је преосталих 4,6% испитаника одговорило да не зна шта би било адекватно поступање у датој ситуацији. Вид. Garfield Potter, Catherine Williams, „Parental responsibility and the duty to consult-the public’s view“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 17, Number 2, 2005, 209 и 221.

²²⁶ Чл. 81 и 82 ПЗ.

²²⁷ Чл. 4 ст. 2 и 3 ЗПБ.

његовог рођења, односно 8 дана од дана настајења на адреси на којој пријављује пребивалиште.²²⁸

По Закону о пребивалишту и боравишту грађана када родитељи, било да су у браку или ванбрачној заједници, имају пријављено пребивалиште на истој адреси, сваки од њих је овлашћен да сам изврши пријаву и одјаву пребивалишта малолетног детета. Закон тада постојање сагласности другог родитеља претпоставља. Када родитељи немају пријављену исту адресу становања, а претходно неком од њих дете није поверено на самостално старање, пријаву пребивалишта може да изврши један од родитеља само уколико за то има сагласност другог. Доследна примена оваквих законских решења пре свега подразумева уредну пријаву сваке промене пребивалишта родитеља. Стога не можемо да не приметимо, да су у одсуству тога могуће ситуације да један од родитеља сам изврши пријаву, односно одјаву пребивалишта детета, када се у евиденцији надлежног органа води да са другим родитељем живи на истој адреси, иако фактички није тако. Пример такве ситуације би био случај када је заједница живота прекинута, а брак још није разведен, нити је донета одлука о вршењу родитељског права. Родитељ који живи сам са дететом на основу закона тада врши самостално родитељско право до доношења судске одлуке о старању,²²⁹ али је таква промена пребивалишта детета сагласна одредбама Закона о пребивалишту и боравишту грађана и истовремено противна одредбама Породичног закона. Можемо претпоставити и да је појава оваквих ситуација реална, јер смо сведоци чињенице да појединци годинама не живе на адреси пријављеног пребивалишта, а да не пријаве нову адресу становања, нити изврше пасивизирање претходне адресе.²³⁰

Дакле, према Породичном закону одвођење детета би било незаконито у свим ситуацијама када један од родитеља, независно да ли је вршење родитељског права, одређено као заједничко или самостално, промени пребивалиште детета без сагласности другог родитеља. Према Закону о пребивалишту и боравишту грађана, пријава и одјава пребивалишта малолетног детета би били незаконити само уколико један од родитеља који родитељско право врше заједнички, а нису пријављени на истој адреси становања, том приликом поступа без сагласности другог родитеља. У свим

²²⁸ Чл. 9 ст. 2 ЗПБ.

²²⁹ Чл. 77 ст. 2 ПЗ.

²³⁰ „Пасивизирање адресе је означавање у евиденцији надлежног органа да грађанин не станује на адреси пријављеног пребивалишта или боравишта“ према члану 3 тачка 5 Закона о пребивалишту и боравишту грађана.

другим случајевима, када родитељи врше родитељско право заједнички и пријављени су на истој адреси становања и када један од родитеља сам врши родитељско право, нема незаконитости у пријави пребивалишта од стране само једног родитеља, без сагласности другог родитеља.

Оно што је код изнетог одмах уочљиво је да иако је Породичним законом предвиђено да родитељи који врше родитељско право заједнички, сагласном вољом одређују и пребивалиште детета, Закон о пребивалишту и боравишту грађана овлашћује једног од тих родитеља, када су пријављени на истој адреси становања, да изврши пријаву и одјаву пребивалишта детета, без достављања доказа о постигнутој сагласности са другим родитељем. Исто тако, иако је Породичним законом одређено да и родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да са родитељем који врши родитељско право одлучује о свим питањима која битно утичу на живот детета (међу којима се нарочито сматра одлучивање о месту пребивалишта детета), закон који детаљније уређује пријављивање и одјављивање пребивалишта грађана овлашћује родитеља коме је дете поверено на самостално старање да пријаву и одјаву пребивалишта детета изврши сам, не постављајући као услов за то сагласност другог родитеља. Из наведеног јасно произлази да су на овај начин два тренутно важећа закона, која уређују исто питање, питање пребивалишта малолетних лица, његове пријаве и одјаве, у међусобној колизији.

Оваква регулатива, превасходно Закона о пребивалишту и боравишту грађана, вероватно је резултирала тиме да у посматраној судској пракси, чија ће анализа бити изнета у наставку рада, нема много судских поступака које покреће родитељ коме је дете поверено на старање, а који не успева да исходује сагласност другог родитеља за промену пребивалишта детета. Чак и у малом броју вођених спорова, претежу они који су вођени са циљем пресељења детета у иностранство, док су они вођени у циљу промене пребивалишта у оквиру наше земље незнатни. Узрок овоме бисмо могли да нађемо у томе да родитељи, независно од прекида заједничког живота, зарад заједничке деце ипак успевају да постигну договор о битним питањима за њихову децу или пак да родитељ који врши самостално родитељско право углавном пред надлежним органима успе да изврши пријаву, односно одјаву пребивалишта детета презентујући само одлуку суда којом му је дете поверено, што је у складу са одредбама Закона о пребивалишту и боравишту грађана, али у супротности са одредбама Породичног закона, који као

неопходан услов за промену пребивалишта детета предвиђа и сагласност родитеља који не врши родитељско право.

На сајту Министарства унутрашњих послова је ипак дато упутство о поступку промене пребивалишта детета које је у складу са одредбама Породичног закона. У њему је наведено да „пријаву пребивалишта малолетног детета подноси родитељ, односно старатељ или други законски заступник.“ Уколико „родитељи немају исту адресу становања, захтев за пријаву пребивалишта подноси један од родитеља уз сагласност другог родитеља или родитељ који у складу са законом самостално врши родитељско право.“ На сајту је нарочито напоменуто да је „за пријаву пребивалишта малолетне деце потребна сагласност оба родитеља, без обзира на то што су судском одлуком малолетна деца једном од родитеља поверена на самостално вршење родитељског права, уколико том одлуком није решено и питање пријаве пребивалишта малолетне деце сходно члановима 77 и 78 Породичног закона.“²³¹

Решења ког закона се у пракси заиста примењују, Породичног закона или пак Закона о пребивалишту и боравишту грађана, остаје отворено питање. Оно што је сигурно је да је ради отклањања правне несигурности потребно ускладити одредбе Закона о пребивалишту и боравишту грађана са одредбама Породичног закона. Будући да су Породичним законом свеобухватно уређени породични односи руководећи се најбољим интересом дететом, а да су решења Закона о пребивалишту и боравишту грађана више административне природе, чини се да су одредбе Породичног закона значајније и да је следом тога неопходно усклађивање одредби Закона о пребивалишту и боравишту грађана са одредбама Породичног закона у погледу промене пребивалишта детета на начин да је за сваку промену пребивалишта детета потребна сагласност оба родитеља, када су они живи и ниједан од њих није лишен родитељског права потпуно или делимично у погледу одлучивања о битним питањима за дете, те без обзира да ли родитељско право врше заједнички или један од њих самостално.

4.2.Промена пребивалишта детета у одсуству сагласности другог родитеља

У ситуацијама када родитељи живе заједно, промена пребивалишта детета по редовном току ствари је резултат њиховог договора и животних околности (до премештаја долази услед новог запослења, одласка на усавршавање, бољег животног стандарда и сл.). Ситуације када други родитељ ускраћује сагласност за промену

²³¹ Доступно на <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/gradjani/dokumenta/Prebivaliste>, 09. јануар 2020.

пребивалишта детета карактеристичне су за родитеље који не воде заједнички живот. У пракси најчешће родитељ који по сепарацији живи са дететом у неком тренутку жели да се са дететом пресели, а за то не успева да добије сагласност другог родитеља. Одбијање другог родитеља да да пристанак за премештај детета водиће у неким случајевима покретању поступка за закониту промену пребивалишта детета, а у неким ће бити окидач за незаконито одвођење детета.

4.2.1. Релокациони спорови

Спорови у којима један родитељ настоји да премести дете на значајну удаљеност од другог родитеља или у другу државу, у теорији су познати као релокациони спорови.²³² До ових спорова долази по прекиду заједнице живота родитеља, када родитељ са којим дете живи (обично је то мајка) затражи да се са дететом пресели (било у оквиру исте земље или у иностранство), а тај премештај има значајан утицај на одржавање личних односа деце са другим родитељем.²³³ Учешће суда је неопходно када се пресељењу детета противи други родитељ. Тада суд мора да донесе одлуку да ли ће дозволити пресељење детета и под којим условима. Доношење ових одлука отежава схватање да каква год одлука да се донесе један родитељ ће бити на губитку. Уколико буде одбијен захтев за пресељење, родитељ који живи са дететом ће морати да одустане од својих планова и остане у дотадашњем месту живљења противно својој вољи.²³⁴ Уколико пак захтев за пресељење буде усвојен, други родитељ ће изгубити привилегију континуираног контакта са дететом, јер ће виђања по пресељењу захтевати много више новца и времена.²³⁵ У овим дебатама које се тичу права једног родитеља на

²³² L. D. Elrod, (2010), 51. Елрод (*Elrod*) наводи да ће се у року од 4 године након сепарације или развода, 75% родитеља којима су деца поверена на старање преселити најмање једанпут. Као четири могућа исхода ових спорова наводи: суд ће дозволити родитељу да се пресели са дететом, суд ће одбити захтев за премештај, али status quo остаје очуван јер родитељ одустаје од пресељења без детета; суд ће одбити захтев за премештај, али се родитељ који се до тада старао о детету сели без детета, што резултира тиме да се старање о детету поверава другом родитељу; суд ће дозволити пресељење, а други родитељ ће се такође одлучити да се пресели у нову заједницу, где је и дете.

²³³ Nicola Taylor, Marilyn Freeman, „Relocation: The International Context“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 19.

²³⁴ Истраживање спроведено у Аустралији, које је обухватило 15 жена које су желеле да се преселе са дететом, али у тој намери нису успеле, показује да су бољој адаптацији ових жена на останак допринела следећа 4 фактора: 1) степен контроле који су имале у погледу сопствене будућности, 2) препознавање да ће за дете бити боље да има близак однос са оцем, 3) степен ангажованости оца око детета и 4) квалитет односа мајке и оца детета. Вид. Patrick Parkinson, Judy Cashmore, „When Mothers Stay: Adjusting to Loss After Relocation Disputes“, *Family Law Quarterly*, Volume 47, Number 1, 2013, 73.

²³⁵ International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation-Concept Paper, нав. према Peter Boshier, „Have Judges been missing the point and allowing relocation too readily?“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 10-11. Везано за виђање детета са другим родитељем, савремени видови комуникације играју значајну улогу. Још 2001. године, амерички другостепени суд је преиначио првостепену одлуку и допустио мајци да се пресели са дететом у случају „McCoy v. McCoy, 764 A.2d 449

слободу кретања и права другог родитеља на породични живот, може бити тешко одржати фокус на ономе што је у најбољем интересу детета.²³⁶

Релокациони спорови су релативно модеран феномен. Настали су као нуспроизвод развоја средстава за комуникацију и превоз. Националне границе губе значај у поступку стварања глобалног света.²³⁷ Независно од тога, овим споровима се у теорији поклања значајно мања пажња у поређењу према споровима који се воде због међународне, родитељске отмице деце. Постоје схватања да ће радикално уређени релокациони спорови резултирати повећањем броја отмица деце од стране родитеља који жели да се пресели, обично је то мајка, а да либерално уређење релокационих спорова резултира повећањем отмица од стране другог родитеља, обично оца²³⁸. Мерилин Фриман (*Freeman*) сматра да за овакво схватање нема материјалних доказа, али да се мора настојати да се спречи да релокација постане отмица, тако што ће се проблем решити у раној фази, имајући на уму повезаност ове две појаве и могуће последице.²³⁹ Чињеница је свакако да ови спорови носе са собом изванредан степен неодређености, чему значајно доприносе и широка дискрециона овлашћења суда у овим споровима. Различите судије с правом дају тежину различитим чињеницама случаја, што значи да резултати могу постати потпуно непредвидиви. Стога се у теорији истиче да је установљивање одређених руководећих принципа за ове поступке

(N.J. Super. Ct.App.Div.2001)“ уз образложење да је предлог мајке да се виђања детета са оцем побољшају употребом интернета „креативан и иновативан“, те да у модерном друштву постоји могућност да се поштује модел виђања детета са једним родитељем и истовремено испоштује право другог родитеља да се пресели, при чему светионик за доношење одлуке остаје и даље најбољи интерес детета. Нав. према Sarah Gottfried, „Virtual Visitation: The Wave of the Future in Communication Between Children and Non-Custodial Parents in Relocation Cases“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 3, 2002, 479.

²³⁶ J. Cashmore, P. Parkinson, „Children’s Wishes and Feelings in Relocation Disputes“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 28, Number 2, 2016, 152. Кешмор (*Cashmore*) и Паркинсон (*Parkinson*) су спровели истраживање у Аустралији које је обухватило 33 деце из 20 фамилија, међу којима је у 15 породица реализовано планирано пресељење. Предмет истраживања су била виђења и становишта деце о пресељењу са једним од родитеља. У првим интервјуима са децом који су обављени пре пресељења или релативно брзо након њега, већина деце је изразила забринутост због пресељења или прилично помешана осећања у вези са њим, с тим да је стварна разлика међу децом била та што су нека прихватила мајчин избор да се преселе, док су друга углавном видела негативне стране одласка из познате околине, у којој су им пријатељи и други родитељ. Само у једној породици би се могло рећи да су деца изразила недвосмислено позитивне ставове о селидби. Иако је неким било потребно дуже времена, сва деца су се у крајњем добро уклопила у новим школама и стекла нове пријатеље.

²³⁷ The Rt. Hon. Lord Justice Thorpe, „Relocation: The Search for Common Principles“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 1, 2010, 35.

²³⁸ N. Taylor, Megan Gollop, Mark Henaghan, „Relocation Following Parental Separation: The Welfare and Best Interests of Children Research Report“, Centre for Research on Children and Families and Faculty of Law, University of Otago, Dunedin, 2010, 18, нав. према M. Freeman, „Abduction and Relocation, Links and Messages“, *International Family Law, Policy and Practice*, Volume 1, Number 1, 2013, 100.

²³⁹ M. Freeman, (2013), 100.

нужно.²⁴⁰ Повећање стопе развода и мобилности становништва, те дебата да ли судови треба да дозволе или ограниче пресељења родитеља са децом, последњих година су ипак допринела да се релокационим споровима поклони већа пажња него раније како на националном, тако и на интернационалном нивоу.²⁴¹

Бошир (*Boshier*) наводи да су у погледу релокације детета приступи држава на светском нивоу изузетно различити. На једном полу имамо схватања да је за дете најважнији однос са родитељем који се о њему примарно стара и да су промене које су у интересу тог родитеља, уједно и промене које су у интересу детета (Енглеска и Велс).²⁴² На другом полу су државе које не установљавају претпоставку у корист тог родитеља и ове спорове решавају искључиво на основу најбољег интереса детета (Нови Зеланд, Аустралија).²⁴³ Такви приступи су у складу са схватањима појединих аутора да су у срцу ових спорова деца као индивидуе чија права и интереси захтевају заштиту.²⁴⁴ Ипак, чини се да ће најбољи интерес детета бити озбиљно погођен у сваком случају независно од тога каква одлука суда буде, ако се имају у виду резултати истраживања спроведеног на Новом Зеланду који показују да су породице које су учествовале у релокационим споровима тим поводом искусиле значајан стрес и финансијске последице.²⁴⁵

²⁴⁰ Mark Henaghan, „Creating a Discipline in Relocation Cases: Lord Justice Thorpe’s Contribution to Relocation Law“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 4, Number 2, 2013, 21 и 25.

²⁴¹ N. Taylor, „Relocation Following Parental Separation: International Research, Policy and Practice“, *International Family Law, Policy and Practice*, Volume 1, Number 1, 2013, 90.

²⁴² Резултати истраживања које је обухватило 96 судских одлука донетих током 2012. године на територији Енглеске и Велса су показали да је захтев за пресељење детета у иностранство усвојен у 71,9% случајева. У 93% случаја подносиоци захтева су биле мајке, у 5% случајева очеви, а у 2% случајева бабе и деде. Највише шанси да захтев буде усвојен даје потпуно одсуство контакта детета са другим родитељем, у којим ситуацијама су сви захтеви усвојени, док најмање шанси да буде усвојен захтев даје ситуација када се родитељи заједнички старају о детету. У потоњим је тачно половина захтева одбијена. Напослетку највише успеха са захтевом за пресељење су постигли они родитељи чије је пресељење било мотивисано новим запослењем тог родитеља или његовог партнера (93,8%). Вид. Rob George, „How Do Judges Decide International Relocation Cases“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 27, Number 4, 2015, 379-381, 383 и 387. Да је запослење најчешћи разлог за пресељење показују резултати и истраживања које је обухватило поступке вођене у периоду од 5 година од 01.06.2001. године до 01.06.2006. године. Ауторка тог истраживања предлаже да у оним случајевима где судска одлука узрокује значајне економске последице за једног од родитеља, њихов терет би требао бити подељен на оба родитеља. Више о томе у Theresa Glennon, „Still Partners: Examining the Consequences of Post-dissolution Parenting“, *Family Law Quarterly*, Volume 41, Number 1, 2007, 108, 122 и 125-126.

²⁴³ P. Boshier, 15.

²⁴⁴ Ursula Kilkelly, „Relocation: A Children’s Rights Perspective“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 1, 2010, 24.

²⁴⁵ Истраживање су спровели Тејлор, Голоп (*Gollop*) и Хенаган (*Henaghan*). Спроведено је у периоду од 2007-2009. године и обухватило је 100 породица. Доста родитеља је изразило снажно незадовољство због одуговлачења поступка и трошкова које су искусили. Многи родитељи су и сам судски поступак доживели као изузетно стресан. Највећи износ који су родитељи издвојили за судски релокациони поступак на Новом Зеланду је био чак 150.000 \$. О томе више у М. Henaghan, „Going, Going...Gone-To

Једна од земаља која у овим поступцима примат даје најбољем интересу детета је и Јужноафричка република, у којој је након доношења Закона о детету (2005) начињена велика промена у смислу да се о захтеву за пресељење не расправља искључиво са аспекта родитеља, већ са аспекта детета. Листа фактора које је потребно узети у обзир приликом процене најбољег интереса детета је детаљна, обухвата чак 14 тачака. За релокацију су најзначајнији свакако однос родитеља и детета, те однос родитеља према вршењу родитељског права. Међутим, законом је одређено да се пажња мора поклонити и ефекту који ће на дете имати било која промена околности, нарочито раздвајање од родитеља, брата или сестре или било које особе са којом је дете дотад живело. Поред тога наглашена је и потреба детета да задржи везе са својом породицом, културом и традицијом. Дакле, судови би у склопу процене најбољег интереса детета, нарочито када је оно школског узраста, требали узимати у обзир и факторе попут језика, културе и религије детета²⁴⁶.

Никола Тејлор (*Taylor*) и Мерилин Фриман су на основу емпиријских истраживања констатовали 12 карактеристика које одликују ове спорове, а то су: 1) већина родитеља има више од једног разлога за пресељење, али највише њих жели да се врати кући у познату средину у којој има подршку породице; 2) око 2/3 учесника студија су се, бар иницијално, преселили; 3) скоро половина спорова је окончана споразумом; главни разлог за постизање споразума је био тај што је један од родитеља одустао од спора; 4) трошкови спора су од стране учесника истраживања пријављени као велики извор финансијског стреса; 5) нека деца су искусила дуга путовања аутомобилом, аутобусом, авионом или бродом како би се видела са другим родитељем, а трошкови путовања су у неким случајевима утицали на проређивање виђања детета са другим родитељем; 6) наводи о постојању партнерског насиља су били присутни у великом броју случајева; насиље је за мајке било мотивишући, не и одлучујући фактор, за пресељење; 7) неки од родитеља сматрају да је неопходно увођење надзорног система на основу кога би се сазнало шта је било са дететом након останка, односно пресељења, јер се само на овај начин може проценити практични ефекат судских одлука; 8) медијација не одговара свакоме и неће довести до решења у свим случајевима, али је захваљујући обученим и искусним стручњацима практичарима

Relocate or Not to Relocate, That is the Question“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 31-32.

²⁴⁶ Latiefa Albertus, Julia Sloth-Nielsen, „Relocation Decisions: Do Culture, Language and Religion Matter in the Rainbow Nation?“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 92 и 97.

могуће постићи окружење у којима би се ови спорови лакше решавали; 9) велики број родитеља који нису живели са дететом су навели да је пресељење детета имало негативне последице на њихов однос. Истовремено негативне последице и незадовољство су пријавили и они родитељи који су желели да се преселе са дететом, а чији је захтев одбијен. С друге стране воља родитеља да подрже однос детета са другим родитељем имала је снажан утицај на ниво сарадње који је уследио након пресељења и позитиван утицај на дете; 10) схватање да рестриктивни релокациони спорови узрокују више родитељских отмица деце од стране родитеља који живи са дететом и жели да се пресели, а да исувише либерални релокациони спорови воде отмицама од стране родитеља који не живи са дететом је исувише поједностављено и већа пажња се треба посветити мотиву родитеља да се пресели са дететом; 11) већина деце је изјавила да је релативно срећна у новим срединама, да су се добро прилагодили и да су задовољни како су ствари на крају испале.²⁴⁷

4.2.2. *Спорови према Породичном закону Србије*

Када говоримо који правни пут у нашој земљи стоји на располагању родитељу који жели да промени пребивалиште детета, а за то нема сагласност другог родитеља,

²⁴⁷ N. Taylor, M. Freeman, „International Research Evidence on Relocation: Past, Present and Future“, *Family Law Quarterly*, Volume 44, Number 3, 2010, 330-334. Принципи којима се поступајући органи руководе у Енглеској и Велсу приликом доношења одлука у релокационим споровима установљени су у познатој одлуци „Payne v. Payne (2001) EWCA Civ 166; 2001 Fam. 473“, INCADAT HC/E/UKe 344. У конкретном случају захтев за пресељење детета старог 4 године из Велике Британије на Нови Зеланд је поднела мајка. Дете је рођено у браку мајке, држављанке Новог Зеланда и оца, држављанина Велике Британије. Суд је у коначном одобрио пресељење, а у другостепеној одлуци је наведено неколико руководећих принципа за ове поступке. То су: 1 Прво питање које треба утврдити је да ли је захтев аутентичан, искрен, односно није мотивисан само жељом да се други родитељ искључи из живота детета. Након овога мора се утврдити да ли је планирано премештање детета реално. Ако подносилац пријаве не може удовољити овим питањима, захтев треба одбити. 2. Ако подносилац захтева задовољава претходне тестове, мора се размотрити листа даљих питања: Шта је основа приговора другог родитеља? Какав би утицај пресељење имао на њега и његов будући однос са дететом? У којој мери би се негативни ефекти могли надокнадити новим односима које би дете развило у новој држави боравка? Какав би утицај на подносиоца захтева имало одбијање тог захтева? 3. Одговори на ова питања морају се онда размотрити у светлу дететовог најбољег интереса који је од највеће важности. Овакав приступ који тежину даје ономе што ће постати познато као аргумент туге изазвао је забринутост удружења очева, академика, истраживача, правника и запослених у правосуђу. Овим приступом омогућено је усвајање захтева у оним ситуацијама када се утврди да би његово одбијање негативно утицало на психичко здравље мајке, као примарног стараоца детета, па самим тим и на психичко здравље детета. О томе више у M. Freeman, N. Taylor, „The Reign of Payne“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 2, Number 2, 2011, 21. Независно од наведеног, једно је сигурно, а то је да се околности ових случајева изузетно разликују и да судија у сваком појединачном случају мора бити слободан да цени низ појединачних фактора и да на крају донесе одлуку која је по његовом уверењу у најбољем интересу детета. Становиште изражено у одлуци „Re K. (2011) EWCA Civ 793“, нав. према M. Freeman, N. Taylor, „The Reign of Payne II“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 4, Number 2, 2013, 43. Управо овакво становиште је изражено у одлуци „Re F (International Relocation: Welfare Analysis) (2015) EWCA Civ 882“, која на неки начин умањује значај принципа изражених у одлуци Payne v. Payne. Нав. према R. George, 377.

значајне су нам одредбе Породичног закона које уређују поступак у спору за заштиту права детета и поступак у спору за лишење родитељског права. Помињемо два поступка из разлога што у нашој теорији и пракси тренутно не постоји сагласност у погледу тога који од ова два поступка родитељ који жели да пресели дете треба да покрене. Теорија се залаже да је то покретање поступка за заштиту права детета, док је вишегодишња судска пракса да се у тим случајевима покреће поступак за делимично лишење родитељског права другог родитеља у погледу права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.

Оба ова поступка регулисана су у истом одељку важећег Породичног закона. Покрећу се тужбом коју могу поднети када се ради о поступку за заштиту права детета дете, родитељи детета, јавни тужилац и орган старатељства, а када се ради о поступку за лишење родитељског права дете, други родитељ, јавни тужилац и орган старатељства.²⁴⁸ У оба спора суд је дужан да се увек руководи најбољим интересом детета, да када процени да дете као странка није заступано на одговарајући начин постави детету привременог заступника, те да ако утврди да у спору учествује као странка “дете које је способно да формира своје мишљење да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета и да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу, осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.”²⁴⁹ Оба поступка су хитна и у оба је суд дужан пре доношења одлуке да “затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.”²⁵⁰

Дакле, карактеристике које одликују оба поступка су да је суд дужан да се руководи најбољим интересом детета, да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета, те да пре доношења одлуке обавезно прибави налаз и стручно мишљење од органа старатељства или друге специјализоване установе.

Аргументи које теорија износи у корист поступка за заштиту права детета су да нема довољно оправдања за тако озбиљно мешање државе у породични живот учесника

²⁴⁸ Чл. 262, чл. 263 ст. 1 и чл. 264 ст. 2 ПЗ.

²⁴⁹ Чл. 266 ПЗ

²⁵⁰ Чл. 269 ст. 1 и чл. 270 ПЗ.

у овом поступку, као што је делимично лишење родитељског права. „Судови морају у сваком тренутку водити рачуна да постигну оптималну равнотежу између остварења најбољег интереса детета и обезбеђења услова да родитељски капацитет обају родитеља буде у што је могуће већој мери очуван („*тест сразмерности*“). Свако ограничавање права на поштовање породичног живота мора бити схваћено само као привремена мера која треба да престане чим околности то допусте, а свака судска одлука мора бити у складу са највишим циљем, а то је вршење свих породичних права и обавеза у неограниченом обиму.“²⁵¹ Истичу да је суд дужан да све аргументе размотри са становишта највеће добробити детета и потом донесе одлуку о усвајању тужбеног захтева и дозволи промену пребивалишта детета, односно одбије тужбени захтев процењујући да је у најбољем интересу детета да ипак не промени пребивалиште.²⁵²

Управо због несагласности теорије и праксе, те озбиљних аргумената које теорија износи на рачун покретања поступка за заштиту права детета, а не поступка за делимично лишење родитељског права, анализирана је деветогодишња судска пракса другостепеног суда Војводине.

Истраживањем је обухваћена пракса Апелационог суда у Новом Саду у временском периоду од 01.01.2011. године до 01.09.2019. године. Анализирани су предмети који су по жалби разматрани пред наведеним судом, а о којима је у првом степену одлучивано пред неким од основних судова на територији надлежности виших судова у Зрењанину, Новом Саду, Сомбору, Сремској Митровици, Суботици и Шапцу.²⁵³ Истраживањем су обухваћени предмети у којима је као о једином или једном од захтева одлучивано о делимичном лишењу родитељског права и то лишењу

²⁵¹ М. Драшкић „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: Спорно становиште Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 380.

²⁵² *Ibid.* За још вид. Г. Ковачек Станић, „Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, 85 и В. Влашковић, (2018), 201-216. Такође чине се оправдани и ставови у теорији да би било адекватно да се предвиди „могућност обраћања органу старатељства, који би посредовао између родитеља у циљу изналажења оптималног решења, при чему орган старатељства не би могао сам да донесе одлуку о спорном питању, ако у том погледу нема сагласности родитеља. Дакле, активност стручних лица органа старатељства била би усмерена на омогућавање дијалога између родитеља и стварање услова за изналажење решења које би било прихватљиво за обе стране.“ Вид. Т. Китановић, „Заједничко вршење родитељског права после развода брака“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 1, 2011, 420.

²⁵³ Чл. 6 тач. 4 Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, *Службени гласник РС*, бр. 101/2013.

родитеља права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. Како су Породичним законом примера ради наведена која су то питања која се сматрају да имају битан утицај на живот детета, ради што потпуније анализе и свеобухватнијег увида у материју која је предмет рада, истраживање је обухватило оне предмете у којима је садржина тужбеног захтева гласила:

- 1) да се родитељ лиши права да одлучује о битним питањима за живот детета (дакле уопштено, без прецизнијег одређивања појединачних питања у погледу чијег одлучивања се захтева лишење)
- 2) да се родитељ лиши права да одлучује о више, тачно одређених битних питања за живот детета, међу којима су наведена и питања пребивалишта детета и/или давања сагласности за путовање детета у иностранство и/или давања сагласности за подношење захтева за издавање путних исправа,
- 3) да се родитељ лиши искључиво права да одлучује о промени пребивалишта детета или давања сагласности за путовање малолетног детета у иностранство.

У посматраним предметима ниједан захтев није био усмерен искључиво на лишење родитеља права да даје сагласност за подношење захтева за издавање путне исправе за малолетно дете. Такође, захтеви садржине која је претходно наведена су били истицани и као тужбени и као противтужбени.

Разлог што су истраживањем обухваћени и поступци у којима се одлучивало о захтевима да се родитељ лиши права да даје сагласност за подношење захтева за издавање путних исправа за малолетно дете или права да даје сагласност да малолетно дете путује у иностранство је што сматрамо да лишавање родитеља да одлучује о овим питањима потенцијално ствара могућност другом родитељу да, у одсуству потребе да прибави такву сагласност, својевољно одведе дете трајно у иностранство и на тај начин му незаконито промени пребивалиште. Потреба саглашавања оба родитеља представља својеврсни вид контроле против евентуалних недозвољених поступака сваког од родитеља, а који се усвајањем захтева наведене садржине у потпуности елиминише. Стога би судови требали бити обазриви приликом одлучивања о оваквим захтевима и са повећаном пажњом просуђивати оправданост њиховог усвајања.

У наведеном периоду од скоро 9 година укупан број вођених поступака за делимично лишење родитељског права са претходно наведеном садржином захтева је 47. Највише предмета је забележено 2017. године и то 10 предмета, потом 2018. године 8 предмета, 2013. године 7 предмета, 2019. године (до 01.09.) 6 предмета, 2014. и 2016. године по 5 предмета, 2015. године 4 предмета и 2011. и 2012. године свега по 1 предмет.



4.2.2.1. Истраживање судске праксе

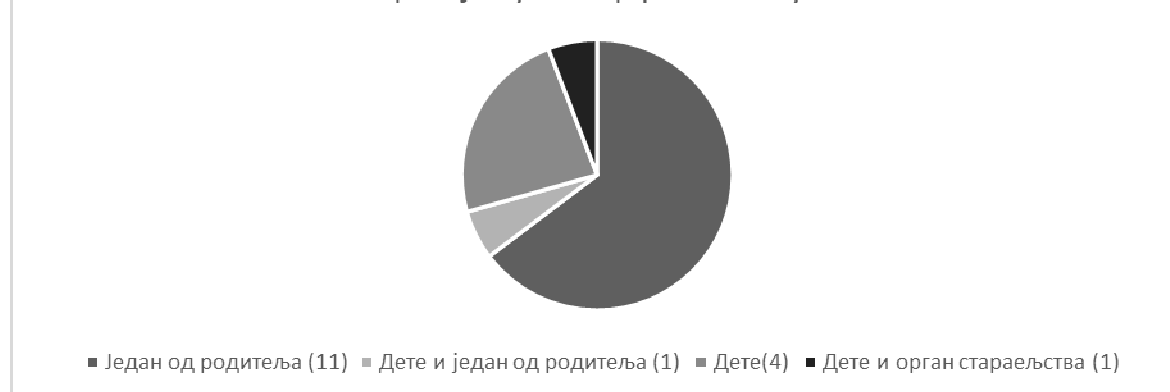
Резултати спроведеног истраживања показују да је у посматраном периоду од 01.01.2011. године до 01.09.2019. године од укупно 47 предмета у којима је тужбени захтев гласио на то да се родитељ лиши права да одлучује о поједином, неколико или свим питањима која битно утичу на живот детета, њих 31 било постављено ради законитог премештаја детета. Као поступци вођени за законит премештај детета узети су сви они који су покренути од стране једног од родитеља или детета (уз дете су у појединим случајевима као тужиоци иступали и један од родитеља или орган старатељства) против другог родитеља са тужбеним захтевом чија је садржина гласила да се други родитељ лиши права да одлучује о свим/неколико битних питања за дете или само о праву да одлучује о промени пребивалишта детета. Разлог зашто су обухваћени сви такви поступци, независно од тога да ли су тужиоци суду пружили податак да имају намеру да се преселе или не, је што лишавање другог родитеља права да одлучује о промени пребивалишта детета, отвара пут да до законитог премештаја

детета дође у неком тренутку у будућности, без обзира што пресељење у моменту вођења парнице није планирано. Нису узети у обзир поступци, њих укупно 7, који су иницирани од стране Центра за социјални рад против оба родитеља (у једном случају само против оца, јер мајка није жива) са захтевом да се они лише права на чување, васпитавање, образовање и заступање детета, те на управљање и располагање имовином детета и на одлучивање о битним питањима за живот детета, јер иако би се могло говорити и у тим случајевима о законитим премештајима детета, фокус овог рада је на премештајима деце од стране родитеља. У наставку следи детаљнији приказ добијених резултата истраживања у погледу поступака вођених ради законитог премештаја детета у друго место у границама наше земље.

Већ смо навели да је у посматраном периоду вођено укупно 31 поступак за законит премештај детета. Од тог укупног броја, 14 поступака је вођено ради пресељења детета у иностранство из ког разлога су они обрађени на одговарајућем месту у каснијем делу раду. О преосталих 17 поступака бавићемо се у наставку.

Најпре, ове поступке су као тужиоци иницирали: 1) један од родитеља; 2) дете; 3) родитељ и дете; 4) надлежни орган старатељства и дете. Најбројнији су били они иницирани од стране једног од родитеља, 12 поступака, од чега је у 1 случају уз родитеља као тужилац иступало и дете. Од ових 12 поступака, 2 поступка су покренули родитељи који не врше родитељско право ради измене раније одлуке о вршењу родитељског права. Оба су окончана одбијањем тужбених захтева и лишавањем тих родитеља права да одлучују о битним питањима за дете по противтужби другог родитеља. Девет поступака је било иницирано од стране родитеља који врши родитељско право. У преосталом још једном случају, у пресуди нема података о томе ко врши родитељско право над дететом, чији су родитељи претходном одлуком разведени. Будући да је парницу за делимично лишење родитељског права у погледу одлучивања о битним питањима за дете покренула мајка против оца, може се претпоставити да је њој у бракоразводном спору поверено дете на старање. У свих 10 поступака покренутих од стране родитеља који врше родитељско право у улози тужиоца су иступале мајке. Ни у једном случају родитељи нису вршили заједнички родитељско право. Напоследку, дете је покренуло парницу у 4 случаја, а дете и надлежни орган старатељства у свега једном случају. Ниједан поступак није покренут искључиво од стране Центра за социјални рад. Такође, ниједан поступак није покренуо јавни тужилац.

Лица која су иницирала поступке



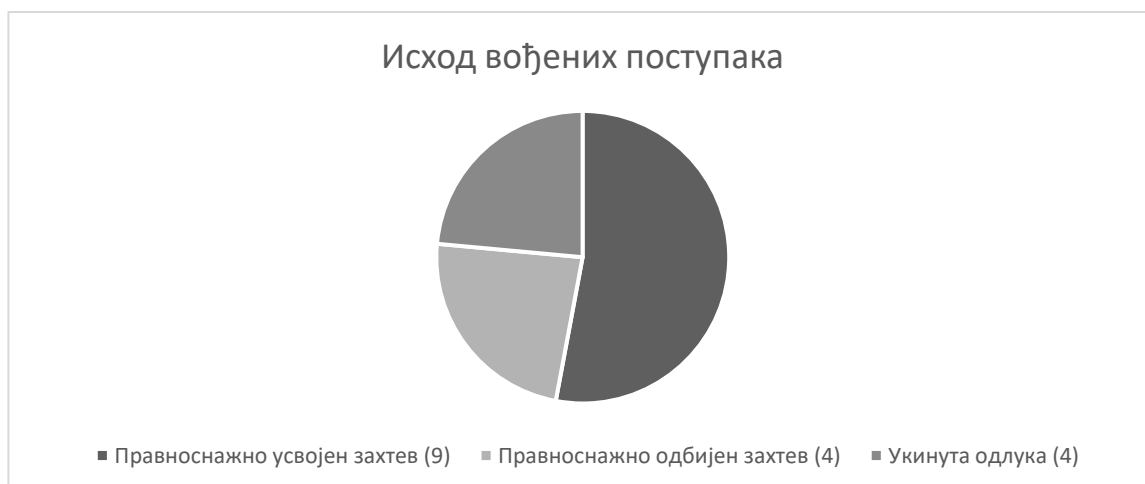
Мала заступљеност заједничког вршења родитељског права у посматраним предметима наводи на закључак да ти родитељи, након постизања споразума да ће се заједнички старати о свом малолетном детету, чешће успевају да постигну договор и о битним питањима везаним за њихово дете. Следом тога, могли бисмо рећи да самостално старање о детету од стране једног родитеља, у ситуацијама када су оба родитеља жива и позната, наговештава на одсуство сарадње међу њима, иако је према истраживању судске праксе првостепеног суда у Новом Саду основ за одлуку о облику старања над дететом у чак око 93% случајева 2007. године био управо споразум родитеља.²⁵⁴

Мотив за делимично лишавање родитеља права да одлучује о промени пребивалишта детета у наведених 17 поступака, судећи према подацима доступним у другостепеним одлукама, није било противљење тог родитеља жељи другог родитеља да се са дететом пресели. Ни у једном од тих поступака иницијатор делимичног лишавања родитељског права није изразио намеру да се у скорије време пресели са дететом. Захтеви такве садржине су углавном били резултат лоше комуникације родитеља и њихове немогућности да постигну договор у погледу битних питања везаних за дете или пак у појединим случајевима потпуног одсуства контакта другог родитеља са дететом у вишегодишњем временском периоду. Дакле, посматрана судска пракса на територији другостепеног суда у Војводини у временском интервалу од скоро 9 година нема ниједан пример покретања и вођења судског поступка ради лишавања родитеља права да одлучује о промени пребивалишта детета због његовог неоправданог противљења пресељењу детета у друго место у границама наше земље.

²⁵⁴ Г. Ковачек Станић, С. Самарцић, (2018), 879.

Садржина тужбених захтева би се могла поделити у две групе: тужбени захтеви којима је тражено да се родитељ лиши права да одлучује о свим питањима која су битна за живот детета и тужбени захтеви у којима је тражено да се родитељ лиши права да одлучује о неколико, побројаних битних питања за дете. У посматраном узорку било је више тужбених захтева из прве групе, њих укупно 15. Преостала 2 су била из друге групе. У ниједном од 17 вођених поступака, у којем суду нису пружени подаци о скоријем пресељењу детета, садржина тужбеног захтева није била усмерена искључиво на лишавање права другог родитеља да одлучује о промени пребивалишта детета. Садржина тужбеног захтева (да ли је он усмерен на лишавање родитеља права да одлучује о свим битним питањима за живот детета или само на лишавање права да одлучује о промени пребивалишта детета) може бити један од показатеља да ли је поступак покренут због пресељења детета или не. Ово стога што је, како ћемо у каснијем делу рада видети, у највећем броју поступака у којима су пружени подаци о планираном пресељењу детета, тужбени захтев био усмерен искључиво на лишавање родитеља права да одлучује о промени пребивалишта детета. Онда када пресељење није планирано у скорије време садржина тужбеног захтева за делимично лишење родитељског права родитеља, углавном је била управљена на лишење родитеља права да одлучују о свим битним питањима која се тичу детета. Обично су то поступци који су иницирани након вишегодишњих конфликтних партнерских односа у којима изостаје минимум родитељске комуникације и сарадње.

Исход ових поступака је да је тужбени захтев правноснажно усвојен у 9 случајева и правноснажно одбијен у 4 случаја. Другостепени суд је укинуо првостепену пресуду и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење у 4 случаја.



Услов за делимично лишење родитељског права је по важећем породичном праву несавесно вршење права или дужности из садржине родитељског права. Из образложења анализираних другостепених одлука произлази да је несавесно вршење родитељског права, такво понашање родитеља којим се показује немар за добробит детета. У сржи таквог понашања је незаинтересованост за потребе детета и негативан утицај на развој детета.²⁵⁵ Какво понашање ће суд ценити као несавесно вршење родитељског права, зависи од случаја до случаја. Као такво није окарактерисано испољавање насиља у породици према другом родитељу, нити неиспуњавање обавезе издржавања у једном периоду.²⁵⁶ Савесним вршењем родитељског права третирано је и противљење оца да му се ћерка школује и лечи у иностранству, јер се ангажовао да се детету обезбеди индивидуализован програм образовања и настојао да са мајком разговара о лечењу и образовању детета. Суд је сматрао да је на тај начин отац исказао јасан став да жели да учествује у доношењу битних одлука за живот детета и да нема оправданих разлога да буде лишен родитељског права у том погледу.²⁵⁷ С друге стране, потпуно одсуство оца из живота детета сматрано је довољним да се он лиши права да одлучује о битним питањима за дете, уз образложење да у наведеној ситуацији отац не може ни бити компетентан да одлучује о потребама и најбољем интересу детета.²⁵⁸

Иако је обухваћен дужи временски период, број предмета са захтевом усмереним на делимично лишење родитељског права у погледу одлучивања о питањима која битно утичу на живот детета, није значајан ако се има у виду територија надлежности Апелационог суда у Новом Саду (обухвата територију надлежности 6 виших судова). При томе ниједан од тако вођених поступака у посматраном деветогодишњем периоду није узрокован жељом родитеља који живи са дететом да се пресели са њим у друго место у границама наше земље. Наравно, најбоље би било претпоставити да је узрок томе да родитељи и по прекиду заједнице живота, успеју да одрже добру родитељску комуникацију и сарадњу зарад заједничког детета, па се о свим битним питањима везаним за дете, где спада и питање пребивалишта детета, успевају договорити без ангажовања надлежних органа. Ипак, чини се да је реалније да родитељ који живи сам са дететом успева да, супротно домаћем породичном праву, изврши промену пребивалишта детета основном решења која су садржана у другим

²⁵⁵ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 106/19 од 07.03.2019. године.“

²⁵⁶ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.17/15 од 04.02.2015. године.“

²⁵⁷ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 106/19 од 07.03.2019. године.“

²⁵⁸ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 259/13 од 09.05.2013. године.“

законима, пре свега у Закону о пребивалишту и боравишту грађана, који овом родитељу дају већа овлашћења. На тај начин, по Породичном закону незаконити премештаји детета, резултирају правном и фактичком променом пребивалишта детета, а све због неусклађености других закона са тим законом.²⁵⁹

4.2.2.1.1. Процесни положај детета

У претходном делу рада већ је детаљно обрађен процесни положај детета у споровима за лишење родитељског права, који се у нашој земљи воде када родитељи не могу да постигну сагласност око промене пребивалишта детета. У овом поглављу биће приказан положај детета у 17 посматраних случајева вођених ради лишавања другог родитеља права да одлучује о битним питањима за дете, који су третирани као поступци ради законитог пресељења детета у границама наше земље.

Од посматраних 17 поступака, деца су у улози тужиоца иступала у 6 случајева. У једном поступку је поред детета иступао још и орган старатељства, а у још једном родитељ којем је дете поверено на самостално старање, који му је у поступку био и законски заступник. Колизиски старатељ или привремени заступник ни у једном од посматраних поступака, деци није постављен.

У погледу мишљења детета у анализираним одлукама нема података да је првостепени суд ни у једном поступку непосредно саслушао дете и прибавио његово мишљење. У сваком од поступака суд је пре доношења одлуке прибавио налаз и стручно мишљење надлежног органа старатељства. То је уједно у једном броју поступака био начин утврђивања воље детета. У поступцима у којима је било одређено и вештачење, мишљење детета су кроз разговор утврђивали вештаци.²⁶⁰ За мишљење детета и његов утицај на доношење одлуке, сликовит је пример садржан у „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 606/15 од 11.01.2016. године“. У поступку је расправљано о тужбеном захтеву мајке за измену раније одлуке о вршењу родитељског

²⁵⁹ И истраживање праксе Основног суда у Нишу показује да је у периоду од 2005-2010. године правноснажно окончано свега 12 поступака за потпуно или делимично лишење родитељског права. Опширније у Анђелија Адамовић, „Поступак за лишење родитељског права у пракси Основног суда у Нишу“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 1, 2011, 534.

²⁶⁰ У укидном „решењу Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 69/18 од 21.02.2018. године“ другостепени суд је дао упут првостепеном суду да је у поновном поступку, код утврђења да тужиља има 12 година и да је способна да формира своје мишљење, дужан да упуту вештаке да узму у обзир мишљење и вољу тужиље приликом давања свог коначног налаза и мишљења о најбољем интересу тужиље. У предметном поступку тужиља је истакла примарни тужбени захтев да се њен отац потпуно лиши родитељског права и евентуални тужбени захтев да се делимично лиши родитељског права, између осталог у погледу питања која битно утичу на њен живот.

права на начин да јој се дете убудуће повери на самостално старање и противтужбеном захтеву оца да се измени ранији модел виђања мајке са дететом и да се мајка делимично лиши родитељског права, између осталог права да одлучује о битним питањима за дете. Првостепеном одлуком је одбијен тужбени захтев, а усвојен противтужбени захтев за измену модела одржавања личних односа и за лишавање мајке права да одлучује о битним питањима. Другостепени суд је ову одлуку потврдио, образлажући да воља детета да живи са мајком, која је изражена у поступку, нема пресудни утицај на одлуку, када је утврђено да поштовање воље детета не би било у његовом најбољем интересу, јер мајка својим начином опхођења и моделом васпитања негативно утиче на дете.

4.2.2.1.2. Начело најбољег интереса детета

У свакој активности која се тиче детета, сви, укључујући и суд су дужни да се руководе најбољим интересом детета. У посматраној судској пракси, најбољи интерес детета је био критеријум којим се суд руководио приликом доношења одлуке у 13 случајева, што је експлицитно и констатовано у донетим одлукама. У преостале 4 одлуке суд се у образложењу отворено не позива на ово начело, што свакако не мора да значи да оно није било принцип којим се руководио приликом доношења одлуке.

Да је у најбољем интересу детета да њен отац буде лишен права да одлучује о питањима која су од битног утицаја на живот детета, Апелациони суд у Новом Саду је у пресуди Гж2. 155/12 од 07.03.2012. године образложио тиме што отац нема апсолутно никакав контакт са дететом у последњих 12-13 година, што значи да ни на који начин не удовољава дужности да се стара о детету. Из чињенице да не обавља своје дужности из садржине родитељског права, произлази чињеница да је у погледу својих родитељских дужности несавестан, што суду даје пуно право да га у најбољем интересу малолетног детета делимично лиши родитељског права. У још једном случају суд је закључио да потпуно одсуство оца из живота детета, које је у време доношења првостепене одлуке имало 8 година, чини оца некомпетентним да одлучује о потребама и најбољем интересу детета, због чега је лишен права да одлучује о битним питањима за живот детета. На другачију одлуку суда није имала утицаја ни чињеница да је отац почео да показује мотивацију за извршавање родитељских дужности из разлога што годинама уназад, од рођења детета није учествовао у старању о њему.²⁶¹ Напослетку у „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 606/15 од 11.01.2016. године“ је

²⁶¹ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 259/13 од 09.05.2013. године.“

образложено да је понашање мајке и њена интенција да на сваки могући начин опструира судске одлуке које јесу донете у најбољем интересу њеног детета, њено понашање и став о родитељству који иде мимо интереса детета, а у погледу одређених сегмената развоја је у директној колизији са интересима детета, довело до тога да она буде лишена права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.

Најбољи интерес је био руководећи принцип и при доношењу пресуда којима је одбијан тужбени захтев за лишавање родитеља права да одлучује о питањима која су битна за живот детета. Тако је у образложењу „пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 106/19 од 07.03.2019. године“ наведено да се не сматра несавесним вршењем родитељског права што се тужени отац није сагласио са уписом детета у другу школу и са операцијом детета у иностранству. Таква врста родитељског неслагања не може се решити кроз институт делимичног лишења родитељског права, ако нема понашања којим се показује немар и угрожава добробит детета. У предметном случају, отац је изразио јасан став да жели да учествује у доношењу битних одлука за живот детета (ангажовао се да се детету обезбеди индивидуализован програм образовања, сагласан је са актуелним школовањем детета у интернату и покушао је да се укључи у разговор са мајком о лечењу и образовању детета). Код изнетог, суд закључује да начин на који је тужени испољавао интересовање за дете и учествовао у доношењу одлука не чини оправданим интервенцију у правцу његовог делимичног лишавања родитељског права.

Како произлази, пракса посматраног другостепеног суда показује да начело најбољег интереса има улогу руководећег и примарног критеријума приликом одлучивања о лишавању другог родитеља права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. У већем броју анализираних одлука овај принцип је посебно образлаган и поткрепљен јасним и конкретним разлозима. Оваква пракса суда је позитивна и свакако за похвалу.

4.2.3. Незаконита промена пребивалишта детета у нашој земљи

Промена пребивалишта детета у границама наше земље је незаконита у ситуацијама када су оба родитеља жива, а премештај детета изврши један од њих без сагласности другог родитеља. Сагласност је нужан услов за сваку промену пребивалишта детета, без обзира да ли се родитељи о њему старају заједнички или један од њих самостално. Дакле у одсуству сагласности оба родитеља (када су они

живи, а ниједан није лишен права да одлучује о битним питањима за живот детета) сваки премештај детета је незаконит.

Сprovedено истраживање показује да је у периоду од 2011. године до 01.09.2019. године на територији надлежности Апелационог суда у Новом Саду било укупно 3 незаконита премештаја детета у границама наше земље. Деца су од стране једног од родитеља премештена без сагласности другог родитеља. Родитељи који су преместили дете у овим случајевима нису успели да изврше пријаву промене пребивалишта детета код надлежних органа због одбијања другог родитеља да се сагласи са том променом, (што је у складу са одредбама Породичног закона). Наведено је узроковало да нису могли да упишу децу у вртић/школу у новом месту живљења, да поднесу пријаву за остваривање социјалних права и сл, због чега су у крајњем покренули парнични поступак ради лишавања другог родитеља права да одлучује о питању промене пребивалишта детета.

У сва три случаја деца су премештена незаконито од стране родитеља којем су била поверена на самостално старање. Ни у једном случају родитељи нису заједно вршили родитељско право. Родитељ који је преместио дете у свим случајевима је била мајка, које су на крају у својству тужилаца покренуле судске поступке ради лишавања очева права да одлучују о питању промене пребивалишта деце. Све поступке је дакле покренуо један од родитеља.

Разлог за пресељење у сваком од случајева је био различит. У једном је то било заснивање нове ванбрачне заједнице,²⁶² у другом враћање у средину где живи примарна породица мајке,²⁶³ а у трећем је пресељење у другу средину било мотивисано заштитом од насиља које је мајка деце трпела од стране њиховог оца.²⁶⁴ Према подацима доступним у пресудама произлази да су мајке пре покретања судског поступка, а након пресељења детета, више пута покушавале да прибаве сагласност од оца за пријаву промене пребивалишта детета. Очеви су такву сагласност ускраћивали, не пружајући објективне разлоге зашто. Да ли су мајке покушавале да прибаве сагласност пре самог премештаја детета, према доступним подацима остаје непознато.

У сва три случаја тужбени захтев да се други родитељ делимично лиши родитељског права је правноснажно усвојен. У два поступка је захтев усвојен већ од

²⁶² „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.183/18 од 19.04.2018. године.“

²⁶³ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.625/18 од 24.12.2018. године.“

²⁶⁴ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.543/17 од 25.10.2017. године.“

стране првостепеног суда и таква одлука је потврђена у другостепеном поступку, док је у једном спору захтев одбијен у првом степену, а у поступку по жалби је првостепена пресуда укинута и тужбени захтев усвојен од стране другостепеног суда. У 2 поступка је други родитељ лишен права да одлучује о питању промене пребивалишта детета, а у 1 поступку права да одлучује о више побројаних битних питања, конкретно права да одлучује о промени пребивалишта детета, издавању путне исправе детета и путовању детета у иностранство.

4.2.3.1. Процесни положај детета

Ни у једном од посматраних случајева дете није иступало у својству тужиоца. У тој улози се појављује искључиво родитељ коме је оно поверено на самостално старање и који је дете незаконито преместио у границама наше земље.

Поступци су вођени ради промене пребивалишта деце која су у време доношења првостепених одлука имала 4 године, 7 година и 10 година. Према подацима доступним у пресудама суд ни у једном од поступака није непосредно саслушао дете и прибавио његово мишљење. Такође у другостепеним одлукама нема података ни да је мишљење детета утврђивано од стране центра за социјални рад, чије је стручно мишљење прибављено у сва 3 поступка (мишљења су била да је у свим поступцима у интересу детета да други родитељ буде делимично лишен родитељског права).

4.2.3.2. Начело најбољег интереса детета

Као што су показали резултати истраживања законитих премештаја деце начело најбољег интереса је нешто што руководи суд у доношењу одлука у којима се одлучује о основаности тужбених захтева за лишавање једног од родитеља права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, па и питању промене пребивалишта детета. Исти резултати добијени су и анализом пресуда које су донете у споровима за делимично лишење родитељског права другог родитеља, након незаконитих премештаја детета у границама наше земље.

Доношење одлука којима су усвајали тужбене захтеве за делимично лишење родитељског права, судови су образлагали тиме да недавањем такве сагласности родитељ несавесно врши родитељско право и поступа противно најбољем интересу детету. У образложењу „пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 625/18 од 24.12.2018. године“ је наведено да је у интересу малолетног детета да му се омогући регулисање правног статуса, а да тужени отац, иако не учествује у родитељству, својим

законским правом да као родитељ треба да одлучује о питањима која су од животног значаја за дете ставља у зависнички положај мајку и дете у односу на њега и поступа супротно интересима детета, због чега је индиковано да се делимично лиши родитељског права. У образложењу „пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж2.543/17 од 25.10.2017. године“ је такође наведено да је у најбољем интересу малолетног детета да се његовој мајци-тужиљи омогући прибављање све потребне документације за пријаву промене пребивалишта, а да је тужени отац својом дугогодишњом несарадњом са тужиљом и свим службама и државним институцијама занемарио потребе детета и поступао тако да не штити његове најбоље интересе.

Дакле, у посматраној скоро 9-огодишњој пракси Апелационог суда у Новом Саду судски поступци ради делимичног лишења родитељског права другог родитеља у погледу права да одлучује о промени пребивалишта детета нису бројни. Као иницијатори ових поступака, њих 17 ради законитог пресељења детета и њих 3 која су уследила након незаконитог премештаја детета у границама наше земље, превладавају мајке и то као родитељи којима су деца поверена на самостално старање. Заједничко старање није забележено ни у једном од ових поступака. У погледу положаја детета у овим поступцима, иако је у мањем броју поступака за законито пресељење дете иступало у улози тужиоца, колизиски старатељ или привремени заступник му ни у једном случају није постављен. Најбољи интерес детета је оно што је руководило суд приликом доношења одлука и он је у највећем броју одлука конкретизован и образложен, што је за похвалу. У погледу мишљења детета суд се ни у једном поступку није определио да дете непосредно саслуша. У одлукама где постоје подаци о мишљењу детета, оно је утврђивано од стране радника центра за социјални рад или вештака. Напоследку, претежу усвајајуће одлуке.

Такође, везано за различите правне путеве које теорија и судска пракса предлажу у ситуацијама када родитељ који не врши родитељско право одбија да да сагласност за промену пребивалишта детета, из анализираних регулативе произлази да оба поступка имају упориште у одредбама Породичног закона и као таква су аргументована и прихватљива. Процесни положај детета је истоветан у спору за лишење родитељског права и у спору за заштиту права детета. Његов положај у овим поступцима је регулисан истим одредбама Породичног закона. Поред тога, у оба поступка суд је дужан да донесе одлуку руководећи се најбољим интересом детета. Ипак, чини се да је неопходно да став који је превладао у судској пракси задржи рестриктиван приступ

који би подразумевао делимично лишење родитељског права у случајевима када се за поступке родитеља који одбија да се сагласи са променом пребивалишта детета не могу наћи оправдани разлози и када се такве радње не могу тумачити другачије него као несавесно вршење права из корпуса родитељског права. Свакако да има различиту тежину противљење родитеља пресељењу детета у место у истој држави на малој километарској удаљености, где се лични односи уз незнатне напоре могу редовно одржавати и противљење родитеља пресељењу детета у другу државу, што повлачи виђања неколико пута годишње. Стога је у оваквим судским поступцима неопходно, руководећи се најбољим интересом детета, проценити у сваком конкретном случају да ли се понашање једног родитеља може окарактерисати као несавесно вршење родитељског права или представља само жељу једног родитеља да буде близу свог детета и учествује у његовом одрастању.

5. НЕЗАКОНИТО ОДВОЂЕЊЕ ДЕТЕТА У ИНОСТРАНСТВО: ХАШКА КОНВЕНЦИЈА

Породичноправна питања давно су престала да носе само локална и национална обележја.²⁶⁵ До незаконитог одвођења детета, како смо у раду већ видели, долази у ситуацијама нарушених партнерских односа родитеља. Нарушени партнерски односи у којима изостаје сарадња и могућност договора партнера око подизања заједничког детета и одлучивања о битним питањима за дете могу да егзистирају како у току трајања брака-ванбрачне заједнице родитеља, тако и по њиховом окончању. У ери глобализације и олакшаног кретања људи, закључење бракова између држављана различитих држава постало је уобичајено и свакодневно. Пракса показује да су најучесталија незаконита одвођења у иностранство оне деце која су рођена управо у овим заједницама. У том смислу, родитељ, статистички подаци показују да је то чешће мајка, дете одводи у земљу свог порекла, из разлога што тамо има подршку своје примарне породице и пријатеља, те већу финансијску независност и сигурност због бољих шанси за запошљавање. Посебне случајеве незаконитог одвођења деце у иностранство представљају ситуације када очеви незаконито одводе децу у муслиманске земље Блиског истока, које нису потписнице Хашке конвенције. „Различитост култура, религија, друштвених норми и схватања, која у емотивним везама пре рођења детета не представља препреку, често након рођења постаје

²⁶⁵ Марија Крвавац, Јелена Беловић, „Међународна отмица деце“, *Правни живот*, 10/2017, 167.

непремостив проблем.“²⁶⁶ Очеви одводе децу у земље Блиског истока, желећи да се она васпитавају „у својој култури и религији, сматрајући да је то у најбољем интересу њихове деце за разлику од васпитавања у европском духу.“²⁶⁷

„Заштита породице и њених чланова у најширем могућем смислу представља императив који не познаје изговоре. Са једне стране ту заштиту је потребно пружити на националном, а са друге стране на међународном нивоу. Међутим, област породичних односа карактерише специфичност која се огледа у уској повезаности са традицијом, културом и историјом једног народа, што умногоме отежава легислативан рад на ширем нивоу од националног. Па ипак постало је јасно да одређеној категорији најосетљивијих лица мора бити пружена заштита чему су поједине организације светског и регионалног типа посветиле добар део својих активности.“²⁶⁸

Предмет анализе биће Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце-Хашка конвенција, њене карактеристике и њена примена у нашој земљи и другим земљама потписницама. Највише пажње биће посвећено примени одредаба којима су предвиђени разлози због којих поступајући органи могу одбити захтев за повратак незаконито одведеног детета, а које су се у пракси показале као врло погодно тло за различита тумачења. У ту сврху је анализирана судска пракса, тачније по 50 одлука различитих држава у којима је испитивано постојање сваког од ових изузетака. Судска пракса је разнолика, али се ипак могу извући закључци које су то главне карактеристике и услови које поступајући органи захтевају да буду испуњени за постојање ових изузетака. Управо је њима посвећен најзначајнији део рада. Такође, анализирана је и судска пракса основних судова у Београду, Новом Саду, Крагујевцу и Нишу у погледу примене Хашке конвенције. На одговарајућем месту пажња ће бити посвећена и Конвенцији о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу

²⁶⁶ Г. Ковачек Станић, (2012), 92.

²⁶⁷ *Ibid.* Колики проблем чињеница да ове земље нису потписнице Хашке конвенције може да узрокује видели смо у случају који је обрађен претходно у раду („пресуда Врховног касационог суда Рев.2406/2019 од 10.07.2019. године“). Иако у том предмету разлог одвођења детета у једну од земаља на Блиском истоку није била жеља родитеља да дете одраста у тамошњој култури, већ радни ангажман мајке, отац није могао да се користи механизмом Хашке конвенције, иако је мајка дете одвела у иностранство без његове сагласности. Правни пут који му је стајао на располагању и који је искористио је било иницирање поступка за потпуно лишење родитељског права мајке, али у којем поступку није постигао успех. Суд је сматрао да је најбољи интерес детета заштићен (мајка се о њему адекватно стара, похађа интернационалну школу и постиже добар успех у њој), да нема разлога за лишење родитељског права мајке, а да отац може са дететом да одржава личне односе јер за то постоје објективне могућности.

²⁶⁸ С. Самарцић, „Регулатива породичног права на међународном и европском нивоу, са посебним освртом на право детета на здравље“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, 836.

одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (у даљем тексту Конвенција о родитељској одговорности).²⁶⁹

5.1. Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце - Хашка конвенција

Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (Хашка конвенција) је мултилатерални међународни уговор. У међународном смислу је ступила на снагу дана 01.12.1983. године и тренутно има 101 страну уговорницу.²⁷⁰ У преамбули је наведено да је циљ ове Конвенције да се обезбеди „заштита интереса деце, а посебно да се деца заштите на међународном плану од штетних дејстава њиховог незаконитог одвођења или задржавања и да се успостави ефикасан механизам који ће обезбедити хитан повратак деце у државу њиховог редовног боравишта, као и да се осигура право родитеља коме дете није поверено да посећује дете.“ Преамбула грешком код нас није унета у Закон о ратификацији Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце.²⁷¹

Циљеви Хашке конвенције су да кроз сарадњу држава уговорница „обезбеди што хитнији повратак деце незаконито одведене или задржане“ у некој од тих држава и да „обезбеди да се права на старање и виђење са дететом по закону једне од држава уговорница стварно поштују у другој држави уговорници.“²⁷² Иако би оба наведена циља теоретски требало бити смештена на исти ниво, у пракси је превладао циљ да се успостави *status quo* који је нарушен радњама отмичара.²⁷³ Наведено потврђују и последње доступни подаци из студије спроведене за 2015. годину да је у 76 држава уговорница поднето 2270 захтева за повратак детета и свега 382 захтева за виђење детета.²⁷⁴

²⁶⁹ Закон о потврђивању Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце-КРО, „Службени гласник РС-Међународни уговори“, бр. 20 од 09.11.2015.

²⁷⁰ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, 23. јун 2020.

²⁷¹ Г. Ковачек Станић, (2012), 76-77.

²⁷² Вид. чл. 1 ХК.

²⁷³ Elisa Perez-Vera, Explanatory Report 1981, 430.

²⁷⁴ Nigel Lowe, Victoria Stephens, Part I-A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Global report-provisional edition, pending the completion of the French version, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention*, October 2017, International Centre for missing and exploited children, Hague Conference on Private International Law, Hague, 3.

По Хашкој конвенцији „одвођење или задржавање детета ће се сматрати незаконитим ако представља повреду права на старање које је добило лице, институција или било које друго тело, колективно или појединачно,²⁷⁵ по закону државе у којој је дете било стално настањено пре одвођења или задржавања“, те „ако су се у време одвођења или задржавања та права остваривала, колективно или појединачно, или би се остваривала да није дошло до одвођења или задржавања.“²⁷⁶ Право на старање може се стећи „пре свега спровођењем закона, или на основу судске или управне одлуке, или на основу споразума који има правно дејство по закону односне државе.“²⁷⁷ Право на старање у смислу Конвенције укључује „права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета.“²⁷⁸ Конвенција ће се примењивати на дете старости до 16 година „које је живело у држави уговорници непосредно пре било какве повреде права на старање или на виђење.“²⁷⁹

Оно што је карактеристично за ову Конвенцију је да „њен циљ није да унифицира правила у случају сукоба закона, нити да успостави правила у погледу сукоба надлежности.“²⁸⁰ Она „не регулише питање коме ће дете бити поверено на чување и васпитавање, не одређује право меродавно за поверавање детета, не садржи норме о међународној надлежности, нити услове за признавање страних одлука о поверавању деце. Ипак, њен ефекат је такав да се органима државе редовног боравишта суштински признаје међународна надлежност да мериторно одлучују о томе коме ће дете бити поверено, по закону који је меродаван на основу колизионих норми те

²⁷⁵ Проф. др Ковачек Станић указује на пропусте који су начињени приликом превођења оригиналног текста Конвенције на српски језик. Тако је термин *joint custody* преведен као колективно старање, а ради се о заједничком старању, док је термин *alone custody* преведен као појединачно старање, мада се ради о самосталном старању. Вид. Г. Ковачек Станић (2012), 77.

²⁷⁶ Чл. 3 ст. 1 ХК.

²⁷⁷ Чл. 3 ст. 2 ХК.

²⁷⁸ Чл. 5 тач. а ХК.

²⁷⁹ Чл. 4 ХК. О односу одредби члана 4 и члана 60 и 61 домаћег Породичног закона, којима је регулисан релевантни узраст детета, видети у Мирко Живковић, „Поглед на Породични закон (2005) из угла међународног приватног права“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 7, 2017, 23.

²⁸⁰ З. Поњавић, Д. Палачковић, „Прекогранично одвођење деце и породично насиље“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 51.

државе, а одлукама о поверавању донетим у земљи редовног боравишта признаје се дејство без посебног преиспитивања.“²⁸¹

У погледу односа Хашке конвенције са другим конвенцијама чији је предмет заштита малолетника или права на старање, Хашка конвенција је аутономна. Ова независност ипак не значи да су њеним одредбама регулисана сва питања која могу да проистекну из међународне отмице деце, нити да се инсистира на њеној ексклузивној примени. Она мора да коегзистира са правима држава уговорница и у сврху остваривања циљева, којима и сама тежи, допушта странци да се поред њених одредаба позове на било које друго правно правило које омогућава повратак незаконито одведеног или задржаног детета (члан 34 ХК).²⁸²

У поступку спровођења ове Конвенције свака од „држава уговорница ће одредити Централни извршни орган који ће међусобно сарађивати и унапређивати сарадњу међу надлежним органима у земљама уговорницама како би се обезбедило што хитније враћање детета и постигли остали циљеви ове Конвенције.“²⁸³ Одлуку о захтеву за повратак детета ипак не доносе ови органи, већ по правном систему држава уговорница за то надлежни судски или управни органи, који су дужни да хитно спроведу поступак за враћање детета. Оно што је значајно је да се одлука донета на основу Хашке конвенције „неће сматрати мериторном о било ком питању у вези са правом на старање.“²⁸⁴ Такође, „након добијања обавештења о незаконитом одвођењу или задржавању детета, судски или управни орган државе уговорнице у коју је дете одведено или у којој је задржано неће доносити мериторну одлуку о праву на старање све док се не утврди да се дете неће вратити на основу ове конвенције или ако није поднесена молба на основу ове конвенције, у разумном периоду после приспећа обавештења.“²⁸⁵ Молбу за повратак овлашћено лице може да упути надлежном централном извршном органу или непосредно судским или управним органима државе уговорнице у коју је дете незаконито одведено или задржано.²⁸⁶ За доношење одлуке је

²⁸¹ Маја Станивуковић, „О потреби да се наш Закон о браку и породичним односима усклади са Хашком конвенцијом о одвођењу деце“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине (Часопис за правну теорију и праксу)* 3-4 март-април 2004, 96-97.

²⁸² Е. Perez-Vera., 436.

²⁸³ Вид. чл. 6 и 7 ХК.

²⁸⁴ Чл. 19 ХК.

²⁸⁵ Чл. 16 ХК.

²⁸⁶ Чл. 30 ХК.

прописан рок од 6 недеља од дана покретања поступка,²⁸⁷ а услови за доношење одлуке којом се налаже повратак детета су да је редовно боравиште детета у држави различитој од оне у коју је одведено, да одвођење детета представља повреду права на старање у држави из које је одведено, да је подносилац захтева фактички извршавао право на старање над дететом у тренутку одвођења и да је дете старости испод 16 година. Подносилац захтева може бити свако лице, институција или орган који тврди да је дете одведено или задржано кршећи право на старање, а захтев се подноси против отмицара.²⁸⁸ Напоследку, „приликом одлучивања о томе да ли је одвођење, односно задржавање било незаконито, поступајући органи могу непосредно узети у обзир право државе редовног боравишта детета без посебног поступка доказивања страног права, као и судске или административне одлуке донете у тој држави, без обзира да ли су формално признате у држави суда.“²⁸⁹

Оно што је нејасно из одредби Конвенције је да ли је довољно да је дететово редовно боравиште непосредно пре одвођења било у земљи уговорници или је потребно да је дете незаконито одведено баш из места свог редовног боравишта. По становишту Роне Шуз (*Schuz*) довољно је да је дете незаконито одведено у земљу која није земља његовог редовног боравишта, независно од тога одакле, при чему се незаконитост цени према праву земље дететовог редовног боравишта. У погледу тога у коју ће се државу наложити дететов повратак, иста ауторка истиче да није нужно да то буде држава дететовог редовног боравишта, ослањајући се на одредбу члана 12 Конвенције која предвиђа само повратак детета, не специфицирајући у коју државу. Своје становиште подупире тиме да би било апсурдно налагати повратак детета у земљу његовог редовног боравишта у ситуацији када је на пример подносилац захтева у

²⁸⁷ Чл. 11 ХК. Студија за 2015. годину показује да се прописани рок за окончање поступка враћања детета ретко када испоштује. Просечно трајање поступка те године је било 164 дана (108 дана за добровољно враћање детета, 158 дана за судско враћање детета и најдуже 245 дана за судску одлуку којом се одбија захтев за повратак детета). Трајање поступка значајно варира посматрано од земље до земље. Тако на пример, узимајући у обзир број поднетих захтева и време у којима су решени, најкраће трајање поступака је било у Данској (82 дана, 14 захтева), Енглеској и Велсу (90 дана, 228 захтева), Норвешкој (89 дана, 15 захтева), Шкотској (87 дана, 20 захтева) и Јужној Африци (77 дана, 10 захтева). С друге стране, захтеви поднети Бразилу (297 дана 23 захтева), Перуу (321 дана 10 захтева) и Украјини (300 дана, 15 захтева) су се много дуже решавали. Вид. N. Lowe, V. Stephens, (2017) , 20-21.

²⁸⁸ Биљана Николић, „Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце“, *Билтен судске праксе*, Апелациони суд у Крагујевцу 1/2011, 82.

²⁸⁹ М. Станивуковић, (2004), 99.

току трајања поступка променио место боравишта.²⁹⁰ Исто схватање изражава и Перез-Вера (*Perez-Vera*) у извештају.²⁹¹

Дакле, Хашка конвенција враћањем детета у земљу његовог редовног боравишта настоји омогућити да све мериторне одлуке, попут оне о вршењу родитељског права, донесу надлежни органи те државе. Због тога би се могло рећи да је тежња ове Конвенције да отклони правне или судске везе успостављене радњама појединца, а које су мање или више вештачке. Наиме, лице које је одвело или задржало дете у другој држави се у великом броју случајева одлучује на такво поступање у нади да ће од судских или административних органа те државе исходovati одлуку која ће озакоњити фактичку ситуацију. На овај начин то лице бира систем који ће одлучивати о конкретном случају, систем за који сматра да ће донети по њега повољнију одлуку, што Конвенција управо покушава да спречи.²⁹²

У погледу права на одржавање личних односа, Хашка конвенција штити ово право не само кроз поступак за повратак детета, већ и кроз посебан поступак за склапање споразума за организовање или обезбеђење ефикасног остваривања права на виђење. Молба за склапање овог споразума се подноси на исти начин као и молба за повратак детета, а Централни извршни органи су дужни да сарађују „ради унапређивања неометаног уживања права на виђење и испуњења свих услова од којих може зависити остваривање ових права.“²⁹³ У извештају уз предлог Хашке конвенције је наведено да пружање заштите праву на виђење детета има превентивну улогу, у

²⁹⁰ Rhona Schuz, „Policy considerations in determining the habitual residence of a child and the relevance of context“, *Journal of Transnational Law and Policy*, Volume 11, 2001, 13-16.

²⁹¹ E.Perez-Vera, 459-460.

²⁹² *Ibid.*, 429.

²⁹³ Чл. 21 ХК. Због недоречености механизма сарадње који је Конвенцијом установљен када је реч о заштити права на виђење, он у пракси узрокује бројне проблеме, између осталог доводи до тога и да се родитељ који жели да оствари право на виђење детета, свестан тешкоћа које постоје у реализацији тог права, напослетку одлучи да поднесе захтев за хитан повратак детета. Наведено је могуће због специфичности појединих националних законодавстава која не постављају увек јасну границу између права на старање о детету и права на одржавање личних односа са дететом, али и у специјалној дефиницији права на старање из Хашке конвенције. Конвенција предвиђа да се под правом на старање подразумева право на старање о личности детета, а посебно право да се одреди његово редовно боравиште, тј. место у којем ће дете живети. Према томе, језичко тумачење ове одредбе открива да онај родитељ који након престанка брачне заједнице не живи са дететом, али има право вета код његово пресељења у иностранство, заправо ужива право на старање у смислу одредбе члана 5 Хашке конвенције, без обзира што је услов да се прибави претходна сагласност у националном праву уведен првенствено како би се заштитило његово право да одржава личне односе са заједничким дететом. Вид. М. Станивуковић, Петар Ђундић, „Право на виђење детета и Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980)“, *Правни живот*, 10/2010, 29.

смислу да се на тај начин искључује један од најчешћих разлога за отмицу детета од стране родитеља.²⁹⁴

Најновија студија показује да је у 2015. години поднето 2270 захтева за повратак детета. Од 2002 захтева (у којима је исход био познат) 45% њих је резултирало повратком детета, 348 добровољним повратком, а 561 повратком на основу судске одлуке. Одлучивање о 48 % захтева је завршило пред судом, од чега је 43 % окончано у тој години, 65% одлуком којом је наложен повратак детета, 28 % одлуком којом је одбијен дететов повратак и 6% на други начин. Резултати показују пад у броју судских одбијајућих одлука у поређењу са претходним истраживањем за 2008. годину (са 15% на 12%), али и пад у броју добровољних повратака детета (са 19% на 17%). Мајке²⁹⁵ су и даље родитељ који чешће одводи дете са 73% у поређењу са 24% очева.²⁹⁶

Када говоримо о одлукама којима је одбијен захтев за повратак детета, Хашка конвенција предвиђа неколико изузетака од њеног циља да обезбеди што хитнији повратак детета које је незаконито одведено или задржано.²⁹⁷ Инсистира се да њихова примена буде рестриктивна како Конвенција не би постала мртво слово на папиру.²⁹⁸ Образложење за наведено је да Конвенција почива на једногласном супротстављању држава уговорница феномену незаконитог одвођења деца и на њиховом убеђењу да је најбољи начин борбе против тог феномена на међународном нивоу да му се одбије правно признање. Практична примена овог убеђења захтева да државе потписнице, без обзира на међусобне разлике, прихвате да припадају истој правној заједници у којој је

²⁹⁴ Elisa Perez Vera, 430.

²⁹⁵ Ситуација у појединим земљама ипак одступа од овог обрасца. Подаци за 2003. годину показују да су у Аргентини у 77% случајева децу незаконито одвели очеви, у Аустрији у 67% случајева и у Турској у 60% случајева. N. Lowe, Katarina Horosova, „The Operation of the 1980 Hague Abduction Convention-A Global View“, *Family Law Quarterly*, Volume 41, Number 1, 2007, 67.

²⁹⁶ N. Lowe, V. Stephens, (2017), 3, 11-13. Студија је израђена на основу података добијених од 76 од 93 државе уговорнице колико их је било 2015. године, а који по процени покривају 97% укупног броја поднетих захтева. У поређењу са претходном студијом за 2008. годину, дошло је до пораста броја поднетих захтева за повратак детета за 3%. Просечан узраст деце која су била предмет отмице је 6,8 година.

²⁹⁷ Вид. чл. 12, 13 и 20 ХК.

²⁹⁸ У поменутој студији за 2015. годину од укупно 243 захтева која су одлуком суда одбијена, разлог одбијања је био доступан у 185 одлука. Већина одлука је заснована на једном разлогу за изузеће од повратка, док је 16% њих засновано на више од једног разлога. Најчешћи једини разлози за одбијање захтева су били да дете није имало место сталног боравка у земљи из које је одведено (19%) и да постоји озбиљна опасност да би повратак довео дете у неповољан положај (18%). У одлукама које су укључивале више разлога за изузеће од повратка, најчешћи је био постојање озбиљне опасности за дете у случају повратка (21%). У односу на претходне студије приметан је пораст у броју захтева који су одбијени због тога што се родитељ сагласио са одвођењем или задржавањем детета (1999. године 12%, 2003. године 13%, 2008. године 6% и 2015. године 15%), али и значајан пад одлука које су засноване на супротстављању детета повратку (1999. године 21%, 2003. године 18%, 2008. године 22% и 2015. године 15%). Вид. у N. Lowe, V. Stephens, (2017), 15-16.

орган земље дететовог сталног места боравка у принципу најбољи за одлучивање о вршењу родитељског права и виђању са дететом.²⁹⁹

5.1.1. Место сталног боравка детета у смислу Хашке конвенције

Хашка конвенција у својим одредбама конкретније не одређује појам место сталног боравка детета.³⁰⁰ Проф. др Ђундић сматра да је употреба ове тачке везивања нарочито значајна у међународном породичном праву с обзиром да она одговара захтевима мобилног, савременог друштва, што није случај са тачкама везивања као што су пребивалиште или држављанство.³⁰¹ Ипак, Данкан (*Duncan*) основано указује да Хашка конвенција има снажну и једноставну суштину-поступак за повратак детета, али да су изван ове суштине њене одредбе врло флексибилне. Језик којим је писана није увек прецизан и некада мањка са јасним дефиницијама, као што је то случај са појмовима право на старање и уобичајено боравиште, који нису одређени Конвенцијом.³⁰²

Ради потпунијег сагледавања како поступајући органи у пракси тумаче појам места сталног боравка детета анализирано је 50 одлука надлежних органа различитих држава уговорница донетих у временском периоду од 1990. године до 2018. године, које одлуке су похрањене у електронској бази података INCADAT. На основу резултата истраживања могло би се рећи да се кроз одлуке провлаче 3 различита приступа која надлежни органи примењују приликом одређивања места у којем је дете било стално настањено пре незаконитог одвођења или задржавања. Ови приступи су у дисертацији класификовани као зависни, делимично зависни и независни модел одређивања места

²⁹⁹ E. Perez-Vera., 434-435.

³⁰⁰ Нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања-ЗГЗД, под уобичајеним боравиштем детета подразумева „место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину“ (чл. 4 ст. 1). Предвиђа да се „приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета у сваком поједином случају посебно узимају у обзир следеће околности: трајање, регуларност, услови и разлози боравка детета; пресељење породице; држављанство детета; узраст детета; место и услови његовог школовања; познавање језика; породични и друштвени односи детета“ (члан 4 став 2). Доступан на <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html>, 15. мај 2020.

³⁰¹ П. Ђундић, „Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 554.

³⁰² William Duncan, “Keeping the 1980 Hague Child Abduction Convention up to Speed-Is it time for a Protocol?”, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 3, 2010, 4.

сталног боравка детета.³⁰³ У посматраним одлукама најзаступљенији је био зависни модел у чак 28 случајева, потом независни у 9 случајева и делимично зависни у преосталих 13 случајева.

Терет доказивања чињеница у погледу тога где је дететово место сталног настањења лежи на оном родитељу који захтева његов повратак. У једном од анализираних случајева, у којем је примењен зависни модел, захтев мајке за повратак детета је одбачен уз образложење да у поступку није доказала да је дететово место сталног настањења пре незаконитог одвођења било у Грчкој, у коју земљу је захтевала да оно буде враћено.³⁰⁴ У другом случају је амерички суд такође одбацио захтев оца за повратак ћерке, јер у поступку није доказао да је место њеног сталног боравка на Новом Зеланду. Предметни случај је карактеристичан по томе што је дете (узраста 12,5 година у време наводног незаконитог одвођења) у току свог живота имало више од 10 места сталног настањења у различитим државама, а њен боравак на Новом Зеланду од годину дана суд је оценио као привремен, прихватајући тврдње мајке.³⁰⁵

5.1.1.1. Зависни модел одређивања места сталног боравка детета

Како је већ речено, у посматраном узорку судских одлука зависни модел одређивања места сталног боравка детета је био најчесталији. Овај модел је карактеристичан по томе што место сталног боравка детета доводи у потпуну зависност од намера родитеља, тачније њихових намера да се настане у одређеном месту-земљи. Дете, његови осећаји и жеље, остају потпуно ван разматрања. Отуда се чинило да је најадекватније овакав приступ назвати зависним, јер место живљења детета не посматра са аспекта детета као индивидуе, већ са аспекта његових родитеља и њихових интенција.

Шуз сматра да би се могла навести два разлога за примену овог модела. Први је да када оба родитеља имају право да одреде дететово место сталног боравка, ниједан од њих не може без сагласности оног другог променити дететово место живљења. Други је да с обзиром да деца не могу сама да одреде природу њиховог боравка у одређеном

³⁰³ Шуз приступе класификује као зависни модел, модел права родитеља и модел усмерен на дете. Вид. R. Schuz, „Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention-Theory and Practice“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 13, Number 1, 2001, 7.

³⁰⁴ „Asvesta v. Petroustas 2010 U. S. Dist. Lexis 47872 (N. D. Cal. Apr. 19, 2010), INCADAT reference HC/E/US 1282.“

³⁰⁵ „Paz v. Paz 169 F. Supp 2d 254 (S.D.N.Y. 2001), INCADAT reference HC/E/USf 414.“ За још вид. „Fam A 130/08 H v H, INCADAT reference HC/E/IL 922.“

месту, једино преостаје да се постојање намере настајења цени спрам воље родитеља који има право да одлучује о месту сталног боравка детета.³⁰⁶

Као пример једне од одлука у којој је примењен зависни модел, а која је имала великог утицаја на примену Хашке конвенције касније, навешћемо одлуку америчког суда „*Mozes v. Mozes* 239 F. 3d 1067 (9th Cir. 2001)“ у којој је образложено да је круцијални елемент у стицању новог места сталног боравка намера да се напусти претходно. Када су у питању деца која нису достигла узраст и степен зрелости при којем је потребно узети у обзир њихово мишљење, релевантне су намере оних особа које имају право да одреде њихово пребивалиште. У конкретном случају су то била оба родитеља. Ипак, у истој одлуци суд је навео да се дете, уз протек одређеног временског периода и позитивно искуство, може толико уклопити у нову земљу да би се могло говорити о томе да је стекло место сталног боравка у тој земљи, и поред намера родитеља које су са тим у супротности. Истовремено је указао да би, независно од намера родитеља за настајењем, судови требали бити опрезнији приликом утврђивања чињенице да је дете стекло ново место сталног боравка у земљи у коју је одведено, јер је циљ Конвенције да спречи родитељске отмице деце, а што је лакше променити место сталног боравка детета без сагласности оба родитеља, то је већи подстицај родитеља да то и покушају. Напошетку наводи да је сасвим могуће да појединац учествује у свим активностима свакодневног живота, истовремено задржавајући свест да се мора вратити „другом животу“. У таквим случајевима се може рећи да се човек добро прилагодио окружењу у којем живи, али да то окружење не сматра својим местом сталног боравка.³⁰⁷

Сликовит је пример и поступка вођеног у Израелу у којем је суд, руководећи се намерама родитеља, утврдио да је Израел држава сталног настајења два дечака, иако ниједан од њих нити је рођен, нити је живео у тој земљи. Дечаци су рођени у Латинској

³⁰⁶ R. Schuz, „Habitual Residence of the Child Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 26, Number 3, 2014, 346-347.

³⁰⁷ INCADAT reference HC/E/USf 301. Следећи ову одлуку, амерички суд је у одлуци „*Ruiz v. Tenorio* 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), INCADAT reference HC/E/USf 780“, након утврђења да родитељи нису имали намеру да напусте место сталног настајења у Сједињеним Америчким Државама и стекну ново у Мексику, испитивао да ли су се деца прилагодила животу у Мексику, наглашавајући да ће у тој процени бити обазрив како је указано у одлуци *Mozes v. Mozes*. Као чињенице да су се деца аклиматизовала животу у Мексику суд је утврдио: породица се преселила у Мексико, отац се запослио тамо и боравак породице у тој земљи је био дугачак. Насупрот овим стајале су чињенице које указују да је пресељење у Мексико било условно: отац је имао проблеме са братом и породичним бизнисом; постојали су проблеми у браку родитеља, мајка је стекла лиценцу за обављање посла у САД и задржала све кредитне картице и рачуне у тој земљи. Код оваквог чињеничног утврђења, суд је закључио да деца и даље имају стално настајење у САД, и поред тога што су претходне 2 године и 10 месеци живела у Мексику.

Америци, старији у Венецуели, млађи у Парагвају. Њихови родитељи су израелски држављани, који су због пословног ангажмана оца дечака живели у више јужноамеричких земаља. Дечаке је мајка одвела у Израел када је старији имао 2 године, а млађи свега годину дана, након чега је отац иницирао поступак за њихов хитан повратак у Парагвај, где је у том тренутку био запослен. Израелски суд је захтев оца одбацио, јер је нашао да је место сталног настањења дечака у време одвођења од стране мајке било у Израелу, па нема места примени Хашке конвенције. У образложењу је навео да су одлучујући фактор за одређивање места сталног боравка деце намере родитеља, а да одлучујући значај немају чињенице да су се деца родила у иностранству или пак да боравак породице у иностранству није био временски ограничен. У конкретном случају суд је као релевантне узео чињенице да родитељи нису имали намеру да напусте место сталног настањења у Израелу, да је отац обећао мајци да ће се вратити у Израел у случају да не буде срећна у иностранству, те да је породица свака 3 месеца морала да напушта Парагвај због продужења визе.³⁰⁸

У погледу поступака родитеља на основу којих су судови изводили закључак о постојању њихове намере да се настане у одређеној земљи, пракса је разнолика. У одлуци француског суда су на пример поступци мајке-напуштање посла, отказивање закупа и пребацивање поште у Немачку почев од октобра 2009. године, били довољни да суд закључи да је она у то време намеравала да са супругом установи пребивалиште у Немачкој. Следом тога, утврђено је и да је дете било стално настањено у Немачкој у време када је из ње незаконито одведено 2010. године.³⁰⁹

У погледу временског периода који је потребан да би се могло говорити да је дете стално настањено у некој земљи, Конвенција се не изјашњава, а пракса је разнолика. Проф. др Ђундић сматра да се основано може поставити питање да ли је боравак на једном месту у трајању од месец дана довољан за адаптацију детета на ново животно окружење. Питање добија на тежини ако се има у виду да је један од имплицитних циљева конвенције да омогући управо судовима државе у којој дете има редовно боравање да, као најприкладнији суд, донесе мериторну одлуку о праву на старање над дететом. Несумњиво је да суд државе у коју се дете тек доселило и провело изузетно кратак временски период није у бољој позицији да процењује све околности

³⁰⁸ „Family Application 046252/04 Ploni v. Almonit, INCADAT reference HC/E/IL 806.“

³⁰⁹ „CA Paris 17 fevrier 2011 No de RG 11/00507, INCADAT reference HC/E/FR 1131.“

значајне за доношење овакве одлуке у односу на, на пример, суд државе у којој је дете претходно боравило и чији је оно држављанин.³¹⁰

Што се тиче временског периода који је по зависном моделу потребан за престанак ранијег и стицање новог места сталног борава, у одлуци аустралијског суда „Kihal v. Director-General, Department of Community Services (2008) FamCAFC 81, (2008) FLC 93-373, 2008 39 Fam LR 431” је изражено схватање да је могуће да стално настањење у некој земљи престане у само једном дану, на пример у случају одласка из те земље без намере за повратком. Такође је истакнуто да у енглеској судској пракси постоји подела у погледу тога да ли је потребно да појединац има намеру да се дугорочно настани у неком месту или је за заснивање сталног борава довољна намера појединца да у овом тренутку живи у том месту, па и за кратак временски период. Иако се суд није децидно изјаснио, индиковано је да је ближи другом схватању.³¹¹ Исто схватање, да појединцу престаје стално настањење у једној земљи даном њеног напуштања са намером настањења у другој земљи, изражено је и у одлуци суда Канаде.³¹² Може се закључити, за стицање сталног настањења у неком месту по зависном моделу намера родитеља је релевантна, а дужина борава у том месту ирелевантна. Тако је временски период од свега 3 месеца био довољан за аустралијски суд да сматра да је дете у тој земљи стекло ново место сталног борава. Исти суд је изразио став да би уз евидентну намеру настањења родитеља и месец дана био сасвим довољан временски период за стицање сталног настањења.³¹³ Најдрастичнији је свакако био поступак пред британским судом у којем је разматрано да ли је период од 8 дана довољан да дете стекне место сталног борава у САД-у. Иако се ради о изузетно кратком временском периоду, по мишљењу суда он сам за себе не искључује могућност стицања новог места сталног настањења, под условом да постоји намера родитеља у том правцу. У конкретном случају разлог суда да утврди да дете ипак није променило место настањења није био кратак временски период, већ промена намера мајке која је по доласку у САД одустала од пресељења у ту земљу.³¹⁴ Оно што је у посматраним

³¹⁰ П. Ђундић, 561.

³¹¹ INCADAT reference HC/E/AU 995.

³¹² „DeHaan v. Gracia (2004) AJ No. 94 (QL) (2004) ABQD4, INCADAT reference HC/E/CA 576.“

³¹³ „Re F (A Minor) (Child Abduction) (1992) 1 FLR 548 (1992) Fam Law 195, INCADAT reference HC/E/UKe 40.“

³¹⁴ „Re A. (Abduction: Habitual Residence) (2007) 2 FLR 129, INCADAT reference HC/E/UKe 973.“

одлукама још истакнуто, а од значаја је, то је да појединац задржава постојеће место сталног настањења све док не стекне ново.³¹⁵

Могли бисмо да закључимо да су главне карактеристике зависног модела да по страни оставља дете као индивидуу и субјекта права, његове намере и осећања, те место сталног боравка детета доводи у потпуну зависност од намера његових родитеља. Иако из образложења одлуке *Mozes v. Mozes* произлази да би и по зависном моделу поступајући органи могли утврдити да дете има место сталног боравка у одређеној земљи, независно од тога што не постоји намера родитеља у том правцу, чини се да је простор за такво поступање у пракси доста сужен, јер је у истој одлуци наглашено да би судови у таквим ситуацијама морали бити нарочито обазриви како својим одлукама не би олакшали услове за промену места сталног боравка детета и тако дали подстицај родитељским отмицама деце. У складу са тим, примена овог модела делује оправдано једино у случајевима када се ради о деци јако малог узраста, јер је несумњиво да се када су у питању деца тог узраста не може говорити о њиховим везама са средином, намерама и прилагођености. Тако је суд у Јапану наложио повратак бебе узраста 7 месеци у време када је доведена у Јапан, уз образложење да се њено место сталног боравка мора одредити спрам намера родитеља који се о њој стара, будући да она сама не може имати социјалне везе са средином, нити намере о настањењу у одређеном месту. На основу изведених доказа суд је закључио да је место настањења бебе у време одвођења било у САД-у, где је њена мама, као родитељ који се о њој стара, имала намеру да се настани.³¹⁶

5.1.1.2. Делимично зависни модел одређивања места сталног боравка детета

За промену места сталног боравка детета према делимично зависном моделу потребно је да су испуњена два кумулативна услова: да постоји намера настањења оних лица која су овлашћена да одлучују о месту сталног боравка детета и да се само дете прилагодило животу у новој средини.

Примена овог модела детаљно је образложена у одлуци америчког суда „*Poliero v. Centenaro* 373 Fed. Appx. 102 2010 WL 1573771 (C. A. 2 (N. Y.)) (2d Cir. 2010)“ у којој

³¹⁵ „*Cohen v. Cohen* 158 Misc 2d 1018 602 NYS 2d 994 (Sup. Ct. 1993), INCADAT reference HC/E/USs 145.“

³¹⁶ “2017 (Ra) No. 525 Appeal case against an order to return the child, INCADAT reference HC/E/JP 1430.”

Проф. др Ђундић такође истиче да је потпуно јасно да деца нижег узраста не могу стећи редовно боравиште које би се разликовало од редовног боравишта њихових родитеља. На пример, једногодишње дете не би могло опстати без неге коју му пружају лица која се о њему старају, тако да је „осуђено“ да дели редовно боравиште са својим родитељима. Вид. П. Ђундић, 556.

је наведено да се при одређивању места сталног боравка детета најпре мора размотрити постојање заједничке намере оних који имају право да одреде пребивалиште детета (обично су то родитељи). У образложењу је наведено да би се ово питање даље могло поделити на две компоненте: да ли су родитељи формирали заједничку намеру да се „напусти“ дететово место сталног боравка и да ли су оба родитеља намеравала да дете стекне ново место сталног настајења, при чему сврха селидбе не мора бити трајни останак на новој локацији, али известан степен континуитета мора постојати да би се могло говорити о настајености. Други корак у одређивању места сталног настајења детета по образложењу ове одлуке подразумева испитивање да ли се дете, независно од намера родитеља, аклиматизовало на нову средину. До промене места сталног боравка услед адаптације детета може доћи онда када би повратак у првобитну земљу био једнак измештању детета из породичног и друштвеног окружења у коме се одвијао његов живот. Узимајући у обзир све наведено, у предметном поступку суд је утврдио да су деца задржала место сталног боравка у Италији, и поред двогодишњег боравка у САД-у. Радило се о четворо деце, рођене 1995. године, 1999. године, 2003. године и 2005. године у Италији. Због проблема у браку, њихови родитељи су одлучили да се породично преселе у Њујорк у јулу 2007. године. Ипак, код чињеница да нису покушали да продају имовину у Италији, већ су задржали све личне ствари у Италији и проводили у тој земљи неколико недеља за време Божића, те цело лето 2008. године, суд је закључио да нису имали намеру да напусте Италију као место сталног настајења своје деце. Насупрот томе у САД-у су изнајмљивали станове, па чак и намештај у првој години живота тамо. У погледу деце, суд је закључио да су се она добро привикла животу у САД-у, али и да су задржала значајну повезаност са Италијом.³¹⁷

Насупрот овој одлуци у којој је суд применом делимично зависног модела закључио да су деца и након 2 године живота ван Италије задржала место сталног настајења у тој земљи, такође амерички суд је у одлуци „Karkkainen v. Kovalchuk 448 F. 3d 280 (3rd Cir. 2006)“³¹⁸, применом истог модела, утврдио да је дете стекло место сталног настајења у САД-у након свега месец дана. У тој одлуци суд образлаже да утврђивање места сталног боравка детета подразумева интензивно утврђивање чињеница које се не може свести на унапред одређену формулу и варира од случаја до случаја. Наводи да је место дететовог сталног настајења место у којем оно борави довољно дуго да се прилагодило животу у том месту и у којем постоји степен

³¹⁷ INCADAT reference HC/E/USf 1024.

³¹⁸ INCADAT reference HC/E/USf 879.

настајења са аспекта детета, при чему се пажња свакако мора поклонити и намерама родитеља, јер ће њихови погледи утицати и на гледање детета на контакте које остварује у земљи у којој борави. Намера родитеља је од значаја и за време које је потребно да се дете навикне на место живљења и стекне степен настајења у њему. У предметном случају се радило о девојчици рођеној 1992. године у Русији, коју је отац задржао у САД-у у августу 2003. године. Родитељи су у то време већ били разведени, девојчица је живела са мајком у Финској, а отац је посећивала у САД-у. Разлог одласка у САД у току лета 2003. године био је споран међу родитељима, отац и девојчица су истицали да је разлог био пробни боравак по чијем окончању би се она одлучила да ли жели да живи у САД-у или не, а мајка да је разлог била посета оцу у току лета и да је девојчица требала да се врати у августу исте године. Суд је у поступку по Хашкој конвенцији утврдио да су родитељи приликом одласка девојчице у Америку имали намеру да се она крајем лета одлучи у којој земљи жели да живи, те да се она, без обзира што се ради о изузетно кратком временском периоду, прилагодила новој средини већ половином јула. На овакав закључак значајно су утицали зрелост и интелигенција девојчице. У току боравка у Америци, она је похађала часове фотографије, путовала земљом, развијала односе са маћехом, те уписала приватну школу у коју је планирано да крене од јесени.

У погледу временског периода који је потребан да би суд применом делимично зависног модела закључио да је дете стално настајено у одређеној земљи, кроз праксу није искристалисан неки минимални период испод којег није могуће говорити о сталном настајењу. У једном од наведених примера период од 2 године није био довољан за стицање новог места сталног настајења, док је у другом примеру период од месец дана био довољан, што је мора се признати изузетно кратак временски период. Истовремено период од 3,5 месеца које је дете у провело у Аустралији није сматран довољним за установљавање његовог сталног настајења у тој земљи,³¹⁹ као и период од 5 месеци у Великој Британији³²⁰, па чак ни период од 3 године и 4 месеца, које је дете провело на Новом Зеланду.³²¹

³¹⁹ „Central Authority for the Republic of South Africa E, RC and M. A (11/39798, 2012) (1096), INCADAT reference HC/E/ZA 1247.“

³²⁰ „Fam A 130/08 H. v H, INCADAT reference HC/E/IL 922.“

³²¹ „Headifen v. Harker 549 Fed. Appx. 300 (5th Cir. 2013), INCADAT reference HC/E/US 1268.“

5.1.1.3. Независни модел одређивања места сталног боравка детета

Трећи и последњи модел надлежних органа приликом одређивања места сталног боравка детета према резултатима спроведеног истраживања је независни модел, односно приступ који полази од централног субјекта родитељских отмица-детета и са његовог аспекта процењује да ли је стално настањено у одређеној земљи или не.

У питању је чисто фактички концепт, потпуно одвојен од правног појма пребивалишта према којем место сталног боравка подразумева место у којем је центар емотивног, породичног, образовног и социјалног живота детета, како је наведено у одлуци „No de role: 08/14107/A ref. Tribunal de Premiere Instance de Bruxelles“.³²² Намере родитеља су према овом моделу само једна од релевантних чињеница, која сама за себе није одлучујући фактор.³²³ У том смислу место сталног настањења детета се може променити и поред противљења једног од родитеља који се стара о детету, јер је оно што је релевантно чињенично утврђење где је центар дететовог живота. Супротстављање родитеља не може спречити промену места сталног боравка детета онда када она траје неко време и када се дете прилагодило новој средини.³²⁴ У обзир треба узети само стварност деце, док намере и жеље њихових родитеља по правилу треба оставити по страни. Место настањења детета треба одредити према искуству детета, а не према намерама његових родитеља, при чему захтев да боравак у одређеном месту буде сталан додаје елемент стабилности и трајности, али не тражи да он има одређено минимално трајање да би се могло закључити да је успостављено боравиште.³²⁵ У одлуци „Re LC (Children) (International Abduction Child’s Objections to Return) (2014) UKSC 1 (2014) 2 W.L.R.“³²⁶ је образложено да је свако дете индивидуа са сопственим схватањима и искуствима, која нису увек нужно одређена одлукама родитеља, иако у појединим случајевима дете нема избора него да прихвати те одлуке и носи се са њима.

Баронеса Хејл (*Hale*) истиче да стари тест утврђивања редовног боравишта на основу намере родитеља више није применљив. Питање редовног боравишта је фактичко питање. Сада је то место у коме се дете у одређеном степену интегрисало у породично и друштвено окружење. Битни фактори за одговор на питање редовног

³²² INCADAT reference HC/E/BE 954.

³²³ „L. S. v G. S. RFam 7784/12, INCADAT reference HC/E/IL 1301.“

³²⁴ „6Ob26/12k Oberster Gerichtshof, INCADAT reference HC/E/AT 1162.“

³²⁵ „L.L. c C. G. Droit de la famille 112106 Cour superieure de Quebec 11 juillet 2011, 2011 QCCS 3612, INCADAT reference HC/E/CA 1097.“

³²⁶ INCADAT reference HC/E/ES 1256.

боравишта су објективни и субјективни. Објективни би били колико дуго дете живи у држави у коју је одведено, какви су му услови живота и да ли похађа школу, док би субјективни били из ког разлога је ту и какво је његово схватање ситуације.³²⁷

Рона Шуз такође сматра да је по независном моделу питање редовног боравишта фактичко питање. Стога ће намере родитеља бити релевантне само у оној мери у којој утичу на свакодневни живот детета. На пример, чињеница да дете живи у привременом смештају ће бити фактор који указује да оно у том месту није стекло редовно боравиште, јер привремени смештај сам по себи рефлектује намере родитеља. Такође, у случајевима где је дете довољно старо да разуме, информације које су му родитељи пружили о сврси њиховог пресељења ће бити изузетно релевантне, јер оне утичу на понашање детета и квалитет веза који остварује са људима и установама у његовом окружењу.³²⁸ У вези привременог борава детета у одређеној земљи и могућности промене места сталног настајења детета у тим ситуацијама, Рона Шуз сматра да уколико дете није свесно да је останак у одређеном месту временски лимитиран и ова чињеница није видљива из свакодневног живота, онда привремени карактер борава у том месту не може да утиче на виђење детета и његову повезаност са тим местом. Чак и у ситуацијама када је свестан привремености борава, дужина тог борава се мора процењивати са аспекта поимања времена од стране детета. Период од 2 или 3 године за дете може деловати као цео животни век и самим тим може развити значајну повезаност са местом у којем борави, независно од тога што је тај боравак привремене природе.³²⁹

У погледу временског периода који је потребан да би дете применом независног модела стекло стално настајење у одређеној земљи, у посматраним одлукама се радило о периодима од око 5 година³³⁰, 3 године,³³¹ око 1 годину³³² или свега 4 месеца.³³³ У последњем од наведених случајева, суд је применио такозвани „хибридни“ приступ

³²⁷ Baroness Hale of Richmond, „Child Abduction from the Child’s Point of View“, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII Summer-Fall 2018, 44.

³²⁸ R. Schuz, (20016), 16.

³²⁹ R. Schuz, „The Influence of the CRC on the implementation of the Hague Child Abduction Convention“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 3, 2010, 48.

³³⁰ „No de role 08/14107/A ref. Tribunal de Premiere Instance de Bruxelles, INCADAT reference HC/E/BE 954.“

³³¹ „Simcox v. Simcox 511 F. 3d 594 (6th Cir. 2007), INCADAT reference HC/E/US 1141.“

³³² „6Ob26/12k Oberster Gerichtshof, INCADAT reference HC/E/AT 1162.“

³³³ „Beairsto v Cook 2018 NS CA 90, INCADAT reference HC/E/CA 1417.“

приликом одређивања места сталног боравка детета, образлажући да не постоји тест или листа фактора коју је суд дужан да узме у обзир, већ да мора да сагледа целокупну ситуацију детета и да има у виду да се дететово место сталног настајења може променити док борави са једним од родитеља уз сагласност другог родитеља која је временски ограничена. У предметном поступку суд је као релевантне чињенице за утврђење да је дете стално настањено у Канади узео да је дете било старо 6 месеци у време задржавања у Канади од стране мајке, да се од рођења о њему примарно старала мајка, да је мајка имала слабу повезаност са САД-ом (тамо је боравила по основу туристичке визе и није имала породицу), да је мајка блиско повезана са Канадом (била је пореклом одатле, тамо је имала блиске везе са породицом и обезбеђено запослење), те да је дете, иако амерички држављанин, у Америци провело свега 42 дана. Применом исто независног модела суд у Риму је сматрао период од 3 месеца недовољним за промену места сталног настајења, и поред тога што су мајка и дете у Италији пријавили пребивалиште. Тим поводом суд се изјаснио да термин место сталног боравка који користи Хашка конвенција не подразумева место где дете има пријављено пребивалиште, већ место у којем оно обично проводи највећи део свог времена.³³⁴

Након што смо анализирали примену сва 3 модела одређивања места сталног боравка детета од стране надлежних органа у различитим државама уговорницама, чини се да је примена зависног модела, како је већ речено, прихватљива само када се ради о деци јако малог узраста. У поступцима у којима се ради о деци старијег узраста, примена независног модела се показује као најадекватнија. Применом независног модела приликом одређивања места сталног боравка детета спречавају се ситуације да дете живи неколико година у неком месту, у њему похађа вртић/школу, има социјални круг у којем се креће, одређену рутину и навике и да све то није довољно да би се могло рећи да је оно стално настањено у том месту само због тога што не постоји намера родитеља у том правцу. Дете је индивидуа и централни субјект родитељских отмица, па је неопходно са његовог аспекта вршити процену да ли је стално настањено у неком месту или не, док намере родитеља јесу битне, али само као једна у низу релевантних чињеница.

³³⁴ „R. and R. 7 January 1999 Juvenile Court of Rome, INCADAT reference HC/ELT 297.“

5.1.2. Однос начела најбољег интереса детета и Хашке конвенције

У тексту Хашке конвенције ни у једној од одредаба се експлицитно не помиње најбољи интерес детета, нити дужност поступајућих органа да своје одлуке доносе руководећи се тим начелом. На први поглед делује да је ово начело у потпуности изостало из Конвенције и да је њен једини циљ обезбедити што хитнији повратак детета у земљу његовог сталног боравка пре незаконитог одвођења. Теорија и пракса негирају тачност оваквог схватања.³³⁵

Хашка конвенција, независно од циља којем тежи-повратак незаконито одведеног детета, предвиђа и неколико ситуација у којима се због постојања одређених разлога одступа од остварења овог циљ. Наиме, надлежни орган неће наложити повратак детета ако је поступак за повратак детета покренут након више од годину дана од дана његовог незаконитог одвођења или задржавања, а дете се у међувремену прилагодило новој средини; ако се докаже „да лице, институција или друго тело које се стара о личности детета није стварно остваривало право на старање у време одвођења или задржавања или да се сагласило, односно накнадно пристало на одвођење или задржавање“; ако се докаже „да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај“; ако је дете одговарајућег узраста и зрелости и супротставља се повратку; „ако би повратак представљао кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је упућен захтев.“³³⁶

Управо у овим одредбама теорија, а како ћемо видети и надлежни органи држава уговорница, те Европски суд за људска права, виде маневарски простор за заштиту најбољег интереса детета. Проф. др Зоран Поњавић и проф. др Вељко Влашковић наводе да основни проблем код примене принципа „најбољег интереса детета“ у оквирима Хашке конвенције представља остваривање равнотеже између хитног повратка детета у случају прекограничног одвођења, уз уважавање правног поретка државе уобичајеног боравишта детета, и поштовања принципа који захтева прилагођавање интереса свих осталих правних субјеката интересу детета. Како истичу,

³³⁵ Уставни суд у одлуци Уж.4813/2010 од 17.11.2011. године наводи да и поред чињенице да је један од превасходних принципа Хашке конвенције хитан повратак отетог или задржаног детета, овај принцип никако не може да превагне у односу на најбољи интерес детета. По оцени Уставног суда начело поштовања најбољег интереса детета зависи од различитих околности, а највише од година детета, нивоа развоја, присуства или одсуства родитеља у животу детета, искустава које је дете имало, као и обавезе државних органа да интерес детета у сваком конкретном случају цене у односу на све околности случаја.

³³⁶ Вид. чл. 12, 13 ст. 1 и 2 и чл. 20 ХК.

наведено се може постићи само ако се успостави правна претпоставка како је у „најбољем интересу детета“ у случају незаконитог прекограничног одвођења да буде враћено у државу уобичајеног боравишта, а да изузеци од наведене опште обавезе повратка детета формулисани у Конвенцији нису ништа друго него основи за обарање поменуте претпоставке.³³⁷ Такође и Рона Шуз износи схватање да те одредбе Конвенције остављају простора да се ипак пажња поклони интересу детета независно од обавезног хитног повратка детета који је циљ Конвенције.³³⁸ Исто мишљење дели и Колдвел (*Caldwell*).³³⁹

Пракса држава уговорница такође дели ово становиште. У том смислу значајно је изјашњење суда Велике Британије о односу члана 20 Хашке конвенције и принципа најбољег интереса детета изнето у одлуци „*Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (2011) UKSC 27 (2012) 1 A. C. 144.“³⁴⁰ Суд је приметио да само зато што најбољи интерес детета није изричито декларисан као примарни принцип Хашке конвенције, не значи да се поступајући органи њиме не руководе у поступцима за хитан повратак детета. Суд је потом констатовао да Конвенција настоји заштитити најбољи интерес детета кроз установљавање одређених оборивих претпоставки, попут оне да је у најбољем интересу детета да буде хитно враћено у државу свог редовног боравишта, која је и најподобнија да доноси одлуке о његовој будућности. Ове претпоставке би могле бити оборене у ограниченом броју ситуација, детаљно предвиђеним у одредбама које прописују изузетке од повратка, а које су такође руковођене најбољим интересом детета. Стога је суд закључио да уколико се Хашка конвенција верно примењује, тада суд поступа и у складу са чланом 3 Конвенције о правима детета.

5.1.2.1. Пракса Европског суда за људска права

У случају Владимира Ушакова против Русије подносилац представке је био отац, рођен 1977. године, који од 1997. године живи и ради у Финској. У Финској је закључио и брак 2009. године са држављанком Русије. У браку је рођена ћерка 2012. године. Дете је имало руско држављанство и привремену боравишну дозволу у Финској. Жена подносиоца представке је 2013. године имала 2 мождана удара, од којих

³³⁷ З. Поњавић, В. Влашковић, „Концепт најбољег интереса детета унутар Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“* 2014, 46.

³³⁸ R. Schuz, (2010), 47.

³³⁹ Вид. John Caldwell, „Child Welfare Defences in Child Abduction Cases-Some Recent Developments“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 13, Number 2, 2001, 121-136.

³⁴⁰ INCADAT reference HC/E/UKe 1068.

су јој као последице заостале слабија покретљивост једне руке и једне ноге. У августу 2013. године је покренула бракоразводну парницу у којој је захтевала да јој се ћерка повери на самостално старање. Првостепени суд у Финској је донео одлуку да ће родитељи наставити заједнички да се старају о детету, а да ће пребивалиште детета бити код оца. Разлог за доношење овакве одлуке је између осталог било то што се мајка није потпуно опоравила од можданих удара. Ова одлука је потврђена и од стране судова више инстанце. Након доношења првостепене одлуке, у току трајања жалбеног поступка, мајка је у фебруару 2015. године отишла са дететом у Русију, без сагласности оца (детету је претходно, у децембру 2014. године, истекла привремена боравишна дозвола у Финској). О одласку га је обавестила путем имејла, нагласивши да не планира више да се враћа у Финску. Отац је покренуо поступак по Хашкој конвенцији. Надлежни првостепени орган у Русији је усвојио захтев оца и наложио повратак детета. По жалби мајке, другостепени орган је преиначио одлуку и одбио захтев за повратак детета, налазећи да одвођење детета није било незаконито. У време одвођења дете није имало регулисан боравак у Финској, а судска одлука којом је одређено да ће живети са оцем у Финској није била правноснажна. Суд је закључио и да дете у Финској није имало место сталног боравка, оба родитеља му имају пријављено пребивалиште у Русији, дете има пријављено пребивалиште у Русији од фебруара 2015. године, не говори фински језик, те у Русији похађа вртић и прима терапију коју захтева њено здравствено стање. Похађање вртића у Финској од новембра 2014. године до јануара 2015. године, по схватању руског суда није довољно за закључак да је дете стално настањено у тој земљи. Руски суд је још нашао и да нема места повратку детета због постојања озбиљне опасности да би га повратак изложио физичкој опасности, имајући у виду извештај омбудсмана за заштиту деце у којем је наведено да би одвајање детета од мајке, због бројних здравствених сметњи које дете има, могло детету физички наштетити. Отац је потом иницирао поступак пред Европским судом за људска права. У одлуци донетој у овом поступку Европски суд за људска права образлаже да се интерес детета састоји из два дела. С једне стране, он налаже да се везе детета са породицом морају одржавати, осим у случајевима када се породица показала као посебно неподобна за његово одрастање. Из тога следи да се породичне везе могу раскинути само у изузетним околностима и да се мора учинити све да се сачувају лични односи и да се, ако је то потребно, „обнови“ породица. С друге стране, очигледно је да је и детету у интересу да се осигура његов развој у здравом окружењу, а родитељ према члану 8 Европске конвенције за људска права не може имати право да предузима мере

које би наштетиле дететовом здрављу и развоју. У контексту поступка за повратак детета по Хашкој конвенцији, који се разликује од поступка за старање над дететом, концепт најбољег интереса детета мора бити оцењен у светлу изузетака који су предвиђени том конвенцијом за одбијање захтева за повратак детета. Да би се постигло хармонично тумачење Европске конвенције за људска права и Хашке конвенције, Европски суд за људска права истиче да је потребно да буду испуњена два услова. Први, разлози који могу представљати изузетак од хитног повратка детета морају заиста да буду узети у обзир од стране поступајућег органа. Тај орган мора донети одлуку која је у погледу постојања тих разлога довољно образложена, како би се омогућило Европском суду да утврди да су та питања заиста испитана. Други услов је да се разлози за одбијање захтева морају оценити у светлу одредби члана 8 Европске конвенције за људска права. Коначно, наводи да одредбе члана 8 Европске конвенције домаћим властима намећу посебну процесну обавезу: када процењују захтев за повратак детета, судови не само да морају да размотре аргументоване наводе о постојању „озбиљног ризика“ за дете у случају повратка, већ морају донети и образложену одлуку која садржи јасне разлоге, а све у светлу околности посебног случаја. Одбијање суда да узме у обзир наводе о постојању разлога за одбијање захтева за повратак детета, као и недовољно образложење у пресуди којом се одбијају такви приговори било би противно захтевима члана 8 Европске конвенције и циљу, те сврси саме Хашке конвенције. Европски суд за људска права је у коначном закључио да су у предметном поступку повређене одредбе члана 8 Европске конвенције, јер другостепени суд у Русији није истински размотрио и донео довољно образложену одлуку о томе да ли здравствено стање детета или било које друге околности које је истицала мајка заиста активирају изузетак прописан одредбом члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције, а све то у светлу регулативе члана 8 Европске конвенције.³⁴¹

Случај О.Ц.И. и други против Румуније: У конкретном случају подносиоци представке су били мајка и њено двоје малолетне деце. Мајка је 1978. годиште и румунска је држављанка, која се 2005. године удала за италијанског држављанина и са њим добила двоје деце, 2008. године и 2010. године. Деца су рођена у Италији, где је породица живела и држављани су и Румуније и Италије. Породица је 12.06.2015. године отишла у Румунију где је требала да проведе летњи распуст. Отац деце се након неколико дана вратио у Италију и по договору је требало опет да дође у Румунију на

³⁴¹ „Case of Vladimir Ushakov v. Russia application no. 15122/17“ од 18.06.2019. године.

крају летњег распуста. Дана 25.6.2015. године мајка деце га је обавестила да се са децом више неће враћати у Италију, да тамо не види будућност и да је он лош отац који злоставља своју децу. Отац деце је 14.09.2015. године поднео кривичну пријаву против мајке деце због отмице деце у иностраној земљи, а 29.09.2015. године и захтев за враћање деце по Хашкој конвенцији, истичући да није дао сагласност да деца трајно остану у Румунији. Мајка се овом захтеву противила наводећи да је отац био насилан према деци када су непослушна, да их је тукао, задајући им модрице по лицу и крварење из носа, вукао за уши, понекад скидао одећу са њих и голе ударао тврдим предметом, те називао погрдним именима и понижавао. Навела је и да се насиље у последњих неколико година погоршало и да је и она сама постала жртва. Подстицала је мужа да потражи стручну помоћ за своје понашање, али је он то одбио. У прилог својих тврдњи је суду доставила неколико снимака њихових породичних разговора који су потврдили њене наводе о понашању оца деце. Напослетку је навела да су се деца уклопила у нову средину, да похађају школу у Румунији и да су стекла пријатеље, да иду на ваннаставне активности што им је одувек била жеља, али им отац то није дозвољавао, те да одбијају да причају са оцем, да се плаше повратка у Италију и да ће опет бити изложена злостављању. У поступку пред првостепеним судом у Букурешту саслушани су супружници и њихова деца (у присуству психолога). Првостепеном одлуком је усвојен захтев за повратак деце у Италију. У образложењу одлуке је наведено да је у поступку несумњиво утврђено да је отац користио физичку силу и подизао глас у васпитавању своје деце, што је отац и потврдио у исказу пред судом, али да не постоји ниједан разлог за одбијање повратка деце у Италију. Суд у одлуци закључује да је мајка инструисала децу против оца и да је одлука да са децом остане у Румунији узрокована проблемима у браку са оцем деце и њеним личним незадовољством. Одлучујући о жалби мајке против овакве првостепене одлуке, Апелациони суд у Букурешту је потврдио првостепену одлуку, образлажући да се не може сматрати да ће се повремене акти насиља, попут оних присутних на снимцима које је мајка доставила суду, понављати довољно често да би постојала озбиљна опасност за повратак деце у смислу члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције, те да се може сматрати да ће надлежни италијански органи, за случај да деца по повратку буду изложена насиљу, предузети све потребне мере. Извршење ових одлука је одложено због одбијања деце да се врате у Италију са оцем и психолошке терапије која им је тим поводом у Румунији одређена. Према најновијим информацијама којима је суд располагао подносиоци представке (мајка и обоје деце) и даље живе у Румунији. Код

свега изнетог, Европски суд за људска права је нашао да је оваквим поступањем румунских судова дошло до повреде члана 8 Европске конвенције за људска права. Образлаже да у поступку који се води по захтеву за повратак детета поднетом у складу са Хашком конвенцијом поступајући орган државе којој је поднет такав захтев примарно утврђује најбољи интерес детета и потом случај процењује са аспекта одредби којима су прописани изузеци када се захтев за повратак детета може одбити. Најбољи интерес детета, који несумњиво подразумева поштовање права и достојанства детета, камен је темељац у заштити деце од телесног кажњавања. У конкретном случају румунски судови су пропустили да на начин који је у складу са најбољим интересом деце испитају истинитост навода да постоји озбиљна опасност за њихов повратак у Италију у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Више пажње су требали посветити испитивању постојања ризика да ли ће се насиље према деци наставити за случај да се она врате у Италију, имајући при том у виду да чињеница да су обе државе у питању потписнице Хашке конвенције не значи да се повратак деце у земљу њиховог сталног боравка налаже по аутоматизму.³⁴²

5.2. Примена Хашке конвенције у Републици Србији

Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце је у Републици Србији по основу сукцесије на снази од 27.04.1992. године.³⁴³ Са аспекта Србије као земље уговорнице, њена примена се може посматрати у две ситуације. „Једна је када је дете одведено из једне државе уговорнице и доведено у Србију. У том случају Конвенцију примењују домаћи органи, који треба да обезбеде повратак детета у државу из које је одведено. Друга ситуација је када је дете одведено из Србије и доведено у другу државу уговорницу. Тада Конвенцију примењују органи те друге државе уговорнице, који треба да обезбеде повратак детета у Србију. Тада је од изузетне важности да инострани органи правилно примене домаће породично право, нарочито приликом утврђивања да ли се ради о незаконитом одвођењу или задржавању (отмици), када је потребно применити Конвенцију или то није случај, јер одвођење или задржавање није било незаконито. Специфичност домаћег породичног права је у томе што је одвођење или задржавање детета незаконито у свим ситуацијама у којима не постоји споразум родитеља о премештају детета и када они заједнички врше

³⁴² „Case of O.C.I. and others v. Romania, application no. 49450/17“ од 21.05.2019. године.

³⁴³ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, 15. фебруар 2019.

родитељско право, али и када једно од њих самостално врши родитељско право.“³⁴⁴ У ситуацији када су оба родитеља жива, један родитељ је овлашћен да сам одлучи о промени пребивалишта (редовног боравишта) детета само када је други родитељ потпуно или делимично лишен родитељског права. Делимично лишење би требало да се односи на лишење права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.³⁴⁵

Како је у претходном делу рада већ речено, теорија и судска пракса у нашој земљи предлажу два различита правна пута у ситуацијама када родитељ који не врши родитељско право одбија да да сагласност за промену пребивалишта детета. Оба имају упориште у одредбама Породичног закона, у оба је процесни положај детета истоветан и у оба је суд дужан да се руководи најбољим интересом детета, али се чини да је неопходно да став који је превладао у судској пракси задржи рестриктиван приступ који би подразумевао делимично лишење родитељског права само у изузетним случајевима када се за поступке родитеља који одбија да се сагласи са променом пребивалишта детета не могу наћи оправдани разлози и када се такве радње не могу тумачити другачије него као несавесно вршење права из корпуса родитељског права.

У току 2015. године Централном извршном органу Републике Србије је поднето укупно 9 захтева за повратак деце која су доведена у Србију. Није поднет ниједан захтев за повратак детета које је одведено из Србије. У 6 од 9 случајева родитељ који је одвео дете је била мајка, док је у преосталих 3 то био отац. Три случаја су окончана судском усвајајућом одлуком, два судском одбијајућом одлуком, један повлачењем захтева, један на други начин, а два нису окончана. Разлог за одбијање повратка детета у оба случаја је била чињеница да подносилац захтева у време одвођења детета није имао право на старање. Што се тиче дужине трајања поступка, просечно трајање од дана подношења захтева Министарству правде до коначне одлуке је било 212 дана (подаци доступни за 6 случајева). Централни извршни орган је захтеве достављао суду у просеку за 9 дана, а поступак пред судом је трајао 203 дана.³⁴⁶

³⁴⁴ Г. Ковачек Станић, (2012), 74-75.

³⁴⁵ G. Kovaček Stanić, „Civil Aspects of International Child Abduction: Insight from Serbia“, *Family Law Quarterly*, Volume 48, Number 2, 2014, 295.

³⁴⁶ N. Lowe, V. Stephens, (2017), Annex 1 ii, Annex 2 ii, Annex 3 ii, Annex 4 ii, Annex 5 ii, Annex 6 ii, Annex 7 ii, Annex 8 ii.

5.2.1 Нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања

Што се тиче захтева за повратак детета који су поднети по Хашкој конвенцији, посебан закон који би уредио поступак одлучивања о тим захтевима у нашој земљи није донет. Сачињен је нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања, који предвиђа да се о овим захтевима одлучује у ванпарничном поступку који се у првом степену води пред судијом појединцем, а по жалби одлучује веће од троје судија.³⁴⁷ Предвиђена је концентрација надлежности у смислу да су као стварно надлежни прописани основни судови у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу, а за одлучивање по жалби стварно надлежан би био Апелациони суд у Београду.³⁴⁸ Законом је предвиђена како специјализација судија који суде у поступцима за повратак детета, тако и специјализација других учесника у поступку-привременог заступника и припадника полиције.³⁴⁹ Предвиђена је дужност обавештавања органа старатељства којем је суд „дужан да предлог, односно решење о покретању поступка за повратак детета без одлагања достави и да га истовремено позове да одмах обавести суд о социјалним приликама у којима дете живи, као и о другим околностима које су од значаја за предмет поступка и за заштиту најбољег интереса детета. Суд је дужан да органу старатељства без одлагања достави и одлуку о окончању поступка.“³⁵⁰

Поступак одликује нарочита хитност.³⁵¹ Није дозвољено упућивање учесника на парницу, припремно рочиште се не одржава, а „суд је дужан да поступак за повратак детета спроведе у року не дужем од шест недеља од дана пријема уредног предлога, односно од дана пријема обавештења Централног органа.“ Одлука се доноси у облику решења против којег се може изјавити жалба у року од 3 дана од дана његовог пријема.³⁵² Жалба нема суспензивно дејство, мада „суд који је донео првостепено решење може, ако оцени да постоје важни разлози у најбољем интересу детета,

³⁴⁷ Чл. 33 ст. 1, чл. 29 ст. 1 и чл. 52 ст. 1 ЗГЗД.

³⁴⁸ Чл. 27 ЗГЗД.

³⁴⁹ Чл. 29 ст. 2, чл. 32 ст. 2 и чл. 57 ст. 2 ЗГЗД.

³⁵⁰ Чл. 37 ЗГЗД.

³⁵¹ Чл. 21, чл. 20 ст. 2, чл. 36 ст. 1 и чл. 43 ст. 1 ЗГЗД.

³⁵² Чл. 49 ст. 1 и чл. 50 ст. 1 ЗГЗД.

одлучити да жалба задржава извршење решења.“³⁵³ Ванредни правни лекови нису дозвољени.³⁵⁴

Поступак одликује и истражно начело. „Суд у поступку за повратак детета може самостално истраживати чињенице које ниједна странка није навела.“³⁵⁵ Како видимо прихваћено је начело које је иначе карактеристично за редовне поступке у вези са породичним односима у којима суд за потребе доношења мериторне одлуке „може утврђивати чињенице и када оне нису међу странкама спорне, а може и самостално истраживати чињенице које ниједна странка није изнела.“³⁵⁶

Нацрт Закона предвиђа да „суд или управни орган државе којој се упућује захтев није дужан да наложи повратак детета ако лице, установа или друго тело које се противи његовом повратку докажу постојање околности из члана 13 Конвенције.“³⁵⁷ Овакво решење у складу је са решењима Хашке конвенције која такође терет доказивања постојања разлога за одбијање захтева за повратак ставља на лице које се супротставља том захтеву. „Суд ће такође одбити да наложи повратак детета ако утврди да се дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање супротставља повратку.“³⁵⁸

Ипак, поред разлога за одбијање захтева који су предвиђени одредбама члана 13 Хашке конвенције, постоје још две ситуације у којима поступајући орган може одбити захтев, а које су регулисане одредбама члана 12 став 2 и члана 20 Хашке конвенције. Иако текст Конвенције у наведеним одредбама не одређује експлицитно да је терет доказивања постојања ових разлога на лицу које се супротставља повратку (као што је то случај у одредбама члана 13), такав став је несумњиво исказан у посматраној иностраној пракси. Враћајући се на текст нацрта нашег Закона, и из његове садржине остаје нејасно да ли терет доказивања чињенице да се дете прилагодило новој средини (а захтев за повратак је поднет по протеклу годину дана), односно да повратак детета представља кршење основних принципа људских права и основних слобода наше земље, лежи на родитељу-отмичару или ове чињенице истражује суд користећи се истражним овлашћењем. Чини се да је и за спорна два изузетка оправдано остати при томе да терет доказивања лежи на оном лицу које се супротставља повратку детета, у ком погледу је

³⁵³ Чл. 50 ст. 3 ЗГЗД.

³⁵⁴ Чл. 25 ЗГЗД.

³⁵⁵ Чл. 22 ЗГЗД.

³⁵⁶ Чл. 205 ПЗ.

³⁵⁷ Чл. 3 ст. 1 ЗГЗД.

³⁵⁸ Чл. 3 ст. 2 ЗГЗД.

инострана судска пракса уједначена. Хашка конвенција креће од претпоставке да је у најбољем интересу незаконито одведеног-задржаног детета да буде враћено у земљу у којој је било стално настањено пре незаконитог одвођења-задржавања и да су органи те земље најподобнији да донесу све мериторне одлуке о питањима која се тичу старања над дететом. У питању није необорива правна претпоставка, већ оборива, а терет њеног обарања сноси родитељ, односно лице које је дете незаконито одвело-задржало.

Најзад, Законом се подстичу и споразумно решавање питања повратка детета и медијација.³⁵⁹ У том смислу „Централни орган и орган старатељства, током трајања поступка по замолници, предузимају све потребне мере, свако из оквира своје надлежности, за обезбеђење добровољног повратка детета или за постизање споразумног решења тог питања путем медијације или на други миран начин. Споразум о повратку детета, закључен у току поступка по замолници пред Централним органом или органом старатељства, доставља се без одлагања надлежном суду који по службеној дужности доноси решење о прихватању тог споразума ако процени да је тај споразум у најбољем интересу детета.“

5.2.2. Информација Министарства правде за спровођење Хашке конвенције са израженим мишљењем о начину поступања судова у примени те Конвенције

Како би се до доношења посебног Закона отклониле нејасноће и уједначила пракса и тиме пружила ефикаснија заштита права детета, Министарство правде је, као централни извршни орган наше земље, издало Информацију за спровођење Хашке конвенције са израженим мишљењем о начину поступања судова у примени те Конвенције.³⁶⁰ Према овој Информацији у поступку за примену Хашке конвенције би требало да поступа судија оспособљен за поступање у породичним споровима. Ванпарнични поступак је двостраначки, предлагач је лице у чије име Министарство подноси молбу за враћање одузетог и задржаног детета, а противник предлагача је лице

³⁵⁹ Чл. 15 и 16 ЗГЗД. Фродер Дитрих (*Froeder Dittrich*) наводи да алтернативни начини решавања ових спорова имају неколико предности: изискију мање трошкове, доводе до побољшања комуникације међу странкама, резултирају бољим исходом за дете посматрано дугорочно, те пружају могућност странкама да се договоре око дететове будућности. Ипак, скреће пажњу да је посебан степен опрезности неопходан у оним споровима у којима су истакнути наводи о постојању насиља у породици. Lalisa Froeder Dittrich, „Promoting Voluntary Agreements in International Child Abduction Disputes: The Case of Brazil“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 29, Number 1, 113-114. Због специфичности коју са собом носе ови спорови, пре свега чињенице да ће у пракси у значајном броју случајева бити тешко на једном месту окупити оба родитеља, њихове пуномоћнике и медијатора, поједини аутори указују да би се за потребе медијације могли користити модерни видови технологије попут Скајпа, имејла или чак онлајн платформе за решавање спорова. О томе више у Nuria Gonzalez Martin, „International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview“, *Family Law Quarterly*, Volume 48, Number 2, 2014, 344-345.

³⁶⁰ Б. Николић., 83.

које је дете противправно одвело из земље последњег пребивалишта детета или га противправно задржало. Поступком ће се поштовати процесно начело контрадикторности и посебно начело хитности. Поступак мора бити правноснажно окончан за највише 6 недеља, јер постоји претпоставка да је код детета већ изазвана психолошка траума самим одвођењем из претходног пребивалишта и одвајањем од родитеља из ког разлога поступак мора бити хитан како би се психолошки притисак на дете од стране родитеља који га је одвео смањено. Извођење доказа вештачењем биће само изузетно ради утврђивања околности из члана 13 Хашке конвенције, које представљају сметње за враћање детета. Одлука се доноси у форми решења које садржи налог за повратак, предају детета у року од 3 дана од дана достављања решења. На овај начин се успоставља фактичко стање које је постојало пре отмице, а не конституише било какво право или правни однос. О жалби на решење одлучује Виши суд с обзиром да се поступак спроводи по правилима ванпарничног поступка, а ревизија на одлуке Вишег суда није дозвољена.

Дакле, у недостатку посебних правила, поступци по захтевима за повратак незаконито одведене-задржане деце се тренутно спроводе по општим одредбама Закона о ванпарничном поступку.³⁶¹ По пракси највише судске инстанце у оваквим поступцима нема места примени одредаба Закона о парничном поступку, јер се не ради о спору за заштиту повређеног или угроженог права, имајући у виду правну природу налога за повратак детета као немериторне одлуке. Такође, нема места ни ревизији на другостепену одлуку из разлога што поступак издавања налога за повратак детета нема карактер мериторне одлуке о праву на старање, већ хитног извршног налога за повратак

³⁶¹ Док се у нашој земљи о наведеним захтевима одлучује у ванпарничним поступцима, у суседној Босни и Херцеговини се о њима одлучује у извршном поступку. Један такав пример примене Хашке конвенције у Босни и Херцеговини приказала је Валерија Шаула у раду „Примјена норми међународног права у пракси судова у Босни и Херцеговини—један позитиван примјер“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци* 34/2012, 83-100. У посматраном случају извршни поступак за повратак детета је спровођен пред Основним судом као првостепеним. Одлучено је у форми решења којим је одбијен захтев за повратак због супротстављања детета повратку (12 година у време давања изјаве) и постојања озбиљне опасности да би повратак довео дете у неповољан положај. О изјављеној жалби је одлучивао Окружни суд и донео одбијајућу одлуку. Ревизија је одбачена уз образложење да против правноснажног решења донетог у поступку извршења није дозвољено улагање ванредних правних средстава. Уставни суд је апелацију против првостепене и другостепене одлуке одбио. У поступку су интензивно учествовали органи социјалног рада у сврху разматрања испуњености услова из члана 13 став 2 Хашке конвенције. Заједничким радом стручњака из области клиничке психологије, социјалног рада, школске педагогије и права, дошло се до закључка да је у најбољем интересу детета да остане са оцем у средини у којој се налази за време вођења поступка по захтеву за враћање. Поступак је трајао 14 месеци, значајно дуже од Хашком конвенцијом предвиђених 6 недеља.

детета као привремене мере *sui generis* којом се поступак одлучивања о праву на старање детета не завршава.³⁶²

5.2.3. Истраживање примене Хашке конвенције у Републици Србији

За потребе израде ове дисертације спроведено је истраживање са намером да се анализира примена Хашке конвенције у периоду од 01.01.2011. године до 01.10.2019. године од стране Другог основног суда у Београду, Трећег основног суда у Београду, Основног суда у Новом Саду, Основног суда у Крагујевцу и Основног суда у Нишу.³⁶³

Домаћа судска пракса у посматраном временском периоду по квантитету није значајна. Пред Основним судом у Нишу су вођена свега 2 поступка, пред Основним судом у Новом Саду 1 поступак³⁶⁴, те пред Основним судом у Крагујевцу и Трећим основним судом у Београду (у периоду од 01.01.2014. године до 01.10.2019. године)³⁶⁵ ниједан поступак. Овде напомињемо да се не може извући сигуран закључак да ли је евентуално било поступака по Хашкој конвенцији који су вођени пред Другим основним судом у Београду из разлога што је на ауторов захтев за приступ подацима, овај суд одговорио дописом од 15.11.2019. године у којем је навео да није у могућности да пружи било какве податке о примени Хашке конвенције од стране тог суда, јер је одредбом члана 3 Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава прописано да је Први основни суд у Београду надлежан за међународну правну помоћ за подручје Првог, Другог и Трећег основног суда у Београду.³⁶⁶

³⁶² „Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев.2239/10 од 24.02.2010. године, утврђена на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда дана 13.09.2010. године“, *Билтен бр. 2/2014, Правна схватања и сентенце Врховног касационог суда II 2010-2014*, Београд, 212-214. Наведено становиште је исказано и у решењима Врховног касационог суда Рев.880/2017 од 11.05.2017. године и Рев.1418/2016 од 31.08.2016. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/>, 16. фебруар 2019. Поступци су спровођени као двостраначки, уз учешће Републике Србије, Министарства правде у поступку Рев.1418/2016.

³⁶³ Намера је била да истраживањем буду обухваћени они основни судови којима је одредбом члана 27 став 1 нацрта Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања поверена стварна надлежност за одлучивање о захтевима за повратак деце, иако захтеви могу бити поднети и пред другим судовима. Од Првог основног суда у Београду до дана окончања рада на овој дисертацији није добијен одговор на захтеве за приступ подацима који је аутор поднео.

³⁶⁴ У званичној евиденцији суда се води да је у посматраном периоду било 2 поступка по Хашкој конвенцији. Заправо се ради о једном поступку, који је након укидања од стране другостепеног суда и враћања на поновно одлучивање добио нови пословни број.

³⁶⁵ Трећи основни суд у Београду је основан 01.01.2014. године, па је податке за поступке који су вођени у ранијем периоду једино могао доставити Први основни суд у Београду.

³⁶⁶ Поступци по Хашкој конвенцији се у пракси ретко срећу због чега вероватно и влада слабије познавање предметне материје. Поступање по захтевима који су поднети по Хашкој конвенцији не представља пружање међународне правне помоћи, већ примену ратификованог међународног уговора, као саставног дела унутрашњег права који се непосредно примењује (чл. 16 ст. 2 Устава РС), а који настоји отклонити последице незаконитог одвођења или задржавања детета.

Према прибављеним подацима сва три поступка која су у нашој земљи вођена по Хашкој конвенцији су окончана. У два поступка (оба вођена пред Основним судом у Нишу) захтев за повратак детета је одбијен, али из различитих разлога. Поступак вођен пред Основним судом у Новом Саду је, након укидања првостепеног решења којим је захтев одбијен, правноснажно окончан судским поравнањем којим су странке постигле споразум да се мајка са децом врати у земљу у којој су деца до незаконитог одвођења имала стално настањење. У наставку детаљније о сваком од ових поступака.

Анализу ћемо почети од тога у који уписник је заведен сваки од поступака. Два поступка вођена пред Основним судом у Нишу заведена су у уписник Р3, док је поступак који је вођен пред Основним судом у Новом Саду заведен у Р4 уписник.³⁶⁷ Имајући у виду регулативу Судског пословника садржану у одредбама члана 308, чини се да је адекватније поступке по захтевима за враћање незаконито одведене-задржане деце заводити у Р3 уписник. Иако у нашој земљи посебан закон којим би био регулисан поступак одлучивања о захтевима поднетим по Хашкој конвенцији није донет, и Информација Министарства правде и нацрт релевантног Закона иду у правцу да се о овим захтевима одлучује у ванпарничним поступцима, па следи да је правилније уписивање ових предмета у трећу групу Р уписника у коју спадају и захтеви по посебним прописима којима је предвиђено да се поступак спроводи по правилима ванпарничног поступка.

Оно што је заједничко за све ове поступке је да су вођени пред основним судовима као двостраначки, ванпарнични поступци у којима је одлука донета у форми решења³⁶⁸. Захтев за враћање детета је у свим случајевима поднет од стране једног од родитеља против другог родитеља који је одвео дете. Иницијатор поступка у сва 3

³⁶⁷ Према одредбама члана 308 Судског пословника, *Службени гласник РС*, бр. 110/2009...93/2019, у уписник Р се заводе предмети који не спадају у друге уписнике. „У трећу групу Р уписника спадају предлози за састављање, чување, опозивање, поништај и оверу тестаментa, уговора и осталих јавних исправа; предлози за обезбеђење доказа и за издавање привремених наредби и других мера осигурања пре покретања поступка; предлози за примање и оснивање депозита пре покретања поступка на који се депозит односи; поравнања примљена на записник ако пред тим судом не тече парница; замолнице домаћих судова и других органа за достављање писмена и пружање друге правне помоће; молбе других судова, односно других органа за извршење појединих извршних радњи; предлози за признање и извршење страних одлука; захтеви по посебним прописима којима је предвиђено да се поступак спроводи по правилима ванпарничног поступка; сукоби месне надлежности, стварне надлежности и делегације; предлози за одлучивање о посебној, односно изузетној ревизији и остали предмети. У четврту групу Р уписника спадају предмети у поступку за заштиту права на суђење у разумном року ради убрзавања поступка; предмети по жалби на одлуку о приговору ради убрзања поступка председника суда; предмети по приговору на решење јавних бележника.“

³⁶⁸ Одредбом члана 18 став 1 Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46-95-други закон...106/2015-други закон, прописано је да се у ванпарничном поступку одлуке доносе у облику решења

случаја је био отац. Мајка је у сваком од тих случајева била родитељ који је одвео дете. Даље, у сваком од првостепених решења дата је иста поука о правном леку, односно да странке имају могућност изјављивања жалбе надлежном Вишем суду у року од 15 дана од дана достављања првостепеног решења³⁶⁹. У том погледу произлази да нема нејасноћа, да је судска пракса уједначена и да је у складу са Информацијом коју је издало Министарство правде.

До разилажења долази у погледу састава суда. Поменутом Информацијом, као уосталом и нацртом Закона, предвиђено је да у овим ванпарничним поступцима у првом степену поступа судија појединац са посебним знањима из области права детета. Овакав састав суда је у складу и са одредбом члана 17 став 1 Закона о ванпарничном поступку која предвиђа да у ванпарничним поступцима поступа судија појединац, ако овим или другим законом није друкчије одређено. У оба поступка вођена пред Основним судом у Нишу одлуку је донео судија појединац, што је у складу са Информацијом, нацртом Закона и у крајњем Законом о ванпарничном поступку. Занимљив је састав Основног суда у Новом Саду који је у једином вођеном поступку по Хашкој конвенцији поступао као ванпарнични суд састављен од једног судије и двоје судија поротника. Чини се да је на овај начин у ванпарничној правној ствари поступао суд састављен у складу са одредбама члана 35 Закона о парничном поступку, којима је регулисан састав суда у парничним поступцима у вези са породичним односима.³⁷⁰

Могло би се рећи да је оваквим поступањем у предмету о којем је одлучивао Основни суд у Новом Саду почињена битна повреда одредаба поступка из члана 374 став 2 тачка 1 Закона о парничном поступку,³⁷¹ јер је суд био непрописно састављен. Поступци се до доношења посебног закона спроводе применом одредаба Закона о ванпарничном поступку који предвиђа поступање судије појединца у првом степену. Наведена првостепена одлука је у жалбеном поступку и укинута, али не због поменуте битне повреде, већ због погрешне примене материјалног права која је резултирала непотпуним чињеничним утврђењем. О саставу првостепеног суда надлежни

³⁶⁹ Одредбом члана 19 Закона о ванпарничном поступку је прописано да „жалба против решења донесеног у првом степену може да се изјави у року од 15 дана од дана достављања преписа решења, ако овим или другим законом није друкчије одређено.“

³⁷⁰ Закон о ванпарничном поступку предвиђа да суд расправља и одлучује у већу састављеном од једног судије и двоје судија поротника у стамбеним стварима (члан 17 став 2) и о накнади за експроприсану непокретност (члан 135).

³⁷¹ Сагласно одредби члана 30 став 2 Закона о ванпарничном поступку „у ванпарничном поступку се сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку, ако овим или другим законом није друкчије одређено.“

другостепени суд се није изјашњавао. Другостепено решење садржи само констатацију да је оно донето без битних повреда одредаба поступка на које суд пази по службеној дужности, међу које спада и она садржана у тачки 1 става 2 члана 374 Закона о парничном поступку.

У погледу доказа који су у спроведеним поступцима извођени, карактеристично је да је у сваком од поступака прибављан налаз и стручно мишљење надлежног органа старатељства. У питању је дужност суда која одликује редовне породичне поступке и која претходи доношењу мериторне одлуке о заштити права детета или о вршењу односно лишењу родитељског права.³⁷² У Информацији Министарства правде није посебно наглашено да је суд дужан да прибавља стручно мишљење органа старатељства, док је решењима садржаним у нацрту релевантног Закона прописано да је суд „дужан да предлог, односно решење о покретању поступка за повратак детета без одлагања достави надлежном органу старатељства и да га истовремено позове да одмах обавести суд о социјалним приликама у којима дете живи, као и о другим околностима које су од значаја за предмет поступка и за заштиту најбољег интереса детета“ (члан 37 став 1 нацрта Закона).

Чини се сувишним прибављање налаза и стручног мишљења органа старатељства у апсолутно сваком поступку за повратак незаконито одведеног, односно задржаног детета. Аргумент за овакво становиште је да је Хашком конвенцијом изричито одређено да се одлука донета „на основу ове конвенције у вези са повратком детета неће сматрати мериторном о било ком питању у вези са правом на старање“ (члан 19 Хашке конвенције). У питању је хитан, немериторан поступак чији је циљ успостављање пређашњег стања. Његов предмет није одлучивање о вршењу родитељског права. Дакле, у поступцима по Хашкој конвенцији суд је дужан да процени да ли је одвођење-задржавање детета било незаконито и да уколико утврди да јесте, а родитељ-отмичар у међувремену својом доказном активношћу не активира примену неког од конвенцијом предвиђених изузетака, наложи повратак детета, без упуштања у детаљнију опсервацију прилика у којима оно живи, подобности родитеља да се старају о њему и сл. У тим ситуацијама нема потребе одуговлачити поступак прибављањем стручног мишљења органа старатељства, када је јасно да правилна примена Хашке конвенције подразумева усвајање захтева и налагање повратка детета од стране суда. Дете је незаконито одведено-задржано, родитељ-отмичар на коме је

³⁷² Вид. члана 270 ПЗ.

терет доказивања не пружа адекватну одбрану захтеву који је поднео други родитељ, па суд нема друге него да отклони последице незаконитог поступања једног од родитеља и тако омогући надлежном органу у земљи дететовог сталног настањења да донесе све даље мериторне одлуке које га се тичу. Прибављање стручног мишљења органа старатељства би евентуално било оправдано у оним поступцима у којима родитељ који је одвео, односно задржао дете тврди да су испуњени услови за примену неког од конвенцијом предвиђених разлога за одбијање захтева за повратак детета и за то пружа одређене доказе.

Што се тиче поступака који су вођени пред Основним судом у Нишу, могли бисмо рећи да се ради о позитивним примерима из наше судске праксе. У једном од два поступка која су вођена пред наведеним судом, мајка која је незаконито задржала дете у нашој земљи је у сврху одбране навела да је захтев за повратак потребно одбити основом одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције због постојања устаљеног обрасца насиља у породици од стране оца детета према њој, финансијске оскудице у којој би се наша у случају повратка, постојања озбиљног ризика по њену безбедност и изузетне емотивне везаности малолетног детета за њу. У ту сврху је приложила писмене доказе. Поводом оваквих навода, у поступку је прибављен налаз и стручно мишљење надлежног органа старатељства и изведен доказ вештачењем од стране медицинског тима на околност постојања озбиљне опасности да би повратак дете изложио физичкој или психичкој трауми. У предметном случају се радило о незаконитом задржавању детета узраста 3 године у нашој земљи. Дете је рођено у браку мајке, држављанке Републике Србије и оца, држављанина Грчке. Од рођења је у континуитету живело у Грчкој. Уз сагласност оца, мајка је довела дете у Србију на период од око 3 недеље, по чијем је истеку требало да се са дететом врати у Грчку. Како се по протеклу договореног временског периода мајка са дететом није вратила, отац је иницирао поступак по Хашкој конвенцији. Стручно мишљење органа старатељства је било да с обзиром на упућеност детета на мајку може постојати ризик од психичке и емоционалне дестабилизације у случају евентуалног одвајања од мајке, што би могло утицати на правилан раст и развој детета. Мишљење комисије вештака, састављене од лекара неуропсихијатра и клиничког психолога, било је такође да је ризик одвајања детета од мајке изразито висок по психичко здравље детета и да би повратак за дете био изузетна психичка траума и довео би га, како краткорочно тако и дугорочно, у неповољан положај, односно довео би како до привремених тако и до

највероватније трајних последица по психичко здравље, а самим тим и по физичко здравље путем могуће угрожености имуностатуса, који је у узрочно-последичној вези са хуманом психом. Код изнетог, суд је одбио захтев за повратак детета применом одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције, налазећи да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај.³⁷³ О примени ове одредбе од стране Основног суда у Новом Саду више у каснијем делу дисертације.

У другом поступку вођеном пред Основним судом у Нишу под бројем 2 РЗ.257/2015, суд је одбио захтев за повратак детета у Норвешку, налазећи да нема места примени Хашке конвенције, јер се не ради о незаконитом одвођењу, нити незаконитом задржавању детета. Ради се о поступку вођеном на захтев оца за повратак детета рођеног 2012. године. Чињенично је утврђено да је дете пре довођења у Србију имало стално место боравка у Норвешкој, одакле га је отац довео у нашу земљу и потом добровољно предао мајци, која је из Норвешке накнадно дошла. Отац је мајци пред судом предао и пасош детета, након чега се због пословних обавеза вратио у Норвешку. Код оваквог чињеничног стања, првостепени суд налази да нема места примени Хашке конвенције. Предлагач је сам довео дете у Србију и добровољно предао мајци дете и његов пасош.³⁷⁴ Ова одлука је потврђена од стране Вишег суда у Нишу,³⁷⁵ а очева уставна жалба против првостепене и другостепене одлуке је одбијена одлуком Уставног суда Уж.6493/2015 од 27.04.2017. године. У образложењу одлуке Уставног суда је наведено да су Основни и Виши суд у Нишу дали уставноправно прихватљиве разлоге за своју одлуку да су испуњени услови за одбијање очевог захтева за повратак детета, јер се он на записнику пред Основним судом, пре подношења захтева по Хашкој конвенцији, сагласио да се дете привремено, до правноснажног окончања брачног спора, повери мајци на старање, чиме се изричито сагласио са тиме да се дете повери мајци до мериторног решавања питања вршења родитељског права пред надлежним судом у нашој земљи, па се не може говорити о незаконитом задржавању.³⁷⁶

Поступци по захтевима поднетим по Хашкој конвенцији су ван сваке сумње у нашој земљи изузетно ретки. Малобројне су судије које ће у свом радном веку имати

³⁷³ „Решење Основног суда у Нишу РЗ.284/16 од 16.12.2016. године.“

³⁷⁴ „Решење Основног суда у Нишу 2 РЗ.257/2015 од 28.07.2015. године.“

³⁷⁵ Решење Вишег суда у Нишу Гж.2278/15 од 16.09.2015. године. Нав. према одлуци Уставног суда Уж.6493/2015 од 27.04.2017. године.

³⁷⁶ Примена Хашке конвенције је анализирана и у одлуци Уставног суда Уж.8276/2014 од 23.06.2016. године.

прилику да бар једном одлучују о таквом захтеву, па су разумљиве непознанице, недоумице и разноликости које у досадашњој пракси уочавамо.³⁷⁷ Ипак, имајући на уму да је централни субјект ових поступака дете, мора се настојати да се поступајући кадар што више едукује о овој материји колико год она у пракси била ретка.

5.2.4. Делимично лишење родитељског права у вези са незаконитом променом пребивалишта детета у иностранство

Свако незаконито одвођење детета не резултира увек и само покретањем поступка по Хашкој конвенцији. Нека од незаконитих одвођења узрокују и покретање поступка за делимично лишење родитељског права другог родитеља од стране родитеља-отмичара. Овај поступак може и не мора бити праћен поступком по Хашкој конвенцији, који је с друге стране покренуо остављени родитељ. Како је већ речено промена пребивалишта детета по Породичном закону је незаконита у ситуацијама када су оба родитеља жива, а премештај детета изврши један од њих без сагласности другог родитеља. Сагласност је нужан услов за сваку промену пребивалишта детета, без обзира да ли се родитељи о њему старају заједнички или један од њих самостално. Дакле у одсуству сагласности оба родитеља (када су они живи, а ниједан није лишен права да одлучује о битним питањима за живот детета) сваки премештај детета је незаконит.

Спроведено истраживање показује да је у периоду од 2011. године до 01.09.2019. године на територији надлежности Апелационог суда у Новом Саду био покренут свега 1 поступак ради делимичног лишења родитељског права другог родитеља након незаконитог премештаја детета ван граница наше земље.³⁷⁸ У том поступку је дете од стране мајке премештено у иностранство (Шведску) без сагласности оца у децембру

³⁷⁷ Тако је један од два захтева за повратак о којима је одлучивано пред Основним судом у Нишу првобитно достављен судском већу тог суда које је поступало у бракоразводној парници странака. Судско веће је након примања захтева по Хашкој конвенцији, затражило стручно мишљење од надлежног органа старатељства и потом у облику решења 5 П2.14/2015 од 15.05.2015. године одлучило о захтеву тако што га је одбило. У поступку по жалби, Виши суд у Нишу је у решењу 4 Гж2.18/15 од 16.07.2015. године скренуо пажњу првостепеном суду да се ради о посебном захтеву-налогу, самим тим и посебном поступку који је покренут на иницијативу оца детета, „да посебним поступцима нису уређена правила поступка пред редовним судом за примену Хашке конвенције, те да се на основу одредбе члана 1 Закона о ванпарничном поступку у поступку издавања налога за повратак детета примењују одредбе Закона о ванпарничном поступку, јер се не ради о спору за заштиту повређеног или угроженог права, да би се непосредно могле примењивати одредбе Закона о парничном поступку, с обзиром на одредбу члана 19 Хашке конвенције која одређује правну природу налога о повратку детета као немериторне одлуке.“ Другостепени суд је укинуо првостепено решење. У наставку поступка предмет је достављен ванпарничном одељењу Основног суда у Нишу у којем је заведен под бројем РЗ.257/2015. Вид. „Решење Основног суда у Нишу РЗ.257/2015 од 28.07.2015. године.“

³⁷⁸ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.416/17 од 27.09.2017. године.“

2015. године. Претходно је правноснажном пресудом поверено мајци на самостално вршење родитељског права. У време одвођења је имало 5 година.

Након одвођења детета, отац је иницирао редован породични поступак у којем је захтевао измену раније судске одлуке о вршењу родитељског права на начин да се њему повери дете. Мајка је у тој парници истакла противтужбени захтев да се отац делимично лиши родитељског права у погледу одлучивања о пребивалишту детета. Поступак је окончан на начин да је другостепени суд у жалбеном поступку, након одржане расправе, укинуо првостепену пресуду и пресудио тако што је захтев оца правноснажно одбио, а захтев мајке правноснажно усвојио. У чињеничном стању је утврдио да је мајка засновала нову брачну заједницу у Шведској, да је у тој земљи уписала факултет, да је њен супруг запослен и стамбено ситуиран, да отац детета живи са родитељима, да је запослен и да се верио, да су односи родитеља детета конфликтни, те да дете похађа у Шведској предшколску установу, да говори шведски језик, да иде на спорт и да се добро уклопило у нову средину. Још је утврђено да отац и дете од његовог пресељења одржавају лични контакт само телефонским путем. Одлука је и у овом случају донета у складу са прибављеним налазом и стручним мишљењем надлежног органа старатељства. Поред налаза и стручног мишљења органа старатељства, суд је прибавио и мишљење предшколске установе коју дете похађа у Шведској, а из којег произлази да се добро уклопило у нову средину.

Као и када се ради о премештајима деце у границама наше земље (законитим и незаконитим) и овде можемо да закључимо да садржина противтужбеног захтева који је мајка истакла указује да је покретање поступка ради делимичног лишења родитељског права узроковано искључиво жељом једног родитеља да се пресели са дететом и одсуством договора родитеља око тога. Разлог за пресељење у конкретном случају је било заснивање нове брачне заједнице мајке у Шведској.

У другостепеној одлуци има података да се отац због незаконитог одвођења детета обраћао Центру за социјални рад, амбасади Шведске у нашој земљи, Интерполу и другим надлежним службама. Такође, констатовано је да је Министарству правде поднео захтев за остваривање права на виђење са дететом. Нема података да је поднео захтев за повратак незаконито одведеног детета по Хашкој конвенцији.

Што се тиче процесног положаја детета у овом поступку, будући да није иступало у улози парничне странке, није било потребе да му евентуално буде

постављен колизијски старатељ или привремени заступник. Такође према подацима доступним у пресуди суд није прибавио мишљење детета.

Коначно, из образложења другостепене пресуде произлази да је руководећи принцип приликом њеног доношења био принцип најбољег интереса детета, у ком погледу постоји сагласност са резултатима истраживања законитих премештаја деце који су такође показали да се суд приликом одлучивања водио наведеним принципом. У образложењу „пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 416/17 од 27.09.2017. године“ је наведено да нема индиција да би интереси малолетног детета били угрожени пресељењем у Шведску. Дете је сада на почетку свог школовања, лепо је адаптирано на нову животну и школску средину, бави се спортским активностима, не постоји језичка баријера, па је најбоље да сада промени пребивалиште, јер је на самом почетку своје образовне афирмације када се деца најлакше адаптирају на нову средину и језик. Такође, дете је од рођења усмерено на мајку, која му је привржена и посвећена, а са њеним садашњим супругом је изградило стабилан и подржавајући однос. Имајући у виду претходно, другостепени суд је закључио да је очево вршење родитељског права несавесно, јер нема индиција да би интереси детета били угрожени његовим пресељењем у Шведску.

До делимичног лишења родитељског права по важећем домаћем породичном праву може да дође када родитељ несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права. У конкретном случају суд је закључио да је очево поступање несавесно, јер нема индиција да би дететов најбољи интерес био угрожен пресељењем у Шведску (мајка се о њему добро стара, изградио је добар однос са мајчиним садашњим супругом, научио је језик и добро се уклопио у нову средину), али је пропустио да испита однос оца са дететом пре његовог пресељења. Утврдио је да су односи родитеља детета конфликтни, али не и какав је однос детета са оцем био у периоду пре одласка детета у иностранство. Стога се чини да је изостало утврђење свих битних чињеница за закључак да ли се очево понашање може окарактерисати као несавесно вршење родитељског права (уколико на пример раније није одржавао личне односе са дететом, није доприносио његовом издржавању, није показивао интересовање за одлучивање о битним питањима за живот детета, односно ни на који начин није учествовао у животу детета, а сада ускраћује сагласност за промену његовог пребивалишта) или представља само жељу једног родитеља да буде близу свог детета и учествује у његовом одрастању,

која је у предметном случају несумњиво осујећена, будући да дете није видело оца од децембра 2015. године, а другостепена одлука је донета у септембру 2017. године.

5.3. Разлози за одбијање захтева за повратак детета

Хашка конвенција предвиђа неколико разлога због којих судски или управни орган државе којој је упућен захтев није дужан да наложи повратак детета које је незаконито одведено, односно задржано.³⁷⁹ Ради се о следећим случајевима:³⁸⁰

- 1) ако је поступак за повратак детета покренут након више од годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања, а дете се у међувремену прилагодило новој средини;
- 2) ако се докаже „да лице, институција или друго тело које се стара о личности детета није стварно остваривало право на старање у време одвођења или задржавања“;
- 3) ако се докаже да се лице, институција или друго тело које се стара о личности детета сагласило, односно накнадно пристало на одвођење или задржавање;
- 4) ако се докаже „да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај“;
- 5) ако је дете одговарајућег узраста и зрелости и супротставља се повратку;
- 6) „ако би повратак представљао кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је упућен захтев.“

У наставку рада пажња је посвећена сваком од наведених разлога. Истраживање је обухватило по 50 одлука надлежних органа различитих држава уговорница у којима је расправљано о сваком од предвиђених изузетака, а које су све похрањене у електронској бази података INCADAT. Такође, истраживање је обухватило, како је већ поменуто, и праксу примене Хашке конвенције у периоду од 01.01.2011. године до 01.10.2019. године од стране Другог основног суда у Београду, Трећег основног суда у

³⁷⁹ Статистички подаци за 1999. годину, 2003. годину и 2008. годину показују да је број случајева у којима је усвојен захтев за повратак детета у паду. Тако је 1999. године захтев за повратак био усвојен у 50% случајева, 2003. године у 51% случајева, а 2008. године у 46% случајева. Вид. N. Lowe, V. Stephens, „Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention“, *Family Law Quarterly*, Volume 46, Number 1, 2012, 54. Овај тренд је настављен и наредних година, па је проценат усвојених захтева пао на 45% 2015. године. Вид. N. Lowe, V. Stephens, „The 2015 Statistical Survey“, *The Judges Newsletter on International Child Protection*, Volume XXI, Winter-Spring 2018, 7.

³⁸⁰ Вид. чл. 12, чл. 13 ст. 1 и 2 и чл. 20 ХК.

Београду, Основног суда у Новом Саду, Основног суда у Крагујевцу и Основног суда у Нишу.

5.3.1. Прилагођеност детета новој средини

Хашка конвенција прописује да „ако је дете незаконито одведено или задржано, а на дан почетка поступка пред судским или управним органом државе уговорнице у којој се дете налази је протекло мање од годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања, односни надлежни орган ће наложити повратак детета.“³⁸¹ „Судски или управни орган, чак и ако је правни поступак покренут након истека рока од годину дана, такође ће наложити повратак детета ако се не докаже да се дете прилагодило новој средини.“³⁸² Дакле, да би се применио наведени изузетак неопходно је да суд стекне увид у ситуацију у којој се дете налази у новој средини и да потом тај увид цени спрам циљева Конвенције.³⁸³ Истовремено са овим одредбама, одмах ћемо скренути пажњу и да, сагласно одредби члана 18 Хашке конвенције,³⁸⁴ наведене одредбе не ограничавају овлашћења судског или управног органа да наложи повратак детета у било које време.

За потребе писања ове дисертације спроведено је истраживање тако што је анализирано 50 одлука које су донели органи различитих држава уговорница у временском периоду од 1990 до 2018. године, а у којима је разматрано постојање овог изузетка. Резултати истраживања показују да је захтев за повратак детета усвојен у 20 случајева, одбијен у 27 случајева, те одбачен у 2 случаја. Поступак није правноснажно окончан у једном случају. Оно што је за овај део дисертације значајно је да је прилагођавање детета новој средини било искључиви разлог за доношење одбијајуће одлуке у 20 случајева (40%). С друге стране статистички подаци за 2015. годину показују да је прилагођеност детета новој средини био једини разлог доношења одбијајуће одлуке у свега 9% случајева.³⁸⁵ Као и у погледу других разлога за одбијање захтева за повратак детета, пракса је врло разнолика и показује значајно различита тумачења која поступајући органи дају истим одредбама Конвенције, али се одређене законитости ипак могу извући. О томе више у наставку.

³⁸¹ Чл. 12 ст. 1 ХК.

³⁸² Чл. 12 ст. 2 ХК.

³⁸³ Z. Ponjavić, V. Vlašković, „Space for the child’s best interests inside The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction“, *Revija za evropsko pravo* broj 2-3, 2014, 62-63.

³⁸⁴ Одредбом чл. 18 ХК је прописано да одредбе поглавља о повратку детета „не ограничавају овлашћења судског или управног органа да наложи повратак детета у било које време.“

³⁸⁵ N. Lowe, V. Stephens, (2017), 15.

5.3.1.1. Рачунање рока од годину дана

Како из конвенцијске одредбе произлази, када је поступак за повратак детета покренут у року од годину дана од незаконитог одвођења или задржавања детета, поступајући орган ће наложити повратак детета, све и да се утврди да се дете прилагодило новој средини.³⁸⁶ Када је пак поступак покренут по протеклу рока од годину дана, поступајући орган државе уговорнице у којој се дете налази има могућност да одбије захтев ако се у поступку докаже да се дете прилагодило новој средини. У погледу примене овог изузетка у пракси, најпре се поставило питање када почиње да тече рок од годину дана и која радња родитеља пред надлежним органима је релевантна да би се сматрало да је рок испоштован.

Садржина одредбе члана 12 став 1 Хашке конвенције у погледу тога када рок почиње да тече чини се не оставља места за дилему и различита тумачења. Одредба врло јасно каже „годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања“. У пракси у погледу овог питања нема значајних одступања, иако је у појединим поступцима истицано да би рок требало да почне да тече од дана када је дете незаконито доведено у државу уговорницу којој је поднет захтев за његов повратак. Овакви аргументи нису прихватани.³⁸⁷

Делује да и у погледу другог питања-која би то радња родитеља пред надлежним органима била релевантна да би се сматрало да је рок испоштован, Хашка конвенција не оставља простора за дилему. Децидно наводи „а на дан почетка поступка пред судским или управним органом државе уговорнице у којој се дете налази је протекло...“ (члан 12 став 1). Ипак, приметан је број случајева у којима је родитељ који захтева повратак детета третирао обраћање Централном извршном органу државе уговорнице као радњу којом је покренуо поступак. Одлуке надлежних органа су по том питању једногласне, релевантан је искључиво датум покретања поступка пред судским или управним органом државе уговорнице у којој се дете налази, а који је овлашћен да наложи повратак детета, док су без значаја обраћања родитеља другим органима државе уговорнице који немају таква овлашћења. Родитеље у извесној мери може да буну термин „управни орган“ државе уговорнице који је употребљен у Хашкој конвенцији, али како је образложено у одлуци америчког суда „Wojcik v. Wojcik 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997)“ Хашка конвенција је усвојила тај термин само због

³⁸⁶ „Court of First Instance of Amaliada decision 248, 13 March 2007, INCADAT reference HC/E/GR 680.“

³⁸⁷ „State Central Authority v. CR (2005) Fam CA 1050, INCADAT reference HC/E/AU 824.“

чињенице да су у појединим законодавствима управни, а не судски органи, надлежни за спровођење хитног поступка за повратак детета, те обраћање Централном извршном органу, као органу управе неке од држава уговорница, који не спроводи поступак за повратак детета, свакако не може имати значај покретања поступка у смислу одредби члана 12 Хашке конвенције.³⁸⁸ Исти став је исказан и у одлуци израелског суда, односно да обраћање Централном извршном органу нема никакав значај у смислу одредби члана 12 Хашке конвенције, те да су релевантна обраћања само оним органима управе који имају овлашћење да наложе повратак детета.³⁸⁹

Дакле, да до активирања изузетка из члана 12 Хашке конвенције не би дошло потребно је да родитељ (или друго овлашћено лице) покрене поступак пред органом овлашћеним да наложи повратак детета у року од годину дана од дана његовог незаконитог одвођења или задржавања.

Разлози због којих родитељи пропусте да покрену поступак за повратак детета у року од годину дана од дана његовог незаконитог одвођења су различити. Поступајући судија у одлуци новозеландског суда је те разлоге поделио у 3 категорије:

1) у прву групу спадају такозване закаснеле реакције из било ког разлога, у којим случајевима мора да се утврди да ли се дете прилагодило новој средини или не, те да ли има места налагању његовог повратка, узимајући у обзир и образложење родитеља зашто није у остављеном року покренуо поступак;

2) у другу групу спадају случајеви где је сакривање детета од стране родитеља који га је одвео узроковало или допринело каснијем покретању поступка, а у којим случајевима период у којем је дете било на непознатој локацији свакако треба бити урачунат у прописани рок од годину дана;

3) у трећу групу спадају такозвана „манипулативна одлагања“ под којима се подразумевају намерна пролонгирања покретања поступка од стране родитеља који је одвео дете у намери да створи услове за примену одредби члана 12 Хашке конвенције.³⁹⁰

Када говоримо о рачунању рока, важно је поменути принцип *equitable tolling* који представља праксу америчких органа да у рок од годину дана не урачунавају

³⁸⁸ INCADAT reference HC/E/USf 105.

³⁸⁹ „Family Appeal 548/04 Plonit v. Ploni, INCADAT reference HC/E/IL 838.“

³⁹⁰ „H.J. v Secretary for Justice (2006) NZ FLR 1005, INCADAT reference HC/E/NZ 1127.“

период у којем је родитељу, који је напослетку поднео захтев за повратак, било непознато где је дете. По овом принципу рок од годину дана почиње да тече тек од дана када остављени родитељ успе да сазна локацију на којој се налази његово дете, а не од дана незаконитог одвођења или задржавања. Разлог за примену овог принципа је да ће у супротном родитељ који је отео и потом скривао дете дуже од годину дана бити награђен за своје поступке којима је створио услове за примену изузетка, која иначе не би била могућа.³⁹¹ Према образложењу одлуке америчког суда „Duarte v. Bardales 526 F. 3d 563 (9th Cir. 2008)“ наведени принцип може да се примени онда када постоје околности које указују да је родитељ који је отео дете предузео кораке да сакрије дете од другог родитеља и када је управо то сакривање узроковало одлагање покретања поступка. У одлуци је изражена бојазан да би пружање могућности родитељу, који је незаконито одвео дете и потом га скривао, да се од захтева за повратак брани аргументом да се дете у међувремену прилагодило на нову средину, подстакнуло не само родитељске отмице деце, већ и сакривање деце од родитеља који захтевају њихов повратак.³⁹²

С друге стране, такође у одлуци америчког суда исти овај принцип није прихваћен уз навођење да није у складу са одредбама члана 12 Хашке конвенције. Имајући у виду садржину тих одредби, образложено је да су творци конвенције јасно одбацили могућност одлагања почетка рока у ситуацијама када је место где се дете налази непознато. Рок увек почиње да тече од дана незаконитог одвођења детета, а примена принципа по којем се у рок не урачунава период у којем је боравиште детета било непознато противно је циљевима саме конвенције. Како се образлаже одредбе члана 12 пружају могућност поступајућим органима да, пре него што донесу одлуку о захтеву за повратак, узму у обзир интерес детета да по протеклу одређеног временског периода остане у земљи у коју је незаконито доведено из разлога што оно може развити жељу да остане у тој земљи независно од напора његових родитеља да га сакрију и задрже, односно пронађу и врате.³⁹³ Овде је значајно споменути и један пример из британске праксе, у којем такође није прихваћен принцип *equitable tolling*, али који осликава шта је све родитељ који отме дете спреман да учини да би очувао тако насталу ситуацију. У конкретном случају мајка је успешно сакривала дете 4 године на тај начин што је дете користило лично име и датум рођења другог детета које је преминуло.

³⁹¹ Вид. „Furnes v. Reeves 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004), INCADAT reference HC/E/USf 578.“

³⁹² INCADAT reference HC/E/US 741.

³⁹³ „Lozano v. Alvarez 697 F. 3d 41 (2nd Cir. 2012), INCADAT reference HC/E/US 1261.“

Епилог овог случаја је био да је одбијен захтев за повратак детета, јер је суд утврдио да се оно у четворогодишњем временском периоду које је провело у земљи у коју је незаконито доведено ипак прилагодило новој средини.³⁹⁴

Након што су изнети аргументи оба приступа, оног који уважава принцип да се у рок не урачунава период у којем је дете било сакривено и оног који такав принцип не уважава, чини се да ипак нема места примени овог принципа. Иако би се можда могло рећи да је правичније да се родитељу који захтева повратак детета у једногодишњи рок за покретање поступка не урачунава временски период у којем он није имао сазнања о месту где се налази дете, па самим тим није ни могао знати којој од држава уговорница да поднесе захтев (уколико је дете уопште одведено у неку од њих), тумачећи садржину одредбе члана 12 став 1 Хашке конвенције јасно је да њени аутори нису оставили простора за овакав начин рачунања рока. Ова одредба је врло јасна и крајње конкретна, рок од годину дана почиње да тече од дана незаконитог одвођења или задржавања, а за процену да ли је он испоштован релевантан је датум почетка поступка пред судским или управним органом државе уговорнице у којој се дете налази, и то оним који има овлашћење да наложи повратак детета. За случај да је рок испоштован, надлежни орган ће наложити повратак детета. За случај да није, надлежни орган има могућност да одбије да наложи повратак детета, ако се докаже да се оно прилагодило новој средини. Напоследку, примени наведеног принципа нема места ни са аспекта детета. До проналажења детета које је један од родитеља незаконито одвео и потом предузео радње да се локација на којој дете борави не открије, може протећи доста времена. У том периоду живот детета се одвија, оно похађа вртић/школу, стиче пријатеље, једноставно речено живи у средини у коју је доведено. Велике су шансе да се протеком времена и прилагоди тој средини, у ком случају би његово измештање из те средине по основу тумачења да је други родитељ поднео захтев у року од годину дана (јер није урачунат период сакривања), због чега се поступајући орган неће упуштати у утврђивање чињеница на околност прилагођености детета новој средини, несумњиво било на штету тог детета. Истовремено, не можемо да не приметимо да ће у пракси постојати ситуације када ће оваква, доследна примена одредби Хашке конвенције и узимање у обзир аспекта и интереса детета, фактички довести до тога да родитељ-отмичар ипак извуче жељену корист од недозвољених радњи, али настојање да се не

³⁹⁴ „Re C. (Abduction: Settlement) (2004) EWHC 1245, INCADAT reference HC/E/UKe 596.“

погодује отмичару и да се његове незаконите радње не оснаже, не може ићи никада науштрб најбољег интереса детета.

Напоследку, проф. др Ђундић сматра да је проблем око рачунања рока када је локација детета једно време била непозната могао бити избегнут да се у тексту конвенције уз одредбе члана 12 нашла и одредба према којој незаконито одвођење детета које је праћено скривањем, ни у ком случају не може довести до промене његовог редовног боравишта. У недостатку такве одредбе, сматра да је постојање редовног боравишта лица у једном месту чињенично питање и што је тај боравак дужи, вољни елемент при заснивању редовног боравишта игра све мању улогу. „Вишегодишњи боравак у једном месту неизбежно доводи до заснивања редовног боравишта, па и ако једно лице на том месту борави противно својој вољи, законским нормама или судској одлуци.“³⁹⁵

5.3.1.2. Покретање поступка у прописаном року

Према Хашкој конвенцији у ситуацијама када родитељ покрене поступак у предвиђеном једногодишњем року, поступајући орган ће наложити хитан повратак детета. Неће се упуштати у утврђивање чињеница везаних за то да ли се дете у међувремену прилагодило новој средини, јер Конвенција претпоставља да је у тим ситуацијама у интересу детета да буде враћено.

5.3.1.3. Покретање поступка по протеклу прописаног рока

Када родитељ покрене поступак за повратак детета након што је протекло годину дана од његовог незаконитог одвођења или задржавања, поступајући орган има могућност да одбије захтев за повратак ако се докаже да се дете прилагодило новој средини, односно наложи повратак независно од тога што је доказано да се дете прилагодило новој средини.

Оно што се у пракси најпре појављује као спорно је да ли поступајући орган, у ситуацији када је поступак покренут по протеклу рока, а у њему се докаже да се дете прилагодило новој средини, има дискрециона овлашћења приликом доношења одлуке или је дужан да у сваком таквом случају одбије захтев за повратак. У једној од посматраних одлука је изражено мишљење да, онда када је у поступку утврђено да се дете прилагодило новој средини, нема простора за дискрециону оцену суда, јер

³⁹⁵ П. Ђундић, 566.

примени Конвенције више нема места, па је захтев за повратак потребно одбити.³⁹⁶ По мишљењу аутора ове дисертације, наведено схватање није у складу са садржином Хашке конвенције, односно одредбом члана 18 која експлицитно прописује да одредбе поглавља којим су регулисани поступак за повратак детета и изузетне ситуације у којима поступајући орган не мора да наложи повратак, не ограничавају овлашћења судског или управног органа да свеједно наложи повратак детета у било које време. Стога је поступајућим органима потребно оставити „одвезане руке“ у процени да ли је оправдано, када се докаже да се дете прилагодило новој средини, наложити његов повратак или пак правно оснажити његов останак. С тим у вези, лорд Хоуп (Lord Hope) сматра да би забрана повратка детета које се прилагодило новој средини могла довести до тога да судски или управни орган поступа на начин супротан интересима тог детета. Сматра и да би, да је то заиста била намера аутора Конвенције, таква забрана била изричито формулисана у њеним одредбама. У њеном одсуству, поступајући органи имају дискреционо овлашћење да наложе повратак детета које се прилагодило новој средини.³⁹⁷ Исто мишљење је изражено и у одлуци британског суда у смислу да, када се докаже да се дете прилагодило новој средини, више не постоји обавеза његовог враћања, већ сагласно одредби члана 18 Хашке конвенције, суд може, али не мора да наложи повратак.³⁹⁸

Поступајући органи у анализираним случајевима за процену испуњености услова за примену изузетка из члана 12 користе два приступа.

Један се састоји од два корака, првог који обухвата утврђивање чињенице да ли се дете прилагодило новој средини и другог који обухвата дискрециону оцену надлежног органа да ли је дете потребно вратити свакако, независно од тога што се оно у међувремену прилагодило. У поступку вођеном пред судом у Ирској, суд је најпре утврдио да се дете прилагодило новој средини, узимајући у обзир његово физичко присуство у једном од градова у Ирској, присуство његове шире фамилије у том граду, одсуство контакта детета са оцем и емоционалну везаност детета за нову околину. Потом је навео да независно од чињеничног утврђења да се дете прилагодило, има дискреционо овлашћење да наложи или одбије његов повратак. У предметном случају,

³⁹⁶ „State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567, INCADAT reference HC/E/AU 232.“

³⁹⁷ „Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) (2007) UKHL 55 (2008) 1 AC 1288, INCADAT reference HC/E/UKe 937.“

³⁹⁸ „Re S (A Minor) (Abduction) (1991) 2 FLR 1, INCADAT reference HC/E/UKe 163.“

суд је одбио повратак детета.³⁹⁹ Овај приступ је у посматраним случајевима чешће примењиван.

Други приступ се састоји од једног корака у којем се истовремено оцењују циљеви Конвенције и интереси детета у датим чињеничним околностима случаја како би се извео закључак да ли се дете прилагодило новој средини. Објашњавајући овај приступ, канадски суд је сматрао да ни циљеви Конвенције, ни околности детета не могу бити одређени апстрактно, већ их је потребно пажљиво размотрити и дати им одговарајућу тежину спрам конкретних околности. У предметном случају суд је чињенично утврдио да је дете, колико год незаконито било његово задржавање, провело 7 година интегришући се, физички и емоционално, у своје ново окружење и заједницу у Канади. У односу на циљеве Конвенције, суд је утврдио да Конвенција има и превентивну и ресторативну сврху: да одврати од вршења отмица и да их по потреби отклони ако се оне појаве. Циљ превенције захтева да се изузеци примењују уско због поруке која се шаље потенцијалним отмичарима. Суд је нагласио да су незаконити поступци и обмањивања својствени свим случајевима отмице, али да су понекад поступци родитеља који је отео дете такви да се већа тежина мора посветити циљу спречавања и одвраћања потенцијалних отмичара од оваквог понашања. У конкретном случају суд је нашао да мајка приликом одвођења детета у Пољску није имала намеру да обмане оца, па имајући у виду циљеве Конвенције, те да се дете интегрисало у нову заједницу, налагању повратка детета није било места.⁴⁰⁰ Овакав приступ је према подацима доступним у анализираним случајевима, примењен у свега једној одлуци.

5.3.1.4. Критеријуми за процену прилагођености детета

У анализираним одлукама, поступајући органи су углавном приликом процене прилагођености детета новој средини узимали у обзир емотивни и физички аспект детета. Шта све надлежни органи конкретно имају у виду приликом процене разликује се од случаја до случаја, али је ради потпуног схватања овог питања можда најсликовитија листа фактора дата у једној од посматраних одлука, која укључује следеће:

- 1) узраст детета
- 2) стабилност његовог боравишта у новој средини

³⁹⁹ „P. v B. (No. 2) (Child Abduction: Delay) (1999) 4 IR 185 (1999) 2 ILRM 401, INCADAT reference HC/E/IE 391.“

⁴⁰⁰ „Kubera v. Kubera 2010 BCCA 118, INCADAT reference HC/E/CA 1041.“

- 3) да ли дете континуирано похађа школу или вртић
- 4) да ли дете похађа неке ваннаставне активности; иде ли у цркву
- 5) да ли је родитељ са којим живи запослен и финансијски стабилан
- 6) да ли дете има пријатеље и рођаке у новој средини
- 7) имиграциони статус детета и родитеља са којим живи.⁴⁰¹

Исти ови фактори су узети у обзир и у одлуци „*In re: V. DEL C. S. B (minor) Mendoza v. Miranda* 559 F. 3d 999 (9th Cir. 2009).“ Изузетак представља фактор који суд није сматрао релевантним уз образложење да је имиграциони статус битан само онда када постоји ризик од хитне депортације. Нагласио је да се давање тако значајне улоге имиграционом статусу не може извести из одредаба саме Конвенције, њене судске праксе, па у крајњем ни реалног живота.⁴⁰²

У преосталим посматраним случајевима, овако исцрпна листа релевантних фактора није тако експлицитно наведена, што свакако не значи да их надлежни органи нису узели у обзир приликом процене дететове прилагођености новој средини. Поступајући органи су у тим случајевима приликом образлагања прилагођености детета углавном изражавали схватање да она не подразумева пуку прилагођеност детета средини у којој борави, већ да у себи конзумира два елемента, физички и емотивни, који морају бити присутни да би се активирао изузетак прописан одредбом члана 12 став 2 Хашке конвенције. При том су под физичким аспектом прилагођености подразумевали физичко присуство у конкретном месту, а под емотивним аспектом осећања сигурности и стабилности.⁴⁰³ Тако је поступајући суд у Енглеској одбио захтев за повратак детета у Пољску због тога што се оно прилагодило животу у Енглеској уз образложење да се ради о детету које је у том тренутку више од пола свог живота живело у Енглеској (отмица извршена када је дете имало 1,5 годину, а од тада је протекло 2 године и 7 месеци), које похађа вртић у тој земљи за који би у Пољској требало да се издвоји значајна сума новца, које живи у кући опремљеној по високим стандардима и прилагођеној његовим потребама, које је срећно и добро се развија. Због свега наведеног суд је био схватања да би повратак у Пољску пореметио дете и

⁴⁰¹ „*Lozano v. Alvarez* 697 F. 3d 41 (2nd Cir. 2012), INCADAT reference HC/E/US 1261.“ За још видети „*Re C. (Abduction: Settlement)* (2004) EWHC 1245, INCADAT reference HC/E/UKe 596.“

⁴⁰² INCADAT reference HC/E/US 1260.

⁴⁰³ „*C. v C.* (2008) CSOH 42 2008 S. C. L. R. 329, INCADAT reference HC/E/UKs 962.“

узроковао му незадовољство.⁴⁰⁴ Околности које је пак суд у Монаку нашао да рефлектују прилагођеност деце новој средини биле су: похађање школе и постизање доброг успеха у њој, добра уклопљеност у разреде и стицање нових пријатеља, чланство у спортском клубу, похађање школе плеса, напредак у учењу француског језика, те одрастање у породици пуној љубави са оцем који је у пензији и полусестром.⁴⁰⁵ Напослетку, у одлуци парагвајског суда прилагођеност детета новој средини је образложена његовим блиским односима са породицом, мајком, сестром и широм фамилијом, похађањем предшколске установе и стицањем пријатеља, те осећањима емоционалне стабилности и уклопљености у сигурној средини у којој живи већ 3 године.⁴⁰⁶ С друге стране постојање искључиво физичког аспекта прилагођености судови нису сматрали довољним за активирање предметног изузетка. Пример за то је одлука америчког суда у којој је изражено схватање да су полазак у школу и стицање пријатеља нормалан след догађаја у новој средини за дете узраста 8 година, али да они свакако нису довољни за утврђење да се дете прилагодило животу у тој средини. Због тога је у одсуству других доказа, суд у предметном случају усвојио захтев и наложио повратак детета у Мексико.⁴⁰⁷

Изузетак од тога да се прилагођеност детета новој средини цени искључиво са аспекта детета, представља одлука америчког суда из 2000. године у којој је изражено мишљење да би, иако одредбе члана 12 Хашке конвенције не предвиђају испитивање прилагођености родитеља који је одвео дете, било погрешно занемарити намере тог родитеља у ситуацијама када дете од њега зависи, па самим тим и степен дететове прилагођености. Суд је образложио да се под прилагођеношћу сматра такво стање за које не постоје индикације да ће се радикално променити и које ће као такво по свој прилици трајати.⁴⁰⁸

Колико је времена потребно да протекне да би се, уз испуњавање и других услова, утврдило да се дете прилагодило новој средини у судској пракси је разнолико. У случајевима у којима је суд одбио да наложи повратак детета због тога што се оно прилагодило новој средини радило се о временским периодима од 16 месеци⁴⁰⁹, 28

⁴⁰⁴ „IGR Petitioner (2011) CSON 208, INCADAT reference HC/E/UKs 1154.“

⁴⁰⁵ „R 6136 M. Le Procureur General contre M. H K, INCADAT reference HC/E/MC 510.“

⁴⁰⁶ „A. J. P. F. s/ Restitucion Internacional, INCADAT reference HC/E/PY 1303.“

⁴⁰⁷ „In re Interest of Zarate No. 96 C. 50394 (N. D. III. Dec. 23 1996), INCADAT reference HC/E/USf 134.“

⁴⁰⁸ „P. v S. 2002 Fam LR 2, INCADAT reference HC/E/US 963.“

⁴⁰⁹ „A. C. v P. C. (2004) HKMP 1238, INCADAT reference HC/E/CNh 825.“

месеци⁴¹⁰, 3 године⁴¹¹, 4 године⁴¹², те 7 година.⁴¹³ Истовремено, суд је у два случаја⁴¹⁴ наложио повратак детета налазећи да се оно и након протекла 4 године у земљи у коју је незаконито одведено није прилагодило тој средини.

Рона Шуз сматра да би се питање да ли се дете прилагодило средини у којој живи морало процењивати како из перспективе детета, тако и у светлу поимања времена од стране детета. Самим тим, у ситуацијама када је од незаконитог одвођења протекло 12 месеци, а дете осећа да се прилагодило животу у земљи у коју је одведено, захтев за његов повратак не би требао бити усвојен без подробне анализе интереса детета. За случај да се дете не осећа прилагођеним животу у земљи у коју је одведено, чињеница да је протекло доста времена сама по себи не обара претпоставку да је у најбољем интересу детета да буде враћено.⁴¹⁵ Као разлоге зашто је потребно прилагођеност детета новој средини ценити управо са аспекта детета, Шуз између осталог наводи да без обзира што је родитељ-отмичар поступао незаконито, само дете није починило никакву грешку. У оним ситуацијама где је дете свесно да ће се са родитељем-отмичарем у скоријој будућности поново селити, тада не можемо говорити о његовој прилагођености новој средини. Међутим, тамо где дете живи на истом месту одређен временски период, живи савршено уобичајеном свакодневицом и потпуно је укључено у образовним и друштвеним активностима, чињеница да је његов родитељ илегални имигрант или на неки начин бегунац од правде не би требала бити битна за питање дететове прилагођености новој средини. Знање да ће можда у једном тренутку морати поново да се преселе како не би били откривени, само по себи не спречава да се дете прилагоди новој средини. Напослетку наводи да постоји велики број деце која су свесна да ће се можда морати селити због посла својих родитеља, али то сазнање свакако не спречава да се они прилагоде животу у средини у којој тренутно живе.⁴¹⁶

⁴¹⁰ „P. v. B. (No. 2) (Child Abduction: Delay) (1999) 4 IR 185 (1999) 2 ILRM 401, INCADAT reference HC/E/IE 391.“

⁴¹¹ „A. J. P. F. s/ Restitucion Internacional, INCADAT reference HC/E/PY 1303.“

⁴¹² „Re C. (Abduction: Settlement) (2004) EWHC 1245, INCADAT reference HC/E/UKe 596.“

⁴¹³ „Kubera v. Kubera, 2010 BCCA 118, INCADAT reference HC/E/CA 1041.“

⁴¹⁴ „Auto Audiencia Provincial No 133/2006 Ponte vedra (Seccion 1) Recurso de apelacion No 473 2006, INCADAT reference HC/E/ES 887“, „Justice de Paix du cercle de Lausanne (Magistrates Court) decision of 6 July 2000 J 765 CIEV 112E, INCADAT reference HC/E/CH 434.“

⁴¹⁵ R. Schuz, (2010), 49.

⁴¹⁶ R. Schuz, „In search of a settled interpretation of Article 12(2) of the Hague Child Abduction Convention“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 20, Number 1, 2008, 75-76.

Терет доказивања чињенице да се дете прилагодило новој средини лежи на оном родитељу који га је незаконито одвео или задржао.⁴¹⁷ У одлуци израелског суда је наведено да отац, који је незаконито одвео дете, у поступку није доказао да се дете прилагодило животу у Израелу, нарочито пошто дете није научило хебрејски језик. Суд је изразио схватање да се прилагођеност детета новој средини треба посматрати са аспекта детета, али је у конкретном случају сматрао ирелевантним дететов однос са васпитачима у вртићу, другом децом и оцем.⁴¹⁸

У складу са свим претходно изнетим могли бисмо извући неколико закључака. Удео поступака у посматраном узорку у којима је захтев одбијен искључиво због тога што се дете прилагодило новој средини је значајан, чак 40%. Рок од годину дана прописан Хашком конвенцијом почиње да тече од дана незаконитог одвођења детета, без обзира да ли је подносиоцу захтева одмах била позната локација на коју је дете одведено. Да би рок био испоштован потребно је да у року од годину дана буде покренут поступак пред органом који је овлашћен да наложи повратак детета. Обраћање другим органима није релевантно. Када се ради о процени прилагођености детета новој средини, чини се као исправан приступ који ту процену врши са аспекта детета и то узимајући у обзир и физички и емоционални аспект његовог боравка у неком месту. Дете је субјект чија се прилагођеност процењује, па нема оправдања да се његова адаптираност у некој средини цени са аспекта других лица. Намере и адаптираност родитеља су само једна у низу битних чињеница. Похвално је што управо на овом становишту почива већина анализираних одлука. Напослетку све и када је поступак покренут по протеклу годину дана и када је утврђено да се дете прилагодило новој средини, надлежни орган опет може да наложи повратак.

5.3.2. Неостваривање права на старање о детету од стране подносиоца захтева у време одвођења или задржавања детета

Хашка конвенција у свом првом члану прокламује да је један од њених циљева да се право на старање „по закону једне од држава уговорница стварно поштује у другој држави уговорници.“⁴¹⁹ Да би се уопште могло говорити о незаконитом одвођењу или задржавању детета, како је у раду већ претходно наведено, оно мора представљати повреду права на старање одређеног лица, институције или тела по закону државе „у

⁴¹⁷ „Central Authority v MG 2010 JDR 1535 (GNP), INCADAT reference HC/E/ZA 724.“

⁴¹⁸ „Family Application 000111/07 Ploni vs Almonit, INCADAT reference HC/E/IL 938.“

⁴¹⁹ Чл. 1 тач. б ХК.

којој је дете било стално настањено пре одвођења или задржавања“, а која права „су се у време одвођења или задржавања остваривала или би се остваривала да није дошло до одвођења или задржавања.“⁴²⁰ За незаконитост одвођења или задржавања Конвенција предвиђа следеће услове: да је одређено лице, институција или тело имало право на старање у време одвођења или задржавања и да се то право остваривало у време одвођења или задржавања или би се остваривало да није дошло до одвођења или задржавања.

Из наведене одредбе несумњиво произлази да подношење захтева од стране лица које пре одвођења или задржавања детета није имало право на старање о детету „по закону државе у којој је дете било стално настањено пре одвођења или задржавања“ води одбијању таквог захтева од стране поступајућег органа, јер се не ради о лицу које је активно легитимисано да захтева заштиту по Конвенцији из разлога што одвођењем или задржавањем детета није дошло до повреде права тог лица. Из наведене одредбе би се такође могло закључити да нема говора о незаконитом одвођењу или задржавању и онда када подносилац захтева има право на старање, али то право није остваривао у време одвођења или задржавања. Узимајући у обзир даље одредбе Хашке конвенције, видимо да није тако.

Наиме, Хашка конвенција одредбом члана 13 став 1 тачка а предвиђа да „судски или управни орган државе којој се упућује захтев није дужан да наложи повратак детета ако лице, институција или друго тело које се супротставља његовом повратку докаже да лице, институција или друго тело које се стара о личности детета није стварно остваривало право на старање у време одвођења или задржавања.“ Ради се дакле о незаконитом одвођењу или задржавању детета, али због тога што подносилац захтева није остваривао право на старање у време када се оно догодило, поступајући орган има могућност, не и обавезу, да не наложи повратак детета. Терет доказивања је дакле на лицу које је одвело дете.

За потребе писања ове дисертације анализирано је 50 одлука различитих држава уговорница донетих у периоду од 2000. године до 2019. године у којима је разматрано постојање овог изузетка. Резултати ове анализе показују да је у највећем броју случајева, њих чак 37 захтев за повратак детета усвојен. Захтев није усвојен у 10 случајева, од тога у 5 (10%) случајева због тога што подносилац захтева није имао

⁴²⁰ Чл. 3 ст. 1 ХК.

право на старање у време одвођења или задржавања детета. У преостала 3 случаја одлука је укинута, па је коначан исход непознат. Ни у једном од посматраних случајева захтев није одбијен због тога што подносилац захтева није стварно остваривао право на старање у време одвођења или задржавања. И подаци најновије студије за 2015. годину показују да је чињеница да подносилац захтева није стварно остваривао право на старање у време одвођења или задржавања била једини разлог одбијања захтева у свега 1% случајева.⁴²¹

У наставку рада биће анализирани одредба Хашке конвенције која дефинише право на старање за потребе Конвенције и начин на који ову одредбу поступајући органи примењују у поступцима за хитан повратак детета. Потом ће бити обрађено која лица по Хашкој конвенцији могу да иницирају поступак, који основи вршења права на старање су Конвенцијом заштићени, те напослетку шта поступајући органи у пракси сматрају стварним остваривањем права на старање.

5.3.2.1. Право на старање о детету у смислу одредаба Хашке конвенције

Термин право на старање у смислу Хашке конвенције „укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета.“⁴²² Иако би се чинило да ће недоумице и различита тумачења у пракси изостати пошто сама Конвенција експлицитно одређује шта се подразумева под термином право на старање, анализирани одлуке показује другачије.

Можда најпрецизније образложење у погледу тога како би суд требало да тумачи ове одредбе садржано је у одлуци британског суда „*Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence)* (2004) EWCA Civ 971.“⁴²³ У њој је наведено да: 1) Конвенција налаже суду да термину „право на старање“ да аутономно тумачење; 2) референца у члану 3 Конвенције „по закону државе у којој је дете било стално настањено пре одвођења или задржавања“ не представља избор закона те државе на начин да ако домаћи закон не третира неко право као право на старање, онда то право неће бити третирано као право на старање у смислу Конвенције; 3) задатак суда јесте да утврди права родитеља према закону државе у којој је дете стално настањено и да потом размотри да ли та права представљају право на старање у смислу Конвенције; 4) при разматрању да ли су та

⁴²¹ N. Lowe, V. Stephens, (2017), 15.

⁴²² Чл. 5 тач. а ХК.

⁴²³ INCADAT reference HC/E/UKe 591.

права заиста право на старање, суд има право и обавезу да Конвенцији да смислено тумачење.

Различит приступ који је за праксу од највећег утицаја по мишљењу аутора је онај у погледу тога да ли се право једног родитеља на вето приликом одлучивања о месту пребивалишта детета може сматрати правом на старање у смислу Хашке конвенције.⁴²⁴ У наставку ћемо најпре приказати случај у којем је заузет искључив став да се право вета не може сматрати правом на старање, а потом и случај у којем је заузет сасвим супротан став и родитељу-подносиоцу захтева који је имао право вета пружена заштита по Хашкој конвенцији. Интересантно је да се у оба случаја, иако са дијаметрално различитим схватањима, ради о одлукама поступајућих судова у САД-у, које су донете у размаку од 4 године.

У првој одлуци америчког суда донетој 2000. године заузето је становиште да право на старање представља скуп права чији део родитељ мора да поседује да би био заштићен конвенцијом, а да поседовање само једног од тих права, попут права на одређивање места пребивалишта детета вршењем вета над међународним пресељењем детета, није довољно да би се могло говорити о праву на старање.⁴²⁵ Конкретно се радило о 9-огодишњој девојчици, коју је мајка одвела из Хонг Конга у Њу Јорк. Девојчица је од рођења живела у Хонг Конгу. Била је поверена мајци на самостално старање, при чему је одлука о старању забрањивала да девојчица буде једнострано пресељена из Хонг Конга без сагласности другог родитеља или суда. Отац је имао право на виђање са ћерком. Поводом његовог захтева за повратак ћерке у Хонг Конг, надлежни суд у САД-у је изразио схватање да отац изузев права вета на пресељење детета у иностранство, није титулар ниједног другог права из опуса права на старање, укључујући ни права на одређивање пребивалишта детета у границама Хонг Конга, следом чега не може са успехом захтевати повратак детета по Хашкој конвенцији. Ипак, један од поступајућих судија је изузео своје мишљење, наводећи да дефиниција права на старање по Хашкој конвенцији подразумева скуп права која се требају заштитити без обзира да ли родитељ има једно, више или сва права која улазе у састав права на старање, те без обзира да ли та права врши самостално или заједно са другим родитељем. Исти судија је даље тврдио да право родитеља да одлучује о пресељењу

⁴²⁴ Право вета представља право једног родитеља да други родитељ не пресели дете из матичне земље без његове сагласности или без одлуке суда.

⁴²⁵ „Croll v. Croll 229 F. 3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001), INCADAT reference HC/E/USf 313.“

детета у иностранство даје том родитељу право да одреди место пребивалишта детета. Самим тим, по мишљењу тог судије у конкретном случају право на старање у смислу Хашке конвенције имају и отац и суд, без чије сагласности мајка није била овлашћена да изврши пресељење детета у иностранство.⁴²⁶

Сасвим супротно мишљење од овог да право на вето једног родитеља не значи да тај родитељ има право на старање у смислу Хашке конвенције, изражено је у другој одлуци америчког суда која је донета четири године касније, 2004. године.⁴²⁷ У тој одлуци надлежни другостепени суд у САД-у се чак осврће на становиште изражено у претходно наведеној одлуци америчког суда и закључује да је оно неприхватљиво. У конкретном случају се радило о девојчици узраста 5 година коју је мајка незаконито одвела из Норвешке у Америку. Девојчица је од рођења живела у Норвешкој. Њени родитељи се били разведени, а по њиховом споразуму обоје су вршили родитељско право. По договору је мајка живела са дететом, а отац је имао право да га виђа. Такође, по норвешком праву отац је имао право да одлучује о одређеним аспектима живота детета, између осталог и о пресељењу детета ван граница Норвешке. Код оваквог чињеничног утврђења, другостепени амерички суд је приметио да је кључно питање да ли по норвешком праву отац има таква права која га овлашћују да захтева повратак детета по Хашкој конвенцији. Разматрајући значење права на старање, другостепени

⁴²⁶ Исто становиште је заузето и у одлуци америчког суда „Abbott v. Abbott 542 F. 3d 1081 (5th Cir. 2008), INCADAT reference HC/E/US 989“ донетој 16.09.2008. године. Суд није усвојио захтев оца за повратак уз образложење да његово право вета на пресељење детета ван граница Чилеа није право на старање у смислу одредаба Хашке конвенције. У конкретном случају се радило о захтеву за повратак детета рођеног 1995. године на Хавајима у браку оца, држављанина Велике Британије и мајке, држављанке САД-а. Породица се 2002. године преселила у Чиле. Заједница живота супружника је прекинута у марту 2003. године, након чега је уследио дуготрајан поступак о старању над дететом који се водио пред чилеанским судом. У крајњем је дете поверено мајци на старање, отац је имао право да се виђа са дететом, а судском одлуком је било забрањено сваком од родитеља да једнострано пресели дете ван граница Чилеа. Независно од постојање такве судске одлуке, мајка је у августу 2005. године без сагласности оца одвела дете у САД. Отац је иницирао поступак за повратак детета по Хашкој конвенцији. Оно што је карактеристично за овај случај је што на његовом примеру можемо видети оба схватања која надлежни органи имају у погледу природе права вета једног родитеља. Наиме, одлуком од 16.09.2008. године потврђена је првостепена одлука којом није усвојен захтев за повратак. У поступку пред Врховним судом, на иницијативу оца, та другостепена одлука је укинута и предмет је враћен на поновно разматрање. У одлуци Врховног суда „Abbott v. Abbott 130 S. Ct. 1983 (2010) INCADAT reference HC/E/USf 1029“ од 17.05.2010. године заузето је дијаметрално супротно становиште од оног израженог у првостепеној одлуци, које је подржано од стране другостепеног суда и очево право вета је третирано као право на старање по основу којег он може да захтева заштиту. Образложење суда је гласило да се под термином „место пребивалишта“, у светлу циља Конвенције да спречи незаконита премештања деце у иностранство, подразумева земља дететовог пребивалишта. Чак и када би се под овим термином подразумевала адреса становања детета у некој земљи, у конкретном случају би отац имао право да одреди то место. Суд даље образлаже да право да одреди место боравка детета, оцу даје права која се односе на негу детета. Ово из разлога што су језик којим ће дете причати и његов идентитет, те култура и традиција којима ће бити изложено, нераскидиво повезани са његовом државом пребивалишта. Сагласно изнетом, суд је укинуо одлуку и предмет вратио на поновно одлучивање.

⁴²⁷ „Furnes v. Reeves 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004), INCADAT reference HC/E/USf 578.“

суд је приметио да су амерички судови склони размишљати о овом концепту пре свега као о физичком старању над дететом. Истовремено је изразио схватање да се у примени Хашке конвенције мора имати у виду дефиниција права на старање коју даје сама Конвенције, а која укључује „права која се односе на негу детета“ и „право на одређивање места боравка детета“, па самим тим право оца да доноси одређене одлуке у сфери личних питања која се тичу детета може само по себи да му да право на старање у смислу Конвенције. Следом изнетог, суд је закључио да у конкретном случају право оца да утиче на место пребивалишта детета, које право му припада по норвешком закону, конституише право на старање оца у смислу Конвенције и овлашћује га да захтева повратак детета. У коначном, суд је наложио да се дете врати у Норвешку.⁴²⁸

Да право вета једног родитеља представља право на старање у смислу одредаба Хашке конвенције, сматра и баронеса Хејл у одлуци британског суда „Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) (2006) UKHL 51.“⁴²⁹ Образлаже да одређени број родитеља са правом вета имају врло ограничен контакт са својом децом због чега је налагање повратка у тим случајевима тешко, али и да се околности сваке породице разликује, те да је циљ Конвенције омогућити судовима земље у којој дете има место сталног боравка да донесу одлуку о томе ко ће се старати о њему. Истиче да поступајући органи државе којој је поднет захтев нису овлашћени да доносе мериторне одлуке, па је самим тим квалитет односа родитеља са дететом ирелевантан. Битно је једино да ли родитељ-подносилац захтева има или нема право на старање за потребе Хашке конвенције. Закључује да би било чудно да Конвенција која је донета са циљем да осигура хитан повратак деце која су незаконито одведена из својих матичних земаља, не резултира повратком те деце чији је премештај очигледно представљао кршење закона, судских одлука и споразума. У предметном случају није усвојен захтев оца за повратак детета, јер је утврђено да је у време одвођења детета имао само право да виђа дете, па одвођењем није повређено његово право на старање.

По мишљењу аутора чини се да је приступ заузет у другој одлуци америчког суда, подржан и од стране баронесе Хејл, исправнији. Један од елемената права на

⁴²⁸ Исто становиште је заузето и одлуци норвешког суда „Case no. LB-2015-76479, INCADAT reference HC/E/NO 1400.“ У предметном случају суд је усвојио захтев оца и наложио повратак детета из Пољске у Норвешку, сматрајући да очев право вета на пресељење детета у иностранство представља право на старање оца за потребе Хашке конвенције. Мајка није била овлашћена да без његове сагласности или у крајњем одлуке суда премести дете у Пољску због чега је такво одвођење третирано као незаконито.

⁴²⁹ INCADAT reference HC/E/UKe 880.

старање у смислу Хашке конвенције је право родитеља на одређивање места боравка детета. Стављањем вета од стране једног родитеља место боравка детета остаје непромењено. Односно уз сагласност родитеља који има право вета, место боравка детета бива промењено. Из наведеног несумњиво произлази колики утицај има родитељ са правом вета на одређивање места боравка детета, па се чини да се никако не може сматрати да он нема право на старање у смислу одредаба Хашке конвенција и да због тога не ужива заштиту.

У преостала 2 случаја у којима захтев није усвојен због тога што подносилац није имао право на старање, природа права на вето није ни била дискутабилна. У првом од њих, ситуација је била јасна, отац није имао право на старање у време одвођења детета од стране тетке, којој је оно било поверено на самостално старање. Родитељи детета су били разведени, а дете је, након што је мајка извршила самоубиство, поверено тетци са мајчине стране, која је између осталог имала право да уз сагласност адвоката детета одлучује о месту пребивалишта детета. У поступку који је вођен по Хашкој конвенцији, један од аргумената оца је био да је одвођењем детета повређено право суда на старање, а које право је суд по његовом мишљењу црпио из чињенице да је у том тренутку био у току поступак за проглашавање неважећом одлуке којом је дете поверено тетци. Поводом овог аргумента, суд се изјаснио да с обзиром да пред судом не тече поступак у којем се одлучује о томе ко ће се старати о детету, већ поступак у којем се испитује важност раније донете одлуке о старању, нема говора о томе да је суд ималац права на старање. Отац је даље тврдио да је након оглашавања претходне одлуке о старању, он ималац права на старање по основу самог закона. Тим поводом је суд истакао да се у конкретном случају не може сматрати да је у интересу детета да буде поверено родитељу који је жив, чему се иначе у пракси тежи, из разлога што је он за дете странац и што никада није захтевао да му се додели родитељско право над дететом пред надлежним судом.⁴³⁰

У другом случају је такође било јасно да је захтев поднет од стране оца који по Хашкој конвенцији не може да тражи повратак деце. Радило се о одвођењу двоје деце од стране њихове мајке. Деца су рођена у ванбрачној заједници, а у време одвођења заједница живота њихових родитеља је била прекинута већ 5 година. Неколико месеци пре одвођења деце из Холандије у Израел, отац је поднео захтев суду у Ротердаму да

⁴³⁰ „Espiritu v. Bielza (2007) O. J. No. 1587, 2007 ONCJ 175; 39 R.F.L. (6th) 218; 2007 CarsweelOnt 2546, INCADAT reference HC/E/CA 728.“

одреди да се он и његова бивша партнерка заједно старају о деци. Након одвођења деце, поднео је и захтев за њихов повратак по Хашкој конвенцији. У том поступку, израелски суд је утврдио да према закону Холандије, када су деца рођена у ванбрачној заједници, отац стиче право на старање онда када га региструје. Подношењем суду захтева да му се додели право на старање, отац не стиче то право, нити се тиме ограничава искључиво право мајке да одреди место пребивалишта деце. Са полазиштем на изнето, те околност да Хашка конвенција прави јасну разлику између права на старање и права на виђање са дететом, при чему кршење права на виђање не овлашћује родитеља да захтева повратак детета, израелски суд није усвојио захтев оца.⁴³¹

На овом месту бисмо могли да сумирамо следеће:

1) Хашка конвенција прави разлику између права на старање и права на виђење са дететом и за свако од ових права установљава посебан механизам заштите;

2) захтев за повратак детета није средство којим се штити право на виђење са дететом по Конвенцији;

3) право вета једног од родитеља на одлуку другог родитеља о пресељењу детета у иностранство, нужно је сматрати правом на старање тог родитеља у смислу одредбе члана 5 тачка 1 Хашке конвенције.

5.3.2.2. Право државе дететовог сталног настањена као релевантно материјално право

Према одредби члана 3 став 1 тачка а Хашке конвенције материјално право које је релевантно за процену да ли одвођење или задржавање детета представља повреду права на старање одређеног лица, институције или тела је материјално право „државе у којој је дете били стално настањено пре одвођења или задржавања.“

Резултати спроведеног истраживања показују да у овом погледу у пракси нема недоумица. Пракса је уједначена и наведена одредба се без тешкоћа примењује. Надлежни органи држава којима су поднети захтеви за повратак детета право на старање без дилема процењују спрам релевантног важећег права државе у којој је дете имало место сталног боравка пре одвођења.

Усамљени пример погрешне примене одредбе члана 3 став 1 тачка а Хашке конвенције је одлука Опћинског суда у Ријечи којом је одбијен захтев за повратак

⁴³¹ „HSB v. AAK RfamA 9441/12, INCADAT reference HC/E/IL 1300.“

детета (основом члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције), а у којој је уместо материјалног права Немачке, као земље у којој је дете било стално настањено пре одвођења, примењено право Хрватске, као земље у коју је дете доведено. Упркос чињеници да је последње заједничко пребивалиште супружника и детета било у Немачкој, суд је применио одредбе чланова 91 и 92 Обитељског закона Хрватске из разлога што су супружници склопили брак у Хрватској и што су и они и њихово дете хрватски држављани.⁴³²

У преосталих 49 посматраних случајева, надлежни органи су без изузетка примењивали релевантно право земље у којој је дете било стално настањено пре одвођења или задржавања⁴³³. У том погледу је занимљив и за сваку похвалу поступак исландског суда који се, пре доношења одлуке о поднетом захтеву за повратак, обратио Централном извршном органу Шпаније, земље из које је дете одведено, ради пружања информација о садржини и природи права на старање по праву Шпаније. На овај начин суд је отклонио све евентуалне дилеме о правима којима подносилац захтева располаже и у крајњем закључио да отац има право на старање у смислу одредаба Хашке конвенције, а које право је једностраним поступком мајке повређено.⁴³⁴

⁴³² „Municipal Court of Rijeka No. R1Ob-336/16 of 27. July 2016, INCADAT reference HC/E/HR 1392.“

⁴³³ Тако је у још једној посматраној одлуци хрватског суда правилно примењено право државе у којој је дете било настањено непосредно пре одвођења, конкретно право Немачке. Опћински суд у Осигеку је закључио да се по релевантном немачком праву отац-подносилац захтева за повратак и мајка заједно старају о малолетном детету, при чему је оцу одлуком надлежног органа у Немачкој привремено додељено право да самостално одлучује о пребивалишту детета. Вид. у „Municipal Court of Osijek No. 12 R1 Ob-566 of 3 October 2016, INCADAT reference HC/E/HR 1394.“ Амерички суд је такође у одлуци „Fabri v. Pritikin-Fabri 221 F. Supp. 2d 859 (N. D. III July 13, 2001), INCADAT reference HC/E/USf 484“ права којима располаже отац-подносилац захтева процењивао са становишта италијанског права, будући да је у тој земљи било пребивалиште детета пре него што је незаконито задржано у САД-у. Нашоа је да отац има право старања над дететом из разлога што се по праву Италије родитељи заједнички старају о детету до његовог пунолетства, при чему се заједничко старање наставља и онда када се један од родитеља физички стара о детету након сепарације. У још једној посматраној одлуци америчког суда приказана је примена иностраног материјалног права за потребе процене да ли подносилац захтева располаже правом на старање. У одлуци „Gil v. Rodriguez 184 F. Supp. 2d 1221 (M. D. Fla. 2002) INCADAT reference HC/E/USf 462“ амерички суд је применио право Венецуеле, у којој је дете живело пре одвођења, те образложио да по регулативи те земље отац и мајка детета имају заједничку дужност да подижу, образују, подржавају и помажу своју децу. Ове одговорности и обавезе су обухваћене термином *patria potestas*. Вршење *patria potestas* обухвата многа права, укључујући и право одлучивања о месту пребивалишта детета. Самим тим, суд је закључио да је једнострано одвођење детета од стране мајке представљало кршење права која је уживао отац. Поводом аргумента, да отац није имао право на старање, јер је дете млађе од седам година, суд је образложио да се то правило венецуеланског права примењује само тамо где су родитељи имали одвојена места становања, а да су у конкретном случају супружници живели заједно у тренутку када је дете одведено.

⁴³⁴ „M. v. K. 20/06/2000 Iceland Supreme Court, INCADAT reference HC/E/IS 363.“

5.3.2.2.1. Примена права државе дететовог сталног настањења онда када је оно незаконито доведено у Републику Србију

Како је већ речено у посматраном временском периоду од 01.01.2011. године до 01.09.2019. године пред, истраживањем обухваћеним, основним судовима у нашој земљи су вођена свега 3 поступка по Хашкој конвенцији. Иако су донета 3 првостепена решења (анализирано је и укинута решење Основног суда у Новом Саду, без обзира што је поступак у крајњем завршен судским поравнањем, јер смо сматрали да је за истраживање важније првобитно донето решење), подаци о релевантном материјалном праву спрам којег је суд процењивао да ли је одвођењем односно задржавањем повређено право на старање подносиоца захтева су доступни у само једном решењу. Ради се о решењу Основног суда у Нишу РЗ. 284/16 од 16.12.2016. године. У питању је један позитиван пример судске праксе у којем је суд, код чињенице да је дете од рођења у континуитету живело у Грчкој, применио материјално право управо наведене земље и закључио да задржавање детета у нашој земљи представља повреду права на старање оца-подносиоца захтева по закону Грчке, па је као такво незаконито. Дакле, суд је правилно ценио постојање права на старање подносиоца захтева према праву земље у којој је дете било стално настањено пре задржавања. У одлуци је цитирао одредбе члана 1510 ставови 1, 2 и 3⁴³⁵ и члана 1528 став 1⁴³⁶ Грчког кодекса грађанског права. Применом тих одредби закључио је да је у време задржавања детета у Србији, отац имао право на старање над дететом.

У преостала два првостепена решења нема података које материјално право је суд применио за процену да ли је подносилац захтева имао право на старање над дететом у време његовог одвођења-задржавања. Независно од тога у оба поступка је суд утврдио да очеви-подносиоци захтева имају право на старање над децом и као такви су активно легитимисани да захтевају заштиту по Хашкој конвенцији.

⁴³⁵ Одредбом члана 1510 став 1 је прописано да је старање о малолетном детету дужност и право родитеља које родитељи обављају заједно. Оно обухвата вођење рачуна о детету као лицу, управљање његовом имовином и заступање детета у сваком процесу, који се тичу његовог лица или имовине. Одредбама ставова 2 и 3 истог члана је одређено да родитељско старање врши само један од родитеља када родитељско старање престане из разлога смрти, проглашења несталим или у случају дискредитованости једног од родитеља, када један од родитеља није у могућности да се стара о детету из реалних разлога или уколико је неспособан или је ограничено способан да учествује у судском процесу.

⁴³⁶ Одредбом члана 1528 став 1 је прописано да надзор над дететом обухвата првенствено одгој, надзор, образовање и обучавање детета, као и одређивање места у коме борави.

5.3.2.3. Лица овлашћена да захтевају повратак детета

По Хашкој конвенцији право да поднесе захтев за повратак детета има свако лице, институција или било које друго тело, чије је право на старање повређено одвођењем или задржавањем детета.⁴³⁷

У пракси свакако претежу захтеви поднети од стране једног од родитеља. Од анализираних 50 случајева, њих чак 49 је иницирано од стране једног од родитеља. Свега један случај је инициран од стране другог тела и то приватне Агенције за усвајање. Конкретно, радило се о задржавању 5-омесечне девојчице рођене у САД-у, коју је када је била стара свега 2 дана усвојио брачни пар из Енглеске. Споразумом који је Агенција закључила са усвојоцима предвиђено је да она задржава право да врши надзор над смештајем детета и право да захтева повратак детета. Након одвођења детета у Велику Британију, Агенција за усвајање је обавештена од стране локалне социјалне службе у Великој Британији да је забринута да ли ће усвојоци моћи да обезбеде детету сигурну и безбедну средину за одрастање. Агенција за усвајање је тада захтевала повратак детета, што су усвојоци одбили. Потом је покренула поступак по Хашкој конвенцији у којем је надлежни орган њено право да врши надзор и захтева повратак детета третирао као право Агенције да се стара о детету.⁴³⁸

Овде је значајно навести и могућност која постоји у земљама англосаксонског правног подручја, а то је да је за време трајања судског поступка у којем се одлучује о томе ко ће се старати о детету, ималац права на старање суд и једностраним одвођењем детета од стране неког од родитеља то право суда може бити повређено. Тако је на пример канадски суд у одлуци „Thomson v. Thomson (1994) 3 SCR 551 6 RFL (4th) 290“⁴³⁹ (ова одлука није узета у истраживачки узорак) закључио да је у време одвођења детета од стране мајке из Шкотске у Канаду, шкотски суд имао право да одлучи ко ће се старати о детету и где ће бити његово место пребивалишта, па је самим тим имао и право на старање над дететом. У време одвођења детета, судски поступак за старање над дететом је био у току и биле су донете одлуке којима је дете привремено поверено мајци на старање, а оцу привремено дато право да се виђа са дететом. Коначна судска одлука којом је дете поверено на старање оцу, донета је након што је оно одведено од

⁴³⁷ Чл. 3 ст. 1 тач. а ХК.

⁴³⁸ „Re J. S. (Private International Adoption) (2000) 2 FLR 638, INCADAT reference HC/E/UKe 479.“

⁴³⁹ INCADAT reference HC/E/CA 11.

стране мајке. У међупериоду у којем је дете одведено право на старање је дакле имао суд.

У погледу основа стицања права на старање чија се заштита може захтевати по Хашкој конвенцији, ради се о следећим основима:

- 1) закон
- 2) судска или управна одлука,
- 3) споразум који има правно дејство по закону односне државе.⁴⁴⁰

Конвенција дакле штити све облике права на старање, како је и наведено у одлуци белгијског суда „No de rolle: 01/6584/A.“⁴⁴¹ У предметном случају у време одвођења детета (4,5 године старог) из Шпаније у Белгију од стране оца, није још била донета ниједна одлука надлежних органа о томе ко се стара о детету. Полазећи од тога да се Конвенцијом штите сви основи вршења права на старање, суд је закључио да је одвођење детета незаконито, јер представља кршење права на старање које мајка има на основу самог закона. Странке су по закону заједнички вршили родитељско право над дететом и ниједна од њих није била овлашћена да без сагласности друге странке пресели дете.

Основ вршења права на старање може бити и судска или управна одлука, па је тако у одлуци канадског суда „Chan v Chow (2001) 199 D. L. R. (4th) 478 (B.C.C.A.)“⁴⁴² наведено да основ старања могу бити све судске или управне одлуке, не само оне које су донели надлежни органи у земљи из које је дете одведено. У предметном случају, родитељи су живели на релацији Канада-Хонг Конг. Њихово дете је рођено у Канади, канадски суд је након њихове сепарације донео одлуку да ће се заједнички старати о детету, а дете је незаконито одведено из Хонг Конга у Канаду од стране оца. Код изнетог, канадски суд је сматрао да основом судске одлуке те државе мајка има право на старање и овлашћена је да захтева повратак детета по Хашкој конвенцији.

Коначно основ вршења родитељског права може бити и споразум самих родитеља. У одлуци немачког суда „Oberlandesgericht Dresden 10 UF 753/01 21. January 2002“⁴⁴³ је образложено да се родитељско право састоји од већег броја различитих

⁴⁴⁰ Чл.3 ст. 2 ХК.

⁴⁴¹ INCADAT reference HC/E/BE 526.

⁴⁴² INCADAT reference HC/E/CA 751.

⁴⁴³ INCADAT reference HC/E/DE 486.

права која се тичу дететове личности и имовине, а која укључују и право на одређивање места пребивалишта детета. У конкретном случају споразумом родитеља дете је поверено мајци на самостално старање, док је отац задржао право учесталог виђања са дететом. Споразумом је уједно ограничено право мајке да одређује место пребивалишта детета, тиме што јој је за свако пресељење детета била неопходна сагласност оца. Будући да мајка није имала сагласност оца када је одвела дете, суд је закључио да је таквим поступком повређено очево право на старање које му припада по основу наведеног споразума, па је наложио повратак детета по Хашкој конвенцији. Овде уједно видимо да је очево право вета сматрано правом на старање за потребе Конвенције.

5.3.2.4. Стварно остваривање права на старање о детету

Хашка конвенција предвиђа да „судски или управни орган државе којој се упућује захтев није дужан да наложи повратак детета ако лице, институција или друго тело које се супротставља његовом повратку докаже да лице, институција или друго тело које се стара о личности детета није стварно остваривало право на старање у време одвођења или задржавања.“⁴⁴⁴ Како је већ речено, чињеница да подносилац захтева није стварно остваривао право на старање није била разлог одбијања захтева ни у једном од посматраних случајева.

Управо је чињеница да ли је отац-подносилац захтева стварно остваривао права из корпуса права на старање била спорна у случају вођеном пред надлежним аустријским органима, а поводом захтева оца за повратак детета у Србију. Битне чињенице овог предмета су да су родитељи и дете српски држављани, да је брак родитеља разведен одлуком суда у Београду и да је дете поверено мајци на самостално вршење родитељског права. Дете је у периоду након развода живело на релацији Србија-Аустрија. Од почетка 2002. године отац је живео у Аустрији и родитељи су се заједнички старали о детету које је једну недељу живело са мајком, а једну недељу са оцем. У јулу 2002. године отац је довео дете из Аустрије у Србију, ради одмора, како је рекао мајци детета. Дете је оставио код родитеља његове бивше супруге, дететових бабе и деде, док не пронађе смештај и посао у Београду. Када је у августу сазнала да је дете код њених родитеља, мајка га је вратила у Аустрију. У септембру 2002. године Централни извршни орган Србије је поднео захтев за повратак детета Централном

⁴⁴⁴ Чл. 13 ст. 1 тач. а ХК.

извршном органу Аустрије. У поступку који је уследио пред аустријским органима било је спорно да ли је у време одвођења детета отац остваривао право на старање над њим. Врховни суд Аустрије се тим поводом изјаснио да првостепене судије, у ситуацији када отац остави дете код бабе и дете, не би требало да изводе закључак да он није остваривао право на старање. Позивајући се на аустријску судску праксу у вези с тим, Врховни суд је подсетио да родитељ који има право на старање о детету, није дужан да га спроводи сам, већ може да повери дете и трећој особи под условом да задржи одговорност и право да одлучује о образовању детета. То подразумева да родитељ који има право на старање треба да буде у стању да коректно извршава своје обавезе и да утиче на образовање које ће дете добити или пак да одлучи да узме дете натраг ако они код којих се оно налази не поштују његове препоруке. Суд је нагласио да је одредбама самог члана 5 Конвенције дефинисан концепт права на старање који укључује и право на одређивање места боравка детета. Родитељ који се заједнички стара о детету би стога требао имати право да заједнички одлучује где дете треба да пребива. Самим тим се не може закључити да је чињеница да је дете дато бакама и декама искључила остваривање очевог права на старање. Суд је напоследку додао и да би о овоме била потребна додатна расправа да у конкретном случају не мањка други услов за примену Конвенције, а то је да дете није одведено из државе свог сталног места боравка.⁴⁴⁵

Поверавање детета трећем лицу-рођаку од стране оца за време његове хоспитализације ни британски суд⁴⁴⁶ није сматрао као неостваривање очевог права на старање у том периоду. Сврха услова да је право на старање заиста вршено у време одвођења или задржавања је просто настојање Конвенције да спречи подношење захтева од стране особа које нису имале никакву улогу у животу деце пре њиховог одвођења или задржавања.

Какав ће однос и које поступке надлежни орган у пракси третирати доказом да је родитељ заиста остваривао право на старање над дететом у време његовог одвођења или задржавања, не може се са сигурношћу одредити. Извесну помоћ у отклањању недоумица могу ипак пружити примери из анализиране праксе. У том смислу је можда најсликовитији онај садржан у одлуци америчког суда у поступку који је вођен по захтеву оца-светски познатог оперског певача из Италије против мајке, држављанке

⁴⁴⁵ „8 Ob121/03g Oberster Gerichtshof , INCADAT reference HC/E/AT 548.“

⁴⁴⁶ „S. v S. 2003 SLT 344, INCADAT reference HC/E/UKs 577.“

Србије и Италије, која је без његове сагласности преместила дете из Италије у САД. Родитељи нису били разведени и није била донета одлука надлежног органа о томе ко ће се старати о детету, које је након прекида заједнице живота родитеља наставило да живи са мајком. Амерички суд је наложио повратак детета у Италију, у својој одлуци између осталог образлажући да чињенице да је отац пре сепарације у целости сносио издржавање детета, да је након сепарације остао у контакту са дететом и редовно се виђао са њим, те да је непосредно пре одвођења детета провео са њим викенд у кући његових родитеља, јасно указују да је отац пре одвођења детета вршио право на старање над њим.⁴⁴⁷ У још једној одлуци америчког суда су такође редовни контакти оца са ћерком и његова настојања да се они одрже и када ју је мајка одвела у САД, били сматрани доказом да је отац стварно остваривао своје право на старање у време одвођења детета. И у овом случају родитељи нису били разведени, заједница живота међу њима је била прекинута, дете је живело са мајком, а отац се редовно виђао са њим.⁴⁴⁸ Јапански суд је такође редовне контакте оца са дететом који су укључивали и спавање детета код оца по две ноћи заредом, те учесталу комуникацију родитеља у сврху организације виђања оца са дететом, сматрао довољним за закључак да је отац вршио право на старање у време одвођења детета. У овом случају поступак за развод брака је био у току у време одвођења детета, а дете је по прекиду заједнице живота родитеља остало да живи са мајком.⁴⁴⁹ Напоследку, немачки суд у једној од одлука образлаже да родитељ који се не стара примарно о детету, своје право на старање остварује одржавањем редовних личних односа са дететом и противљењем томе да се дете трајно пресели у иностранство. Ни у овом случају развод брака родитеља није био спроведен у време одвођења деце од стране мајке, која је са децом наставила да живи након прекида заједнице живота са њиховим оцем.⁴⁵⁰

Како произлази, према подацима који су доступни у анализираној судској пракси (неке од одлука садрже само констатацију да је подносилац захтева у време одвођења или задржавања стварно остваривао право на старање, без конкретизације на који начин) надлежни органи су изводили закључак да је родитељ-подносилац захтева вршио право на старање у време одвођења или задржавања детета превасходно на

⁴⁴⁷ „Armiliato v. Zaric-Armiliato 169 F. Supp. 2d 230 (SDNY 2001), INCADAT reference HC/E/USf 385.“

⁴⁴⁸ „Fabri v. Pritikin-Fabri 221 F. Supp. 2d 859 (N. D. III. July 13, 2001), INCADAT reference HC/E/USf 484.“

⁴⁴⁹ „2017 (Ra) No. 525 Appeal case against an order to return the child, INCADAT reference HC/E/JP 1430.“

⁴⁵⁰ „11 UF 121/03 Oberlandesgericht Hamm, INCADAT reference HC/E/DE 822.“ Виђање оца са дететом сматрано је остваривањем права на старање и у одлуци „Oberlandesgericht Dresden 10 UF 753/01 21 January 2002, INCADAT reference HC/E/DE 486.“

основу чињенице да је он у том периоду одржавао са дететом редовне личне односе. У свим наведеним случајевима подносиоци захтева су били очеви који по сепарацији нису живели са децом. Одлука надлежног органа о старању над децом ни у једном случају није још била донета у време одвођења.

Сагласно претходно изнетом, резултати спроведеног истраживања показују да неостваривање права на старање није било разлог одбијања захтева за повратак ни у једном од 50 случајева, док у 10% поступака захтев није усвојен, јер подносилац није имао право на старање о детету у време његовог одвођења или задржавања. Право на старање о детету у смислу Хашке конвенције „укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета“, па је стога и право вета једног родитеља на одлуку другог родитеља да се пресели са дететом потребно третирати као право на старање које овлашћује тог родитеља да поднесе захтев за повратак. Конвенција штити све основе вршења родитељског права (закон, судска одлука и споразум), а постојање повреде тог права се цени спрам права државе дететовог сталног настајења пре одвођења или задржавања. Напослетку, чини се да је правилан став да је за закључак да је родитељ-подносилац захтева стварно остваривао родитељско право довољно то што се са дететом редовно виђао. Извесну пажњу би свакако требало придати и томе да ли је тај родитељ у периоду који је претходио одвођењу или задржавању показивао жељу и интересовање да заједно са другим родитељем доноси одлуке о битним питањима за дете или се у том погледу држао крајње незаинтересовано и пасивно. Ово из разлога што се заштита, без обзира што је одвођење или задржавање детета било незаконито, не може пружити родитељу који у временском периоду који је претходио отмици својевољно није учествовао ни најмање у животу свог детета, чији повратак захтева.

5.3.3. Воља родитеља у вези са одвођењем или задржавањем детета

Постојање сагласности и пристанка родитеља су случајеви када судски или управни орган државе којој се упућује захтев такође није дужан да наложи повратак детета.⁴⁵¹ Оно што је одмах уочљиво из формулације Хашке конвенције је да се ова два

⁴⁵¹ Вид. чл. 13 ст. 1 тач. а ХК. Проф. др Ковачек Станић оправдано указује на проблеме у превођењу енглеског термина *acquiesced*, који је коришћен у оригиналном тексту Конвенције. „У преводу на српски језик овај термин је преведен као пристанак. Термин *acquiesced* међутим значи пређутан пристанак или помирење са околностима, што у пракси отежава доказивање да ли је родитељ накнадно пристао на одвођење или задржавање детета. Логично је да ће тај родитељ тврдити да он није накнадно пристао на одвођење или задржавање детета, јер када би сматрао да јесте не би ни покренуо поступак за враћање детета.“ Вид. Г. Ковачек Станић (2012), 87.

изузетка, сагласност и пристанак, разликују превасходно по времену у коме су дати у односу на незаконито одвођење или задржавање детета, први му претходи, други му следи. На овај начин остављени родитељ се онемогућава да тражи хитан повратак детета, јер је мишљење да тада нема потребе за таквом врстом прве помоћи која би резултирала успостављањем status quo из разлога што се тај родитељ претходно сагласио, односно накнадно пристао управо на његову промену. Последишно, сва питања везана за будућност детета могу бити решена у оквиру правног система државе у коју је дете одведено.⁴⁵²

Наравно, прописани изузеци чак и када је утврђено њихово постојање не искључују дискреционо овлашћење надлежног органа да наложи повратак детета. Тако је суд у Великој Британији и поред утврђења да се мајка сагласила да отац децу одведе да живе са њим у Великој Британији, наложио њихов повратак у Француску. Свој став је образложио тиме да је у Француској у току поступак о старању, да су деца тамо живела све до одвођења, да је њихов први језик француски, да им отац говори француски језик, да им мајка говори француски језик боље од енглеског језика, да неће бити тешкоћа код деце да прихвате повратак у Француску и да би у случају одбијања захтева за повратак постојале супротне одлуке у Великој Британији и Француској што би довело до тога да деца не могу да одлазе у Француску у терминима за виђање.⁴⁵³ Исто тако је суд на Новом Зеланду своју дилему да ли је мајчино писмо представљало њен накнадни пристанак на задржавање деце, решио тако што је заузео становиште да би и у ситуацију да је мајка дала накнадни пристанак на задржавање деце, искористио своја дискрециона овлашћења и наложио повратак деце у сваком случају.⁴⁵⁴

Оно што се оправдано поставља као прво питање када говоримо о сагласности другог родитеља на одвођење, односно задржавање детета је да ли се уопште може говорити о незаконитости одвођења или задржавања када се други родитељ са њим сагласио? Хашка конвенција и такво одвођење-задржавање третира као незаконито што би било у складу са концептом да је разлог за примену Конвенције повреда права детета на одржавање личних односа са оба родитеља и да би његов најбољи интерес требало да буде руководећи критеријум приликом доношења одлука које се тичу њега, јер сагласност родитеља не мора увек бити у дететовом најбољем интересу. Међутим,

⁴⁵² R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford 2013, 245-246.

⁴⁵³ „Re D. (Abduction: Discretionary Return) (2000) 1 FLR 24, INCADAT reference HC/E/UKe 267.“

⁴⁵⁴ „U. v. D. (2002) NZFLR 529, INCADAT reference HC/E/NZ 472.“

чини се да је примена ових изузетака ипак заснована на претпоставци да је сврха Конвенције заштита права на старање, па је на родитељу да се одрекне те заштите.⁴⁵⁵

Одбијање захтева за повратак детета из разлога што се родитељ сагласио, односно дао накнадни пристанак на одвођење детета, у пракси се и даље не примењује често. Студија за 2015. годину показује да је сагласност била једини разлог одбијања захтева у 11 % случајева и један од разлога у 10 % случајева, укупно 15 %. Накнадни пристанак је био једини разлог одбијања захтева у 5 % случајева и један од разлога у 10 % случајева, укупно 9 %. Посматрано у односу на претходну студију, оба изузетка су се чешће примењивала с обзиром да је истраживање за 2008. годину показало да је свега 6% случајева решено ослонцем на ове изузетке. У Србији ни у 2008. години, ни у 2015. години ниједан од решених случајева није окончан одбијањем захтева позивом на то да је остављени родитељ дао сагласност или накнадни пристанак на одвођење, односно задржавање детета.⁴⁵⁶ За потребе писања овог рада анализирано је 50 одлука различитих држава донетих у периоду од 1993. године до 2014. године у којима је испитивано постојање сагласности другог родитеља, те 50 одлука различитих држава донетих у раздобљу од 1991. године до 2014. године у којима је испитивано да ли је други родитељ дао накнадни пристанак на одвођење, односно задржавање детета. Резултати спроведене анализе судске праксе показују да је у 12 (24%) од 50 одлука утврђено постојање сагласности, а у 14 (28%) од 50 одлука постојање пристанка другог родитеља.

Сама Конвенција не прописује ближе одлике и начин на који би сагласност, односно пристанак требало да буду изражени, па је њихова примена у пракси била праћена дилемом да ли примењивати субјективни или објективни тест (да ли је суд дужан да узме у обзир субјективне намере конкретног родитеља који је остављен или може да закључи да његове изјаве или радње представљају сагласност, јер су у супротности са намером тражења хитног повратка детета?).⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ R. Schuz (2013), 266. Рона Шуз нуди метод такозваног „алтернативног помирења“ који би подразумевао да судови постојање изузетака тумаче тако да одбију повратак у свим оним ситуацијама када он није у најбољем интересу детета о коме је суд дужан да води рачуна. Метод почива на тврдњи да су аутори Хашке конвенције предвидели ситуације у којима отац отима дете од мајке, примарног старатеља детета, а да у данашњем свету најчешће дете одводи, односно задржава управо мајка, која је уједно његов примарни старатељ, па повратак детета у тој ситуацији не би успоставио status quo, већ створио сасвим нову, другачију ситуацију. Вид. Eran Sthoeger, „International Child Abduction and Children’s Rights: Two Means to the Same End“, *Michigan Journal of International Law* Volume 32 Issue 3 2011, 526.

⁴⁵⁶ N. Lowe, V. Stephens, (2017), 15-17, Annex 5-6.

⁴⁵⁷ R. Schuz (2013), 248.

У погледу накнадног пристанка, првобитно је било прихваћено да је потребно правити разлику између тога да ли је он дат на активан начин (предузимањем радњи које су очигледно недоследне инсистирању на хитном повратку детета) или пасиван начин (дозвољавањем да прође време без икаквих речи или радњи усмерених на повратак детета). У првом случају субјективним разлозима родитеља који је тако поступао се поклања мала пажња. У другом случају ограничено испитивање субјективних разлога за пасивно држање остављеног родитеља је прихватљиво.⁴⁵⁸ Овакав објективни приступ је замењен субјективним почев од одлуке суда у Великој Британији „Re N. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) (1998) AC 72.“⁴⁵⁹ Разлика између активног и пасивног пристанка се више не прави. У одлучивању да ли постоји пристанак узимају се у обзир субјективне намере остављеног родитеља, односно да ли је он у суштини пристао на континуирани боравак свог детета у јурисдикцији у коју је одведено. Поступајући орган може да изводи закључак о субјективним намерама остављеног родитеља на основу испољених и видљивих радњи, при чему се покушаји тог родитеља да договор постигне преговорима, путем религијских или других саветника неће сматрати пристанком на промену у случају када ти покушаји пропадну. У одлуци британског суда која је уследила „Re P. (A Minor) (Abduction: Acquiescence) (1998) 2 FLR 835“⁴⁶⁰ исказано је становиште да став из претходне одлуке о субјективној природи накнадног пристанка се подједнако примењује и при процени постојања сагласности. У том смислу, потребно је да суд приликом одлучивања о постојању сагласности утврди да ли је родитељ имао намеру и да ли се безусловно сагласио са одвођењем, односно задржавањем детета (у конкретном случају тајно одвођење детета од стране мајке је указивало управо на одсуство сагласности).⁴⁶¹

⁴⁵⁸ „N. v. N. (Abduction: Acquiescence) (1996) 2 FLR 570 INCADAT reference HC/E/UKe 169.“ За још примера где је постојање накнадног пристанка утврђено на основу испитивања радњи и пропуштања остављеног родитеља са објективног становишта видети у „Re M. (Abduction: Acquiescence) (1996) 1 FLR 315, INCADAT reference HC/E/UKe 21“ и „W. v. W. (Child Abduction: Acquiescence) (1993) 2 FLR 211, INCADAT reference HC/E/UKe 52.“

⁴⁵⁹ INCADAT reference HC/E/UKe 46.

⁴⁶⁰ INCADAT reference HC/E/UKe 179.

⁴⁶¹ Субјективни приступ може донекле сужавати примену овог изузетка. Наведено је приметно у одлуци америчког суда којом је наложен повратак детета у Аустралију. Тврдње мајке да је отац накнадно пристао на одвођење детета тиме што се сагласио са одлуком којом је старање над дететом додељено њој наредне 2 године нису усвојене. Образложење је било да отац није имао намеру да се одрекне својих права, што је видљиво и из његовог иницирања поступка по Хашкој конвенцији. Поред тога та одлука не представља израз његове несумњиве сагласности да се трајно старање расправља пред судом у Америци. Вид. у „Nicolson v. Pappalardo 605 F. 3d 100 (1st Cir. 2010) INCADAT reference HC/E/US 1263.“ Сасвим супротно становиште је исказано у одлуци шведског суда у којој је управо одлука суда у Чешкој којом је привремено одређено да деца могу да остану са мајком на тренутној локацији у Шведској третирана као

Следом ових одлука каснија судска пракса је остала на становишту о субјективној природи сагласности, односно пристанка родитеља на одвођење детета. У одлукама се често наводи да сагласност, односно пристанак родитеља морају бити стварни, потврдни и несумњиви,⁴⁶² изражени експлицитно или имплицитно.⁴⁶³ Оно што је битно су природа и обим сагласности, узимајући у обзир сва евентуална ограничења и услове.⁴⁶⁴

Према одлуци „*Re P.-J. (Children) (Abduction: Habitual Residence: Consent) (2009) EWCA Civ 588 (2010) 1 W.L.R. 1237*“ принципи којима би поступајући орган требало да се руководи приликом процене да ли се родитељ сагласио или не, су следећи:

- 1) сагласност мора бити јасна и недвосмислена
- 2) сагласност може бити дата за одвођење у неком будућем неодређеном тренутку или пред будући догађај
- 3) таква будућа сагласност мора бити важећа у време одвођења
- 4) будући догађај мора бити разумно могуће утврдити
- 5) сагласност или њен недостатак би требало посматрати у контексту реалности дезинтеграције породичног живота, не у контексту уговорног права
- 6) дата сагласност се може повући у било ком тренутку пре одвођења. У том случају, било који спор би требало да се реши пред судом земље редовног боравишта детета пре одвођења
- 7) терет доказивања постојања сагласности лежи на оној особи која указује на његово постојање
- 8) чињенице и околности се разликују од случаја до случаја

сагласност за потребе члана 13 став 1 тачка а Хашке конвенције. Вид. „*Hogsta domstolens beslut den 27 april 2012 i mal O 939-12, INCADAT reference HC/E/SE 1165.*“

⁴⁶² Овакво становиште је изражено и у одлуци „*TV c. MB Droit de la famille 1222 2012 QCCA 21, INCADAT reference HC/E/CA 1158.*“ Конкретни предмет се тичао двоје деце узраста 9 и 5 година у време када их је мајка одвела из Америке у Канаду. Суд је сматрао да отац ни имплицитно није дао сагласност за њихово одвођење. На тај начин се нису могли окарактерисати ни његови поступци довођења љубавнице у породични дом истог дана када су деца са мајком отпутовала, јер је одмах по сазнању за мајчину одлуку да трајно остане у Канади покушао да уђе у ту земљу, није изгубио интерес за децу и борио се за старање над њима.

⁴⁶³ „*Central Authority v. H. 2008 (1) SA 49 (SCA), INCADAT reference HC/E/ZA 900.*“ За још примера субјективног приступа погледати „*Smith v. Smith 2001 (3) SA 845, INCADAT reference HC/E/ZA 499*“, „*Family Advocate Cape Town and Another v. E. M., INCADAT reference HC/E/ZA 1055*“, „*Darin v. Olivero-Huffman 746 F. 3d1 (1st Cir. 2014), INCADAT reference HC/E/US 1275*“, „*Central Authority v. B 2009 (1) SA 624 (W), INCADAT reference HC/E/ZA 720.*“

⁴⁶⁴ „*Vaxter v. Vaxter 423 F. 3d 363 (3rd Cir. 2005), INCADAT reference HC/E/USf 808.*“ У овој одлуци суд је навео да чињеница да се отац иницијално сагласио са путовањем деце у иностранство, знао њихову тачну локацију и могао да их контактира не значи да се сагласио са њиховим одвођењем, односно задржавањем.

9) главно питање је једноставно: Да ли је други родитељ јасно и недвосмислено пристао на одвођење детета?⁴⁶⁵

Шта ће се заиста сматрати сагласношћу родитеља у пракси, не може се прецизно одредити. Тако је на пример у одлуци суда Велике Британије закључено да се отац, подносилац захтева за повратак детета, сагласио да га мајка одведе у Велику Британију на основу тога што јој је допустио да оде са дететом знајући да постоји могућност да она одлучи да тамо остане трајно.⁴⁶⁶ У још једној одлуци суда Велике Британије је закључено да је отац дао сагласност да мајка одведе децу. Закључак је заснован на одлуци коју је донео суд у Аустралији која је ставила ван снаге све претходне одлуке и између осталог наложила да се имена деце уклоне са спискова аустралијских аеродрома на свим улазима и излазима из земље. У образложењу је наведено да је отац био у потпуности свестан последица ове одлуке, али да и поред тога за одвођење деце није поставио никакве додатне услове. Његове аргументе да је у тренутку давања сагласности на такву одлуку сматрао да постоји могућност да се помири са мајком деце, суд је одбио као неутемељене имајући у виду да јој је у то време умањено издржавање и започео продају породичног дома у коме је она живела.⁴⁶⁷

Оно што је сигурно је да се сагласношћу неће сматрати изјаве дате у току преговора вођених у сврху добровољног повратка детета или одређивања под којим условима је други родитељ спреман да се сагласи са остатком детета у земљи у коју је одведено. У првој ситуацији, спремност родитеља на медијацију⁴⁶⁸ ради повратка

⁴⁶⁵ INCADAT reference HC/E/UKe 1014. У конкретном случају суд је закључио да у време када је мајка одвела децу није постојала очева сагласност за то. Мајка је знала или је бар сумњала да се њен муж неће сагласити или ће се у најмању руку противити одвођењу деце из Шпаније у тренутку када су она била срећна у новом дому и успешно поново кренула у тамошње школе. У одлуци су изражене дилеме судија да ли постојање сагласности у тренутку одвођења детета чини да повреде права на старање уопште нема и да ли је одсуство сагласности терет доказивања остављеног родитеља у склопу одредби члана 3 у смислу да је одвођење у супротности са његовим правом на старање и због тога незаконито?

⁴⁶⁶ „Re K. (Abduction: Consent) (1997) 2 FLR 212, INCADAT reference HC/E/UKe 55.“

⁴⁶⁷ „Re G. And A. (Abduction:Consent) (2003) NIFam 16, INCADAT reference HC/E/UKn 594.“

⁴⁶⁸ У последње време се потенцира медијација као начин решавања поступака проистеклих из међународног незаконитог одвођења, односно задржавања деце, што је и резултирало доношењем водича за добру примену медијације у склопу Хашке конвенције (*Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Mediation*, 2012, доступно на www.hcch.net, 20. децембар 2020.). Овакав начин решавања конфликта се показао нарочито корисним када су у питању учесници који ће због заједничке деце по свему судећи наставити да сарађују и убудуће. За споразуме се каже да су за странке много задовољавајући начин решавања проблема, јер свака од њих може да утиче на резултат и учествује у изналагању решења који је креиран само за њих. На овај начин се избегава утисак победника и губитника у спору. Супротно томе судски поступци који се тичу старања и одржавања личних односа могу погоршати односе између родитеља, што се углавном рефлектује на децу у виду психичких последица. Медијација као начин решавања оваквих спорова олакшава комуникацију између странака, омогућава да се она води у неформалној атмосфери и дозвољава странкама да развију стратегију како да превазиђу конфликт и што је најважније подстиче их да и у будућим конфликтима приступе на много конструктивнији начин. Везано за спровођење

детета се не сме тумачити као његово одрицање од права да тражи повратак детета по Хашкој конвенцији. У другој ситуацији спремност родитеља да пристане на промену стања које је постојало пре одвођења се не сме тумачити као сагласност из два разлога. Први је да све док се преговори не окончају обавезујућим споразумом, сагласност остављеног родитеља није несумњива, већ је условна и зависи од пристанка родитеља који је одвео дете на понуђене услове. Друго, узимањем изјава датих током преговора и њиховим третирањем као сагласности постоји могућност одвраћања странака од вођења преговора.⁴⁶⁹

Што се тиче накнадног пристанка родитеља у испитиваним одлукама је утврђивано да ли се родитељ од којег је дете одведено одрекао својих права у погледу детета и да ли је ово одрицање усвојено од стране другог родитеља.⁴⁷⁰ Овде се може поставити питање да ли се лице уопште може одрећи својих права уколико не зна да може да не пристане на одвођење детета и да захтева његов хитан повратак по Хашкој конвенцији? У пракси претеже схватање да је довољно опште знање и разумевање својих права. Тако је чињеница да је отац желео да се пресели у државу у коју је мајка одвела децу тумачена као његов накнадни пристанак у одлуци британског суда „*Re D. (Abduction: Acquiescence)* (1998) 2 FLR 335“, ⁴⁷¹ јер је знао за постојање Хашке конвенције и имао опште разумевање како она функционише, док недостатак детаљног знања није био значајан. Познавање сопствених права је било руководећи критеријум и приликом тумачења писама која је отац упутио мајци и најстаријој ћерки, а за која је у одлуци „*A. v. A. (Child Abduction)* (1993) 2 FLR 225“ закључено да представљају његов накнадни пристанак.⁴⁷² Са истог полазишта је посматрано и првобитно повлачење захтева за враћање деце од стране оца у одлуци „*Smith v. Smith* 2001 (3) SA845“, у којој

медијације у овим ситуацијама, згодно је споменути резултате квалитативног истраживања које је обухватило две групе родитеља који су учествовали у медијацији. Прву групу је чинило 14 родитеља чија су и деца била укључена у поступак медијације на начин што је стручно лице са њима обавило разговор. Другу групу је чинило 19 родитеља чија деца нису била обухваћена овим поступком, али пред којим родитељима медијатор није задржао неутралну улогу, већ је уз помоћ свог знања и искуства усмеравао родитеље да се у проналажењу решења фокусирају на потребе детета. Резултати истраживања показују да учешће деце у медијацији није утицало на постизање бољих резултата. Свега 5 од 14 родитеља из прве групе су сматрали да им је медијација помогла да реше све или неке од неспоразума у поређењу са 13 од 19 родитеља из друге групе који су делили исто мишљење. Вид. Felicity Bell, Judy Cashmore, Patrick Parkinson, Judi Single, „Outcomes of Child-Inclusive Mediation“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 27, Number 1, 2013, 120, 129, 132.

⁴⁶⁹ R. Schuz, (2013), 252-253.

⁴⁷⁰ „Family Application 000111/07 Ploni vs. Almonit, INCADAT reference HC/E/IL 938.“

⁴⁷¹ INCADAT reference HC/E/UKe 178.

⁴⁷² INCADAT reference HC/E/UKe 161.

није прихваћено његово образложење да је погрешно саветован од стране адвоката, већ је закључено да је био у потпуности упознат са својим правима по Конвенцији.⁴⁷³

Дакле, сматраће се да пристанак постоји онда када се из понашања остављеног родитеља може закључити да се он одрекао права да тражи хитан повратак детета, односно пристао на промену status quo која се догодила. Пристанак је заснован на његовој вољи и изражен у његовом понашању, али да би био потпун мора бити „апсорбован“ од стране родитеља који је одвео дете у смислу да он верује да се други родитељ одрекао права да тражи хитан повратак детета.⁴⁷⁴

У погледу времена које је потребно да протекне да би се пасивно држање остављеног родитеља окарактерисало као његов пристанак на одвођење-задржавање детета, нису прописана никаква правила. Пасивно држање родитеља у посматраним случајевима углавном није тумачено да само по себи аутоматски значи одобравање радњи другог родитеља. Касније покретање поступка је некада узроковано могућношћу помирења родитеља,⁴⁷⁵ погрешним правним саветом који је остављени родитељ добио (у једном од случајева оцу је речено да пре покретања поступка по Хашкој конвенцији мора обезбедити довољно средстава да покрије трошкове враћања деце и одрасле особе која би их пратила у току путовања;⁴⁷⁶ у другом случају је мајка саветована да пре покретања поступка хитног повратка деце сачека одлуку локалног суда⁴⁷⁷) или разлозима личне природе (у једном од случајева непокретање поступка више од 12 месеци од одвођења детета по становишту суда је било оправдано губитком посла са којим се отац суочио, те његовим финансијским и медицинским проблемима).⁴⁷⁸ Колико је заиста времена тумачено као одсуство пристанка варира од одлуке до одлуке, некада је то 7 месеци⁴⁷⁹, некада 9 месеци⁴⁸⁰, некада 10 месеци⁴⁸¹ или чак 18 месеци.⁴⁸² С

⁴⁷³ INCADAT reference HC/E/ZA 499.

⁴⁷⁴ „Reshut ir’ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v. Dagan 53 P. D (3) 254, INCADAT reference HC/E/IL 807.“

⁴⁷⁵ Тако је у одлуци „Re F. (A Minor) (Child Abduction) (1992) 1 FLR 548 (1992) Fam Law 195, INCADAT reference HC/E/UKe 40“ наведено да одсуство било какве правне радње од стране остављеног родитеља у ситуацији када је од одвођења детета протекло мало времена, када растањак родитеља још није коначан и постоји могућност њиховог помирења, не може да се узме као прећутни пристанак на радње другог родитеља.

⁴⁷⁶ „Falconer, Commissioner Western Australian Police v. O.S. 12. June 1998. Transcript Family Court of Western Australia, INCADAT reference HC/E/AU 227.“ Погрешан правни савет узрок је каснијег покретања поступка и у случају суда на Новом Зеланду „Boy v. Boy, (1994) 12 FRNZ 517, INCADAT reference HC/E/NZ 92.“

⁴⁷⁷ „Re R. (Minors) (Abduction) (1994) 1 FLR 190, INCADAT reference HC/E/UKe 160.“

⁴⁷⁸ „M.M. v. A.M.R. or M. 2003 SCLR 71, INCADAT reference HC/E/UKs 500.“

⁴⁷⁹ „P. v. B. (Child Abduction: Undertakings) (1994) 3 IR 507, INCADAT reference HC/E/IE 240.“

⁴⁸⁰ „P. v. P. (2013) CSOH 40 2013 G. W. D. 12-253, INCADAT reference HC/E/UKs 1255.“

⁴⁸¹ „Re R. (Minors) (Abduction) (1994) 1 FLR 190, INCADAT reference HC/E/UKe 160.“

⁴⁸² „State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567, INCADAT reference HC/E/AU 232.“

друге стране, протек времена од 23 месеца⁴⁸³ од одвођења детета до покретања поступка и одсуство контакта оца и деце (и поред постојања могућности) у трајању од годину и по дана.⁴⁸⁴, сматрани су пристанком тих родитеља на одвођење деце.

Поред пасивног држања, ни активно поступање родитеља усмерено на добробит детета судови не карактеришу аутоматски накнадним пристанком тог родитеља на одвођење, односно задржавање детета. У питању су слање новца и поклона⁴⁸⁵, давање неопходних сагласности да се дете упише у вртић/школу или да оствари права из здравственог осигурања. Тако је на пример сагласност мајке да се дете (које је отац одвео у Француску ради операције) упише у школу у Француској, тумачено жељом да дете настави са школовањем, не њеним пристанком да оно трајно остане у Француској.⁴⁸⁶ С друге стране у одлуци израелског суда су радње оца-уписивање деце у школу у Израелу, изнајмљивање стана у близини оног који је изнајмила мајка деце, те причање са пријатељима и рођацима о останку деце у Израелу, сматране као његов јасан пристанак на одвођење деце.⁴⁸⁷

Најзад, терет доказивања постојања сагласности, односно накнадног пристанка је на оном родитељу који је одвео или задржао дете. У одлуци суда у Келну јасно је изражено становиште да у поступцима за враћање деце по одредбама Хашке конвенције суд не утврђује чињенице по службеној дужности, већ је терет доказивања да се други родитељ сагласио са одвођењем детета управо на родитељу који је дете и одвео.⁴⁸⁸ За наведено су значајна и два случаја која су у крајњем резултирала и покретањем поступка пред Европским судом за људска права у Стразбуру.

Први од њих је случај који се тичао америчког држављанина који је био ожењен швајцарском држављанком. Живели су у Америци, где се родило њихово дете над којим су оба родитеља имала старање. Мајка је са дететом отпутовала у Швајцарску, где је остала и покренула бракоразводну парницу. Швајцарски суд јој је привремено поверио дете на чување. Отац је поднео захтев за повратак детета по Хашкој конвенцији, у прилог којег је навео да је његова супруга отпутовала у Швајцарску са дететом на годишњи одмор, као из здравствених разлога, а да је он требало да им се придружи и са њима проведе две недеље годишњег одмора. Након боравка у

⁴⁸³ „Family Appeal 548/04 Plonit v. Ploni, INCADAT reference HC/E/IL 838.“

⁴⁸⁴ „Family Appeal 621/04 D. Y. v. D.R., INCADAT reference HC/E/IL 833.“

⁴⁸⁵ „Tabacchi v. Harrison 2000 WL 190576 (N.D.III.), INCADAT reference HC/E/USf 465.“

⁴⁸⁶ „CA Chambery 24 avril 2009 No de RG 09/00305, INCADAT reference HC/E/FR 1136.“

⁴⁸⁷ „Family Appeal 575/04 Y.M. v A. M., INCADAT reference HC/E/IL 836.“

⁴⁸⁸ „Oberlandesgericht Kohn 21 UF 70/01 12 april 2001, INCADAT reference HC/E/DE 491.“ Оно што судови још траже је и висок ниво доказивања које становиште је исказано у одлуци, „5A-105/2009 II. Zivilrechtliche Abteilung arret du TF du 16 avril 2009, INCADAT reference HC/E/CH 1057.“

Швајцарској, вратио се сам у Америку, при чему му је супруга пред сам одлазак предала споразум о разводу брака, који је он одбио да потпише. Одлучујући о захтеву за хитан повратак детета, швајцарски суд га није уважио, јер је сматрао да се отац сагласио са пресељењем детета. На исто становиште је стао и Апелациони суд у Швајцарској, образлажући да је мајка успела да докаже на убедљив начин да се отац сложио са тим да се њихово заједничко дете на неодређено време неће враћати у САД. Ову одлуку је потврдио и Федерални суд. У коначном, отац је покренуо поступак пред Европским судом за људска права у Стразбуру (случај *Carlson v. Switzerland*) који је пресудио да му је повређено право на старање из члана 8 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, те му досудио накнаду нематеријалне штете.⁴⁸⁹ Овакву одлуку суд у Стразбуру је образложио тиме да је оцу детета право из члана 8 наведене Конвенције повређено низом процедуралних пропуста првостепеног суда у Швајцарској, који нису отклоњени од стране судова вишег степена. Пропусти су се огледали у томе што је првостепени суд у Швајцарској одлучио да споји поступак по захтеву за хитан повратак детета, који је поднет у складу са Хашком конвенцијом и бракоразводни поступак у коме се између осталог одлучује о праву на старање о заједничком малолетном детету, што је не само у супротности са одредбом члана 16 Хашке конвенције, већ је допринело и томе да се одлука о захтеву за повратак донесе тек након 3,5 месеца од дана његовог подношења. Даље, првостепени суд је обрнуо терет доказивања прописан одредбом члана 13 став 1 тачка а Хашке конвенције у смислу да је сматрао да на оцу, који је захтевао повратак детета, лежи терет доказивања чињенице да се сагласио, односно накнадно пристао на одвођење детета. Због свега претходног суд у Стразбуру је донео одлуку којом је утврдио повреду права на старање оца, закључујући да није сигуран да су се надлежни органи у Швајцарској руководили најбољим интересом малолетног детета приликом одлучивања о захтеву за његов повратак.⁴⁹⁰

Други случај се тичао двоје румунских држављана, који су са заједничким дететом живели у Румунији. Мајка је повремено одлазила у Италију да ради, а након што је у тој земљи добила стално запослење, отац детета је пред нотаром дао сагласност да њихово тада двогодишње дете у току 2005. године може у њеној пратњи да путује у Италију и Молдавију. У току 2006. године, отац се преселио у Катар, а мајка је са дететом наставила да борави у Италији. Почетком 2007. године су сви боравили у

⁴⁸⁹ Нав. према Г. Ковачек Станић (2012), 88-89.

⁴⁹⁰ „Case of Carlson v. Switzerland, Application no. 49492/06“ од 06.11.2008. године.

Румунији, да би мајка дана 20.01.2007. године одвела дете у Италију. Отац је у априлу исте године поднео захтев за хитан повратак детета по Хашкој конвенцији. У поступку је тврдио да се сагласио да дете привремено борави у Италији ради редовног контакта са мајком, не и да трајно живи у тој земљи. Мајка је оспоравала овакву његову тврдњу, наводећи да је све до краја 2006. године имала договор са њим у погледу њеног запослења у Италији, прибављања боравишне дозволе за дете и уписивања детета у школу у Италији. Тврдила је да према законским изменама у Румунији није морала да продужава важење документа сачињеног пред нотаром 2005. године. Суд у Италији је одлуком из јула 2007. године одбио захтев за повратак детета. У образложењу одлуке је навео да надлежни органи у Румунији нису још донели одлуку о старању, па су у конкретном случају родитељи имали заједничко старање над малолетним дететом, да је мајка доказала да се отац сагласио са одвођењем детета у Италију и да се касније преселио у Катар, те да дете живи дуже од годину дана у Италији, где се интегрисало у заједницу, иако са извесним проблемима. У том смислу, суд је сматрао да би повратак дете изложио психичкој трауми, у смислу одредбе члана 13 Хашке конвенције, због чега је одбио захтев оца. Због одређених потешкоћа (комуникације министарстава за спољне послове Италије и Румуније која се споро одвијала, дугог трајања поступка око остваривања очевог права на правну помоћ у Италији, отежаног ступања у контакт са адвокатом којег је изабрао и слично) отац није успео у законом остављеном року да искористи право на правни лек против првостепене одлуке којом није усвојен његов захтев за повратак детета. У коначном је покренуо поступак пред Европским судом за људска права (случај *Anghel v. Italy*) тврдећи да у поступку пред италијанским судом нису поштовани чланови 6, 8, 13 и 14 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Суд у Стразбуру је нашао да је у конкретном случају оцу детета повређено право на правично суђење предвиђено одредбом члана 6 став 1 наведене Конвенције. По том основу му је досудио накнаду нематеријалне штете и накнаду трошкова поступка.⁴⁹¹

На овом месту бисмо могли да закључимо да резултати спроведеног истраживања показују да је постојање сагласности родитеља утврђено у 24% случајева, а постојање пристанка родитеља у 28% случајева. Третирање одвођења/задржавања детета незаконитим, иако се родитељ са тим сагласио, у складу је са заштитом права детета, јер сагласност/пристанак родитеља не мора увек бити у најбољем интересу

⁴⁹¹ „Case of Anghel v. Italy, Application no. 5968/09“ од 25.06.2013. године.

детета. Ипак установљивање постојања ових изузетака у пракси применом субјективног теста, који је превладао у односу на објективни тест, повезано је са тешкоћама у доказивању праве намере другог родитеља и правилним тумачењем његових поступака који су претходили, односно уследили одвођењу детета. Тај родитељ ће наравно увек негирати своју сагласност, односно накнадни пристанак, јер у супротном не би ни покретао поступак хитног повратка детета. Различитости у посматраној судској пракси резултат су управо тих тешкоћа.

5.3.4. Постојање озбиљне опасности да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај

Хашка конвенција предвиђа да „судски или управни орган државе којој се упућује захтев није дужан да наложи повратак детета ако лице, институција или друго тело које се супротстављају његовом повратку докаже да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај.“⁴⁹²

У току истраживања које је спроведено анализиран је узорак од 50 одлука надлежних органа држава уговорница у којима је испитивано постојање овог изузетка. Ради се о одлукама које су донете у временском периоду од 2000. до 2018. године. Резултати ове анализе показују да је у највећем броју случајева, њих чак 33, захтев за повратак детета усвојен. У укупно 14 (28%) случајева је захтев одбијен, од тога у 12 случајева искључиво из разлога прописаног одредбом члана 13 став 1 тачка б, а у 2 случаја из тог и још неког од Конвенцијом предвиђених разлога. У 2 случаја је одлука укинута па је коначан исход непознат, а у 1 случају је захтев одбачен. Истовремено статистички подаци за 2015. годину показују да је постојање озбиљне опасности било искључиви разлог доношења одбијајуће одлуке у 17% случајева.⁴⁹³

Терет доказивања чињеница које оправдавају примену овог изузетка лежи на родитељу који се противи повратку детета. Приметно је да поступајући органи у својим одлукама стоје при становишту да је праг установљивања постојања овог изузетка врло висок и да поступајући органи приликом процене да ли чињенично стање оправдава његову примену, морају поћи од тога да су надлежни органи у земљи у коју се дете

⁴⁹² Чл. 13 ст. 1 тач. б ХК.

⁴⁹³ N. Lowe, V. Stephens, (2017), 15.

враћа, осим у изузетним случајевима или када докази показују супротно, способни да предузму мере да заштите дете и његову мајку.⁴⁹⁴

У погледу примене овог изузетка једно од најзначајних образложења садржано је у одлуци енглеског суда „Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) (2006) UKHL 51.“⁴⁹⁵ Баронеса Хејл је у овој одлуци још једном приметила како Извештај Перез-Вере потврђује да се изузеци предвиђени Конвенцијом морају тумачити строго како њени циљеви не би били обесмишљени⁴⁹⁶. Ипак, налази да Конвенција не захтева враћање апсолутно сваког детета одведеног у иностранство без пристанка другог родитеља. Иако малобројни, постоје предмети у којима то неће бити случај. Даље је приметила да је могуће замислити случајеве у којима ће бити наложен повратак детета без обзира на утврђење да се други родитељ сагласио или пристао на његово одвођење, односно да се дете противило повратку, док је потпуно незамисливо да повратак буде наложен тамо где је утврђено постојање озбиљне опасности у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б Конвенције. Додала је и да се судови не би требали упуштати у процену моралности поступака родитеља-отмичара. Када дође до примене одредби члана 13 Конвенције, јасно је да су радње тог родитеља незаконите, па је морална осуда непотребна и сувишна. Штавише, иако се радње неких отмичара могу класификовати као злонамерне, то неће увек бити случај, нарочито онда када се ради о родитељу који бежи од насиља, злостављања или угњетавања у кући. Напоследку је додала да неповољан положај у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б када се примењује на дете мора значити "ситуацију за коју се не може очекивати да је конкретно дете у конкретним околностима толерише“.

Како произлази из образложења претходне одлуке, постојање озбиљне опасности да ће повратак дете довести у непријатну ситуацију процењује са субјективног становишта, тачније са аспекта конкретног детета и конкретних околности. Субјективни приступ прихваћен је у још једној одлуци енглеског суда која је посматрана. Ради се о одлуци Врховног суда Велике Британије „Re E. (Children)

⁴⁹⁴ „Mbuyi v. Ngalula 2018 MBQB 176, INCADAT reference HC/E/CA 1416.“ О терету доказивања погледати још „CA Paris 17 fevrier 2001 No de RG 11/00507, INCADAT reference HC/E/FR 1131.“

⁴⁹⁵ INCADAT reference HC/E/UKe 880.

⁴⁹⁶ Становиште да је предметни изузетак потребно уско тумачити заступао је и турски суд у одлуци „Supreme Court Civil Chamber II E.2006/17797 K. 2006/14657, INCADAT reference HC/E/TR 731“, којом је наложио повратак двоје деце у Аустралију, не уважавајући наводе мајке да постоји озбиљна опасност да ће повратак децу довести у неповољан положај. Суд је сматрао да би одредбе члана 13 Хашке конвенције требало тумачити строго и да аргумент да су деца потребни мајчина брига и саосећање не може оправдати одбијање захтева за повратак.

(Abduction: Custody Appeal) (2011) UKSC 27, (2012) I. A. C. 144⁴⁹⁷ у којој је наведено да је термин „неповољан положај“ потребно тумачити из перспективе детета. Врховни суд у тој одлуци примећује да, иако је свако дете изложено извесним нелагодностима и невољама које је потребно да истрпи, постоје одређене ствари за које није оправдано очекивати да их дете толерише, што је случај са на пример присуствовањем сценама физичког или психичког насиља над родитељем. Суд је приметио и да је одредба члана 13 став 1 тачка б окренута ка будућности и као таква узима у обзир ситуацију са којом би се дете суочило у случају његовог повратка. С тим у вези, нагласио је да пажњу треба посветити заштитним мерама које би могле да се примене како би се осигурало да дете неће бити доведено у неповољан положај по повратку. Врховни суд је признао да ће заштитне мере и њихова делотворност варирати од случаја до случаја и од државе до државе из ког разлога је препоручио Хашкој конференцији да размотри могућност установљавања механизма који би осигурао извршење заштитних мера у држави сталног места боравка детета пре његовог повратка.

Сасвим супротно становиште у погледу значаја и утицаја заштитних мера које стоје на располагању у држави у коју се налаже повратак детета, исказано је у одлуци америчког суда „*Varan v. Beaty*, 526 F. 3d/1340 (11th Cir. 2008)“.⁴⁹⁸ Апелациони суд је у овој одлуци навео да у ситуацијама када се утврди да би повратак изложио дете озбиљној опасности од штете, поступајући суд има дискреционо право да одбије повратак, без обавезе да претходно размотри да ли у земљи у коју се тражи повратак детета постоје адекватне мере заштите које би умањиле опасност по дете. Суд је следио овај приступ, коментаришући да је он у складу са службеним коментаром Конвенције и директивама из Стејт департмента Сједињених Америчких Држава. Захтевање од родитеља-отмичара да предочи доказе о правним и социјалним услугама у земљи из које је побегао створило би тешке проблеме у доказивању, а у крајњем тако што није предвиђено ни самом Конвенцијом.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ INCADAT reference HC/E/UKe1068.

⁴⁹⁸ INCADAT reference HC/E/US 1142.

⁴⁹⁹ Напоследку значајно је и образложење које је дао суд у Сингапуру у одлуци „*BDU v. BDT* (2014) SGCA 12, INCADAT reference HC/E/SG 1286“ у којем је наглашено да се приликом доношења одлуке мора водити рачуна да изузеци не "прогутају" опште правило о повратку незаконито одведене деце, али да се изузетку предвиђеном одредбом члана 13 став 1 тачка б треба дати тумачење спрам речи које су у њему употребљене. Суд је потом нагласио да када се ради о овом изузетку родитељ-отмичар не може да се ослања на своје понашање како би створио озбиљну опасност од физичке и / или психолошке трауме по дете, а све из разлога што човек не може извлачити корист из властитих противправних поступака.

Имајући у виду све претходно изнето, чини се да је исправно становиште поступајућих органа да постојање озбиљне опасности да ће повратак довести дете у неповољан положај цене са субјективног аспекта, односно са аспекта детета у питању. За случај да се постојање озбиљне опасности утврди, чини се да нема места за дискрециону оцену суда, већ је захтев потребно одбити, што је специфичност изузетка из члана 13 став 1 тачка б. У одсуству механизма који би осигурао извршење заштитних мера, упуштање у испитивање постојања и делотворности заштитних мера у држави сталног места боравка детета било би одуговлачење поступка.

У наставку рада ћемо покушати да разложимо у којим то ситуацијама поступајући органи сматрају да ће дете бити доведено у неповољан положај у случају повратка.

5.3.4.1. Насиље у породици

Насиље у породици се до шездесетих година прошлог века сматрало да није често и уобичајено понашање.⁵⁰⁰ Међутим, бројна спроведена истраживања су показала да се оно појављује „у различитим облицима, да има много веће размере него што се могло претпоставити, као и да пресеца све социјалне и етничке групе.“⁵⁰¹ Његове стварне размере је тешко проценити, „али је вероватније да је оно веће и озбиљније него што било какви статистички подаци то могу да покажу.“⁵⁰² Због учесталости насиља у породици у литератури се наводи „да је породица, ако се изузму полиција и војска, најнасилнија група у друштву и да особа има више шанси да буде убијена и повређена у породици, него у било којој другој друштвеној средини.“⁵⁰³ Правним правилима нажалост, ма колико она примерена била, не може се елиминисати насиље у породици. Упркос томе, како проф. др Влашковић наглашава борбу против ове погубне

⁵⁰⁰ М. Драшкић, „Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2008, 343.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.* У центрима за социјални рад 2018. године је евидентирано „35.102 пријаве насиља у породици, што је за 161% више него у 2014. години. Подносилац највећег броја пријава је полиција, чак 67% од укупног броја пријава за породично насиље је поднела полиција. Жртве су поднеле 8% пријава, а судови/тужилаштва 7%. У свим старосним категоријама бројније су пријаве насиља над особама женског пола. Код деце је удео пријава насиља над женским полом 51%, код младих 74%, код одраслих 76%, а код старијих 64%. У 51% случајева починилац насиља је актуелни/бивши брачни или ванбрачни партнер.“ *Извештај о раду Центра за социјални рад за 2018. годину*, Републички завод за социјалну заштиту, Београд 2019, 19-20.

⁵⁰³ Н. Петрушић, Слободанка Константиновић Вилић, *Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије*, Београд 2010, 10.

појаве „не треба доживљавати као Сизифов посао, већ као непрекидни, изгледни напор за обезбеђивање живота достојног сваког човека.“⁵⁰⁴

У погледу домаће регулативе насиља у породици она не заостаје превише у односу на међународне стандарде, али је потребна њена ефикаснија примена. Такође, „потребна је промена схватања, најпре надлежних органа, а затим и у свести друштва, да насиље у породици није приватни проблем једне породице и да његово квалитетно решење може уследити тек након координисане акције свих појединаца и друштва као целине.“⁵⁰⁵

Што се тиче Хашке конвенције, она у свом тексту уопште не помиње термин насиље у породици. Самарцић оправдано истиче да наведено свакако „не значи да судови не би морали чињеницу постојања насиља у породици узимати у обзир приликом одлучивања, нарочито ако се има у виду колико је храбрости било потребно мајкама које су се одлучиле да побегну од средине у којој су трпеле насиље и да при том изложе опасности и себе и дете.“⁵⁰⁶ Изнето добија још више на значају када се има у виду да насиље у породици представља најчешће истицан разлог за примену одредбе члана 13 став 1 тачка б Конвенције.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ В. Влашковић, „Право на заштиту од насиља у породици као субјективно грађанско право“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 263.

⁵⁰⁵ Г. Ковачек Станић, С. Самарцић, „Новине које доноси Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 48, Number 2, 2014, 114. Самарцић истиче и да су приликом дефинисања насиља у породици битне две ствари. „Дефиниција не би смела бити ограничена само на наношење физичких повреда, већ мора бити довољно широка да обухвати и психичко, али и економско насиље. Друго, она не би смела бити ограничена само на лица која живе заједно, већ мора бити дефинисана тако да се насиље између свих чланова једне породице сматра насиљем у породици.“ Вид. С. Самарцић, „Правни механизми заштите жена од насиља у породици и партнерским односима на нивоу Европске уније и Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* Volume 46, Number 4, 2012, 424.

⁵⁰⁶ С. Самарцић, „Потребе и могућности адекватнијег тумачења Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце у случају насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013, 315. Европски суд за људска права санкционише ову негативну појаву кроз проглашавање државе одговорном за кршење појединих чланова Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода: права на живот, забране мучења, нечовечног и понижавајућег поступања и кажњавања, права на поштовање приватног и породичног живота и других. Вид. Бојан Тубић, „Насиље у породици у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 225.

⁵⁰⁷ Одредбама члана 197 Породичног закона је одређено да насиље у породици „јесте понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице“ (став 1), а да се насиљем у породици нарочито сматра „наношење или покушај наношења телесне повреде, изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу, присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или немоћним лицем, ограничавање слобода кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање, као и свако друго дрско, безобзирно или злонамерно понашање“ (став 2). Фајнмен (*Fineman*) истиче да би судије требало да буду обучене да многи спорови о вршењу родитељског права и виђању заправо само представљају наставак насиља које

Жртва насиља у породици могу бити како родитељ који је одвео дете, тако и само дете⁵⁰⁸. Чини се да у пракси нема сумње да утврђење чињеница да је дете у периоду пре одвођења-задржавања било изложено насиљу од стране родитеља који сада тражи његов повратак и да постоји озбиљна опасност да ће се насиље по повратку поновити, оправдава одбијање захтева основом одредбе члана 13 став 1 тачка б. Ипак, насиље родитеља чија је непосредна жртва дете, у пракси се не среће често. Испољено насиље према детету је било искључиви разлог одбијања захтева за повратак у одлуци америчког суда, у којој је као акт насиља према детету квалификовано очево физичко злостављање мајке за време трудноће и његово неодговорно старање о детету због злоупотребе алкохола.⁵⁰⁹ Насиље родитеља чија је жртва дете, било је разлог одбијања захтева у још једној одлуци америчког суда, јер је утврђено да је ћерка била жртва очевог сексуалног злостављања у периоду пре незаконитог задржавања.⁵¹⁰ У погледу утицаја испољеног насиља родитеља према детету на поступак по Хашкој конвенцији, сликовит је пример, такође из америчке судске праксе, у којем је другостепени суд укинуо првостепену одлуку због исувише рестриктивног приступа у тумачењу која врста понашања представља сексуално злостављање, те у погледу односа између сексуалног злостављања детета и озбиљне опасности по дете у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б. Жалбени суд је указао да је политика САД-а у погледу примене Хашке конвенције да пружи заштиту детету када постоје веродостојни докази о сексуалном злостављању, а нарочито када је дете мало и када наводи укључују злостављање од стране родитеља. Указао је на смернице које је израдило Државно одељење Сједињених Америчких Држава о Хашкој конвенцији у којима је наведено да управо сексуално злостављање од стране родитеља представља пример за примену одредбе члана 13 став 1 тачка б. Апелациони суд је констатовао да је првостепени судија требало да предузме кораке који су му на располагању да утврди да ли се сексуално злостављање заиста

је испољено у току брака међу супружницима. За више видети у Martha Albertson Fineman, „Domestic Violence, Custody and Visitation“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 225.

⁵⁰⁸ Поњавић указује да је у пракси неопходно „изнаћи праву равнотежу између циљева Конвенције за брзим повратком детета и интереса детета које ризикује да буде враћено у средину у којој ће оно или његов родитељ, најчешће мајка, бити малтретирани, те да је линија између ово двоје често деликатна и понекад контроверзна.“ З. Поњавић, „Прекогранично одвођење деце у случају породичног насиља“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, 2012, 232.

⁵⁰⁹ „Baran v. Beaty, 526 F. 3d/1340 (11th Cir. 2008), INCADAT reference HC/E/US 1142.“

⁵¹⁰ „Ortiz v. Martinez 789 F. 3d 722 (7th Cir. 2015), INCADAT reference HC/E/US 1343.“

догодило, а не да ту процену препусти органима земље у коју се захтева повратак детета.⁵¹¹

Оно што је овде важно споменути је да суд физичко кажњавање родитеља, као васпитну меру, у оба случаја у којима су истицани такви наводи није сматрао релевантним за одлуку о захтеву за повратак. Аргентински суд је наложио повратак 9-огодишње девојчице у Мексико, ценећи да искључиво њена изјава да ју је мајка тукла кад год је била нервозна, да се свађала са њом, критиковала све што је учинила и малтретирала је, није довољна за утврђење да постоји озбиљна опасност од повратка детета.⁵¹² И у поступку пред америчким судом, изјава мајке да је отац физички кажњавао децу сматрана је без утицаја на одлуку и недовољном за активирање изузетка предвиђеног одредбом члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције.⁵¹³

Дакле, када се утврди да је дете било жртва насиља родитеља-подносиоца захтева, судови су једногласни да тада нема места повратку детета. Оно што је у посматраним одлукама спорно је какав утицај на одлуку у поступку по Хашкој конвенцији има утврђење да је родитељ-подносилац захтева био насилан према родитељу-отмичару, што је у крајњем и био један од разлога да се тај родитељ одлучи да незаконито одведе дете. У посматраним одлукама у свега 2 случаја је захтев одбијен због постојања озбиљне опасности по дете услед насиља које врши један родитељ над другим. У преосталим случајевима овакви наводи су истицани, чак је у доста поступака и утврђено насилно понашање једног родитеља над другим (углавном оца према мајци), али су поступајући органи таква понашања ценили ирелевантним, јер акти насиља нису директно усмерени ка детету⁵¹⁴.

Према томе, са једне стране имамо одлуке у којима је изражено схватање да присуствовање детета сценама насиља које један од родитеља врши над другим, представља озбиљну опасност у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. У одлуци Врховног суда Кореје „Supreme Court Order 2017 Seu630“⁵¹⁵ је изражено мишљење да термин озбиљна опасност укључује и оне ситуације када

⁵¹¹ „Danaipour v. McLarey 286 F. 3d 1 (1st Cir. 2002), INCADAT reference HC/E/USf 459.“

⁵¹² „F. C. del C. F. c/T. R. G. s/Reintegró de hija, INCADAT reference HC/E/AR 1340.“

⁵¹³ „Dalmasso v. Dalmasso 9 P. 3d 551 (Kan. 2000), INCADAT reference HC/E/USs 460.“

⁵¹⁴ Са друге стране, шведско право деци која су била изложена насиљу једног родитеља према другом даје статус жртве кривичног дела. О томе више у Maria Eriksson, „Contact, Shared Parenting and Violence: Children as Witnesses of Domestic Violence in Sweden“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 25, Number 2, 2011, 165-183.

⁵¹⁵ INCADAT reference HC/E/KR 1418.

постоји опасност да ће повратак изложити дете психичкој трауми због тога што ће присуствовати учесталом насиљу једног родитеља над другим. Амерички суд је пак претње које је отац лично и путем у ту сврху ангажованих трећих лица упућивао мајци, сматрао довољним показатељем озбиљне опасности којој би повратак изложио дете, из ког разлога је у коначном и одбио очев захтев за повратак детета.⁵¹⁶

Са друге стране, имамо одлуке којима је наложен повратак детета, без обзира на утврђење да је родитељ-подносилац захтева био насилан према родитељу-отмичару. Тако је норвешки суд усвојио захтев оца и наложио повратак детета у Енглеску, уз образложење да у поступку јесте утврђено да је отац био насилан према мајци, да јој је упућивао претње и увреде, у неким случајевима и у присуству детета, али да не постоји озбиљна опасност да ће повратак дете изложити психичкој трауми. Налази да извесна опасност постоји, али да се она не може окарактерисати као озбиљна. Норвешки суд је претходно нагласио да је изузетак предвиђен одредбом члана 13 став 1 тачка б врло узак, да опасност која се њиме захтева мора бити озбиљна и да се мора тицати неповољне ситуације за дете. Нагласио је да штета дететовом блиском сроднику такође може довести до опасности да дете доживи психичку трауму, иако овај приступ како смо видели није применио у својој одлуци.⁵¹⁷ Овакво резонување је исказано и у одлуци британског суда „*Re W. (Abduction: Domestic Violence)* (2004) EWHC 1247“⁵¹⁸ у којој је поступајућа судија образложила да породично насиље које је отац вршио над мајком само по себи није довољно да активира изузетак предвиђен одредбом члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције, јер се претпоставља да ће судови државе дететовог сталног места настајења помоћи мајци и пружити јој заштиту која јој је потребна. Насиље којем је мајка изложена релевантно је само у мери у којој оно утиче на дете. У конкретном случају, суд је закључио да испољено насиље од стране оца нема негативан утицај на дете и да скоро да не постоји реална шанса да се у пракси икада установи постојање озбиљне опасности за дете у случају повратка, ако нема насиља које је усмерено управо према њему. Поступајућа судија је ипак у образложењу изнела своју забринутост тиме што се Конвенција чврсто држи принципа да се деца не смеју једнострано уклањати из места свог сталног настајења и да се у нормалним околностима мора наложити њихов повратак, без икаквог стварног разматрања од

⁵¹⁶ „*Taylor v. Taylor*, 502 Fed. Appx. 854, 2012 WL 6631395 (C. A. 11(Fla.)) (11th. Cir. 2012), INCADAT reference HC/E/US 1184.“

⁵¹⁷ „Case no. LB-2007-127164, INCADAT reference HC/E/NO 1398.“

⁵¹⁸ INCADAT reference HC/E/UKe 599.

каког је утицаја чињеница да постоји насилно понашање у породици. Забринутост је изразила и због тога што се судији у првом степену не дозвољава да се упусти у разматрање какве дугорочне психолошке ефекте на жену и дете, који су живели у трауматичним, насилним околностима, има налагање повратка⁵¹⁹.

Чини се да некада настојање поступајућих органа да прописани изузеци не превладају над правилом о хитном повратку детета, воде непримереном непоштовању Конвенцијом прописане заштите детета од опасности.⁵²⁰ Извесну отежавајућу околност представља и настојање органа да испоштују Конвенцију и поступак спроведу у прописаном року због чега поједини аутори предлажу да би рок за спровођење поступка, у оним случајевима где су истакнути наводи да постоји насиље у породици, требао бити продужен у сврху прикупљања доказа о извршеном насиљу.⁵²¹ Иако, како смо видели, поступајући органи различито вреднују насиље једног родитеља над другим, делује да не може опстати тврдња да дете није доведено у неповољан положај када је изложено сценама насиља међу родитељима. Нарушени партнерски односи, насиље и немогућност остваривања заштите, управо нагнају у великом броју случајева родитеља-жртву насиља да незаконито одведе дете. Одбијање захтева основом одредбе члана 13 став 1 тачка б у тим ситуацијама стога не би требало посматрати као награду родитељу-отмичару, већ као пружање заштите детету, које свакако трпи ако је изложено насиљу једног родитеља над другим, иако оно само није директна жртва насиља.

5.3.4.2. Безбедносна ситуација у земљи повратка

Ради што бољег приказа утицаја безбедносне ситуације у земљи повратка на одлуку суда у поступку по Хашкој конвенцији, у наставку ће бити анализирани 2 одлуке, донете 2002. године, једна у Великој Британији, друга у Аустралији, у којима је разматрано безбедносно стање у Израелу, као земљи повратка у оба случаја.⁵²² Оно што

⁵¹⁹ За још видети „Whallon v. Lynn, 230 F. 3d 450 (1st Cir. 2000), INCADAT reference HC/E/USf 388“, „Souratgar v. Fair, 720 F. 3d 96 (2nd Cir. 2013), INCADAT reference HC/E/US 1240“ и „J. E. M. D. c. M. de .J. B. s/reintegro de hijo, INCADAT reference HC/E/PA 681.“

⁵²⁰ C. Bruch, „The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases“, *Family Law Quarterly*, Volume 38, Number 3, 2004, 535.

⁵²¹ Shani M. King, „The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence“, *Family Law Quarterly*, Volume 47, Number 2, 2013, 309.

⁵²² Бејтс (*Bates*) предлаже да се одредба члана 13 став 1 тачка б измени тако да гласи „да постоји озбиљна опасност да ће дете бити враћено у земљу захваћену ратом, грађанским немирима, глађу или болестима или да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај, те да у оба случаја, судови земље сталног настајења

је карактеристично за ове одлуке је да је безбедносна ситуација у истој земљи у истом периоду сасвим различито вреднована.

По датуму ранија, одлука британског суда је била усвајајућа. Њом је наложен повратак девојчице рођене у Израелу, коју је мајка када је имала свега 13 месеци незаконито одвела у Велику Британију. У сврху одбране од очевог захтева за повратак девојчице, мајка је у поступку по Хашкој конвенцији истакла да ће психичко и физичко здравље детета бити угрожено у Израелу с обзиром на безбедносну ситуацију тамо; да ће и сама бити изложена озбиљном ризику од физичких и психичких траума ако се мора вратити у Израел и да ће то заузврат наштетити детету, о коме се она примарно стара, те да ће дете претрпети озбиљну штету без њене свакодневне бриге, јер отац не би могао да му је пружи. Поводом оваквих навода, Апелациони суд се изјаснио да у конкретном случају није питање да ли је у Израелу ратно стање, већ да ли постоји озбиљна опасност да дете буде повређено у случају да буде враћено тамо. Релевантно је стварно фактичко стање у земљи, а не назив који му је додељен. Након тога, Апелациони суд је нашао да је првостепени судија узео у обзир све релевантне околности. Размотрила је који је стварни ризик за дете у случају повратка, узела у обзир погоршање ситуације у Израелу, признала да свако ко живи у тој земљи мора осећати забринутост и несигурност, те код свега изнетог закључила да опасност за дете није тако велика, како је то мајка тврдила. Суд је даље размотрио и да ли ће степен насиља и мајчина реакција на њега довести дете у положај који је за њега неповољан, те нашао да у поступку није стекао уверење да ће проблеми са којима ће се мајка и ћерка по повратку у Израел суочити створити ситуацију која би се могла окарактерисати као неповољна за дете. Стога је независно од безбедносног стања у Израелу, донео одлуку којом је наложен повратак детета.⁵²³

Свега 2 месеца након наведене одлуке, другостепени суд у Аустралији је донео одлуку којом је преиначио првостепену одлуку и одбио захтев оца за повратак двоје деце у Израел, налазећи да због тренутног стања у тој земљи постоји озбиљна опасност да ће деца по повратку бити изложена физичкој опасности. У одлуци се позива и на Обавештење од 03.04.2002. године које је издало Министарство спољних послова и

нису у могућности из било ког разлога да детету пружи одговарајућу заштиту.“ Вид. Frank Bates, „International Disorder and the Child Abduction Convention“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 3, 2010, 26.

⁵²³ „Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) (2002) 3 FCR 43, (2002) EWCA Civ 908, INCADAT reference HC/E/UKe 469.“

трговине Аустралије, којим је свим држављанима Аустралије саветовано да одложе путовање у Израел, а онима који су већ у Израелу да се, уколико је то могуће, врате у Аустралију.⁵²⁴ Судије су нарочито истакле опасност од слетања на међународни аеродром и транспорта деце од аеродрома до очевог пребивалишта (иако у поступку није било доказа о степену те опасности). Такође су истакле да је очево пребивалиште хотелски и ресторански комплекс, који је према упозорењу једно од подручја високог ризика, иако је само подручје Амирим, у којем отац борави, релативно удаљено од Западне обале и појаса Газе. Један од поступајућих судија другостепеног суда је ипак изузео мишљење, напомињући да према доказима није било терористичког напада у области Амирим у последњих 25 година, да треба бити опрезан у ослањању на поменуто упозорење Министарства, које између осталог не садржи савет да се становници Израела не би требали вратити кући, те да упозорење упућено путницима не представља јасан и убедљив доказ озбиљне опасности по физичко стање деце.⁵²⁵

Имајући у виду образложења обе наведене одлуке, чини се да чињеница да је проглашено ратно стање у земљи у коју би требало наложити повратак детета, не би смела сама по себи аутоматски да води одбијању захтева за повратак детета основом одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Ратна дејства нужно не морају да захвате целу територију једне земље. И сами смо сведоци да у току ратова у нашој земљи крајем прошлог века, различити делови земље су били различито погођени ратним дејствима и самим тим озбиљна опасност да би повратак дете довео у неповољан положај разликовала се од подручја до подручја. Стога је када говоримо о безбедносној ситуацији у некој земљи и примени предметног изузетка, неопходно детаљно разјаснити право фактичко стање у земљи у коју се захтева повратак детета, у

⁵²⁴ У Обавештењу је наведено да би Аустралијанци требали одложити сва путовања у Израел; да не би требали путовати на Западну обалу и у појас Газе; да би они који су већ у Израелу требали пажљиво размотрити потребу да у овом тренутку буду у земљи, узимајући у обзир безбедносну ситуацију и њихове личне околности; да они који су на Западној обали и у појасу Газе треба да их напусте тамо где је то могуће и сигурно; да Аустралијанци који се налазе у затвореним војним зонама не би требало да покушавају да оду, док их локалне власти не обавесте да је то сигурно учинити; да је погоршање безбедносне ситуације укључивало велики број терористичких напада последњих дана на цивилне циљеве у Нетанији, Тел Авиву, Јерусалиму и Хаифи; да су тренутно сва насељена места у Израелу изложена великом ризику од терористичких напада; да су у прошлости мете била подручја у којима се окупља велики број људи, укључујући хотели, пешачка шеталишта, тржне центре, ресторани, кафиће и друга места за забаву, те аутобусе и аутобуске станице; да је ситуација на Западној обали и у појасу Газе изузетно опасна; да су израелске одбрамбене снаге ушле у бројне палестинске градове и прогласиле општи полицијски час; да је путовање изван пребивалишта у овим крајевима крајње несигурно; да се редовно размењују живе ватре; да израелске одбрамбене снаге предузимају и претраге од куће до куће; те да треба очекивати даље упаде израелских одбрамбених снага на Западну обалу и, можда, појас Газе.

⁵²⁵ „Janine Claire Genish-Grant and Director General Department of Community Services (2002) Fam CA 346 (2002) FLC 93-111; 29 Fam LR 51, INCADAT reference HC/E/AU 458.“

том смислу да ли је подручје у којем живи други родитељ погођено ратним дејствима, како се одвија свакодневни живот, да ли су доступне образовне, здравствене и социјалне установе, те спрам тога извести закључак постоји ли опасност за дете у случају повратка.

5.3.4.3 Раздвајање детета од браће и сестара

У одређеном броју случајева је одвајање детета од браће-сестара истицано као разлог за активирање одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције и одбијање захтева по том основу.

У погледу раздвајања браће и сестара, Врховни суд Израела се у одлуци „DZ v YVAMVD, R Fam. A 2270/13“⁵²⁶ изјаснио да чињеница да се налаже повратак само једног детета сама по себи не представља разлог за примену изузетка из одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. У конкретном случају суд је одлучивао о захтеву оца за враћање деце, рођене 2008. и 2010. године. Деца су рођена у Холандији у ванбрачној вези држављанке Израела и држављанина Холандије. По прекиду заједнице живота родитеља, мајка је децу одвела у Израел. Отац је активирао механизам предвиђен Хашком конвенцијом и са захтевом успео у погледу старијег детета. Захтев за враћање млађег детета је одбијен, јер његовим одвођењем није повређено право на старање оца. У погледу раздвајања деце, Врховни суд Израела се изјаснио да то само по себи не води примени одредбе члана 13 став 1 тачка б. Образложио је да нема објективног разлога због којег се мајка не може вратити у Холандију са оба детета и тако избећи њихово раздвајање. Штавише, одбијање захтева за повратак старијег детета значило би његово одвајање од оца. Суд је размотрио и инострану судску праксу у којој су судови одбили да наложе повратак само једног детета и закључио да се сви они разликују од предметног по томе што је у свим тим случајевима постојао објективни разлог зашто друго дете не може бити враћено, обично зато што се оно валидно противило повратку. У предметном случају, дозволити мајци да активира изузетак из члана 13 став 1 тачка б основном сопственог одбијања да врати млађе дете представљало би давање награде отмичару и било би у супротности са политиком Конвенције. Суд је напоследку изразио наду да ће се мајка вратити са обоје деце. За случај да не дође до тога, задатак је холандског суда, као суда места сталног настајења, да размотри последице раздвајања деце. На истом становишту је и француски суд засновао одлуку

⁵²⁶ INCADAT reference HC/E/IL 1211.

„CA Paris 5 juillet 2013, No de RG 13-11509.“⁵²⁷ Образложио је да раздвајање деце због повратка млађег детета из Француске у Португал, неће млађе дете изложити психичкој трауми, узимајући у обзир њен узраст. У предметном случају мајка је задржала двоје деце у Француској, старије дете рођено у њеном претходном браку и млађе дете, рођено у браку са подносиоцем захтева за његов повратак.

Насупрот наведеним одлукама, грчки суд је одлуком „Court of First Instance of Amaliada decision 248, 13 March 2007“⁵²⁸ одбио захтев за враћање четворо деце, узраста 14, 12 и 8 година (близаници). Двоје старије деце се противило повратку у Аустралију. Њихово противљење суд је усвојио и следом тога одбио захтев за повратак и двоје млађе деце, налазећи да би раздвајање деце могло створити озбиљну опасност да она доживе психичку трауму. У питању је једина од свих посматраних одлука у којима је расправљано о раздвајању деце, у којој је суд одбио захтев за враћање у односу на неко дете искључиво из разлога што би тиме дошло до његовог раздвајања од брата или сестре и стварања озбиљне опасности за доживљавање психичке трауме. Донекле би се могло рећи да је такав резон имао и француски суд који се у одлуци „CA Paris, 2 avril 2013, No de RG 13/03926“⁵²⁹ изјаснио да одвајање деце није у њиховом најбољем интересу. У предметном случају отац је незаконито задржао троје деце у Француској. Са бившом супругом је имао 6 заједничке деце. Након развода брака деца су додељена мајци на самостално старање. Од 6 деце, спорном приликом 3 деце је било код оца у посети, док је преосталих 3 остало у Израелу са мајком. Поводом очевих навода да суд треба да одбије захтев за њихов повратак основном одредбе члана 13 став 1 тачка б Конвенције (због лоших услова за живот у Израелу, тешке финансијске ситуације мајке и сл.), суд се изјаснио да овакви његови наводи нису поткрепљени доказима, те да би у крајњем раздвајање деце било противно њиховом најбољем интересу.

Код свега изнетог, чини се да је други приступ адекватнији. Чињеница је да је циљ Хашке конвенције што хитније отклањање стања успостављеног радњама отмицара и враћање незаконито одведеног детета. Ипак, у ситуацијама када родитељ поднесе захтев за враћање двоје или више незаконито одведене-задржане деце, а у односу на једног од њих постоји објективни разлог за одбијање захтева за повратак, по мишљењу аутора оправдано је одбити захтев за повратак и у односу на преосталу децу основном одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Једна од карактеристика

⁵²⁷ INCADAT reference HC/E/FR 1221.

⁵²⁸ INCADAT reference HC/E/GR 680.

⁵²⁹ INCADAT reference HC/E/FR 1209.

савременог права је увођење принципа најбољег интереса детета као руководећег у свим активностима које се тичу детета. Такав је случај и са Хашком конвенцијом. Она почива на оборивој претпоставци да је у најбољем интересу детета да буде враћено у земљу где је стално настањено и да управо органи те земље донесу све мериторне одлуке које се тичу детета и старања о њему. Ова претпоставка је оборива и повратак није нужан онда када се установи постојање неког од Конвенцијом предвиђених разлога за одбијање захтева за повратак. Слободно можемо рећи да до незаконитог одвођења или задржавања детета скоро никада не долази у породицама у којима је очувана родитељска комуникација и сарадња. Она је карактеристична за тешко нарушене партнерске односе, који у знатном броју случајева укључују и акте насиља међу партнерима. Будући да је деци довољно штете нането лошим односима њихових родитеља и самим чином незаконитог одвођења-задржавања, по становишту аутора није потребно додатно им отежавати ситуацију раздвајањем браће и сестара, који су у таквим породичним односима врло често једни другима једина подршка и утеха. Настојање да се не погодује отмичару и да се његове незаконите радње не оснаже, не може ићи никада на штету најбољег интереса детета. Одредбом члана 13 став 1 тачка б Конвенција оставља простор за заштиту најбољег интереса детета, а раздвајање браће и сестара представља управо једну од ситуација када је оправдано применити наведену одредбу и активирати изузетак.

5.3.4.4. Здравствено стање детета

У неколико случајева здравствено стање детета и / или немогућност адекватног лечења у земљи сталног настањења су по мишљењу родитеља-отмичара били довољан разлог да би се активирао изузетак предвиђен одредбом члана 13 став 1 тачка б Конвенције.

У два посматрана случаја родитељи-отмичари су са оваквим аргументима и успели. У првом од њих, суд у Аустралији је одбио повратак бебе, коју је у узрасту од свега 3 месеца мајка незаконито одвела из Енглеске у Аустралију. Дете је рођено у Енглеској у браку држављанина Енглеске и држављанке Аустралије. Здравствено стање детета је било врло озбиљно. Имало је неонаталне нападе, које нису успели да зауставе дечји неуролози ни у Великој Британији, ни у Аустралији. Приложени медицински докази су били једногласни да дете у догледној будућности не може путовати и да би лет за Енглеску могао бити кобан. Поред тога, није било изгледа да ће се у следећих 12 месеци напади ставити под контролу, што је предуслов који је неопходан да дете буде

способно да путује авионом.⁵³⁰ У другом случају амерички суд је одлуком „Ermini v. Vittori 2014 WL 3056360 (C. A. 2) (2d Cir. 2014)“⁵³¹ одбио захтев за повратак двоје деце, узраста 9 и 10 године, у Италију. Деца су рођена у Италији у браку држављана Италије. Након што је млађем детету дијагностикован аутизам, родитељи су ступили у контакт са италијанским лекаром који је имао ординацију у Њу Јорку и заједно са децом су отишли у САД ради лечења. Пошто су били задовољни резултатима које је дала терапија, након два боравка у САД-у, одлучили су да се преселе у ову земљу на период од 2-3 година, са могућношћу и трајног останка. Због нарушавања партнерских односа и испољеног насиља од стране оца, отац се вратио у Италију, где је у крајњем и покренуо поступак по Конвенцији за повратак деце. Амерички суд је његов захтев одбио, налазећи да би испољено насиље са његове стране било довољан разлог за активирање изузетка по одредби члана 13 став 1 тачка б. Ипак приметио је и да би повратак млађе дете изложио озбиљној опасности од физичке и психичке трауме, јер су докази о недостатку терапије за аутизам и ресурса у Италији снажни. Прекидом тренутне терапије и враћањем у Италију, млађе дете би изгубило способност да развије когнитивне, емоционалне и социјалне вештине и потенцијално да води самосталан живот, што све указује на испуњеност услова за примену изузетка из одредбе члана 13 став 1 тачка б.

Са друге стране, овакве наводе мајке суд у Француској није усвојио. Радило се о повратку 6-огодишње девојчице из Француске у Израел. Девојчица је попут њеног оца била ХИВ позитивна. Њено здравствено стање, медицински третмани који су јој неопходни и њихова цена, управо су били разлози због којих је мајка истрајавала да је девојчицин повратак противан одредби члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Француски суд је насупрот томе наложио повратак девојчице налазећи да је квалитет здравственог система у Израелу веома задовољавајући, да пружа бесплатан третман особама оболелим од АИДС-а и да је терапија коју је дете добило у Израелу била једнака оној коју јој је преписао лекар по доласку у Француску.⁵³²

Код изнетог, активирање изузетка предвиђеног одредбом члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције чини се оправданим у оним ситуацијама где родитељ-отмицар пружи доказе да би повратак додатно угрозио иначе нарушено здравствено стање детета. Оно не може бити засновано на простим тврдњама тог родитеља. Мора бити

⁵³⁰ „State Central Authority v. Maynard (2003) Fam CA 911, INCADAT reference HC/E/AU 541.“

⁵³¹ INCADAT reference HC/E/US 1273.

⁵³² „Cass Civ Iere 4 mai 2017 No de pourvoi 17-11031, INCADAT reference HC/E/FR 1346.“

поткрепљено медицинском документацијом из које недвосмислено произлази постојање објективног разлога да се не наложи повратак детета. У питању може бити како смо видели немогућност детета да путује или недостатак адекватне терапије у земљи у коју се тражи његов повратак. Који год разлог да је у питању, он мора бити са медицинског аспекта оправдан и доказима поткрепљен. Истовремено, несагласност родитеља око примене терапије која је доступна у земљи у коју се захтева повратак, не може се сматрати оправданим за одбијање захтева за повратак детета, већ евентуално може бити од утицаја у поступку око вршења родитељског права. Тако је управо и решио француски суд када је наложио повратак детета одлуком „CA Rouen 20 janvier 2005 No de RG 04/03822.“⁵³³ У предметном случају мајка се противила повратку детета у Немачку тврдњом да ће тиме бити угрожено његово здравствено стање, јер се отац противи да дете иде на психотерапију ради решавања проблема у исхрани и ноћног умокравања. Суд је сматрао да се родитељима не може замерити што имају различите погледе на лечење детета, с обзиром на различита мишљења лекара са којима су се консултовали, али у сваком случају они заједнички врше родитељско право над дететом и стога су одговорни да комуницирају и постигну договор и о питању лечења детета. Суд је додао да је очигледно да је дете узнемирено, али у недостатку доказа, ниједан разлог за ту узнемиреност се није могао искључити, па ни онај да је ту узнемиреност изазвао недостатак контакта са оцем, анксиозност мајке или пак сукоб родитеља.

5.3.4.5. Примена одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције у нашој земљи

Претходно је већ наведено да су у два посматрана првостепена решења захтеви за повратак детета одбијени управо применом одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Разлози Основног суда у Нишу за примену ове одредбе су већ раније образложени, па на овом месту неће бити поново конкретно навођени, како би се избегло непотребно понављање. У битном се они своде на то да је стручним мишљењем органа старатељства и комисије вештака утврђено да постоји озбиљна опасност да би повратак дете изложио физичкој или психичкој трауми због одвајања од мајке. У наставку ће наша пажња бити посвећена једином првостепеном решењу Основног суда у Новом Саду, које иако укинута, има велики значај за сагледавање недоумица са којима се поступајући органи суочавају приликом одлучивања о захтевима за повратак поднетим по Хашкој конвенцији.

⁵³³ INCADAT reference HC/E/FR 1007.

У првостепеном „решењу Основног суда у Новом Саду Р4. 1/2016 од 20.05.2016. године“ захтев оца за повратак деце је одбијен основном одредбе члана 13 став 1 тачка б. Радило се о двоје деце, рођене 2010. и 2012. године, које је из Велике Британије у нашу земљу незаконито довела њихова мајка у јануару 2016. године. Мајка је по доласку у Србију децу одмах уписала у приватни вртић, те иницирала бракоразводну парницу са захтевом да јој се деца повере на самостално старање и предлогом да се до правноснажног окончања тог поступка одреди привремена мера којом јој се деца поверавају на самостално вршење родитељског права. Отац је са друге стране покренуо поступак за повратак деце одмах у фебруару 2016. године. Повратку деце мајка се противила тврдећи између осталог да је трпела психичко и економско насиље од стране оца деце и да би враћањем у Велику Британију са децом доспела у финансијску оскудицу, због чега је сматрала да је захтев оца потребно одбити основном одредбе члана 13 став 1 тачка б Конвенције. Суд је у поступку извео доказе саслушањем странака, саслушањем 3 сведока, прибављањем налаза и стручног мишљења новосадског органа старатељства, те читањем списима приложене документације. У стручном мишљењу орган старатељства је дао процену да мајка успешно обавља родитељску улогу, да поседује адекватне увиде у потребе деце, пре свега потребу за присуством оца, да има позитиван став према остваривању контакта између њега и деце, да је аутентично мотивисана да се стара о деци и убудуће, да поседује одговарајуће стамбене услове, да су деца здрава, да се развијају у складу са узрастом и да су адекватно уклопљена у друштво вршњака, те да са мајком остварују топле односе љубави и блискости. Следом изнетог, мишљење органа старатељства је да је мајка подобан родитељ и да за децу нема ризика ако остану да живе са њом⁵³⁴. Може се закључити да је надлежни Центар за социјални рад доставио стручно мишљење какво уобичајено доставља у редовним породичним поступцима у којима се одлучује о вршењу родитељског права. Процену је потпуно усмерио на подобност мајке да се стара о деци, потпуно пропуштајући да да стручно мишљење о постојању озбиљне опасности да би повратак децу довео у неповољан положај, како то мајка тврди. Дао је процену да нема ризика за децу ако остану да живе са мајком. Разлог за одбијање

⁵³⁴ Суд је у допису којим је тражио достављање налаза и стручног мишљења од Центра за социјални рад навео да је потребно да Центар достави налаз и у склопу тога обави разговор са мајком и по потреби старијим дететом, ако је то у складу са правилима струке и ценећи његов узраст, а везано за жеље у погледу места становања, те да ли би деца била изложена озбиљној опасности ако би била одведена у Велику Британију.

захтева за повратак детета по Хашкој конвенцији је постојање ризика да ће повратак, а не останак, негативно утицати на здравље детета.

Независно од пропуста органа старатељства на које је указано, суд је код чињеничног стања утврђеног на основу изведених доказа, нашао да је потребно одбити захтев за повратак због постојања озбиљне опасности у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Одлуку је поткрепио разлозима да би одвајање деце од мајке и поновна промена средине, у ситуацији када су се веома брзо и успешно прилагодила новој средини, могли да доведу до трајних психичких последица код деце. Нагласио је да се руководи најбољим интересом деце и да не постоји опасност по децу ако остану у Србији. Даље је образложио да није спорно да је мајка без сагласности оца одвела децу, да такво њено понашање може бити предмет неког другог поступка и евентуалног кажњавања, али да се у предметном поступку суд руководи само најбољим интересом деце. Додао је да се ради о противправном одузимању деце у смислу одредби Хашке конвенције, односно да су испуњени услови за примену одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције.

Овакво образложење првостепеног суда мањкаво је из више разлога. Код неспорне чињенице да је мајка без сагласности оца, који је са њом заједнички вршио родитељско право, одвела децу, нема места схватању да се не ради о противправном одузимању деце у смислу Хашке конвенције. Такав поступак мајке представља повреду права на старање оца и сам по себи је незаконит. Испуњеност услова за примену неког од конвенцијом предвиђених разлога за одбијање захтева за повратак, не доводи до тога да незаконито прекогранично одвођење постане законито. Оно остаје противправно, с тим што поступајући орган стиче дискрециона овлашћења да и поред незаконитости одвођења, не наложи повратак детета. Дакле у предметном случају се ради, о без било какве сумње, незаконитом прекограничном одвођењу. Питање је само има ли услова за одбијање захтева за повратак због постојања неког од изузетака.

Даље, суд наглашава на више места да се у поступку руководио само најбољим интересом деце и да поступање мајке може бити предмет неког другог поступка или евентуалног кажњавања. Управо супротно, поступак по Хашкој конвенцији, какав је вођен пред новосадским основним судом, за предмет има отклањање последица незаконитог поступања родитеља какво је у конкретном случају испољила мајка деце. Такви акти родитеља једино и дају основ за активирање заштитног механизма предвиђеног конвенцијом. Чињеница да они могу бити предмет расправљања и у неким

другим поступцима, попут кривичног, не доводи до другачијег схватања. Такође, сама Хашка конвенција у свом тексту нигде искључиво не налаже поступајућим органима да су приликом одлучивања о захтевима за повратак дужни да се руководе најбољим интересом детета. Претпоставља се да је у најбољем интересу детета да буде враћено у земљу у којој је било стално настањено. Активирање неког од конвенцијом прописаних изузетака обара ову претпоставку и представља домен примене принципа најбољег интереса детета, према схватањима израженим у теорији и пракси.

Надаље, суд је испитивао прилагођеност деце новој средини и ту чињеницу навео као једну од одлучујућих за процену да би их измештање из те средине изложило психичкој трауми. Прилагођеност детета новој средини представља један од разлога за одбијање захтева за повратак. Његова примена је могућа када је поступак по Хашкој конвенцији покренут по истеку годину дана од дана незаконитог одвођења, односно задржавања. У конкретном случају поступак је покренут непуна 2 месеца након одвођења деце. С друге стране у посматраној иностраној пракси није уочен пример да је поступајући орган одбио захтев због тога што постоји озбиљна опасност, у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције, да би повратак изложио дете психичкој трауми, јер се оно прилагодило новој средини.

Напоследку, у предметном случају је мајка указала на потребу примене одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције и на ту околност приложила доказе. Суд је потом од надлежног органа старатељства захтевао да достави стручно мишљење да ли постоји озбиљна опасност да би повратак довео децу у неповољан положај. Орган старатељства је доставио стручно мишљење да за децу нема ризика ако остану у нашој земљи. О постојању озбиљне опасности за децу у случају повратка се није изјаснио, нити је суд захтевао допуну стручног мишљења. У одлуци је пак као један од разлога за примену одредбе члана 13 став 1 тачка б навео да нема опасности ако деца остану у Србији. Наведена одредба, сасвим супротно, регулише ситуације у којима повратак, а не останак, за дете представља озбиљну опасност због које је поступајући орган овлашћен да одбије захтев.

Оваква одлука првостепеног суда је у поступку по жалби оца укинута због погрешне примене материјалног права. У разлозима другостепени суд указује да од одвођења деце до подношења захтева надлежном суду није протекло више од годину дана, па се имају применити одредбе члана 12 Хашке конвенције. Истиче да је првостепени суд одбио захтев, а да није утврдио да ли су испуњени услови за примену

одредби члана 13 Конвенције због којих се захтеву предлагача поднетом у року од годину дана од одвођења детета не би морало удовољити.⁵³⁵

У поновном поступку, странке су закључиле поравнање пред судом по којем се мајка обавезала да ће се са децом вратити у Велику Британију, а отац се обавезао да им плати трошкове превоза, да у целини сноси дечје издржавање, да неће водити, односно да ће повући захтеве у кривичним и прекршајним поступцима против мајке деце због незаконитог одвођења пред британским органима, те да ће новчано помагати мајку деце док не нађе запослење.⁵³⁶

5.3.5. Воља детета

Одредбом члана 13 став 2 Хашке конвенције је прописано да „судски или управни орган може да одбије да наложи повратак детета ако утврди да се дете супротставља повратку и да је напунило оне године и стекло степен зрелости при коме је потребно узети у обзир његово мишљење.“⁵³⁷ Одредбом нису прецизније одређене године које је потребно да је дете напунило да би се његово мишљење узело у обзир, јер су, како Елиса Перез-Вера (*Perez-Vera*) наводи, приликом доношења Конвенције остали без успеха сви напори да се постигне сагласност о минимуму година у којем се може узети у обзир мишљење детета из разлога што су сви предложени узрасти деловали вештачки, па чак и арбитрарни. Стога се као најбоље решење чинило да се примена ове одредбе препусти дискрецији надлежних органа.⁵³⁸ За овакво решење би се истовремено могло рећи да је добро, јер не поставља ограничења, али и да давањем дискреционих овлашћења поступајућим органима отвара врата правној несигурности. Одредбом такође нису прописани ни ближи критеријуми за процену зрелости детета, нити како ће надлежни органи прибавити дететово мишљење.⁵³⁹ У складу са претходно

⁵³⁵ „Решење Вишег суда у Новом Саду Гж. 2839/2016 од 08.08.2016. године.“

⁵³⁶ „Решење Основног суда у Новом Саду Р4. 2/2016 од 30.09.2016. године.“

⁵³⁷ У Смерницама за судије које поступају у породичним споровима у Великој Британији се наглашава да сврха разговора судије са дететом није прикупљање доказа, већ омогућавање детету да разуме шта се дешава и да се увери да га је судија разумео. Наводи се да је потребно да судија објасни детету да не може чувати тајне и да ће са свим што дете каже, сем у неким изузетним околностима, бити упознати његови родитељи и друге странке, да је одлука одговорност судије која је резултат низа фактора и да она никада није одговорност самог детета. Вид. у *Guidelines for Judges Meeting Children who are subject to Family Proceedings*, април 2010, доступно на https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf, 16. фебруар 2019.

⁵³⁸ Е. Perez-Vera, 433. У Извештају је наведено и да је уношење конкретне одредбе било апсолутно неопходно јер ће се Конвенција примењивати на децу млађу од 16 година и да је тешко прихватљиво да се наложи повратак детета од на пример 15 година против његове воље.

⁵³⁹ Лаура Ланди установљава 4 стуба за слушање и разумевање деце, односно њихово учешће у поступку. Први је простор-деца би требало да буду у простору у којем се осећају пријатно. Други је глас-потребно је децу слушати и постављати им питања на која они могу да одговоре на свој начин. Трећи је публика-

изнетим чини се адекватним запажање Мекеливија (*McEleavy*) да одредба члана 13 став 2 иако на први поглед релативно једноставна, у пракси већ годинама ствара тешкоће правосудним властима широм света.⁵⁴⁰

У погледу терета доказивања постојања овог изузетка, поједини аутори истичу да је он обрнут у смислу да не лежи на ономе ко се противи повратку детета, као што је то случај код других изузетака. Наиме, изузетак се активира кад год суд нађе да се дете супротставља повратку из чега следи да је дужност суда да истражи да ли се дете противи повратку, чак и онда када лице које га је одвело на то не указује.⁵⁴¹ Аргумент за своје становиште налазе у томе што је овај изузетак предвиђен у посебном ставу, а не као још један разлог за одбијање захтева за повратак детета у склопу оних наведених у претходном ставу истог члана 13 Хашке конвенције. Наравно, одбијање захтева из овог разлога представља само могућност, не и обавезу суда.

За потребе писања претходно објављеног рада аутора⁵⁴² анализирано је 50 одлука донетих у различитим државама уговорницама у периоду од 2000. године до 2014. године. У раду су изнети како пракса држава уговорница, тако и ставови појединих аутора о мишљењу детета и примени одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције, те у крајњем начин утврђивања воље детета у нашем и неколико одабраних иностраних законодавстава. Резултати тог истраживања биће изнети у наставку.

Најпре, резултати ове анализе показују да је у 21 (42%) одлуци усвојено супротстављање детета. С друге стране, претходно поменута студија за 2015. годину показује да је свега 10 % судских одбијајућих одлука донето због противљења детета као јединог разлога.⁵⁴³ Рона Шуз сматра да су могућа два објашњења за овакву појаву. Први би био да доста судија које поступају у овим предметима у различитим државама делују као да још не схватају концепт права детета. Други би био да и тамо где постоји свесност о правима детета, предност се даје обавезном хитном повратку детета који је

слушач мора бити одговарајућа публика за конкретно дете. Дете ће одговорити ономе за кога осећа да га разуме и да га у потпуности слуша. Четврти је утицај-деца морају знати да ће оно што кажу имати утицај. Иако је ова методологија развијена у сврху примене члана 12 Конвенције УН о правима детета, сасвим је применљива и у свим другим поступцима који захтевају прибављање мишљења детета. Нав. према М. Henaghan „The voice of the child in international child abduction cases-Do judges have a hearing problem?“, *The Judges' Newsletter on International Child Protection* Volume XXII Summer-Fall 2018, 15.

⁵⁴⁰ Peter McEleavy, „Evaluating the views of abducted children:trends in appellate case law“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 20, Number 2, 2008, 230.

⁵⁴¹ R. Schuz, (2013), 317.

⁵⁴² „Воља детета као основ за доношење одлуке у случајевима незаконитог одвођења детета у иностранство“, *Култура полиса*, 40/2019, 129-150.

⁵⁴³ N. Lowe, V. Stephens, (2017), 15.

циљ Конвенције и изузетак се тумачи уско, без обраћања пажње на однос између обавезног хитног повратка и дететовог права да учествује у поступку, који је нераздвојив у сваком случају у коме дете одбија да се врати.⁵⁴⁴

Како произлази у поступцима по Хашкој конвенцији мишљењу детета се не поклања довољно пажње, иако је оно њихов централни субјект.⁵⁴⁵ Наведено има још већу тежину када се узму у обзир последице које незаконито одвођење-задржавање и догађаји који томе следе остављају на дете. Студија коју је спровела Мерилин Фриман (*Freeman*) 2014. године је показала да је 91,17 % испитаника потврдило да су осетили последице отмице, од чега 73,53 % веома значајне последице (посете саветнику, терапеуту, психологу или психијатру, посттрауматски стрес, нервни слом, покушај убиства, смештај у болницу или другу здравствену установу због психичких проблема и депресије) и 17,64% последице у виду проблема са поверењем у везама, мањка самопоуздања, страха од напуштања и напада панике. Резултати су добијени на основу разговора који су обављени са 34. одраслих људи који су као деца били жртве отмице од стране родитеља. Неколико њих је указало да су имали осећај да се њихово мишљење није довољно чуло у току судског поступка. Једна од испитаних је објаснила да само зато што се догодила отмица не значи да је исправно вратити дете другом родитељу без предузимања додатних корака који би томе уследили. Навела је конкретно да у њеном случају нико није знао да је мајка злоставља и да управо зато контакт детета и родитеља-отмичара не би требало прекинути, јер је тај родитељ најчешће једина особа која има сазнања шта се догађа детету након повратка.⁵⁴⁶

Оно што Савет Европе у својим Смерницама истиче је да је право, а не дужност детета да се његово мишљење чује. Судије би требало да поштују ово право у свим

⁵⁴⁴ R. Schuz (2013), 318.

⁵⁴⁵ Резултати истраживања које је спроведено у Великој Британији показују да 3 фактора доприносе поклањању веће пажње мишљењу детета: 1) узраст детета, 2) степен конфликта између родитеља и 3) степен сагласности између жеље детета и процене случаја судског службеника. Везано за степен конфликта родитеља чини се да је мишљење деце постало кључно у оним случајевима у којима је постојао висок степен непријатељства између родитеља (који често укључује насиље) или где су родитељи различито приказали оно што деца желе. Vanessa May, Carol Smart, „Silence in Court?-Hearing children in residence and contact disputes“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 16, Number 3, 2004, 309 и 312.

⁵⁴⁶ M. Freeman, *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, Bushey Heath Herts 2014, 7, 18, 24-25, 35. Иако је циљ Хашке конвенције повратак детета, његовим враћањем се проблеми не завршавају. Мерилин Фриман указује да деца често осећају конфликт лојалности након повратка родитељу којег се понекад једва сећају, а који често очекује враћање истог детета, не старијег и „другачијег“. Дете са једне стране може кривити тог родитеља што га је напустио и што га није раније пронашао, а слична осећања се могу јавити и на страни самог родитеља. Поред тога породична структура се може изменити у поређењу на ону у време отмице, дете може наићи на очуха/маћеху, новог брата или сестру, што све представља отежавајуће околности.

случајевима који утичу на дете или бар у оним у којима се покаже да дете има довољно разумевања за питања о којима је реч. Дакле, судија би требало да саслуша мишљење детета, кад год оно покаже иницијативу да га искаже у поступку који утиче на њега, изузев када се покаже да то није у његовом најбољем интересу. Дететовом мишљењу је потребно да се поклони дужна пажња у складу са његовим годинама и зрелошћу, при чему сам узраст не може бити једини услов за одбијање да се чује дететово мишљење. Деца би требало да буду информисана како што боље користити право да искажу своје мишљење, али и да њихово мишљење неће нужно одлучити каква ће бити коначна одлука. Најзад, све судске одлуке које се тичу детета би требало да буду правилно образложене и објашњене на језику који дете разуме, поготово у оним ситуацијама када његово мишљење није уважено.⁵⁴⁷

У погледу супротстављања детета повратку у смислу Хашке конвенције, баронеса Хејл истиче да правилна примена овог изузетка подразумева два стадијума. Први обухвата давање одговора на питања: да ли се дете противи и да ли је достигло узраст и степен зрелости у коме је потребно узети у обзир његово мишљење. Други обухвата доношење одлуке о захтеву за повратак на основу дискреционог овлашћења. Баронеса истиче да је за децу отежавајућа околност што снажно исказане речи са једне стране јасно указују на противљење, али са друге стране могу указивати и на мањак зрелости, што је нарочито изражено код тинејџера који своје мишљење износе снажно. Међутим, промишљеније исказано мишљење детета да се не врати, указујући на зрело схватање да ситуација није црно-бела, отвара врата томе да буде окарактерисано као обична жеља, не противљење. Указује и да деца неће нужно користити језичке термине који означавају противљење, жељу или једноставно незадовољство са оном прецизношћу коју захтевају судови у тумачењу одредбе члана 13 став 2 Хашке

⁵⁴⁷ *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, Council of Europe 2010, 17, 28, доступно на <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b2cf3>, 16. фебруар 2019. Смернице су израђене од стране тима стручњака након разговора обављених са око 3.500 деце широм Европе. У њему су садржана основна правила за све европске земље како да прилагоде своје правне системе, а све у сврху побољшавања приступа и третмана деце у судским поступцима. Ова правила се односе на све случајеве у којима деца имају контакт са кривичним, парничним или управним системом. Истиче се да је правда која је прилагођена детету она која је приступачна, прилагођена узрасту, брза, учинковита, прилагођена потребама детета и фокусирана на њега, поштује право на прописан поступак, поштује право на учешће и разумевање поступка, поштује право на приватни и породични живот и поштује право на интегритет и достојанство.

конвенције, иако ће одлука којом се не уважава њихово мишљење најчешће бити заснована управо на стриктној анализи речи које су употребили.⁵⁴⁸

У образложењима одлука које су анализирани, навођени су различити тестови које судови примењују приликом испитивања постојања дететовог супротстављања повратку. Један такав тест садржан од четири корака приказан је у одлуци суда на Новом Зеланду. Тест обухвата давање одговора на следећа питања: да ли се дете противи повратку, уколико да, да ли је достигло узраст и степен зрелости у коме је потребно узети у обзир његово мишљење, уколико да, какав значај треба поклонити његовом мишљењу и најзад како искористити дискрециона овлашћења. У одлуци је наведено и да је потребно узети у обзир не само степен развоја, зрелост и способност расуђивања детета, већ и снагу противљења и разлоге за противљење које је само дете дало. У конкретном случају суд је нашао да су разлози због којих дете не жели да се врати суштински и да би им се требала поклонити значајна пажња, али и да је његов снажан отпор повратку био углавном заснован на мишљењу о мајци. Будући да у поступку није доказано злостављање које је он тврдио да је трпео од мајке, суд је наложио повратак.⁵⁴⁹

Још детаљнији тест наведен је у одлуци Апелационог суда Велике Британије који обухвата давање одговора на следећа питања: да ли се дете противи повратку у земљу редовног боравишта (понекад ће ово противљење бити неодвојиво повезано са противљењем животу са другим родитељом, који тражи његов повратак), које су године и степен зрелости детета, да ли његов степен зрелости кореспондира са животним добом (суд је указао да је у неким случајевима дете довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир и онда када није достигло потпуну зрелост да доноси самосталне одлуке),⁵⁵⁰ да ли је прихватљиво узети у обзир мишљење детета и у склопу овога: какво је схватање детета о томе шта је у његовом интересу, краткорочно, средњорочно и дугорочно посматрано, у којој мери противљење има основа у

⁵⁴⁸ Baroness Hale of Richmond, 43.

⁵⁴⁹ „M v. M (2012) NZFLR 429, INCADAT reference HC/E/NZ 1229.“

⁵⁵⁰ У одлуци „Re F. (A Child) (2009) EWCA Civ 416, INCADAT reference HC/E/UKe 1020“ је утврђено да дечак, узраста 8 година у време незаконитог одвођења, има виши степен зрелости од оног који је очекиван за његове године. Суд је проценио да је његово противљење у складу са његовим најбољим интересом посматрано краткорочно. Дечак је до доношења одлуке већ 18 месеци живео у Велсу, где се у међувремену преселила цела мајчина породица. Навикао се на средину и стекао пријатеље, па је суд без обзира на циљ Конвенције одбио његов повратак у Пољску. С друге стране у одлуци „Court of Appeal of Helsinki No 2933, INCADAT reference HC/E/FI 863“ суд је одбио да узме у обзир противљење девојчице узраста 14 година, налазећи да је мање зрела од оног степена зрелости који се очекује за њене године.

реалности, у којој мери је дететово мишљење било под нечијим утицајем, те у којој мери ће се противљење ублажити по повратку или одвајању од отмицара?⁵⁵¹

Оно што се свакако намеће као прво питање приликом анализе одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције је у ком узрасту се дете сматра довољно зрелим да би се његово мишљење узело у обзир. Посматрана судска пракса је у том погледу крајње шаролика. У предмету пред Врховним судом Француске за децу узраста 9,5 и 6 година је процењено да немају потребно разумевање да би пред судом износили своје мишљење у погледу повратка у Мексико.⁵⁵² Канадски суд је децу још старијег узраста, 10 и 12 година, оценио као незрелу и са очигледним недостатком разумевања због чега њихово противљење повратку није узео у обзир.⁵⁵³ Исто је поступљено и у одлуци суда у Перуу која се тичала дечака узраста 7 година чије супротстављање повратку у Аргентину из разлога што је Перу занимљивији и што има пријатеље тамо, иако природно за његове године, није усвојено због недостатка довољног степена зрелости.⁵⁵⁴ С друге стране најмлађи узраст у којем је супротстављање детета узето у обзир у случајевима који су анализирани је 6 година. Реч је о предметима Врховног суда Грчке⁵⁵⁵ и Апелационог суда Велике Британије. Значајно је образложење последњег поводом приговора оца да се изузетак из одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције не може применити на средње дете које је интервјуисано 2 недеље пре свог 6. рођендана. Суд наводи да у том аргументу има снаге и да супротстављање тако малог детета свакако није било намера оних који су сачињавали Конвенцију, али и да је у последњих 30 година превладала потреба да се доносе одлуке о деци тог узраста, не увек у складу са њиховим жељама, али бар у њиховом светлу, при чему узраст средњег детета сам по себи не искључује могућност примене предметног изузетка. Иако је поступајући судија изразио забринутост да ће снижавање старосне границе у којој се противљење детета може узети у обзир можда поступно еродирати циљ Конвенције у виду хитног повратка деце, одређену дозу сигурности је пронашао у очекивању да ће се приликом одлучивања већа тежина увек поклањати противљењу старијег, не млађег детета. У конкретном случају је донета одлука којом је одбијен захтев за повратак све троје деце, узраста 8, 6 и 3 године, уз образложење да и поред младог узраста, двоје

⁵⁵¹ „Re T. (Abduction: Child’s Objections to Return) (2000) 2 F.L.R. 192, INCADAT reference HC/E/UKe 270.“

⁵⁵² „Cass Civ Iere 12 avril 2012 No de pourvoi 11-20.357, INCADAT reference HC/E/FR 1155.“

⁵⁵³ „2008 QCSC 5320 Superior Court of Quebec (District of Hull), INCADAT reference HC/E/CA 926.“

⁵⁵⁴ „File No 2004-0276-0-2702-JM-FA-01, INCADAT reference HC/E/PE 873.“

⁵⁵⁵ „Supreme Court of Greece decision 1482 12 October 2012, INCADAT reference HC/E/GR 1241.“

старије деце има потребну зрелост, с тим да њиховој процени ситуације недостаје софистицираност.⁵⁵⁶

Друго питање које се намеће је степен зрелости који је потребно да је дете стекло. Будући да Конвенција не прописује критеријуме за одређивање да ли је дете достигло одговарајући степен зрелости да би се његово мишљење узело у обзир, пракса изузетно варира. У одсуству објективних критеријума, процена зрелости, поготово када је врше судије, зависи од схватања тих појединаца шта је то довољан степен зрелости због чега се установљавање одређених критеријума чини неопходним. Сликвит је приступ садржан у једној од испитиваних одлука у којем је наведено да узраст и степен зрелости у коме је потребно да се узме у обзир дететово противљење у смислу одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције не подразумева испитивање које је ограничено само на уопштenu способност детета да формира и изрази своје мишљење које носи обележја зрелости. Дозвољено је (и како је наглашено, често ће бити потребно) да се испитује да ли је дете достигло онај степен развоја у коме када је упитано „Да ли се противиш повратку у земљу редовног боравишта?“ може дати одговор који није заснован само на осећају, већ је резултат разлучивања зрелог детета шта је у његовом најбољем интересу, гледано дугорочно и краткорочно.⁵⁵⁷

Оно што је у пракси још уочено је да судови, поред узраста и степена зрелости, захтевају и да супротстављање повратку буде снажно, јако, убедљиво, искрено, непопустљиво, одлучно.⁵⁵⁸ Тако је у одлуци суда на Новом Зеланду наведено да се права деце, поготово оне довољно зреле да изразе своје мишљење, морају чути, поштовати и спроводити уколико је могуће, при чему је потребно да жеља детета буде снажна, јасна, чврста и зрела, те да представља противљење у смислу уобичајеног значења речи.⁵⁵⁹ Још један добар пример је одлука суда у Великој Британији која се тичала осмогодишње девојчице рођене у ванбрачној заједници држављанке Велике Британије и држављанина Републике Србије. Након прекида ванбрачне заједнице у

⁵⁵⁶ „Re W. (Children) (2010) EWCA Civ 520 (2010) 2 F.L.R. 1165, INCADAT reference HC/E/UKe 1324.“

⁵⁵⁷ „Re S. (Minors) (Abduction: Acquiescence) (1994) 1 FLR 819, INCADAT reference HC/E/UKe 47“ (одлука није обухваћена истраживачким узорком).

⁵⁵⁸ Такво становиште је изражено у одлуци „Walley v. Walley (2005) EWCA Civ 910 (2005) 3 FCR 35, INCADAT reference HC/E/UKe826“, којом је захтев за повратак одбијен јер се девојчица снажно противила повратку у Јужну Африку; одлуци „CA Nimes 18.02.2009. No. de RG 08/04984, INCADAT reference HC/E/FR 1135“, којом је захтев одбијен јер се обоје деце снажно противило повратку; одлуци „De directie Preventie optredend voor zichzelf en namens Y (the father) against X (the mother) (07.02.2001. ELRO nr. AA9851 Zaaknr:813-H-00), INCADAT reference HC/E/NL 314“, којом је одбијен повратак дечака који се снажно противио повратку у Канаду и јасно изразио жељу да остане са мајком у Холандији.

⁵⁵⁹ „Secretary for Justice v. Penney, ex parte Calabro (1995) NZFLR 827, INCADAT reference HC/E/NZ 67“ (одлука није обухваћена истраживачким узорком).

јануару 2005. године, односи бивших партнера у погледу детета су били лоши и испуњени тензијом. Неправноснажном одлуком суда у Београду у марту те године дете је поверено мајци на самостално вршење родитељског права, уз редовно одржавање личних односа детета са оцем. Након тога, мајка је у два наврата дете одводила у Велику Британију, први пут у августу 2005. године и други пут у октобру 2006. године. Отац је оба пута иницирао хитан повратак детета по Хашкој конвенцији. Први пут се мајка пред судом сагласила да се са дететом врати у Србију, док је други пут поступак окончан одбијањем захтева због снажног противљења детета повратку у Србију. У поступку пред судом је утврђено да је реч о паметној осмогодишњакињи, способној да разуме питања која су јој постављена и да на њих да образложене одговоре. Њено супротстављање повратку је делом било узроковано жељом да остане са мајком и да се не врати оцу, а делом на искуству са српском полицијом, страху да ће се такво искуство поновити у случају повратка и да ће бити одвојена од мајке. Наиме, полиција је по повратку мајке са дететом у Србију, након њиховог првог одласка у Велику Британију, у више наврата претресала аутомобил и стан мајке, те проналазила одређене количине наркотика. Дете је присуствовало овим догађајима, укључујући и хапшењу мајке, што је код детета узроковало интензиван страх. Имајући у виду претходно, суд је у одлуци заузео становиште да мајка јесте одвела дете за време трајања судских поступака у Републици Србији, земљи дететовог редовног боравишта, али да нема места усвајању захтева за повратак детета у ситуацији када се оно снажно томе супротставља.⁵⁶⁰

Рона Шуз оправдано критикује овакво становиште истичући да оно дискриминише децу чије се личности разликују, оне који се по природи снажније изражавају и оне који су смиренијег темперамента. Указује да и када је дете у потпуности сигурно да не жели да се врати, оно може да показује знакове да му недостаје други родитељ, остатак породице и пријатељи у земљи из које је одведено, што се не може аутоматски протумачити као знак његове неодлучности или да његово мишљење није довољно чврсто. Дете има право да се одговарајућа тежина поклони сваком његовом мишљењу, не само оном које је доминантно и изражено снажно.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ „Re. M. (A Child) (Abduction: Child’s Objections to Return) (2007) EWCA Civ 260, INCADAT reference HC/E/Uke 901.“

⁵⁶¹ R. Schuz (2013), 328. Снажно, убедљиво и одлучно противљење, са последицом да ће повратак дете изложити озбиљној опасности или неповољном положају, захтевано је у одлуци суда у Аргентини „E.S./ Reintegro de hijo, INCADAT reference HC/E/AR 1305.“ У конкретном случају суд је усвојио захтев за повратак детета, јер се дете противило повратку зато што се навикло на нову средину, што по процени суда није било довољно. У још једној одлуци аргентинског суда „G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos,

Осим тога да је снажно, противљење детета би према анализираној судској пракси требало да буде и аутентично и израз његове слободне воље, а не резултат утицаја другог родитеља, односно неког од чланова породице. Наведено ипак не би требало да одврати родитеља који је незаконито одвео или задржао дете од указивања да се дете противи повратку из страха да ће бити оптужен да је припремио дете или на њега вршио притисак да се супротставља повратку, како се образлаже у одлуци суда у Великој Британији „*Re J. (Children) (Abduction: Child’s Objections to Return)* (2004) EWCA CIV 428.“⁵⁶² У истој је наведено да би, када год постоји противљење детета, требало учинити сваки напор да се оно изнесе пред поступајућег судију, а да су судије и социјални радници довољно обучени да могу да процене она супротстављања која су вештачка. Тако је на пример суд у Шкотској одбио захтев за повратак због супротстављања дечака узраста 12 година за чије је мишљење проценио да није формирано под утицајем мајке, иако је сагласно са њим.⁵⁶³ С друге стране противљење детета није уважено из разлога што није формирано његовом слободном вољом, већ под утицајем родитеља који га је одвео и то: у одлуци шпанског суда којом је наложен повратак дечака од 14 година, одлуци финског суда којом је наложен повратак девојчице истог узраста и одлуци канадског суда којом је наложен повратак девојчице узраста 10 година.⁵⁶⁴ Дакле, правилан приступ би подразумевао да суд прво утврди да ли је дететово мишљење заиста било под нечијим утицајем и уколико је одговор позитиван, да ли тај утицај у потпуности анулира дететово противљење.⁵⁶⁵

Коначно, последњи критеријум који су судови захтевали у погледу противљења детета је да би оно требало бити усмерено на повратак у конкретну државу. Како се наводи у одлуци „*G.P.C. c. H.S.M. s/reintegro de hijos*“⁵⁶⁶ супротстављање би требало да буде усмерено на живот у држави редовног боравишта, не на старање или виђање са родитељем, па узимање у обзир мишљења детета није изједначено са анализирањем са

INCADAT reference HC/E/AR 1315“ изражено је исто мишљење да противљење повратку мора бити искрено и непопустљиво, а не представљати само жељу.

⁵⁶² INCADAT reference HC/E/UKe 579.

⁵⁶³ „*M. Petitioner 2005 S.L.T. 2 OH, INCADAT reference HC/E/UKs 804.*“

⁵⁶⁴ „*Auto Audiencia Provincial No 133/2006 Pontevedra (Seccion 1) Recurso de apelacion No 473/2006, INCADAT reference HC/E/ES 887*“; „*Court of Appeal of Helsinki No 2933, INCADAT reference HC/E/FI 863*“; „*J.E.A. v. C.L.M. (2002) 220 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.), INCADAT reference HC/E/CA 754.*“

⁵⁶⁵ R. Schuz (2013), 329-330.

⁵⁶⁶ INCADAT reference HC/E/AR 1315. Ово становиште је заузето и у одлуци суда у Аустралији којом је наложен повратак дванаестогодишњег детета у Немачку, јер се он противио животу са оцем, а не животу у Немачкој. У одлуци је наведено и да у конкретном случају противљење детета животу са оцем није неразривно повезано са противљењем животу у Немачкој. Вид. „*Barry Eldon Matthews (Commissioner Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001, INCADAT reference HC/E/AU 345.*“

којим родитељем оно жели да живи. Мишљења деце која су у посматраним одлукама усвојена била су поткрепљена аргументима и оценом услова живота у обе државе. Тако је на пример амерички суд навео да је противљење девојчице узраста 15 година валидно, јер је као разлоге навела да не жели да се врати да живи са оцем, да су професори у Америци предусретљивији од оних у Мексику, да је свесна да ће јој статус имигранта у Америци створити одређене проблеме, нарочито приликом запошљавања, те да разуме да је потребно да нађе начин како да их преброди.⁵⁶⁷ Оно што ће у пракси отежавати оцену испуњености овог услова је да ће дететово противљење повратку често бити неразмрсиво повезано са противљењем повратку да живи са другим родитељем, из ког разлога ће бити тешко (немогуће) повући јасну црту докле је противљење узроковано животом у конкретној држави, а докле животом са другим родитељем. Управо је такав случај био предмет одлучивања суда у Великој Британији у коме је повратак двојице дечака у Грчку био неразмрсиво повезан са повратком у породицу оца, што ниједан од њих двојице није могао да поднесе, из ког разлога је захтев за њихов повратак одбијен.⁵⁶⁸

Најзад, чак и у ситуацијама када је утврђено да је дете довољног узраста и степена зрелости, да је његово супротстављање снажно, аутентично и усмерено ка конкретној држави његовог редовног боравишта, суд се у појединим случајевима одлучивао да га не уважи и ипак наложи повратак детета. Образложење за овакве одлуке је углавном било да дететово противљење није једини и одлучујући фактор за доношење одлуке и да у тим случајевима није превладало политику Конвенције. Тако је амерички суд наложио повратак дечака узраста 9 година, сматрајући да његово противљење повратку из разлога што се плаши свог оца, којег сматра злим, није довољно да превлада политику Конвенције.⁵⁶⁹ По становишту суда супротстављање детета није превладало дух Конвенције и право оца по одредби члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и у случају који је разматран пред судом у Ирској. Суд је у том предмету одбио противљење деце иако је нашао да су напунили године и стекли степен зрелости у коме је потребно узети у обзир њихово мишљење, те да је њихова жеља да остану у Северној Ирској искрена.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ „Broca v. Giron 2013 WL 867276 (E.D.N.Y.), INCADAT reference HC/E/US 1264.“

⁵⁶⁸ „Re M. (Abduction: Psychological Harm) (1997) 2 FLR 690, INCADAT reference HC/E/UKe 86“ (одлука није обухваћена истраживачким узорком).

⁵⁶⁹ „Foster v. Foster 654 F. Supp. 2d. 348 (W.D. Pennsylvania 2009), INCADAT reference HC/E/USf 1110.“

⁵⁷⁰ „JR v. SIR (2007) NICA 50 (2008) N.I. 252, INCADAT reference HC/E/SK 1190.“

5.3.5.1 Воља детета код захтева за повратак који се односи на више деце

Када се захтева повратак двоје или више деце, а неко од њих се супротставља повратку у смислу одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције, поставља се као питање какав утицај има то противљење на одлуку о захтеву за повратак друге деце. Приликом давања одговора на ово питање је потребно правити разлику између ситуације када су друга деца млађа и у добу када још немају довољан степен зрелости да би се њихово мишљење узело у обзир и ситуације када се повратку супротставља двоје или више деце која су напунила године и стекла степен зрелости у ком је потребно узети у обзир њихово мишљење.

У првој ситуацији би се могло рећи да су могућа три решења. Прво, да суд не уважи противљење старијег детета и наложи повратак обоје деце. Друго, да усвоји противљење старијег детета и одбије повратак у односу на њега и треће, да одбије повратак у односу на обоје деце. Ниједна од ових опција није идеална. Са једне стране, јасно је да ће одвајање браће и сестара, у ситуацији када су већ довољно осетили одвајање од других чланова породице, по свој прилици њима проузроковати штету или их довести у неподношљиву ситуацију. Са друге стране, одбијање повратка у односу на млађе дете само из разлога што се старије дете противи повратку није у сагласности са циљевима Конвенције и правима тог детета да контактира са остављеним родитељем. Слично томе, налагање повратка старијег детета противно његовој вољи само зато што има млађег брата/сестру није у сагласности са његовим правом да учествује у поступку.⁵⁷¹

У посматраним случајевима суд се у оваквим ситуацијама одлучивао да децу не раздвоји, већ да одбије захтев за повратак у односу на све њих. Најчешће образложење за овакву одлуку је било то што би повратак само млађег детета/деце по њега/њих представљао озбиљну опасност у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Такво становиште је заступао и грчки суд у одлуци „Court of First Instance of Amaliada decision 248, 13 March 2007.“ У наведеном поступку се двоје старије деце узраста 14 и 12 година валидно супротстављало повратку у Аустралију. Сматрајући да је потребно усвојити њихово противљење, суд је захтев одбио не само у односу на њих, већ и у односу на близанце узраста 8 година, уз образложење да постоји озбиљна опасност да би раздвајање браћу и сестре изложило психичкој трауми.⁵⁷² Исто

⁵⁷¹ Rhona Schuz (2013), 338-339.

⁵⁷² INCADAT reference HC/E/GR 680.

становиште је заузето и у одлуци суда Велике Британије која се тичала двоје деце, девојчице узраста 11 година и дечака узраста 6,5 година. Образложење је гласило да би у ситуацији када је захтев за повратак старије девојчице одбијен због тога што се супротставила враћању у Шпанију, враћање млађег дечака самог, њега довело у неповољан положај.⁵⁷³

Међутим, како поступити онда када се двоје деце довољног узраста и степена зрелости супротставља повратку? Рона Шуз оправдано критикује приступ да се прво испита да ли противљење сваког детета испуњава услове прописане одредбом члана 13 став 2 Хашке конвенције, након чега се доноси одлука третирајући децу као део породичне заједнице, не изоловано. Указује да чињеница да има двоје или више деце чија се супротстављања процењују истовремено може утицати на процену степена зрелости или јачине противљења сваког од њих. Млађе дете ће несумњиво деловати мање зрело од старијег и његови разлози мање убедљиви. Поред тога, могућа је и сумња да је на његово мишљење утицало старије дете, поготово онда када су интервјуисани заједно. Није јасно ни како ће суд истовремено донети одлуку о противљењу два зрела детета, јер судбина сваког од њих има утицаја на одлуку. Уколико суд одлучи да не врати старије дете, то утиче на млађе исто као у случају млађег детета које још није напунило године и стекло степен зрелости да би се његово мишљење узело у обзир. Слично, уколико суд одлучи да врати млађе дете, то може бити од утицаја на одлуку у погледу старијег детета. Стога се чини најисправнијим приступ који би подразумевао прво одлучивање у односу на старије дете.⁵⁷⁴ Добар пример за наведене дилеме је одлука суда Велике Британије о захтеву за повратак дечака узраста 13 година и девојчице узраста 11,5 година, који су се обоје супротстављали повратку. Суд је нашао да снага и разлози супротстављања девојчице нису довољни да превладају циљ Хашке конвенције, док је у погледу противљења дечака нашао да је он старији, зрелији, те да је његово супротстављање снажно и рационално. Резултат је била одлука којом је наложен повратак обоје деце. Оно је што је уследило је да се дечак добровољно укрцао на авион, док је девојчица то одбијала,

⁵⁷³ „Re T. (Abduction: Child’s Objections to Return) (2000) 2 F.L.R. 192, INCADAT reference HC/E/UKe 270.“ За још видети „Re J. Children (Abduction: Child’s Objections to Return) (2004) EWCA CIV 428, INCADAT reference HC/E/UKe 579.“

⁵⁷⁴ R. Schuz (2013), 340.

што је напоследку условило да је суд дозволио да она изјави жалбу против првостепене одлуке, која је тим поводом укинута и предмет је враћен на поновно одлучивање.⁵⁷⁵

У посматраним случајевима је уочљиво да судови често више пажње поклањају начину на који је изнето, него суштини дететовог мишљења, те да постоје значајне разлике у схватањима судова које су то године и степен зрелости при коме је потребно узети у обзир мишљење детета. Хашка конвенција оправдано не прописује старосни минимум, на тај начин остављајући могућност да у сваком појединачном случају поступајући орган процењује да ли је дете у годинама у којима је довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир, али се ипак чини потребним установљавање објективнијих критеријума за ту процену.

5.3.5.2. Начин утврђивања воље детета

Супротстављање детета повратку отвара многа комплексна социолошка, психолошка и правна питања и пред судије ставља задатак да одмере фино избалансирану мешавину за и против овог противљења.⁵⁷⁶

Давање могућности детету да изнесе своје мишљење не значи нужно конфликт са циљем Хашке конвенције да се обезбеди што хитнији повратак детета. Суштина је додати мишљење детета, мишљењу родитеља и других.⁵⁷⁷ Наведено је у складу са Конвенцијом о правима детета која у члану 12 прописује да „државе чланице обезбеђују детету, које је способно да формира своје сопствено мишљење, право слободног изражавања тог мишљења о свим питањима која се тичу детета, с тим што се мишљењу детета посвећује дужна пажња у складу са годинама живота и зрелошћу детета. У ту сврху детету се посебно даје прилика да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се односе на њега, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процедуралним правилима националног закона.“ У погледу примене ове одредбе Комитет Уједињених нација за права детета, као надзорно тело, одвраћа државе уговорнице да било законом или праксом пропишу старосну границу и на тај начин лимитирају право детета да

⁵⁷⁵ „Re H.B. (Abduction: Children’s Objections) (1997) 1 FLR 392, INCADAT reference HC/E/UKe 18“ (одлука није обухваћена истраживачким узорком).

⁵⁷⁶ Anastacia M. Greene „Seen And Not Heard? Children’s Objections Under The Hague Convention On International Child Abduction“, *University of Miami International and Comparative Law Review*, Volume 13 2005, 155.

⁵⁷⁷ L. Elrod, „Please Let Me Stay: Hearing the Voice of the Child in Hague Abduction Cases“, *Oklahoma Law Review* Volume 63 4/2011, 690. Ауторка сматра да би се дететово мишљење требало утврдити кад год његов интерес није у сагласности са интересом родитеља-када је дете доведено у опасност, када родитељи не могу да се договоре и када се мишљење детета разликује од мишљења родитеља.

изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу. Државе уговорнице би требало да крену од претпоставке да је дете способно да формира своје мишљење и да поштују његово право да га изнесе, јер није на детету да доказује своју способност. Пуно поштовање одредби члана 12 подразумева узимање у обзир не само вербалне, већ и невербалне комуникације која укључује игру, говор тела, изразе лица и цртање, кроз које веома мало дете може да изрази своје разумевање, изборе и жеље.⁵⁷⁸

Како је претходно већ поменуто у претходно објављеном раду аутора који се бави вољом детета, приказан је начин утврђивања те воље⁵⁷⁹ за потребе доношења одлуке о захтеву за његов повратак у смислу Хашке конвенције у неколико одабраних иностраних законодавстава. Такође, приказан је начин утврђивања дететовог мишљења у породичним споровима у нашој земљи у складу са одредбама Породичног закона и решења која су у том погледу предложена у нацрту Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања.

Тако на пример, судије у Јапану долазе до дететовог мишљења на основу стручне анализе коју даје судски службеник специјализован за интеракцију са децом.⁵⁸⁰ Овај службеник пре самог разговора са дететом, ради што боље припреме за интервју, обично позива учеснике у поступку да доставе у писаном облику информације о детету. Припреме иду дотле да службеник бира која је одећа прикладнија за разговор (да ли одело или нешто неформалније) и у којој соби да се разговор обави (у породичним судовима у Јапану постоје посебне просторије за те сврхе, обичне које се користе за разговоре са тинејџерима и оне уређене попут играоница за разговоре са млађом децом). На почетку разговора службеник адекватним језиком детету објашњава своју улогу, поступак који суд спроводи и предмет тог поступка. Након тога приступа испитивању детета, постављајући питања отвореног и затвореног типа у зависности од

⁵⁷⁸ *General Comment No. 12 (2009) The Right of the Child to be Heard*, Committee on the Rights of the Child, Geneva, 2009, 6-7.

⁵⁷⁹ У погледу начина утврђивања воље детета, истраживања показују да би одрасли у разговору са децом морали схватити потребу за поверењем, неосуђивањем, постављањем директних, а не индиректних питања, поштовањем дететових различитих способности и потпуном информисаношћу детета о сврси разговора. Ann O'Quigley, *Listening to children's views, The findings and recommendations of recent research*, York 2000, 29-30. Треба додати и да децу може збунити језик одраслих, посебно професионални жаргон. Једнако тако, одрасли често нису упознати са кодовима дечјег језика који, у сваком случају, могу да се разликују од старосне до старосне групе. Стога се воде расправе о томе како развити комуникацијске вештине које захтевају дечји представници и о томе да ли, и ако јесте, судије треба да виде и слушају децу приликом доношења одлука о њима. N. Lowe, M. Murch, „Children's participation in the family justice system/translating principles into practice“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 13, Number 2, 2001, 144.

⁵⁸⁰ L. D. Elrod, „Japan Joins Hague Abduction Convention: England Returns Child“, *Family Law Quarterly* Volume 48, Number 2, 2014, 351-352.

узраста и зрелости детета. У току интервјуа службеник користи топао глас, упућује речи подршке и парафразира оно што је дете рекло, све време показујући поштовање и пажњу. У обзир се узима не само оно што је дете рекло, већ и тон којим је нешто рекло, поглед и изрази лица. Поред тога, оно што је речено се анализира у ширем контексту, имајући у виду дететов степен зрелости, породицу и невербалне знаке. На основу онога што је дете рекло и стручне анализе прикупљених података, судски службеник израђује писани извештај који подноси судији. Будући да се овај извештај третира као доказ, странке могу поднети писане приговоре на његову садржину.⁵⁸¹

С друге стране, у Грчкој мишљење детета прибавља судија појединац пред којим се води поступак, а који у згради суда у својим одајама обавља разговор са дететом (углавном се деца узраста 6-7 година сматрају довољно зрелом). У згради суда не постоје просторије посебно опремљене за разговоре са децом. Судије претходно не пролазе обуку како спровести разговор са децом, нити суд издаје посебне приручнике и упутства на ту тему. Последично, сваки судија обавља интервју на начин који он сматра одговарајућим у циљу процене да ли је дете довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир, да ли је било под нечијим утицајем или евентуално добило припремљене одговоре и да ли је у могућности да схвати шта је у његовом најбољем интересу. Интервјуима не присуствује нико други сем судије и детета, укључујући ни дечјег психијатра, дечјег психолога или социјалног радника. Истиче се да се на овај начин омогућава детету да у разговору један на један изнесе мишљење о ситуацији која има велики утицај на њега и његову будућност, а пошто мишљење не износи у судници нема осећај да је приморан да се определи за једног од родитеља који су у конфликту.⁵⁸²

Занимљива решења нуди такозвани „холандски метод“. У Холандији се саслушавају деца почев од 6. године живота. Суд поставља привременог старатеља сваком детету који је са једне стране дететова особа од поверења, а са друге стране интерпретатор дететовог мишљења судији који доноси одлуку о његовом повратку. Бира се из реда стручњака за прекограничну медијацију и у поступку, након два обављена разговора са дететом изван зграде суда, израђује писани извештај који

⁵⁸¹ Tomoko Sawamura, „Child’s view in return proceedings-Practice of Japanese court“, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 25.

⁵⁸² Karolina Zoi Andriakopoulou, Maria Louiza Andriakopoulou, „The Voice of the Child in Hague Convention Proceedings in Greece“, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 35-37.

садржи податке прикупљене током интервјуа и одговоре на потребна питања.⁵⁸³ Уколико дете то жели, старатељ може присуствовати његовом разговору са првостепеним и другостепеним судијом. Привремени старатељ ће у сваком случају присуствовати судским рочиштима, првостепеним и другостепеним, како би уколико буде било потребно пружио додатне информације и одговорио на питања родитеља или њихових адвоката. Поред тога, старатељ ће дете, у зависности од његовог узраста и степена зрелости, информисати о садржају судске одлуке и евентуално могућности и последицама изјављивања жалбе.⁵⁸⁴

Напоследку, у Италији је опште правило да дете саслушава председавајући судија и судија-психолог (у оним судовима у којима нема судије-психолога, председавајућем судији се препоручује да постави психолога или психијатра). Саслушавају се деца узраста 12 година и старија. Дете млађег узраста се може испитати ако постоје озбиљни разлози који то налажу, ако постоји сагласност странака и у одсуству те сагласности процена судије да дете има потребно разумевање поступка који се води. Дете се саслушава по хитном поступку како би се избегло интензивирање постојећег сукоба на релацији родитељ-дете и родитељ-родитељ. Разговор се обавља по завршетку школе у приватној просторији чије уређење олакшава комуникацију и интеракцију између детета и судије. У току целог поступка је забрањена комуникација између родитељевих адвоката и детета, с тим што им се омогућава да судији пре саслушања предложи питања о којима је потребно испитати дете. На захтев детета, судија може дозволити да разговору присуствују један или оба родитеља или неко ван породице, узимајући у обзир дететов узраст и његову потребу за психолошком подршком током саслушања. Браћа и сестре се углавном саслушавају одвојено, иако их судија може испитати и заједно уколико нађе да је то оправдано. О саслушању се сачињава записник који дете мора да прочита и да га потпише. Поред овог такозваног директног начина испитивања, постоји и индиректни начин када разговор са дететом обавља стручњак ван зграде суда.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Питања на која би требало да пружи одговор су: 1. Које је дететово мишљење о потенцијалном животу у држави X и потенцијалном животу у Холандији? 2. Колико се дете осећа слободним да изрази своје мишљење? 3. Колико је дете свесно последица живота у држави X и Холандији? и 4. Да ли су у току разговора искрели неки детаљи који су битни за доношење одлуке?

⁵⁸⁴ Annette Olland, „The voice of the child in 1980 Hague return procedures in the Netherlands“, *The Judges Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 54-55.

⁵⁸⁵ Marzia Ghigliazza, Sara Luzzati, „The hearing of the child in civil proceedings in Italy-Rules and practice“, *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 32-33.

5.3.5.3. Начин утврђивања воље детета у Републици Србији

Имајући у виду да према последње доступним подацима за нашу земљу ниједан захтев за повратак детета поднет по Хашкој конвенцији није одбијен због супротстављања детета повратку, у делу рада који следи је приказан начин утврђивања мишљења детета у редовним породичним споровима у складу са одредбама важећег Породичног закона. Најчешћи начин утврђивања воље детета у овим поступцима је путем надлежног органа старатељства (Центра за социјални рад) чији стручни тим, углавном састављен од психолога, педагога или социјалног радника, након обављеног разговора са дететом даје свој налаз и стручно мишљење.

Тако је на пример у поступку који је вођен пред Основним судом у Лозници под бројем 1 П2. 184/17, а чији је предмет била измена раније пресуде о самосталном вршењу родитељског права које је било поверено мајци, суд у два наврата прибавио налаз и стручно мишљење надлежног Центра за социјални рад.⁵⁸⁶ У оба налаза и стручна мишљења радници Центра за социјални рад су, након обављеног разговора са малолетном децом, дали процену да је у њиховом најбољем интересу да у даљем буду поверена оцу на самостално вршење родитељског права. У конкретном случају се радило о деци која су у узрасту да самостално одлучују са којим ће родитељем да живе (15 и 17 година)⁵⁸⁷, а њихову истрајну жељу да убудуће буду поверена оцу на самостално вршење родитељског права, стручна лица органа старатељства су проценила као аутентичну. У коначном, ранија одлука је измењена и малолетна деца су поверена на самостално вршење родитељског права оцу.⁵⁸⁸

Дужна пажња је посвећена и мишљењу 12-огодишњег дечака у поступку који је вођен пред Основним судом у Новом Саду под бројем П2.2042/15, а чији је предмет била такође измена раније одлуке о поверавању самосталног вршења родитељског права мајци. Дечак је своју жељу да убудуће живи са оцем изнео пред радницима Центра за социјални рад, у разговору који је обављен ради давања налаза и стручног мишљења органа старатељства. Као и у претходно наведеном, и у овом случају промењена је ранија одлука и дете је у даљем поверено оцу.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Вид. чл. 270 ПЗ.

⁵⁸⁷ Вид. чл. 60 ст. 4 ПЗ.

⁵⁸⁸ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.61/18 од 08.02.2018. године“ (није обухваћена истраживачким узорком).

⁵⁸⁹ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.548/16 од 22.09.2016. године“ (није обухваћена истраживачким узорком).

Наравно, независно од наведеног, нема сметњи да судија обави директан разговор са дететом када процени да је то у складу са његовим годинама и зрелошћу.⁵⁹⁰ Тако је на пример у породичном спору вођеном пред Основним судом у Старој Пазови под бројем П2. 453/16, а чији је предмет била измена раније одлуке тог суда о самосталном вршењу родитељског права, поступајући судија-председник већа одлучио да обави насамо разговор са дететом, девојчицом узраста 13 година, како би сазнао њено мишљење о томе којем родитељу жели да убудуће буде поверена на самостално вршење родитељског права. Претходно је прибавио налаз и стручно мишљење Центра за социјални рад, чија је процена између осталог била да је девојчица високо интелигентна и натпросечне психолошке и социјалне зрелости у односу на свој календарски узраст. Првостепена одлука у конкретном случају је била да дете и даље буде поверено мајци на самостално вршење родитељског права, што је уједно била и девојчицина жеља. Предмет жалбеног побијања оца, чији је захтев у првом степену одбијен, била је управо околност да је судија сам обавио разговор са дететом. Поводом оваквих навода, другостепени суд се изјаснио да имајући у виду узраст девојчице (13 година) и њену натпросечну зрелост, одлука поступајуће судије да у просторијама суда насамо обави разговор са њом у циљу утврђивања њеног мишљења није противна одредби члана 266 став 3 тачка 3 Породичног закона, којом је суду остављена могућност да у сваком конкретном случају начин и место прибављања мишљења детета способног да формира своје мишљење прилагоди његовим годинама и зрелошћу.⁵⁹¹ Жалба оца је одбијена.

Регулатива нацрта Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања у погледу мишљења детета је да је суд „дужан да детету које је способно да формира своје мишљење, независно од узраста, на примерен начин пружи сва неопходна обавештења и да му омогући да то мишљење изрази уз присуство или без присуства других лица, зависно од жеље детета, на начин и на месту који су у складу са његовим узрастом и зрелошћу, осим ако је то у супротности са најбољим интересом детета. Суд је дужан да детету које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање омогући да слободно и непосредно изнесе своје мишљење о захтеву за враћање, осим ако оцени да је то у супротности са најбољим интересом детета. Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно

⁵⁹⁰ Вид. чл. 65 и 266 ст. 3 ПЗ.

⁵⁹¹ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.15/19 од 17.01.2019. године“ (није обухваћена истраживачким узорком).

за расуђивање може одлучити о повратку и о одржавању личних односа са родитељем односно другим лицем са којим га веже нарочита блискост, у складу са законом.“⁵⁹² Наведена регулатива је у складу са оном садржаном у Породичном закону који прописује да је суд дужан да када „утврди да је у спору за заштиту права детета или у спору за вршење, односно лишење родитељског права странка дете које је способно да формира своје мишљење да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу“, у присуству лица које дете само изабере, „осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.“⁵⁹³ И по Породичном закону „дете које је навршило 10. годину живота може слободно и непосредно да изрази своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима“,⁵⁹⁴ а са навршених 15 година дете које је способно за расуђивање може одлучити са којим ће родитељем живети и о личним односима са родитељем са којим не живи.⁵⁹⁵

Мишљење детета у неколико приказаних законодавстава се прибавља на два начина, у директном разговору судије са њим или путем лица за то квалификованих. У нашој земљи оба начина су дозвољена, али у пракси претеже друга опција, која ипак делује адекватнија због посебних знања којима та лица располажу.

5.3.6. Кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је захтев упућен

Последња ситуација у којој судски или управни орган може одбити захтев за повратак детета је она када би повратак детета представљао „кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је упућен.“⁵⁹⁶

За потребе писања ове дисертације анализирано је 50 одлука различитих држава уговорница донетих у периоду од 1989. године до 2017. године у којима је разматрано постојање овог изузетка. Резултати ове анализе показују да је у највећем броју случајева, њих чак 36 захтев за повратак детета усвојен. У укупно 7 случајева је захтев одбијен, од тога у 3 (6%) случаја из разлога предвиђеног одредбом члана 20 Конвенције, а у 4 случаја из неког другог предвиђеног разлога. У 4 случаја је одлука

⁵⁹² Чл. 48 ЗГЗД.

⁵⁹³ Вид. чл. 266 ст. 3 и чл. 65 ст. 6 ПЗ.

⁵⁹⁴ Вид. чл. 65 ст. 4 ПЗ.

⁵⁹⁵ Вид. чл. 60 ст. 4 и чл. 61 ст. 4 ПЗ.

⁵⁹⁶ Чл. 20 ХК.

укинута па је коначан исход непознат, а у 3 случаја је захтев одбачен. Статистички подаци за 2015. годину показују да је захтев за повратак детета одбијен искључиво основном одредбе члана 20 Конвенције у свега 1% случајева.⁵⁹⁷

Терет доказивања чињеница да повратак детета представља кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода лежи на лицу које се противи повратку детета. У анализираним случајевима о томе постоји експлицитно изјашњење у одлуци израелског суда „J. v. B. 25 April 2007, Court for Family Matters Beersheva“⁵⁹⁸ у којој је наведено да мајка, која је одвела дете и противила се његовом повратку, у поступку није пружила доказе да је белгијски правни систем мањкав у погледу поштовања људских права и основних слобода. Наиме, мајка је пред судом у Израелу истицала да она и дете неће добити поштено, објективно и непристрасно саслушање у Белгији због веза које отац детета и његова породица имају у тој земљи. Суд је закључио да ове тврдње није поткрепила доказима, те да се у крајњем ваљаност одлука белгијских судова има испитивати у Белгији.⁵⁹⁹

У анализираним одлукама је изражено и схватање да су границе примене овог, попут и других изузетака, врло уске и да се он примењује само у ретким приликама када би налагање повратка детета представљало шок за савест суда или пак кршење свих правила којима се настоји осигурати правично суђење, како то образлаже аустралијски суд у одлуци „Emmett and Perry and Director-General Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority and Attorney-General of the Commonwealth of Australia (Intervener)(1996), (1995) FLC 92-645, [1995] FamCA 77.“⁶⁰⁰ Идентично образложење садржано је у још једној одлуци аустралијског суда „The Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Rhonda May Bennett [2000] FamCA 253, (2000) FLC 93-011, 26 Fam LR 71.“⁶⁰¹ Са полазиштем да се изузетак из члана 20 Конвенције примењује у ретким приликама, суд је у другој од 2 наведене одлуке нашао да повратак детета аборицинског порекла или пореклом са Острва Торесовог мореуза у страну земљу сам по себи није у супротности са било којим основним принципом Аустралије који се односи на заштиту људских права и основних слобода. У предметном случају, суд закључује да ништа не указује да би

⁵⁹⁷ N. Lowe, V. Stephens, (2017), 15.

⁵⁹⁸ INCADAT reference HC/E/IL 910.

⁵⁹⁹ За још примера о терету доказивања видети „Souratgar v. Fair, 720 F. 3d 96 (2nd Cir. 2013), INCADAT reference HC/E/US 1240.“

⁶⁰⁰ INCADAT reference HC/E/AU 280.

⁶⁰¹ INCADAT reference HC/E/AU 275.

повратак детета у Енглеску, иначе земљу његовог рођења, представљао кршење било ког људског права или основне слободе детета. На крају и Апелациони суд Канаде је у одлуци „Jabbaz v. Mouammar (2003) 226 D. L. R. (4th) 494 (Ont. C.A.)“⁶⁰² нагласио да би судови требало да буду веома опрезни приликом установљавања постојања изузетака у смислу Конвенције.

У делу рада који следи најпре ћемо пажњу поклонити уопштеним карактеристикама предметног разлога за одбијање захтева за повратак детета изнетим у анализираним одлукама, а потом и случајевима у којима је захтев одбијен управо позивом на одредбу члана 20 Хашке конвенције, а све како бисмо стекли слику које су то заиста ситуације у којима поступајући органи у пракси сматрају да би повратак детета представљао кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода.

Најдетаљније образложење о примени одредбе члана 20 Хашке конвенције садржано је чини се у одлуци ирског суда „Nottinghamshire County Council v. K. B. and K. B. (2011) IESC48.“⁶⁰³ У њој је суд нагласио да је том одредбом препознат изузетак по којем када суд нађе да повратак детета није дозвољен Уставом те државе, неће ни наложити повратак, какве год биле одредбе Конвенције. На тај начин је установљен механизам којим је у Конвенцију уграђена потребна доза флексибилности како би се избегао сукоб између међународних обавеза које Конвенција намеће и одредаба домаћег Устава. Суд је закључио да је питање које поступајући орган мора поставити при примени одредбе члана 20 следеће: да ли је оно што се тражи у држави којој је поднет захтев нешто што значајно одступа од поретка одређеног Уставом те државе и да ли исто представља директну последицу одлуке суда чинећи да повратак није дозвољен Уставом. Другим речима, да би суд могао да изведе закључак да је повратак детета потребно одбити по одредби члана 20 Хашке конвенције, морају бити задовољена оба услова, конкретно последица повратка детета мора бити толико противна Уставу да повратак чини недозвољеним и мора бити уско повезана са одлуком суда.

Управо овакав приступ у примени одредбе члана 20 Хашке конвенције исказан је и одлуци немачког суда „Bundesverfassungsgericht 2BvR 1075/96, 15 August 1996.“⁶⁰⁴

⁶⁰² INCADAT reference HC/E/CA 757.

⁶⁰³ INCADAT reference HC/E/IE 1139.

⁶⁰⁴ INCADAT reference HC/E/DE 573.

Ради се о одлуци Уставног суда Немачке у којој је одлучивано о жалби мајке и детета против одлуке немачког суда којом је наложен повратак детета у САД. Уставни суд је нашао да су одредбе Хашке конвенције у складу са немачким Уставом, да су нижестепени судови одредбе те Конвенције тумачили и применили на начин који је у складу са Уставом, те да је исто тако у складу са Уставом и правило да терет доказивања постојања разлога за одбијање захтева за повратак лежи на странци која се противи повратку. Размотрио је тумачење и примену одредби Конвенције од стране нижестепених судова у светлу чланова немачког Устава који штите права деце (члан 2 ставови 1 и 2), права родитеља (члан 6 ставови 1-4) и најбољи интерес деце (члан 6 став 2), те је закључио да нису повређене одредбе члана 16 став 2, члана 11 и члана 103 став 1 немачког Устава: повратак детета не представља екстрадицију и њиме није повређено дететово право на слободу кретања и избор места пребивалишта.⁶⁰⁵

У одлуци америчког суда је још изражено да извештај значај приликом процене постојања изузетка из одредбе члана 20 Хашке конвенције имају и процесна правила у држави сталног места боравка детета. Првостепени суд је истакао, са чиме се сложио и другостепени суд, да не би требало да постоји упоређивање појединих елемената два правна система. Међутим, прихватио је да могу постојати ситуације у којима карактеристике поступка у држави сталног места боравка детета могу бити преовлађујући фактор у примени дискреције. Као пример је навео правила поступка која утичу на добробит детета или на то хоће ли родитељ који је отео дете добити правично суђење. У конкретном случају није било доказа који би указивали на потребу примене одредбе члана 20 Конвенције.⁶⁰⁶

У погледу одлука у којима је захтев за повратак одбијен основом одредбе члана 20 Хашке конвенције, резултати спроведеног истраживања су оскудни, ради се о свега

⁶⁰⁵ И у одлуци поступајућег органа Јужне Африке, поводом навода мајке, суд је закључио да је закон којим је Хашка конвенција имплементирана у право те државе у складу са Уставом Јужне Африке. Наиме, мајка је тврдила да би налагање повратка детета било у супротности са одредбом чланом 28 став 2 Устава Јужне Африке који предвиђа да је најбољи интерес детета од највећег значаја у сваком питању које се тиче детета. Без посебног разматрања тог питања, суд је био спреман претпоставити да краткорочни интереси детета не могу увек бити испуњени његовим повратком, па је у том смислу био спреман да прихвати да Закон којим је Конвенција имплементирана можда није у складу са одредбом чланом 28 став 2 Устава. Међутим, суд је скренуо пажњу на одредбу члана 36 Устава по којој уставна права могу бити ограничена тамо где је ограничење разумно и оправдано у отвореном и демократском друштву заснованом на људском достојанству, једнакости и слободи. Напоменуо је да је обим претпостављеног ограничења значајно ублажен изузетцима предвиђеним одредбама чланова 13 и 20 Хашке конвенције. На основу тога закључио је да је оспоравани Закон у складу са Уставом. Вид. „Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC), INCADAT reference HC/E/ZA 309.“

⁶⁰⁶ „P. v. S. 2002 Fam LR 2, INCADAT reference HC/E/US 963.“

3 одлуке. Једна од њих је одлука шпанског суда којом је одбијен захтев оца да се наложи повратак детета у Израел. Чињенице тог случаја су биле да је дете од рођења живело у Израелу. Отац је био држављанин Израела, мајка држављанка Шпаније. Родитељи су били разведени и заједно су се старали о детету. Након што је мајка одвела дете у Шпанију без сагласности оца, отац је иницирао поступак по Хашкој конвенцији, од Рабинског суда у Израелу исходовао да му се повери дете на самостално старање, те затражио да тај суд мајку детета прогласи за „бунтовну жену“, тзв. *Moredet*. Шпански суд је сматрао да чињеница да је Рабински суд доделио оцу самостално старање значи да ће дете бити склоњено од мајке како би она била кажњена за своју „бунтовност“, при чему се уопште неће узети у обзир најбољи интерес детета које је одрасло само са мајком, што је само по себи у супротности са основним начелима шпанског права. Такође, проглашавање мајке детета за „бунтовну жену“ погоршаће њену ситуацију и резултираће апсолутном негацијом њених права, не само у односу на дете, већ и унутар израелске заједнице. Стога је суд сматрао да мора пружити стварну заштиту мајци и детету, у складу са чланом 24 Устава Шпаније, јер су шпански држављани, па је основом одредбе члана 20 Конвенције одбио захтев оца.⁶⁰⁷

Друга два случаја у којима је захтев за повратак детета одбијен применом члана 20 Хашке конвенције потичу из Костарике. Доношење одлука у оба случаја је било руковођено истим схватањем, а то је да одредба члана 20 Хашке конвенције у себи конзумира принцип најбољег интереса детета, прописан одредбом члана 3 Конвенције о правима детета УН, па у свим случајевима који се тичу деце, у тумачењу и решавању спорова, најбоље решење за развој детета треба да превлада, чак и над другим правима. Стога је у првом случају суд одбио захтев применом чланова 20 и 13 став 1 тачка б Хашке конвенције, уз образложење да се дете добро развија са мајком и да би раздвајање могло утицати на његов општи развој.⁶⁰⁸ У другом случају је суд руковођен истим схватањем, такође одбио захтев за повратак, али овај пут искључиво из разлога прописаног одредбом члана 20 Хашке конвенције, наводећи да су девојчице развиле значајне везе у Костарики у школи, са породицом и друштвеном заједницом и да би присиљавање да напусте земљу озбиљно утицало на њих.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ „Re S., Auto de 21 abril de 1997 Audiencia Provincial Barcelona Seccion 1a, INCADAT reference HC/E/ES 244.“

⁶⁰⁸ „Souratgar v. Fair, 720 F. 3d 96 (2nd Cir. 2013), INCADAT reference HC/E/US 1240.“

⁶⁰⁹ „L. R. C. a favor de I. C. R. y E. C. R. contra el Juzgado de Ninez y Adolescencia y El Tribunal de Familia, INCADAT reference HC/E/CR 1320.“

Тврдње којима су странке у анализираним случајевима указивале да ће повратак довести до кршења основних слобода су различите. У поступку пред ирским судом мајка, која је одвела дете, истакла је низ аргумената. Прво је тврдила да је Хашка конвенција, која је имплементирана у ирско право, супротна члану 40 став 3 тачка 1 Устава који има за циљ да гарантује лична права грађанина. Суд је одбио ову тврдњу закључивши да су лична права деце у потпуности заштићена изузецима који су предвиђени одредбама чланова 13 и 20 Хашке конвенције. Даље је тврдила да Конвенција није обезбедила да она као ирски држављанин има приступ ирским судовима, што је у супротности са чланом 40 став 3 Устава и да је надлежност ирских судова искључена противно члану 36 став 1 Устава. Поводом ових тврдњи суд се изјаснио да је уношење одредби Конвенције у национално законодавство у складу са усвајањем општеприхваћених принципа међународног права од стране Ирске и у складу са једним од циљева Устава Ирске, наведеног у преамбули, а то је да се успостави сарадња са другим народима. Чињеница да је надлежност ирских судова повремено искључена у корист надлежности судова других земаља на основу таквих конвенција сама по себи не доводи до тога да су оне неважеће. Ирски парламент је имао овлашћење да имплементира Хашку конвенцију у домаће законодавство, а Конвенција је поверила надлежност у случајевима са иностраним елементом судовима других земаља са циљем заштите интереса деце. С обзиром да није усвојио наводе мајке, суд је наложио повратак детета.⁶¹⁰

Још један пример неуспелог позивања на одредбу члана 20 Конвенције представља одлука немачког суда пред којим је мајка, која је одвела дете, истицала да је налагање повратка детета из Немачке у САД противно одредби члана 16 став 2 Основног закона Немачке, која штити немачког држављанина од екстрадиције. У конкретном случају дете је имало двојно држављанство, немачко и америчко. У вези ових навода мајке, суд је закључио да враћање детета родитељу који има право на старање не представља изручење, нити нешто што би се могло изједначити са изручењем. Овакав повратак у себи не садржи елемент пребацивања особе у 'суверену власт' друге државе на њен захтев, што је обележје изручења. Суд је одбио и остале наводе које је мајка истакла, а који се односе на кршење права на слободни развој

⁶¹⁰ „W. v. Ireland (1994) ILRM 126; sub nom, A. C. W. v. Ireland (1994) 3 IR 232, INCADAT reference HC/E/IE 289.“

личности, права која се односе на брак, породицу и мајчинство, дететовог права на достојанство и права на саслушање пред судовима у складу са законом.⁶¹¹

Везано за примену одредбе члана 20 Хашке конвенције, у извесном броју посматраних случајева је било спорно какав утицај на одлуку у поступку по Хашкој конвенцији има чињеница да је у земљи у коју је дете незаконито одведено поднет захтев за азил или је он већ одобрен. Британски суд се поводом тога изјаснио у одлуци „FE v. YE (2017) EWHC 2165 (Fam)“⁶¹² наводећи да тамо где је азил одобрен или је захтев за његово добијање поднет, суд не може да наложи повратак детета по Хашкој конвенцији. Додао је и да је када је захтев за азил одбијен, али је уложена жалба, могуће и заиста пожељно да суд размотри захтев за повратак, с тим да налог за повратак не ступи на снагу бар 15 дана након објављивања судске одлуке. Такође је приметио да би одлучивање о захтеву за азил могло да потраје месецима, што представља временски период који је неспојив са поступком по Хашкој конвенцији који је хитан, али и да одлагање одлучивања о захтеву за повратак тешко може довести до последица које би могле настати ако се прекрши принцип забране протеривања. Напоследку је додао да је тамо где су поднети и захтев на основу Хашке конвенције и

⁶¹¹ „Bundesverfassungsgericht 2 BVR 982/95 and 2 BvR 983/95, 10 October 1995, INCADAT reference HC/E/DE 310.“ Исте наводе да повратак детета представља екстрадицију истичала је мајка у поступку вођеном пред канадским судом, указујући да је Хашка конвенција противна одредби члана 6 став 1 Канадске повеље о правима и слободама према којој ниједан држављанин Канаде не би требало да буде присиљен да напусти канадско тло против своје слободне воље. Суд је одбио ову тврдњу, напомињући да је ова одредба имала на уму изручење криминалаца и да се не може изједначити са повратком деце која су, према међународном и домаћем закону, незаконито отета. Вид. у „Y. D. v J. B. (1996) R. D. F. 753 (Que. C. A.), INCADAT reference HC/E/CA 369.“ Поред наведених значајна за схватање примене одредбе члана 20 Конвенције је и одлука Врховног суда Пољске у којој се овај суд изјашњавао на наводе мајке да су нижестепени судови требали применити одредбу члана 20 Конвенције основном тога што је дете држављанин Пољске. Врховни суд је тим поводом нашао да се Пољска не противи враћању детета у земљу сталног места боравка, осим ако би због непоштовања људских права и основних слобода у тој држави био угрожен интерес детета. Суд је приметио да Канада, као држава у којој је дете било стално настањено пре задржавања, има високе стандарде за заштиту људских права и основних слобода. Имајући у виду да мајка примену одредбе члана 20 темељи искључиво на томе што је дете пољски држављанин, Врховни суд се изјаснио да Закон о пољском држављанству од 15. фебруара 1962. не садржи забрану, експлицитну или имплицитну, повратка незаконито одведеног или задржаног детета, пољског држављанства, у земљу његовог сталног настањења. Суд је додао да таква забрана такође не постоји ни у једној другој законској одредби која је обавезујућа у Пољској. Напоследку је нагласио и да је Хашка конвенција део пољског правног поретка, а овај инструмент захтева повратак деце без обзира на њихово држављанство. Вид. „Decision of the Supreme Court 7 October 1998 I CKN 745/98, INCADAT reference HC/E/PL 700.“ Коначно, занимљива је и одлука суда на Новом Зеланду „APN v. TMH (Child Abduction: Grave Risk and Human Rights) (2010) NZFLR 463, INCADAT reference HC/E/NZ 1224“, у којој је суд одбио наводе мајке да би захтев за повратак детета на Фици требало одбити основном одредбе члана 20 Хашке конвенције, образлажући да иако можда у тој земљи постоје ограничења слободе кретања, слободе политичког изражавања, слободе медија и слободе протеста, докази указују да се у свим осталим аспектима свакодневни живот грађана Фиција одвија непремењено, па нема разлога да се не наложи повратак детета.

⁶¹² INCADAT reference HC/E/UK 1433.

захтев за азил, од пресудне важности да се о томе обавесте надлежни органи и позову да максимално брзо одлуче о захтеву за азил.⁶¹³

На овом месту бисмо могли да закључимо да је одбијање захтева основом одредбе члана 20 Хашке конвенције у пракси изузетно ретко. Терет доказивања лежи на лицу које се противи повратку, углавном је то родитељ-отмичар, али наводи које та лица истичу, а који по њиховом мишљењу чине оправданом примену одредбе члана 20, у малом броју случајева буду усвојени. Примена ове одредбе је оправдана онда када, најконцизније речено, оно што се тражи у држави којој је поднет захтев значајно одступа од Устава те државе и представља директну последицу одлуке коју је надлежни орган донео у поступку по Хашкој конвенцији. Налагање повратка детета не представља његову екстрадицију, па овакви наводи у пракси ни у једном од посматраних случајева нису активирали изузетак прописан одредбом члана 20, док са друге стране прилагање доказа да је у току поступак да дете добије азил у значајној мери утиче на поступак по Хашкој конвенцији и може довести до активирања наведеног изузетка.

5.3.6.1. Однос члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и члана 20 Хашке конвенције

У извесном броју случајева странке су се кроз одредбу члана 20 Хашке конвенције позивале на одредбе Европске конвенције, најчешће наводећи да повратак детета представља мешање државе у породични живот које је противно одредбама члана 8 те Конвенције.

О односу наведеног члана 8 Европске конвенције и члана 20 Хашке конвенције, значајно је мишљење изражено у једној од анализираних одлука. Ради се о одлуци енглеског Врховног суда „Re. E. (Children) (Abduction: Custody Appeal) (2011) UKSC 27 (2012) 1 A. C. 144“,⁶¹⁴ у којој је тај суд закључио да је највише што би се могло рећи о односу ових чланова следеће: у случајевима *Mautousseau* [INCADAT Reference: HC/E/942] и *Neulinger*⁶¹⁵ је признато да се гаранције из одредби члана 8 Европске конвенције

⁶¹³ Одлуком америчког суда „*Sanchez v. R. G. L. ex rel. Hernandez* 2014 U. S. App. Lexis 14849 (5th Cir. 2014), INCADAT reference HC/E/US 1288“ укинута је одлука првостепеног суда и предмет је враћен на поновно одлучивање управо како би се расправило од каквог је утицаја чињеница да су родитељ и дете у међувремену стекли статус азиланата у САД-у.

⁶¹⁴ INCADAT reference HC/E/UKe 1068.

⁶¹⁵ Европски суд за људска права је у одлуци „*Neulinger and Shuruk v. Switzerland, Application no. 41615/07*“ од 06.07.2010. године изразио становиште да је принцип најбољег интереса детета од примарног значаја и за поступке по Хашкој конвенцији. Истовремено је приметио да, независно од циља

морају тумачити и примењивати у светлу Хашке конвенције и Конвенције УН о правима детета; да сваки од ових међународних инструмената предвиђа најбољи интерес детета као најзначајнију околност о којој поступајући орган мора водити рачуна; да у сваком поступку по Хашкој конвенцији у којем је постављено питање, национални суд неће по аутоматизму наложити повратак детета, већ ће испитати све посебне околности одређеног детета како би утврдио да ли ће повратак бити у складу са Европском конвенцијом, што се не може поистоветити са потпуним испитивањем будућности тог детета, те да је мало вероватно да ће, ако се правилно примењује Хашка конвенција, без обзира на исход, доћи до кршења права детета или једног од родитеља по одредби члана 8 Европске конвенције. Суд је сматрао да је могуће замислити крајње необичне случајеве у којима би повратак детета могао бити у супротности са Европском конвенцијом. Констатовао је да особа не може бити враћена у земљу у којој ће се суочити са стварним ризиком од мучења, нечовечног и понижавајућег поступања или пак казне, односно грубог ускраћивања правичног суђења. До повреде Европске конвенције би, теоретски, могло доћи тамо где би се родитељ отмичар суочио са таквим ризиком, а дете се не би могло сигурно вратити без тог родитеља. У таквом случају било би противзаконито да суд, као орган јавне власти, поступа неспојиво са одредбама Европске конвенције.

Тврдње да издавање налога за повратак представља повреду права на поштовање породичног живота, истицане су од стране мајке и ћерке у поступку пред швајцарским судом, који се тим поводом изјаснио да повратак заиста представља мешање у смислу одредби члана 8 Европске конвенције, али да је ово мешање ипак оправдано Хашком конвенцијом и као такво предвиђено одредбом члана 8 став 2 Европске конвенције. Подсећајући на циљеве Хашке конвенције, суд је нашао да је повратак детета неопходан у јавном интересу. Штавише, једино повратак детета значи испуњавање циља Конвенције о поновном успостављању status quo. Напоследку, суд је закључио да ако се аргументи попут овог које су истакле мајка и ћерка почну прихватати, онда би

конвенције да незаконито одведено дете буде што хитније враћено, налагање повратка детета по аутоматизму није могуће, на шта указују и изузеци од повратка предвиђени самом конвенцијом. Исти су засновани на разматрањима која се тичу личности детета и његове околине, показујући тако да суд који расправља о случају мора усвојити конкретан приступ. Уз то, ако се аргументи родитеља отмичара прихвате превише лако, основна сврха Хашке конвенције била би обесмишљена. Горе наведени изузеци морају се стога тумачити строго. Управо поводом става израженог у овој одлуци, поједини аутори сматрају да је Европски суд одступио од принципа Хашке конвенције који предвиђају спровођење хитног повратка детета, без улажења у меритум ствари. Више о томе у Linda Silberman, „The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocation by Custodial Parents: Has the European Court of Human Rights Overstepped Its Bounds“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 4, Number 2, 2013, 26-30.

члан 8 Европске конвенције кроз члан 20 Хашке конвенције, потпуно поткопао смисао и циљ Хашке конвенције.⁶¹⁶

Пример још једне одлуке у којој се суд изјашњавао о томе да ли је повратак у складу са основним принципима који се односе на заштиту људских права је одлука норвешког суда „Case no. LF-2013-168054.“⁶¹⁷ У овом случају суд је као меродавне одредбе узео оне садржане у члану 8 Европске конвенције које се односе на право на поштовање породичног живота и приватности и одредбе члана 3 Конвенције УН о правима детета које се тичу најбољег интереса детета. Суд је дао тежину чињеници да веза деце са Норвешком није толико јака да би било нарочито неповољно за њих да се са мајком врате у Португал. Даље је закључио да је дугорочно гледано у најбољем интересу деце да имају контакт са оцем, што би се најбоље могло осигурати њиховим повратком у Португал. Стога је утврдио да је враћање деце у Португал у складу са људским правима и да нису испуњени услови за примену одредбе члана 20 Хашке конвенције.

Међу анализираним одлукама присутна је само једна у којој је суд разматрао наводе оца да је одлука по Хашкој конвенцији донета противно одредбама члана 6 Европске конвенције. Отац-родитељ који је незаконито одвео децу у овом случају, темељио је овакве наводе на томе да је у првостепеном поступку имао пуномоћнике, али да им је по окончању тог поступка, незадовољан њиховим учинком, отказао пуномоћје. Тврдио је да је правни тим био непажљив, што је било довољно да му се дозволи изјављивање жалбе. Даље је тврдио да је након притварања имао недовољан приступ списима предмета, што је противно одредбама члана 6 Европске конвенције. Разматрајући ове наводе суд је закључио да је оцу омогућено правично суђење, можда није могао уредити своје поднеске на начин на који би то чинио адвокат, али му је свакако дата прилика да расправља о свим релевантним питањима.⁶¹⁸

⁶¹⁶ „5P 127/1997 (BGE 123 II 419) Bundesgericht II Zivilabteilung, INCADAT reference HC/E/CH 792.“

⁶¹⁷ INCADAT reference HC/E/NO 1402.

⁶¹⁸ „N. J. C. v N. P. C. (2008) CSIH 34, 2008 S. C. 571, INCADAT reference HC/E/UKs 996.“

6. НЕЗАКОНИТО ОДВОЂЕЊЕ ДЕТЕТА У ИНОСТРАНСТВО: ДОМАЋЕ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

6.1. Спорови према Породичном закону Србије

За законит премештај детета у иностранство, једнако као и за законит премештај детета у границама наше земље, по важећем породичном праву је неопходна сагласност другог родитеља. Када она изостане, родитељ који жели да се пресели са дететом, покреће парнични поступак да суд другог родитеља лиши права да одлучује о питању промене пребивалишта детета.

Резултати истраживања праксе Апелационог суда у Новом Саду показују да је у посматраном периоду од 2011. године до 01.09.2019. године пресељење детета у иностранство било разлог покретања укупно 14 поступака. У 12 поступака пресељење је планирано у будућности, у 2 поступка оно је извршено пре иницирања парнице, али због постојања одређених околности одвођење није било незаконито.

Од 12 поступака у којима је пресељење тек требало да се догоди, у 11 поступака тужиоци (у једном случају противтужилац) су експлицитно суду пружили податак да са дететом намеравају да се преселе ван граница наше земље. Један поступак је инициран од стране оца против мајке којој је дете поверено на самостално старање, са захтевом да се измени ранија одлука о вршењу родитељског права. До покретања поступка је дошло због страха тог оца да ће мајка одвести дете у Француску где има могућност запошљавања. Његов тужбени захтев је одбијен, а суд га је по службеној дужности делимично лишио родитељског права у погледу одлучивања о промени пребивалишта детета.⁶¹⁹

Сасвим издвојен од претходно наведених случајева, стоји поступак у којем је дете, уз сагласност оца, пре покретања поступка већ премештено из Србије у СР Немачку. Дете је рођено у ванбрачној заједници, а ранијом судском одлуком, која је донета када је дете имало 8 месеци, оно је поверено мајци на самостално старање. У периоду док су мајка и дете живели у Србији, отац није одржавао личне односе са дететом (због чега га дете не препознаје), нити доприносио његовом издржавању. Са

⁶¹⁹ До покретања предметне парнице је дошло управо због жеље мајке, којој је дете било поверено на старање, да се са дететом пресели у Француску, где живи њен нови партнер и где има могућност за запослење. Отац се томе истрајно противио и напослетку покренуо поступак за измену раније одлуке о вршењу родитељског права како би му се дете поверило на самостално старање и у крајњем остало да живи у Србији. Вид. пресуда „Апелационог суда у Новом Саду Гж2.157/13 од 20.03.2013. године.“

одласком детета у иностранство се сагласио, а мајка је накнадно иницирала поступак за лишење родитељског права оца. Примарним тужбеним захтевом је тражила очево потпуно лишење родитељског права, а евентуалним лишавање оца права да одржава личне односе са дететом и да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. Мајка је против оца покренула и кривични поступак због недавања издржавања, након чега је он почео да доприноси децјем издржавању и покушао да успостави лични однос са дететом. Првостепеном парничном пресудом су одбијена оба захтева. Другостепени суд је првостепену одлуку потврдио образлажући да лишење родитељског права не треба да буде само себи циљ, а у ситуацији када родитељ престане да занемарује своју обавезу (као што је у конкретном случају, почео да доприноси децјем издржавању, настоји да успостави однос са дететом, а у погледу одлучивања о битним питањима за дете показује коректну сарадњу), и потпуно и делимично лишење родитељског права због његовог ранијег пропуста било би чиста санкција за родитеља.⁶²⁰

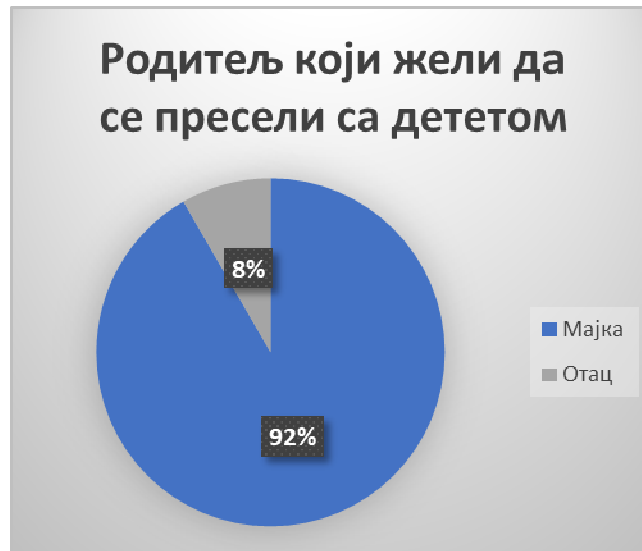
Такође, у још једном поступку мајка је преместила дете у Норвешку и након тога иницирала поступак за делимично лишење родитељског права оца, с тим да се овакав њен поступак не би могао окарактерисати као незаконито одвођење, јер је ранијом правноснажном пресудом отац већ лишен права да одлучује о битним питањима за дете.⁶²¹

Поступке су углавном иницирали родитељи. 11 поступака је покренуто од стране једног од родитеља. У 9 случајева се радило о родитељу коме је дете поверено на самостално старање. Два су покренута од стране родитеља који не врши родитељско право са захтевом да се измени ранија одлука о вршењу родитељског права. Оба су окончана одбијањем тужбеног захтева и лишавањем родитеља-тужиоца права да одлучује о промени пребивалишта деце, у једном случају по противтужбеном захтеву мајке и малолетне деце, у другом случају по службеној дужности. У преосталом још једном поступку су у улози тужиоца заједно иступали родитељ и малолетна деца. Ниједан поступак није покренут од стране надлежног Центра за социјални рад, нити јавног тужиоца.

⁶²⁰ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 379/17 од 27.07.2017. године.“

⁶²¹ „Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2.354/18 од 03.07.2018. године.“ Отац је лишен права да одлучује о промени пребивалишта детета правноснажном „пресудом Основног суда у Новом Саду П2.1316/13 од 31.10.2013. године.“ У другом по реду вођеном поступку мајка је након пресељења детета у Норвешку захтевала да се измени пресуда из 2013. године на тај начин да се отац лиши права на чување, подизање, васпитавање, заступање, управљање и располагање имовином детета, те да одлучује о промени пребивалишта детета. Наведеним решењем Апелационог суда укинута је првостепена пресуда којом је одбијен овакав тужбени захтев, па коначан исход поступка није познат.

Захтеве за делимично лишење родитељског права већински су истицале мајке, којима су деца поверена на самостално старање. Таква је била ситуација у чак 10 поступака. У једном је подносилац захтева био отац, коме су синови били поверени на самостално старање, а у једном случају је суд по службеној дужности делимично лишио родитељског права оца да одлучује о промени пребивалишта детета у склопу одлуке о вршењу родитељског права. Ни у једном случају дете није било поверено родитељима на заједничко старање.



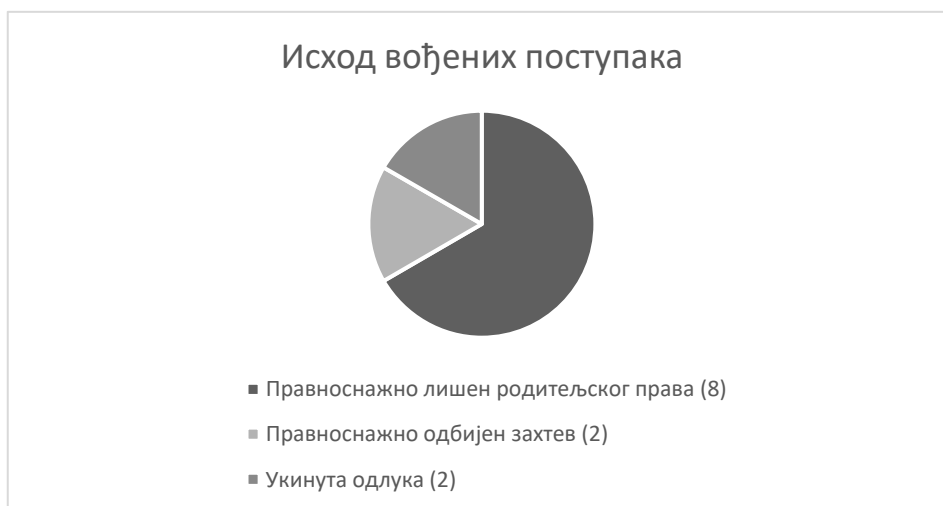
Садржина тужбених захтева у поступцима који су покренути због жеље родитеља да се са дететом пресели у иностранство би се могла поделити у две групе: тужбени захтеви којима је тражено да се други родитељ лиши права да одлучује о свим или више побројаних битних питања, између осталог и о питању промене пребивалишта детета и тужбени захтеви којима је тражено да се други родитељ лиши права да одлучује искључиво о питању промене пребивалишта детета. У посматраном узорку било је 3 тужбена захтева из прве групе и 8 тужбених захтева из друге групе. И овде бисмо могли да констатујемо да садржина тужбеног захтева може бити један од показатеља да ли је поступак покренут због пресељења детета.

Најчешћи разлог за пресељење у иностранство је било започињање заједнице живота родитеља са новим партнером који већ живи у земљи у коју се планира пресељење са дететом (64%), те потом запошљавање у иностранству (36%). У већини потоњих случајева, родитељи који су желели да се преселе са децом, већ су у тренутку иницирања поступка самостално живели у иностранству и били запослени. Враћање у

средину у којој живи примарна породица није било разлог пресељења ни у једном случају.



Од 12 вођених поступака, родитељ је правноснажно делимично лишен родитељског права у 8 случајева. Тужбени захтев је правноснажно одбијен у 2 случаја. Првостепена одлука је укинута у 2 случаја.



6.1.1. Процесни положај детета

У претходном делу рада детаљно је обрађен процесни положај детета у споровима за лишење родитељског права. Будући да се исти поступак, тачније спор ради делимичног лишења родитеља права да одлучује о промени пребивалишта детета, покреће и онда када један родитељ жели да се пресели са дететом у иностранство, као и

онда када жели са дететом да се пресели у границама наше земље, а за то нема сагласност другог родитеља, процесни положај детета у поступку који се води ради пресељења у иностранство је идентичан оном који има у поступку који се води ради пресељења у границама наше земље. У овом поглављу биће приказан положај детета у 12 случајева вођених због жеље родитеља који се стара о детету да се са њим пресели у иностранство, чему се противио родитељ који не врши родитељско право.

Од посматраних 12 поступака, деца су у улози тужиоца иступала у једном спору, те у улози противтужиоца у једном спору. У оба случаја, поред њих у улози тужиоца-противтужиоца је иступао и њихов родитељ којем су била поверена на самостално старање, који им је у поступку био и законски заступник. Колизивски старатељ, нити привремени заступник ни у једном од посматраних поступака, деци није постављен. Преосталих 10 поступака било је иницирано од стране родитеља који су се старали о деци.

Према подацима доступним у пресудама, мишљење детета је прибављено у 4 случаја. Ради се о деци која су у време доношења првостепене пресуде била у узрасту од 14 година, 8 година и 7 година. Мишљење је у сваком од ових случајева прибављено путем органа старатељства. Како се наводи у „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2.492/17 од 27.09.2017. године“, суд је правилно утврдио мишљење детета користећи стручну помоћ органа старатељства. Тако прибављено мишљење детета, његова жеља да живи са мајком у иностранству, знатно је утицала на одлуку суда, јер се ради о детету које је психофизички зрело да се изјасни са којим родитељем жели да живи, по процени органа старатељства, иако нема навршених 15 година када по важећем породичном праву може самостално да одлучује о томе. Ни у једном поступку суд није непосредно саслушао дете.

У 3 од 4 случаја одлука суда је донета сагласно израженом мишљењу детета. Наравно то не значи да је одлука заснована искључиво на жељи детета да промени или не промени пребивалиште, али је тој жељи у сваком случају посвећена дужна пажња.

6.1.2. Начело најбољег интереса детета

У споровима у вези са лишењем родитељског права, једнако као и у споровима за заштиту права детета суд је дужан да се руководи најбољим интересом дететом и да донесе одлуку која ће за дете представљати најбоље решење. У сврху доношења законите и правилне одлуке, користећи се истражним начелом, изводи адекватне доказе

и прибавља налаз и стручно мишљење надлежног органа старатељства. У наставку рада биће изнети резултати истраживања о примени овог начела од стране Апелационог суда у Новом Саду у 12 спорова у којима је одлучивано о лишавању другог родитеља права да одлучује о питањима битним за дете, а у којима су тужиоци пружили податке о планираном, скоријем пресељењу детета.

Које све факторе би суд требало да узме у обзир приликом процене најбољег интереса детета у сваком конкретном случају за лишење права једног од родитеља да одлучује о промени пребивалишта детета, можда најсликовитије приказују одлуке другостепеног суда којима су укинута одлука првостепеног суда и дате му смернице за поновни поступак. Тако је у „решењу Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 192/14 од 29.04.2014. године“ наведено да је правилан закључак о томе да ли је у најбољем интересу малолетног детета да се са мајком пресели у Шведску могуће извести само на основу претходно утврђених следећих чињеница: у којим приликама би малолетно дете живело у Шведској, какве су шансе мајке да у тој земљи добије запослење, да ли њен партнер са којим планира да заснује брак има посао, решене стамбене и имовинске прилике, да ли има деце и да ли је малолетно дете са њим успоставило контакт. Суд је нагласио да није довољно утврђење чињеница да би се пресељењем детета осујетило његово редовно виђање са другим родитељем и да би дете било изложено промени средине да би се закључило да други родитељ ускраћује сагласност са оправдањем. У још једном укидном решењу истог суда Гж2. 266/18 од 07.06.2018. године је образложено да суд у оваквим споровима треба да испита да ли би промена пребивалишта деце, имајући у виду животне околности и радну способност родитеља који се стара о њима, представљала ситуацију у којој би дечја права била угрожена, а контакти са другим родитељем били онемогућени. Као најзначајније питање се јавља да ли пресељењем у иностранство родитељ задовољава своје интересе или сагледава и интересе малолетне деце, којима је за правилан психомоторни развој потребно присуство оба родитеља. Напослетку суд је додао и да је потребно извршити опсервацију партнера родитеља са којим би деца живела, да ли је проводио време са децом и колико га она познају.

У 7 од 8 анализираних другостепених пресуда донетих у поступцима у којима су тужиоци пружили податке о планираном, скоријем пресељењу са дететом у иностранство, са којим се други родитељ не саглашава (што је и довело до вођења парнице), а који су окончани правноснажном пресудом којом је други родитељ лишен

права да одлучује о промени пребивалишта детета, суд је такву своју одлуку образложио најбољим интересом детета. У свакој од тих одлука дати су разлози зашто суд сматра да противљење родитеља пресељењу детета није у најбољем интересу детета и због тога представља несавесно вршење родитељског права. Тако је у „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2.448/15 од 08.10.2015. године“ најбољи интерес малолетног детета да се са мајком, којој је поверено на самостално старање ранијом судском одлуком, пресели у Словачку образложен тиме да у тој земљи дете има веће шансе за бољи живот, јер се њеној мајци обећава посао, муж њене мајке је запослен и од његових прихода се тренутно издржавају, имају решено стамбено питање у Словачкој, са мајчиним супругом има успостављене блиске односе, те је у узрасту када полази у школу и када се деца најлашке адаптирају на нову средину и нови језик. Чак и у јединој пресуди у којој се суд није експлицитно позвао на најбољи интерес детета приликом доношења своје одлуке, из њеног образложења се може закључити да, иако није изричито наведен, најбољи интерес детета је представљао принцип којим се суд руководио приликом одлучивања. Ово стога што је као разлоге због чега сматра да није оправдано противљење мајке пресељењу деце у Аустралију са оцем, којем су поверена на самостално старање, навео да су деца, која су држављани и Републике Србије и Аустралије, веће шансе како за школовање, тако и за запошљавање у Аустралији, него сада у Републици Србији, што мајци свакако мора бити познато.⁶²²

С друге стране и доношење 2 одбијајуће пресуде је било руковођено најбољим интересом детета. У „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 421/19 од 07.08.2019. године“ другостепени суд је потврдио првостепену пресуду којом је одбијен тужбени захтев за лишење другог родитеља права да одлучује о промени пребивалишта детета, уз образложење да се не може извести закључак да би таква промена била у најбољем интересу малолетног детета. Суд наводи да је дете потпуно адаптирано на садашње услове живота у заједници са мајком, да редовно одржава контакте са оцем, да жели да настави да живи у таквим околностима, при чему треба имати у виду и природу и карактер детета, да је стидљива, тиха и повучена, што доводи у питање прилагођавање у новом окружењу и условима живота у другом месту.

Како произлази, пракса посматраног другостепеног суда показује да начело најбољег интереса има улогу руководећег и примарног критеријума приликом одлучивања о лишавању другог родитеља права да одлучује о промени пребивалишта

⁶²² „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 403/13 од 07.08.2013. године.“

детета. Позивање суда на овај принцип није било само паушално, већ је он посебно образложен и поткрепљен јасним и конкретним разлозима. Оваква пракса суда је позитивна и свакако за похвалу.

И у случају поступака ради делимичног лишења родитељског права другог родитеља у погледу права да одлучује о битним питањима за дете, најпре о питању пребивалишта детета, све у сврху законитог пресељења детета у иностранство, можемо закључити да као иницијатори ових поступака превладавају мајке којима су деца поверена на самостално старање. Заједничко старање као облик вршења родитељског права није био присутан ни у једном случају. Тужбени захтеви су у већини случајева усвојени. Одлуке су донете применом принципа најбољег интереса детета, који је посебно образложен у свим одлукама, са изузетком једне пресуде. Мишљење детета је утврђено у 1/3 случајева и то искључиво путем органа старатељства.

6.2. Путна исправа и прелазак државне границе за малолетно дете

Услови за издавање путне исправе за малолетно дете у нашој земљи регулисани су Законом о путним исправама, а за прелазак државне границе Законом о граничној контроли.

Пре него што се упустимо у дискусију о условима за издавање путних исправа и прелазак државне границе за малолетна лица, кратко ћемо се подсетити да је специфичност домаћег породичног права да за промену пребивалишта детета увек захтева сагласност оба родитеља, независно од тога како они врше родитељско право, да ли заједнички или самостално. Родитељ који не врши родитељско право има право одлучивања о свим питањима која битно утичу на живот детета. Како смо видели са овом регулативом нису усклађене одредбе Закона о пребивалишту и боравишту грађана које предвиђају да када родитељи имају пријављено пребивалиште на истој адреси пријаву и одјаву пребивалишта за малолетно лице тада подноси један од родитеља, без достављања доказа о постојању сагласности другог родитеља. Уколико немају пријављено пребивалиште на истој адреси, неопходна је сагласност другог родитеља. По истом Закону родитељ који се самостално стара о детету може сам да изврши промену пребивалишта детета. Због тога је предложено да је потребно извршити усклађивање одредби Закона о пребивалишту и боравишту грађана са одредбама Породичног закона тако да је за сваку промену пребивалишта детета потребна сагласност оба родитеља, и када они родитељско право врше заједнички, независно од

тога да ли имају пријављено пребивалиште на истој адреси или не, као и када се један од њих самостално стара о детету.

Закон о путним исправама предвиђа да захтев за издавање путне исправе за малолетна лица „подноси један од родитеља, уз писмену сагласност другог родитеља, односно други законски заступник или старатељ“, те да се изузетно путна исправа издаје и без ове сагласности ако захтев поднесе један од родитеља, а „уз захтев приложи и потврду надлежног органа да је издавање пасоша у интересу детета; ако захтев поднесе родитељ коме је одлуком надлежног органа за питање старатељства додељено старатељство над малолетним лицем или је дозвољено издавање путне исправе, осим када је истом одлуком издавање путне исправе и путовање малолетног лица у иностранство условљено сагласношћу оба родитеља“; те ако постоји правна и физичка спреченост једног од родитеља да врши родитељско право.⁶²³

Следи да када је вршење родитељског права заједничко, подношење захтева за издавање путне исправе је увек условљено сагласношћу родитеља који не подноси захтев, независно од тога да ли они имају пријављено пребивалиште на истој адреси или не. С друге стране, родитељ који сам врши родитељско право је овлашћен да и без прибављања сагласности другог родитеља поднесе захтев за издавање путне исправе њиховом малолетном детету. Ово право родитеља може бити ограничено одлуком суда тиме што се условљава прибављање сагласности оног родитеља који не врши родитељско право. Наравно и у случајевима правне и физичке спречености родитеља да врши родитељско право, други родитељ самостално подноси захтев за издавање путне исправе.

У погледу услова за прелазак државне границе за малолетна лица, Закон о граничној контроли прописује да „приликом граничне провере малолетних лица, полицијски службеник посебну пажњу обраћа да ли малолетно лице путује само или у пратњи другог лица.“ Предвиђа да „за прелазак државне границе малолетно лице, држављанин Републике Србије до навршене 16. године живота, када путује само или у пратњи другог лица које му није родитељ или законски заступник, мора поседовати оверену сагласност оба родитеља, ако заједнички врше родитељско право или законског заступника.“⁶²⁴

⁶²³ Чл. 29 ст. 1 и 2 ЗПИ.

⁶²⁴ Чл. 54 ЗГК.

На основу наведене материјалноправне регулативе сва три закона на овом месту можемо сумирати следеће. Када родитељи врше родитељско право заједнички, по породичном праву онда заједнички и споразумно одлучују и о пребивалишту малолетног детета. Пријаву и одјаву пребивалишта за малолетно лице тада подноси један од родитеља, ако они имају исту адресу становања. Уколико то није случај, неопходна је сагласност другог родитеља. Захтев за издавање путне исправе такође подноси један од родитеља, али увек уз сагласност другог, док се са преласком детета млађег од 16 година самог или у пратњи другог лица преко државне границе морају сагласити оба родитеља. Када државну границу дете млађе од 16 година прелази у пратњи једног од родитеља који заједнички врше родитељско право, сагласност другог родитеља се не тражи. С друге стране, док је према одредбама Породичног закона предвиђено да када један родитељ сам врши родитељско право над малолетним дететом за промену пребивалишта детета му је потребна сагласност другог родитеља, преостала три закона тог родитеља овлашћују да без сагласности другог родитеља изврши пријаву и одјаву пребивалишта, односно боравишта детета, да поднесе захтев за издавање путне исправе детету и да дете преведе преко државне границе, односно да се сагласи да дете пређе преко државне границе само, у пратњи родитеља који не врши родитељско право или другог лица.

Значајна су и овлашћења која друга два закона, Закон о путним исправама и Закон о граничној контроли, предвиђају за родитеља коме је дете поверено у смислу да може без сагласности другог родитеља да поднесе захтев за издавање путне исправе за дете, да може дете узраста до 16. година да преведе преко државне границе или у крајњем да је само његова сагласност потребна да друго лице то учини. Оваква решења потенцијално отварају врата могућности том родитељу да користећи се њима, одведе и задржи дете у иностранству, на тај начин му фактички мењајући пребивалиште. Иста могућност дата је и родитељима који заједнички врше родитељско право, будући да је сваки од њих овлашћен да сам, без сагласности другог родитеља, преведе дете преко државне границе. Због тога се, као и у погледу одредаба Закона о пребивалишту и боравишту грађана, чини неопходним усклађивање одредабама Закона о путним исправама и Закона о граничној контроли са одредбама Породичног закона на начин да је сагласност другог родитеља нужна и приликом преласка државне границе малолетног детета са једним од родитеља који родитељско право врше заједнички, односно да је родитељу који се самостално стара о детету потребна сагласност другог

родитеља приликом подношења захтева за издавање путне исправе малолетном детету, односно приликом сваког преласка детета у иностранство, свеједно да ли је оно тада у пратњи родитеља који се о њему стара или неког другог лица. На овај начин би се решења закона који су више административне природе ускладила са решењима закона који на свеобухватан начин регулише породичне односе, те минимализовале могућности за незаконито одвођење детета, јер би сваком од родитеља, без обзира на облик вршења родитељског права, увек била потребна сагласност другог родитеља да преведе дете преко државне границе.

Истраживање праксе Апелационог суда у Новом Саду показује да је у временском периоду од 01.01.2011. године до 01.09.2019. године било укупно 5 поступака у којима је истакнут тужбени захтев да други родитељ буде лишен родитељског права у погледу давања сагласности за путовање малолетног детета у иностранство.

Од укупно 5 поступака 4 поступка⁶²⁵ су покренуле мајке којима су деца претходно правноснажним судским одлукама поверена на самостално старање. Ниједан поступак није покренут од стране оца који је самостално вршио родитељско право. Последњи 5. поступак је пак инициран од стране оца, као родитеља који не врши родитељско право, а који је захтевао између осталог да се мајка лиши права да му даје сагласност за прелазак деце преко државне границе са њим и да убудуће може децу без њеног овлашћења да води у иностранство.

Тужбени захтев за делимично лишење родитељског права је у сваком поступку био јасно ограничен само на лишење другог родитеља права да даје сагласност за прелазак детета преко државне границе. У поступцима који су иницирани од стране мајки које се самостално старају о деци, до покретања поступка је дошло након вишегодишње лоше сарадње са другим родитељем детета, која је отежавала сваки одлазак детета у иностранство. Иако по важећем Закону о граничној контроли из 2018. године, родитељу који се самостално стара о детету сагласност другог родитеља за путовање детета у иностранство није потребна, вођење оваквих поступака се може

⁶²⁵ Мајке су покренуле парнице које је у жалбеном поступку разматрао Апелациони суд у Новом Саду под бр. Гж2.755/13, Гж2.504/14, Гж2.608/17 и Гж2.67/19, док је отац покренуо ону под бр. Гж2.480/17.

оправдати чињеницом да ранији Закон о заштити државне границе⁶²⁶ није прецизније уређивао прелазак малолетних лица преко државне границе.

Тужбени захтев је у 3 поступка правноснажно усвојен, а у 2 поступка правноснажно одбијен.

6.2.1. Процесни положај детета

Дете у поступку није иступало у улози парничне странке, па није било потребе да му евентуално буде постављен колизијски старатељ или привремени заступник.

Према подацима доступним у другостепеним пресудама суд је у два поступка путем органа старатељства утврдио вољу малолетне деце. Ради се о деци узраста од 10 и 14 година.

6.2.2. Начело најбољег интереса детета

И у овим поступцима, као уосталом и у свим другим посматраним парницама за делимично лишење родитељског права другог родитеља, суд се руководио принципом најбољег интереса детета, независно од тога да ли је усвајао или одбијао тужбени захтев за делимично лишење родитељског права.

Лишење родитеља родитељског права у погледу давања сагласности за прелазак детета преко државне границе, суд је образлагао тиме да је ускраћивањем сагласности за путовање детета у иностранство отац угрозио најбољи интерес детета што суду даје пуно право да га у интересу детета делимично лиши родитељског права.⁶²⁷ У „пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж2.67/19 од 14.02.2019. године“, суд је лишење родитељског права образложио најбољим интересом детета, ценећи да је отац несавесно вршио своје родитељско право тиме што је ускраћивао сагласност за прелазак детета преко државне границе у сврху манипулације дететове мајке.

6.3 Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце

Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (у даљем тексту Конвенција о родитељској одговорности), закључена је 19.10.1996. године, а у нашој земљи је ступила на снагу 01.11.2016. године.

⁶²⁶ „Службени гласник РС“, бр. 97/2008.

⁶²⁷ „Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.755/13 од 26.12.2013. године.“

Циљеви ове конвенције су „одређивање државе чији су органи надлежни за предузимање мера за заштиту личности или имовине детета, одређивање права које ће ти органи примењивати у вршењу своје надлежности, одређивање меродавног права за родитељску одговорност, обезбеђивање признања и извршења тих мера заштите у свим државама уговорницама, те успостављање сарадње између органа држава уговорница која је неопходна за остваривање циљева Конвенције.“⁶²⁸ Израз "родитељска одговорност" за потребе ове Конвенције „обухвата родитељско право, као и сваки други сличан однос којим се одређују права, овлашћења и одговорности родитеља, старатеља или других законских заступника према личности и имовини детета“, док термин „право на старање“ укључује „право на старање о личности детета и нарочито право на одређивање боравишта детета.“⁶²⁹ „Конвенција се примењује на децу од тренутка њиховог рођења до навршених 18 година.“⁶³⁰

Конвенција предвиђа да су „судски или управни органи државе уговорнице у којој дете има уобичајено боравиште надлежни да одреде мере за заштиту личности и имовине детета.“⁶³¹ Такође предвиђа да „у случају незаконитог одвођења или задржавања детета, органи државе уговорнице у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре задржавања односно одвођења задржавају надлежност све док дете не стекне уобичајено боравиште у другој држави и свако лице, установа или друго тело које има право старања не пристане на то одвођење односно задржавање“, или „дете у тој другој држави борави у периоду од најмање годину дана од тренутка када је лице, установа или друго тело које има право старања сазнало или морало сазнати где се дете налази, ниједан поступак по захтеву за враћање детета поднет у том периоду није у току, а дете се прилагодило новој средини.“⁶³² Одређује да се одвођење или задржавање детета сматра незаконитим „ако је тиме повређено право на старање, било заједничко или самостално, које припада лицу, установи или другом телу, према праву државе у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења односно задржавања и ако се у тренутку одвођења или задржавања то право стварно вршило, било заједнички било самостално или би се вршило да није дошло до одвођења односно задржавања.“⁶³³ Прописује и да све док органи државе уговорнице у којој је

⁶²⁸ Чл. 1 ст. 1 КРО.

⁶²⁹ Чл. 1 ст. 2 и чл. 3 тач. б КРО.

⁶³⁰ Чл. 2 КРО.

⁶³¹ Чл. 5 ст. 1 КРО.

⁶³² Чл. 7 ст. 1 КРО.

⁶³³ Чл. 7 ст. 2 КРО.

дете имало уобичајено боравиште „задржавају надлежност, органи државе уговорнице у коју је дете одведено или у којој је задржано могу одредити само хитне мере неопходне за заштиту личности или имовине детета.“⁶³⁴ Напоследку прописује да ова конвенција не утиче на примену Хашке конвенције у односима између држава уговорница обеју конвенција, али и да „ништа не спречава могућност позивања на одредбе ове Конвенције ради повратка незаконито одведеног или задржаног детета или ради организовања права на виђање.“⁶³⁵ Конкретно, органи државе уговорнице у којој је дете имало уобичајено боравиште остају и даље надлежни за одлучивање о мерама за заштиту детета ако оно буде незаконито одведено или задржано у другој држави уговорници,⁶³⁶ па самим тим су и надлежни да донесу одлуку којом се налаже хитан повратак детета основом одредби Конвенције о родитељској одговорности.

Проф. др Сања Марјановић сматра да Конвенција из 1996. године има у односу на Хашку конвенцију двојаку улогу. Она може представљати самостални механизам за повратак детета онда када, из било ког разлога, нису испуњени услови за примену Хашке конвенције. Потом, када су обе инволвиране државе уговорнице обеју конвенција, реч је о њиховој сукцесивној примени, те Конвенција из 1996. године оснажује и допуњује претходну. Конвенција из 1996. године може бити једини начин да се евентуално издејствује повратак незаконито одведеног или задржаног детета у два случаја. У првом, када су обе инволвиране државе уговорнице обе конвенције, али је дете навршило 16 година,⁶³⁷ а у другом, када су инволвиране државе обавезане само Конвенцијом из 1996. године. У погледу сукцесивне примене наведених конвенција, исти аутор сматра да након што поступак по Хашкој конвенцији буде покренут, долазе до изражаја одредбе Конвенције из 1996. године које се односе на задржавање надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета, размену информација између судова државе уточишта и државе уобичајеног боравишта детета, те уступање надлежности суду државе уточишта.⁶³⁸

Конвенцијом о родитељској одговорности је такође предвиђено да изузетно, ако орган државе уговорнице у којој дете има уобичајено боравиште „сматра да би у

⁶³⁴ Чл. 7 ст. 3 КРО.

⁶³⁵ Чл. 50 КРО.

⁶³⁶ Чл. 7 КРО.

⁶³⁷ Конвенција из 1996. године се примењује на децу од тренутка њиховог рођења до навршене 18 године (чл. 2).

⁶³⁸ Сања Марјановић, „Међународна отмица деце-новине у међународном приватном праву Србије“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 7, 2017, 133, 134, 137 и 138.

конкретном случају орган друге државе уговорнице био у бољем положају да оцени најбољи интерес детета, може затражити од тог другог органа, непосредно или уз помоћ централног органа те државе, да преузме надлежност за одређивање мера заштите које сматра неопходним или прекинути поступак и упутити странке да поднесу такав захтев органу те друге државе. Државе уговорнице чијим се органима може поднети захтев наведен у претходном ставу су: држава чији је дете држављанин, држава у којој се налази имовина детета, држава чијим је органима поднет захтев за развод или законску раставу родитеља детета или за поништај њиховог брака и држава са којом дете има значајну везу.“⁶³⁹

Такође, ако органи неке од тих држава уговорница „сматрају да су у бољем положају да у конкретном случају процене најбољи интерес детета, могу затражити од надлежног органа државе уговорнице у којој дете има уобичајено боравиште, непосредно или уз помоћ централног органа те државе, да им се дозволи да заснују надлежност за одређивање мера заштите које сматрају неопходним или упутити странке да такав захтев поднесу органима државе уговорнице у којој дете има уобичајено боравиште.“⁶⁴⁰

Поред тога, „органи државе уговорнице надлежни за развод, законску раставу или поништај брака родитеља детета које има уобичајено боравиште у другој држави уговорници, могу, ако им право њихове државе дозвољава, одредити мере за заштиту личности или имовине тог детета ако у тренутку покретања поступка један од родитеља уобичајено борави у тој држави и један од њих је титулар родитељске одговорности у односу на то дете, и ако су родитељи, односно друго лице које је титулар родитељске одговорности у односу на то дете прихватили надлежност ових органа за одређивање мера и ако је таква надлежност у најбољем интересу детета.“ Ова надлежност „престаје чим одлука којом се усваја или одбија захтев за развод, законску раставу или поништај брака постане правноснажна или се тај поступак оконча из другог разлога.“⁶⁴¹

Конвенција као меродавно право прописује да надлежни органи држава уговорница примењују своје право, а да изузетно могу, уколико је то потребно ради заштите личности или имовине детета, „применити или узети у обзир право друге

⁶³⁹ Чл. 8 ст. 1 и 2 КРО.

⁶⁴⁰ Чл. 9 ст. 1 КРО.

⁶⁴¹ Чл. 10 КРО.

државе са којом је ситуација значајно повезана.“⁶⁴² „У случају промене уобичајеног боравишта детета у другу државу уговорницу, на услове за спровођење мера одређених у држави претходног уобичајеног боравишта примењује се, од тренутка промене, право те друге државе.“⁶⁴³ У погледу вршења родитељске одговорности „меродавно је право државе у којој дете има уобичајено боравиште“, а „ако се уобичајено боравиште детета промени, меродавно је право државе новог уобичајеног боравишта.“⁶⁴⁴ Наведене одредбе се примењују чак и ако указују на право државе неуговорнице.⁶⁴⁵

Регулатива Конвенције о родитељској одговорности била је кључна за поступак који је вођен пред домаћим првостепеним судом, који је у крајњем пропустио да је примени, а о којем поступку ће у даљем бити речи. Конкретно се радило о брачном пару који се на основу сагласне воље оба супружника са малолетним дететом преселио у иностранство. До прекида заједнице живота је дошло у току посете породици у Републици Србији, након које се мајка са дететом вратила у Аустрију, а отац остао да живи у нашој земљи. Обоје су покренули бракоразводне парнице у којима су између осталог захтевали да им се повери заједничко дете на самостално старање. Отац је покренуо поступак у нашој земљи, мајка у Републици Аустрији. Првостепени домаћи суд је донео одлуку којом је развео брак парничних странака и малолетно дете поверио оцу на старање, заснивајући своју надлежност на одредби члана 66 став 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља,⁶⁴⁶ превиђајући да су Република Србија и Република Аустрија државе уговорнице Конвенције о родитељској одговорности. Домаћи суд је дакле у наведеној правној ствари поступао, иако му није уступљена надлежност да одлучује о родитељском праву у оквиру бракоразводне парнице, а дете има уобичајено боравиште у Републици Аустрији. Нити је домаћи суд тражио уступање надлежности, нити је аустријски суд узео у обзир изјаву оца да се у Србији већ води поступак у коме се одлучује о вршењу родитељског права. Када је у питању домаћи суд, проф. др Станивуковић сматра да је вероватно била реч о

⁶⁴² Чл. 15 ст. 1 КРО.

⁶⁴³ Чл. 15 ст. 3 КРО.

⁶⁴⁴ Чл. 17 КРО.

⁶⁴⁵ Чл. 20 КРО.

⁶⁴⁶ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, „Службени лист СФРЈ“, бр. 43/82 и 72/82-испр., „Службени лист СРЈ“, бр. 46/96 и „Службени гласник РС“, бр. 46/2006-др. закон.

непознавању одредаба Конвенције о родитељској одговорности и института уступања надлежности између судова различитих држава чланица.⁶⁴⁷

У даљем току поступка, у који је аутор дисертације имао увид, део првостепене пресуде којим је разведен брак је постао правноснажан, док је део којим је одлучено о вршењу родитељског права укинута од стране другостепеног суда. Поновни првостепени поступак није донео промене, опет је донета пресуда којом је малолетно дете парничних странака поверено оцу на старање. Ипак, у новом жалбеном поступку иницираном од стране мајке, другостепени суд је укинуо тако донету првостепену одлуку и тужбу одбацио, уз образложење да је уобичајено боравиште детета у Републици Аустрији, да је промена уобичајеног боравишта детета била законита на основу споразума оба родитеља који су се у то време заједнички старали о детету, те да би надлежан за одлучивање о вршењу родитељског права по меродавној Конвенцији био суд у Републици Аустрији. Додао је и да је имајући у виду да су у конкретном случају покренута два поступка за развод брака и одлучивање о вршењу родитељског права, домаћи суд, за случај да је сматрао да је у бољем положају да процени најбољи интерес детета, имао могућност да затражи од аустријских органа да му дозволе да заснује надлежност за одређивање мера за заштиту детета које сматра неопходним или да упути странке да поднесу такав захтев аустријским органима, све сагласно одредбама члана 9 став 1 у вези са чланом 8 став 2 тачка в Конвенције. Будући да се домаћи суд није користио овом могућношћу, да не постоји сагласност мајке да он настави поступање, а да је по одредби члана 10 став 2 Конвенције његова надлежност да одлучује о вршењу родитељског права временски лимитирана само док траје бракоразводна парница, доношењем правноснажне одлуке о разводу брака странака, надлежност суда Републике Србије да одлучује о родитељском старању је престала. Због наведеног је побијана првостепена пресуда укинута и тужба одбачена, јер за одлучивање о вршењу родитељског права није надлежан суд Републике Србије.⁶⁴⁸ Разлози другостепеног суда су подржани и у ревизијском поступку од стране Врховног касационог суда.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ М. Станивуковић, „Битка за децу-О Хашкој конвенцији о заштити деце“ *Ревизија за европско право*, 2-3/2018, 37.

⁶⁴⁸ „Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2.661/19 од 15.01.2020. године.“

⁶⁴⁹ „Решење Врховног касационог суда Рев.2064/2020 од 21.05.2020. године.“

7. ЗАКЉУЧАК

Рад смо почели са реченицом да је дете индивидуа и ималац права. Управо у циљу заштите права детета и његовог најбољег интереса, модерна породична права углавном предвиђају могућност заједничког старања и након сепарације родитеља. У мањини остају права која ту могућност не предвиђају (попут на пример правног система Јапана, Ирана и Аргентине). Такође, савремена породична права већином одлучивање о месту пребивалишта детета остављају у домену оба родитеља, независно од тога да ли родитељско право врше заједнички или самостално (попут на пример правног система Француске, Грчке, Ирана, Аргентине, 25 држава Сједињених Америчких Држава).

Домаће породично право прописује да је за закониту промену пребивалишта детета, и у земљи и у иностранство, неопходна сагласност оба родитеља, независно од тога да ли родитељско право врше заједнички или један од њих самостално. И док по Породичном закону родитељ који се самостално стара о детету мора увек прибавити сагласност другог родитеља за пресељење детета, уколико је жив и није лишен родитељског права потпуно или делимично у погледу одлучивања о битним питањима за дете, Закон о пребивалишту и боравишту грађана, Закон о путним исправама и Закон о граничној контроли, како смо у раду видели, овом родитељу дају знатно већа овлашћења. Наведена три закона тог родитеља овлашћују да без сагласности другог родитеља изврши пријаву и одјаву пребивалишта, односно боравишта детета, да поднесе захтев за издавање путне исправе детету и да дете преведе преко државне границе, односно да се сагласи да дете пређе преко државне границе само, у пратњи родитеља који не врши родитељско право или другог лица. Такође, Закон о пребивалишту и боравишту грађана и Закон о граничној контроли дају већа овлашћења и родитељима који родитељско право врше заједнички, јер овлашћују сваког од њих да сам, без сагласности другог родитеља, уколико имају пријављену исту адресу становања, изврши пријаву и одјаву пребивалишта за дете, односно да сам, без сагласности другог родитеља, без обзира да ли имају пријављену исту адресу становања, преведе дете преко државне границе.

Будући да су резултати истраживања, које је обухватило скоро деветогодишњу праксу Апелационог суда у Новом Саду, показали да није значајан број поступака за законито пресељење детета у друго место у нашој земљи (17 поступака) и у иностранство (14 поступака), изнето је мишљење да родитељ који жели сам да се

пресели са дететом успева да, супротно домаћем породичном праву, изврши промену пребивалишта детета основом решења која су садржана у друга 3 закона. На тај начин, по Породичном закону незаконити премештаји детета, резултирају правном и фактичком променом пребивалишта детета, а све због неусклађености других закона са тим законом. Малобројне поступке за законито пресељење детета, односно поступке ради делимичног лишења другог родитеља права да одлучује о битним питањима за дете, углавном су покретале мајке којима су деца поверена на самостално старање. Заједничко старање као облик вршења родитељског права није био присутан ни у једном случају. Тужбени захтеви су у већини случајева усвојени, а пракса посматраног другостепеног суда показује да начело најбољег интереса детета има улогу руководећег и примарног критеријума приликом одлучивања о лишавању другог родитеља права да одлучује о промени пребивалишта детета. Позивање суда на овај принцип није било само паушално, већ је он углавном посебно образложен и поткрепљен јасним и конкретним разлозима, што је позитивно и свакако за похвалу.

У складу са претходно изнетим, у раду је дат предлог да је неопходно усклађивање одредаба Закона о пребивалишту и боравишту грађана, Закона о путним исправама и Закона о граничној контроли са одредбама Породичног закона на следећи начин: да је за сваку промену пребивалишта детета потребна сагласност оба родитеља, када су они живи и ниједан од њих није лишен родитељског права потпуно или делимично у погледу одлучивања о битним питањима за дете, те без обзира да ли родитељско право врше заједнички или један од њих самостално; да је сагласност другог родитеља нужна и приликом преласка државне границе малолетног детета са једним од родитеља који родитељско право врше заједнички, односно да је родитељу који се самостално стара о детету потребна сагласност другог родитеља приликом подношења захтева за издавање путне исправе малолетном детету, односно приликом сваког преласка детета у иностранство, свеједно да ли је оно тада у пратњи родитеља који се о њему стара или неког другог лица. На овај начин би се решења закона који су више административне природе ускладила са решењима закона који на свеобухватан начин регулише породичне односе, те смањиле могућности за незаконито одвођење детета, јер би сваком од родитеља, без обзира на облик вршења родитељског права, увек била потребна сагласност другог родитеља да пресели дете у границама наше земље, односно да преведе дете преко државне границе. Самим тим положај детета би био побољшан, јер би његова права и најбољи интерес били заштићенији.

Везано за различите правне путеве које теорија и судска пракса предлажу у ситуацијама када родитељ жели сам да се пресели са дететом, а за то нема потребну сагласност другог родитеља, закључено је да из анализираних регулатива произлази да оба поступка, поступак за заштиту права детета (који предлаже теорија) и поступак за делимично лишење родитељског права (који предлаже пракса), имају упориште у одредбама Породичног закона и као такви су аргументовани и прихватљиви. Процесни положај детета је истоветан у спору за лишење родитељског права и у спору за заштиту права детета, јер је регулисан истим одредбама Породичног закона. Поред тога, у оба поступка суд је дужан да донесе одлуку руководећи се најбољим интересом детета. Ипак, изнето је мишљење да је неопходно да став који је превладао у судској пракси задржи рестриктиван приступ који би подразумевао делимично лишење родитељског права у случајевима када се за поступке родитеља који одбија да се сагласи са променом пребивалишта детета не могу наћи оправдани разлози и када се такве радње не могу тумачити другачије него као несавесно вршење права из корпуса родитељског права. Напоменуто је да свакако има различиту тежину противљење родитеља пресељењу детета у место у истој држави на малој километарској удаљености, где се лични односи уз незнатне напоре могу редовно одржавати и противљење родитеља пресељењу детета у другу државу, што повлачи виђања неколико пута годишње.

Што се тиче незаконитог пресељења детета, како смо видели оно може под одређеним условима да активира механизам заштите предвиђен Хашком конвенцијом (када се ради о међународним отмицама), односно да доведе до покретања поступка за делимично лишење родитељског права другог родитеља од стране родитеља-отмичара (када се ради о незаконитом пресељењима како у држави, тако и у иностранство). Истраживање праксе Апелационог суда у Новом Саду је показало да и поступци за делимично лишење родитељског права након незаконитог пресељења детета нису бројни. Иако се ради о периоду од скоро 9 година, било је укупно 3 незаконита премештаја у земљи и 1 незаконит премештај детета у иностранство, након којих је дошло до покретања поступка за делимично лишење родитељског права другог родитеља у погледу битних питања за живот детета. Све поступке су покренуле мајке којима су деца поверена на самостално старање. Заједничко старање није било присутно ни у једном случају, а тужбени захтеви су у свим случајевима усвојени.

Спроведено истраживање је показало да је примена Хашке конвенције како у нашој земљи, тако и у другим земљама уговорницама, праћена недоумицама и

различитим тумачењима одредаба Конвенције, нарочито оних које се тичу разлога за одбијање захтева за повратак детета. Ситуацију у нашој земљи додатно отежава чињеница да ни након 28 година није донет посебан закон који би уредио поступање надлежних органа по захтевима поднетим по Конвенцији, а што је нужно ради правне сигурности и заштите интереса малолетне деце. Такође, недоумицама доприноси и то што су овакви поступци ретки. У посматраном периоду од 01.01.2011. године до 01.09.2019. године пред анализом обухваћених 5 основних судова вођено је свега 3 поступка по Хашкој конвенцији.

Резултати истраживање су показали да већ приликом одређивања појма места сталног боравка детета за потребе Хашке конвенције постоје разлике у поступањима надлежних органа држава уговорница, који за те потребе користе 3 модела, зависни, делимично зависни и независни модел. Након што смо анализирали примену сва 3 модела, како смо већ истакли, примена зависног модела је прихватљива само када се ради о деци јако малог узраста. У поступцима у којима се ради о деци старијег узраста, примена независног модела се показује као најадекватнија, јер се тако спречавају ситуације да дете живи неколико година у неком месту, у њему похађа вртић/школу, има социјални круг у којем се креће, одређену рутину и навике и да све то није довољно да би се могло рећи да је оно стално настањено у том месту само због тога што не постоји намера родитеља у том правцу. Дете је индивидуа и централни субјект родитељских отмица, па је неопходно са његовог аспекта вршити процену да ли је стално настањено у неком месту или не, док намере родитеља јесу битне, али само као једна у низу релевантних чињеница.

У погледу примене одредаба Хашке конвенције које предвиђају ситуације када надлежни орган може да одбије захтев за повратак детета, а које су се у пракси показале као нарочито подобне за широке интерпретације, извукли смо следеће закључке.

Воља детета, као један од разлога због којег надлежни орган по Конвенцији може да одбије захтев за повратак, била је основ доношења одбијајуће одлуке у 42% поступака. Уочљиво је да судови често више пажње поклањају начину на који је изнето, него суштини дететовог мишљења, те да постоје значајне разлике у схватањима судова које су то године и степен зрелости при коме је потребно узети у обзир мишљење детета. Хашка конвенција оправдано не прописује старосни минимум, на тај начин остављајући могућност да у сваком појединачном случају поступајући орган

процењује да ли је дете у годинама у којима је довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир, али се ипак чини потребним установљавање објективнијих критеријума за ту процену.

Следећи Конвенцијом прописан изузетак, прилагођеност детета новој средини, у посматраним случајевима је био разлог одбијања захтева у чак 40% поступака. Што се тиче недоумица које у пракси постоје, изнето је схватање да рок од годину дана прописан Хашком конвенцијом почиње да тече од дана незаконитог одвођења детета, без обзира да ли је подносиоцу захтева одмах била позната локација на коју је дете одведено. За закључак да је рок испоштован релевантно је само покретање поступка пред органом који је овлашћен да наложи повратак детета. Процену прилагођености детета новој средини, неопходно је вршити са аспекта детета и то узимајући у обзир и физички и емоционални аспект његовог боравка у неком месту, будући да је дете субјект чија се прилагођеност процењује, па нема оправдања да се његова адаптираност у некој средини цени са аспекта других лица. Намере и адаптираност родитеља су само једна у низу битних чињеница. Похвално је што управо на овом становишту почива већина анализираних одлука.

Наредни Конвенцијом предвиђен разлог због којег надлежни органи могу да одбију захтев за повратак, неостваривање права на старање о детету од стране подносиоца захтева у време одвођења или задржавања, није био разлог одбијања захтева ни у једном од 50 посматраних случајева, док у 10% поступака захтев није усвојен, јер подносилац није имао право на старање о детету у време његовог одвођења или задржавања. Што се тиче различитих мишљења изражених у пракси у погледу тога да ли право вета једног родитеља на одлуку другог родитеља да се пресели са дететом треба третирати као право на старање које овлашћује тог родитеља да поднесе захтев за повратак, у раду је истакнуто да треба, јер право на старање о детету у смислу Хашке конвенције укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета. Конвенција штити све основе вршења родитељског права (закон, судска одлука и споразум), а постојање повреде тог права се цени спрам права државе дететовог сталног настањења пре одвођења или задржавања, у ком погледу можемо рећи да скоро нема недоумица у пракси, а посматрани поступак који је вођен пред Основним судом у Нишу (када је домаћи суд применио материјално право Грчке) пример је домаће позитивне праксе у том погледу. Напослетку, у раду је изнето схватање и да се чини да је правилан став изражен у пракси да је за закључак да

је родитељ-подносилац захтева стварно остваривао родитељско право довољно то што се са дететом редовно виђао, с тим што је наглашено да би извесну пажњу свакако требало придати и томе да ли је тај родитељ у периоду који је претходио одвођењу или задржавању показивао жељу и интересовање да заједно са другим родитељем доноси одлуке о битним питањима за дете или се у том погледу држао крајње незаинтересовано и пасивно. Ово из разлога што се заштита, без обзира што је одвођење или задржавање детета било незаконито, не може пружити родитељу који у временском периоду који је претходио отмици својевољно није учествовао ни најмање у животу свог детета, чији повратак захтева.

Што се тиче воље родитеља, као Конвенцијом предвиђеног основа за доношење одлуке којом се одбија захтев за повратак, резултати спроведеног истраживања показују да је постојање сагласности родитеља утврђено у 24% случајева, а постојање пристанка родитеља у 28% случајева. Како смо већ истакли, третирање одвођења/задржавања детета незаконитим, иако се родитељ са тим сагласио, у складу је са заштитом права детета, јер сагласност/пристанак родитеља не мора увек бити у најбољем интересу детета. Међутим, установљивање постојања ових изузетака у пракси применом субјективног теста, који је превладао у односу на објективни тест, наилази на тешкоће у доказивању праве намере другог родитеља и правилном тумачењу његових поступака који су претходили, односно уследили одвођењу детета, будући да тај родитељ увек негира своју сагласност, односно накнадни пристанак, јер у супротном не би ни покретао поступак хитног повратка детета.

Следећи Конвенцијом прописан изузетак због којег надлежни орган може одбити захтев за повратак, постојање озбиљне опасности да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај, био је разлог доношења одбијајуће одлуке у укупно 28% случајева. У раду је изнето схватање да је исправно становиште поступајућих органа да постојање озбиљне опасности да ће повратак довести дете у неповољан положај цене са субјективног аспекта, односно са аспекта детета у питању, те да када се утврди постојање озбиљне опасности нема места за дискрециону оцену суда, као када се ради о другим изузецима, већ је захтев потребно одбити. Резултати истраживања су показали да родитељи-отмичари у пракси покушавају да активирају овај изузетак углавном наводима којима указују на постојање насиља у породици, лошу безбедносну ситуацију у земљи у коју

се захтева повратак детета, да ће повратком дете бити раздвојено од браће и сестара или пак да ће повратак угрозити већ нарушено здравствено стање детета.

У погледу навода о постојању насиља једног родитеља над другим, у раду смо истакли да када се утврди да су они основани не може опстати тврдња да дете није доведено у неповољан положај када је изложено сценама насиља међу родитељима, какво схватање је изражено у неким од посматраних одлука, те да одбијање захтева у тим ситуацијама не би требало посматрати као награду родитељу-отмичару, већ као пружање заштите детету, које свакако трпи ако је изложено насиљу једног родитеља над другим, иако оно само није директна жртва насиља. Управо, нарушени партнерски односи, насиље и немогућност остваривања заштите, нагнају у великом броју случајева родитеља-жртву насиља да незаконито одведе дете.

У погледу навода родитеља-отмичара о лошој безбедносној ситуацији у земљи у коју се захтева повратак детета, истакли смо да чињеница да је проглашено ратно стање у тој земљи, не би смела сама по себи аутоматски да води одбијању захтева за повратак због постојања озбиљне опасности по дете. Ратна дејства нужно не морају да захвате целу територију једне земље, чега смо и сами били сведоци ранијих година за време ратних дејстава у нашој земљи. Стога је, када се такви наводи истакну, у поступку неопходно детаљно разјаснити право фактичко стање у земљи у коју се захтева повратак детета, односно да ли је подручје у којем живи други родитељ погођено ратним дејствима, како се одвија свакодневни живот, да ли су доступне образовне, здравствене и социјалне установе, те спрам тога извести закључак постоји ли опасност за дете у случају повратка.

У погледу раздвајања деце и активирања предметног изузетка, изнето је схватање да је деци довољно штете нането лошим односима њихових родитеља и самим чином незаконитог одвођења-задржавања, па није потребно додатно им отежавати ситуацију раздвајањем браће и сестара, који су у таквим породичним односима врло често једни другима једина подршка и утеха. Настојање да се не погодује отмичару и да се његове незаконите радње не оснаже, не може ићи никада на штету најбољег интереса детета.

И на крају, у погледу навода да би повратак изложио дете озбиљној опасности због тога што би додатно угрозио његово иначе нарушено здравствено стање, у раду смо изнели мишљење да родитељ-отмичар мора у поступку пружити доказе у виду медицинске документације из које недвосмислено произлази постојање објективног

разлога да се не наложи повратак детета, док се несагласност родитеља око примене терапије која је доступна у земљи у коју се захтева повратак, не може сматрати оправданим за одбијање захтева за повратак детета, већ евентуално може бити од утицаја у поступку око вршења родитељског права.

И последњи разлог прописан Конвенцијом за одбијање захтева за повратак детета, кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је захтев упућен, био је основ доношења одбијајуће одлуке у 6% посматраних случајева. Изнето је мишљење да је примена овог изузетка оправдана онда када оно што се тражи у држави којој је поднет захтев значајно одступа од Устава те државе и представља директну последицу одлуке коју је надлежни орган донео у поступку по Хашкој конвенцији, да налагање повратка детета не представља његову екстрадицију, па овакви наводи не могу активирати наведени изузетак, док са друге стране прилагање доказа да је у току поступак да дете добије азил у значајној мери утиче на поступак по Хашкој конвенцији и може довести до активирања овог изузетка.

Незаконита одвођења деце су наша свакодневица. Спроведено истраживање показује да је најпре неопходно усклађивање постојеће релевантне материјалноправне регулативе са оном садржаном у Породичном закону, на начин који је предложен, те доношење посебног закона који би уредио поступање надлежних органа по Хашкој конвенцији у нашој земљи, а све како би се смањиле шансе да до незаконитог одвођења детета дође, односно побољшао положај детета ако се незаконито одвођење ипак деси. Потом, неопходна је и едукација поступајућег кадра о предметној материји. Поступци по захтевима поднетим по Хашкој конвенцији су ван сваке сумње у нашој земљи изузетно ретки. Малобројне су судије и адвокати који ће у свом радном веку имати прилику да поступају у овој материји, па су разумљиве непознанице, недоумице и разноликости које смо у досадашњој пракси уочили. Међутим, малобројност ових поступака не сме бити разлог да едукација изостане, имајући на уму да је централни субјект ових поступака дете. Правни положај детета може бити побољшан и његова права и интереси заштићени, само уз добру и усклађену регулативу, те уз едуковане стручњаке који ће ту регулативу примењивати.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге, чланци, монографска дела:

Адамовић, Анђелија, „Поступак за лишење родитељског права у пракси Основног суда у Нишу“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 1, 2011, 517-538.

Albertson Fineman, Martha, „Domestic Violence, Custody and Visitation“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 211-226.

Albertus, Latiefa, Sloth-Nielsen, Julia, „Relocation Decisions: Do Culture, Language and Religion Matter in the Rainbow Nation?“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 86-97.

Albiston, Catherine, Maccoby, Eleanor, Mnookin, Robert, „Does Joint Legal Custody Matter?“, *Stanford Law and Policy Review*, 1990, 167-179.

Andriakopoulou, Karolina Zoi, Andriakopoulou, Maria Louiza, „The Voice of the Child in Hague Convention Proceedings in Greece“, *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 34-37.

Archard, David, Skivenes, Marit, „Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views“, *International Journal of Children's Rights*, Volume 17, Number 1, 2009, 1-22.

Бабић, Илија, *Коментар Породичног закона према стању законодавства од 01.02.2012. године*, Београд 2014.

Baroness Hale of Richmond, „Child Abduction from the Child's Point of View“, *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII Summer-Fall 2018, 40-45.

Bartlett, Katharine T., „Preference, Presumption, Predisposition and Common Sense: From Traditional Custody Doctrines to the American Law Institute's Family Dissolution Project“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 11-26.

Basset, Ursula C., „The Changing Standard of the Best Interests of the Child and its Impact on the Exercise of Parenting and on Children“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Volume 2, 2011, 407-436.

Bates, Frank, „International Disorder and the Child Abduction Convention“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 3, 2010, 16-26.

Begne, Patricia, „Parental Authority and Child Custody in Mexico“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 527-542.

Bell, Felicity, Cashmore, Judy, Parkinson, Patrick, Single, Judi, „Outcomes of Child-Inclusive Mediation“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 27, Number 1, 2013, 116-142.

Bennett Woodhouse, Barbara, „Talking about Children's Rights in Judicial Custody and Visitation Decision-Making“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 105-134.

Birnbaum, Rachel, Saini, Michael, „A Qualitative Synthesis of Children’s Experiences of Shared Care Post Divorce“, *International Journal of Children’s Rights*, Volume 23, Number 1, 2015, 109-132.

Blair, Marianne, Weiner, Merle H., „Resolving Parental Custody Disputes: A Comparative Exploration“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 247-266.

Boshier, Peter, „Have Judges been missing the point and allowing relocation too readily?“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 10-18.

Bowlby, John, *Attachment and Loss Volume 1: Attachment*, New York 1969, *Attachment and Loss Volume 2: Separation*, 1973, *Attachment and Loss Volume 3: Loss*, 1982.

Bruch, Carol S., „Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting It Wrong in Child Custody Cases“, *Family Law Quarterly*, Volume 35, Number 3, 2001, 527-552

Bruch, Carol S., „Sound Research or Wishful Thinking in Child Custody Cases? Lessons from Relocation Law“, *Family Law Quarterly*, Volume 40, Number 2, 2006, 281-314.

Bruch, Carol, „The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases“, *Family Law Quarterly*, Volume 38, Number 3, 2004, 529-546.

Бубић, Сузана, „Стандард најбољи интерес дјетета и његова примјена у контексту остваривања родитељског старања“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“*, 2014, 11-31.

Caldwell, John, „Child Welfare Defences in Child Abduction Cases-Some Recent Developments“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 13, Number 2, 2001, 121-136.

Cashmore, Judy, Parkinson, Patrick, „Children’s Wishes and Feelings in Relocation Disputes“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 28, Number 2, 2016, 151-174.

Свејић-Јанчић, Олга, „Privacy and Autonomy in Serbian Family Law“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Volume 4, 2013, 59-84.

Цвејић Јанчић, Олга, „Шта је потребно мењати у Уставу Србије у области породичноправних односа“, *Правни живот*, 10/2014, 5-20.

Da Cunha Pereira, Rodrigo, „The Parental Relationship in Brazilian Law: A Study of Custody“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 563-572.

Dethloff, Nina, „Parental Rights and Responsibilities in Germany“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 315-338.

Diduck, Alison, „Autonomy and Family Justice“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 28, Number 2, 2016, 133-150.

Драшкић, Марија, *Коментар Породичног закона према стању законодавства од 01.12.2015. године*, Београд 2016.

Драшкић, Марија, „Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2008, 341-351.

Драшкић, Марија, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: Спорно становиште Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 366-381.

Драшкић, Марија, „Породични закон: дванаест година после“, *Породични закон, тематски зборник радова*, Службени гласник, Београд, 2018, 19-47.

Драшкић, Марија, „Право детета на одржавање личних односа са блиским особама“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, зборник радова*, књига 1, Правни факултет Универзитета у Београду, 2011, 86-103.

Драшкић, Марија, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 93-134.

Duncan, William, “Keeping the 1980 Hague Child Abduction Convention up to Speed-Is it time for a Protocol?”, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 3, 2010, 4-8.

Целетовић, Мирна, „Воља детета као основ за доношење одлуке у случајевима незаконитог одвођења детета у иностранство“, *Култура полиса*, 40/2019, 129-150.

Ђундић, Петар, „Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 551-570.

Ebrahimi, Seyed N., „Child Custody (Hizanat) under Iranian Law: An Analytical Discussion“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 459-476.

Eekelaar, John, „The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children“, *International Journal of Children’s Rights*, Volume 23, Number 1, 2015, 3-26.

Elrod, Linda D., „Japan Joins Hague Abduction Convention: England Returns Child“, *Family Law Quarterly* Volume 48, Number 2, 2014, 351-358.

Elrod, Linda D., „Moving On: Best Interests of Children in Relocation Cases“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 51-59.

Elrod, Linda, „Please Let Me Stay: Hearing the Voice of the Child in Hague Abduction Cases“, *Oklahoma Law Review* Volume 63 4/2011, 663-690.

Elrod, Linda, Spector, Robert, „A Review of the Year in Family Law: Increased Mobility Creates Conflicts“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 4, 2003, 515-558.

Eriksson, Maria, „Contact, Shared Parenting and Violence: Children as Witnesses of Domestic Violence in Sweden“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 25, Number 2, 2011, 165-183.

Fawcett, J. James, Shuilleabhain, Maire Ni, Shah, Sangeeta, „13 Right to Respect for Family Life and the Rights of the Child: International Child Abduction“ from James J. Fawcett, Maire Ni Shuilleabhain, Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford 2016.

- Fehlberg, Belinda, Smyth, Bruce, MacLean, Mavis, Roberts, Ceridwen, „Legislating for Shared Time Parenting after Separation: A Research Review“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 25, Number 3, 2011, 318-337.
- Freeman, Marilyn, „Abduction and Relocation, Links and Messages“, *International Family Law, Policy and Practice*, Volume 1, Number 1, 2013, 99-104.
- Freeman, Marilyn, *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, Bushey Heath Herts 2014.
- Freeman, Marilyn, Taylor, Nicola, „The Reign of Payne“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 2, Number 2, 2011, 20-27.
- Freeman, Marilyn, Taylor, Nicola, „The Reign of Payne II“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 4, Number 2, 2013, 31-43.
- Froeder Dittrich, Lalisa, „Promoting Voluntary Agreements in International Child Abduction Disputes: The Case of Brazil“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 29, Number 1, 97-120.
- Fulchiron, Hugues, „Custody and Separated Families: The Example of French Law“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 301-314.
- George, Rob, „How Do Judges Decide International Relocation Cases“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 27, Number 4, 2015, 377-402.
- Ghigliazza, Marzia, Luzzati, Sara, „The hearing of the child in civil proceedings in Italy-Rules and practice“, *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 31-34.
- Glennon, Theresa, „Still Partners: Examining the Consequences of Post-dissolution Parenting“, *Family Law Quarterly*, Volume 41, Number 1, 2007, 105-144.
- Godbout, Elisabeth, Parent, Claudine, Saint-Jacques, Marie-Christine, „Positions Taken by Judges and Custody Experts on Issues Relating to the Best Interests of Children in Custody Disputes in Quebec“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 29, Number 3, 2015, 272-300.
- Gonzalez Martin, Nuria, „International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview“, *Family Law Quarterly*, Volume 48, Number 2, 2014, 319-350.
- Gottfried, Sarah, „Virtual Visitation: The Wave of the Future in Communication Between Children and Non-Custodial Parents in Relocation Cases“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 3, 2002, 475-486.
- Greene, Anastacia M., „Seen And Not Heard? Children's Objections Under The Hague Convention On International Child Abduction“, *University of Miami International and Comparative Law Review*, Volume 13, 2005, 105-162.
- Grosman, Cecilia P., Scherman, Ida Ariana, „Argentina: Criteria for Child Custody Decision Making upon Separation and Divorce“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 543-562.

- Hanke, Andreas, „Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court on Human Rights“, *Family Law Quarterly*, Volume 45, Number 3, 2011, 353-360.
- Harold, Gordon T., Murch, Mervyn, „Inter-parental conflict and children’s adaptation to separation and divorce: theory, research and implications for family law, practice and policy“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 17, Number 2, 2005, 185-206.
- Henaghan, Mark, „Creating a Discipline in Relocation Cases: Lord Justice Thorpe’s Contribution to Relocation Law“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 4, Number 2, 2013, 18-25.
- Henaghan, Mark, „Going, Going...Gone-To Relocate or Not to Relocate, That is the Question“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 30-50.
- Henaghan, Mark, „The voice of the child in international child abduction cases-Do judges have a hearing problem?“, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection* Volume XXII Summer-Fall 2018, 14-16.
- Hill Key, Herma, „No-Fault Divorce and Child Custody: Chilling out the Gender Wars“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 27-48.
- James, L. Adrian, James, Allison, McNamee, Sally, „Turn down the volume?-not hearing children in family proceedings“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 16, Number 2, 2004, 189-202.
- Јанчић, Меланија, Пејак Прокеш, Оливера, „Начело најбољег интереса детета у теорији и судској пракси Србије“, *Правни живот*, 10/2018, 5-22.
- Јањић Комар, Марина, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 247-251.
- Јовић, Олга, „Европски концепт права детета“, *Правни живот*, 10/2014, 67-78.
- Јовић, Олга, „Право детета на контакт са родитељем са којим не живи“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 102-115.
- Kaganas, Felicity, Piper, Christine, „Shared Parenting-a 70% solution?“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 14, Number 4, 2002, 365-380.
- Kilkelly, Ursula, „Relocation: A Children’s Rights Perspective“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 1, 2010, 24-34.
- King, Shani M., „The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence“, *Family Law Quarterly*, Volume 47, Number 2, 2013, 299-310.
- Китановић, Тања, „Неке специфичности вршења родитељског права након развода брака“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, књига 3, 2013, 357-376.

Китановић, Тања, „Родитељско право у контексту развода брака“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 5, 2015, 115-130.

Китановић, Тања, „Заједничко вршење родитељског права после развода брака“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 1, 2011, 413-426.

Kovaček Stanić, Gordana, „Autonomy of the Child in Contemporary Family Law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 44, Number 3, 2010, 141-162.

Kovaček Stanić, Gordana, „Civil Aspects of International Child Abduction: Insight from Serbia“, *Family Law Quarterly*, Volume 48, Number 2, 2014, 283-296.

Ковачек Станић, Гордана, „Дете у породици са једним родитељем: издржавање и породични дом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-2/2008, 341-358.

Kovaček Stanić, Gordana, „Family Autonomy in Contemporary Parent-Child Relations“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Volume 1, 2010, 147-162.

Ковачек Станић, Гордана, „Најбољи интерес детета: Законска претпоставка за одређивање наизменичног боравишта детета као облика заједничког вршења родитељског права“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније: тематски зборник*, Правни факултет у Новом Саду, 2015, 137-156.

Ковачек Станић, Гордана, „Одржавање личних односа детета са бабом/дедом, другим сродницима и трећим лицима у домаћем и европском породичном праву“, *„Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније“*, тематски зборник, Правни факултет у Новом Саду, 2013, 155-174.

Ковачек Станић, Гордана, *Породично право, партнерско, дечје и старатељско*, Нови Сад 2014.

Ковачек Станић, Гордана, „Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, 74-94.

Ковачек Станић, Гордана, „Породичноправни односи родитеља и деце у Србији (Војводини) кроз историју и данас“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 47, Number 2, 2013, 107-130.

Kovaček Stanić, Gordana, „Praksa Evropskog suda za ljudska prava o poštovanju porodičnog života“, *Evropsko zakonodavstvo*, 2/2002, 9-12.

Ковачек Станић, Гордана, *Правни израз родитељства*, Нови Сад 1994.

Ковачек Станић, Гордана, „Право детета на одржавање личних односа са блиским лицима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 31, Number 1-3, 1997, 115-132.

Kovaček Stanić, Gordana, „Serbian Family Law: Rights of the Child“, *International Journal of Children's Rights*, Volume 17, Number 4, 2009, 585-610.

Kovaček Stanić, Gordana, „The Serbian Law on Family 2005: a European Perspective“, *International Family Law*, June/2005, 99-104.

Ковачек Станић, Гордана, *Упоредно породично право*, Нови Сад 2002.

Ковачек Станић, Гордана, „Вршење родитељског права према Породичном закону Србије из 2005. године“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 269-280.

Ковачек Станић, Гордана, „Законодавне промене у савременом родитељском праву Француске и Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2004, 145-166.

Ковачек Станић, Гордана, Самарцић, Сандра „Критеријуми за одлучивање о вршењу родитељског права после развода брака у теорији и пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/18, 869-890.

Ковачек Станић, Гордана, Самарцић, Сандра, „Новине које доноси Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Volume 48, Number 2, 2014, 93-116.

Ковачек Станић, Гордана, Самарцић, Сандра, Ковачевић, Милица, „Развод брака и заједничко родитељско старање као последица развода брака у теорији и пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1285-1303.

Крвавац, Марија, Беловић, Јелена, „Међународна отмица деце“, *Правни живот*, 10/2017, 155-168.

Lowe, Nigel, Horosova, Katarina, „The Operation of the 1980 Hague Abduction Convention- A Global View“, *Family Law Quarterly*, Volume 41, Number 1, 2007, 59-104.

Lowe, Nigel, Murch, Mervyn, „Children’s participation in the family justice system/translating principles into practice“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 13, Number 2, 2001, 137-158.

Lowe, Nigel, Stephens, Victoria, „Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention“, *Family Law Quarterly*, Volume 46, Number 1, 2012, 41-86.

Lowe, Nigel, Stephens, Victoria, Part I-A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Global report-provisional edition, pending the completion of the French version, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention*, October 2017, International Centre for missing and exploited children, Hague Conference on Private International Law, Hague.

Lowe, Nigel, Stephens, Victoria, „The 2015 Statistical Survey“, *The Judges Newsletter on International Child Protection*, Volume XXI, Winter-Spring 2018, 6-8.

Ludolph, Pamela S., Dale, Milfred D., „Attachment in Child Custody: An Additive Factor, not a Determinative One“, *Family Law Quarterly*, Volume 46, Number 1, 2012, 1-40.

Марјановић, Сања, „Међународна отмица деце-новине у међународном приватном праву Србије“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 7, 2017, 131-145.

Marochini Zrinski, Maša, „Pravo očeva na poštovanje obiteljskog života: Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Volume 77, 2017, 17-36.

May, Vanessa, Smart, Carol, „Silence in Court?-Hearing children in residence and contact disputes“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 16, Number 3, 2004, 305-316.

McEleavy, Peter, „Evaluating the views of abducted children:trends in appellate case law“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 20, Number 2, 2008, 230-254.

Миковић, Борјана, „Најбољи интерес дјетета-обавеза и одговорност надлежних институција“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“*, 2014, 223-232.

Милутиновић, Љубица, „Мишљење детета као критеријум за утврђивање најбољег интереса детета“, *Породични закон, тематски зборник радова, Службени гласник, Београд*, 2018, 143-165.

Minamikata, Satoshi, „Resolution of Disputes over Parental Rights and Duties in a Marital Dissolution Case in Japan: A Nonlitigious Approach in Chotei (Family Court Mediation)“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 489-506.

Morag, Tamar, Rivkin, Dori, Sorek, Yoa, „Child Participation in the Family Courts-Lessons from the Israeli Pilot Project“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 26, Number 1, 1-30.

Newnham, Annika, Harding, Maebh, „Sharing as Caring: Contact and Residence Disputes between Parents“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 28, Number 2, 2016, 175-196.

Николић, Биљана, „Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце“, *Билтен судске праксе, Апелациони суд у Крагујевцу 1/2011*, 82-84.

Новаковић, Урош, „Најбољи интерес детета-заједничко вршење родитељског права“, *Правни живот*, 10/2011, 121-123, 115-136.

Новаковић, Урош, „Обим контакта између детета и родитеља који не врши родитељско право након развода брака“, *Правни живот* 10/2013, 185-204.

Новаковић, Урош, „Право детета на изражавање мишљења“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 183-199.

Olland, Annette, „The voice of the child in 1980 Hague return procedures in the Netherlands“, *The Judges Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 54-55.

O’Quigley, Ann, *Listening to children’s views, The findings and recommendations of recent research*, York 2000.

Палачковић, Душица, „Истражно начело у породичним споровима као израз најбољег интереса дјетета“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Демал*

Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“, 2014, 143-156.

Палачковић, Душица, „Конвенција о правима детета и Породични закон“, *Научна конференција „Новине у породичном законодавству“*, 28.04.2006. године, Правни факултет, Ниш, 23-38.

Палачковић, Душица, „Поступак у спору за заштиту права детета“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 531-548.

Палачковић, Душица, Ћорац, Санда, „Заштита права на поштовање породичног живота“, *Правни живот*, 10/2014, 37-52.

Панов, Слободан, *Породично право*, Београд 2015.

Papazissi, Theofano, „The Function of Parental Care and Custody and the Minor’s Opinion in Greece“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 339-352.

Parkinson, Patrick, Cashmore, Judy, „When Mothers Stay: Adjusting to Loss After Relocation Disputes“, *Family Law Quarterly*, Volume 47, Number 1, 2013, 65-96.

Perez-Vera, Elisa, Explanatory Report 1981, 426-476.

Петрушић, Невена, „Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије“, *Научна конференција „Новине у породичном законодавству“*, 28.04.2006. године, Правни факултет, Ниш, 99-118.

Петрушић, Невена, Константиновић Вилић, Слободанка, *Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије*, Београд 2010.

Поњавић, Зоран, „Ново породично законодавство-процес приватизације породичног права“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 3-18.

Поњавић, Зоран, *Породично право*, Београд 2014.

Поњавић, Зоран, „Породично право, од институције до аутономије личности“, *Правни живот*, 10/2015, 25-40.

Поњавић, Зоран, „Правни значај разликовања свакодневних и битних питања из садржине родитељског права“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 4, 2014, 13-30.

Поњавић, Зоран, „Прекогранично одвођење деце у случају породичног насиља“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, 2012, 219-233.

Поњавић, Зоран, *Приватизација породице и породичног живота*, Београд 2009.

Поњавић, Зоран, Палачковић, Душица, „Прекогранично одвођење деце и породично насиље“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између*

нормативног и стварног“, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 47-71.

Поњавић, Зоран, Влашковић, Вељко, „Концепт најбољег интереса детета унутар Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“* 2014, 32-49.

Ponjavić, Zoran, Vlašković, Veljko, „Space for the child’s best interests inside The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction“, *Revija za evropsko pravo* broj 2-3, 2014, 45-68.

Potter, Garfield, Williams, Catherine, „Parental responsibility and the duty to consult-the public’s view“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 17, Number 2, 2005, 207-230.

Радић, Дарко, „Најбољи интерес дјетета и право дјетета да живи са родитељима“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Дани породичног права „Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“*, 2014, 100-113.

Решетар, Бранка, *Правна заштита права на сусрете и дружење*, Осиејк 2011.

Решетар, Бранка, „Развој права на сусрете и дружење с дјететом у хрватском правном систему“, *Правни живот* 10/10, 205-216.

Ryrstedt, Eva, „Custody of Children in Sweden“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 393-404.

Самарцић, Сандра, „Потребе и могућности адекватнијег тумачења Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце у случају насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013, 309-331.

Самарцић, Сандра, „Правни механизми заштите жена од насиља у породици и партнерским односима на нивоу Европске уније и Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* Volume 46, Number 4, 2012, 423-442.

Самарцић, Сандра, „Регулатива породичног права на међународном и европском нивоу, са посебним освртом на право детета на здравље“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, 813-838.

Sawamura, Tomoko, „Child’s view in return proceedings-Practice od Japanese court“, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, Volume XXII, Summer-Fall 2018, 24-25.

Schrama, Wendy M., „Relocation after parental separation in the Netherlands, The duty to parent by doing versus parent’s right to relocate“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 2, Number 2, 2011, 28-37.

Schuz, Rhona, „Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention-Theory and Practice“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 13, Number 1, 2001, 1-24.

Schuz, Rhona, „Habitual Residence of the Child Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 26, Number 3, 2014, 342-362.

Schuz, Rhona, „In search of a settled interpretation of Article 12(2) of the Hague Child Abduction Convention“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 20, Number 1, 2008, 64-80.

Schuz, Rhona, „Policy considerations in determining the habitual residence of a child and the relevance of context“, *Journal of Transnational Law and Policy*, Volume 11, 2001, 1-61.

Schuz, Rhona, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford 2013.

Schuz, Rhona, „The Influence of the CRC on the implementation of the Hague Child Abduction Convention“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 3, 2010, 45-49.

Scott, Elizabeth, Emery, Robert, „Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best Interest Standard“, *Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Group*, 2013, 1-51.

Siebel, Cynthia, „Fathers and Their Children: Legal Psychological Issues of Joint Custody“, *Family Law Quarterly*, Volume 40, Number 2, 2006, 213-236.

Silberman, Linda, „The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocation by Custodial Parents: Has the European Court of Human Rights Overstepped Its Bounds“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 4, Number 2, 2013, 26-30.

Skjorten, Kristin, „Children’s Voices in Norwegian Custody Cases“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 27, Number 3, 2013, 289-309.

Skoloff, Gary, Levy, Robert, „Custody Doctrines and Custody Practice: A Divorce Practitioner’s View“, *Family Law Quarterly*, Volume 36, Number 1, 2002, 79-104.

Станивуковић, Маја, „Битка за децу-О Хашкој конвенцији о заштити деце“ *Ревија за европско право*, 2-3/2018, 25-48.

Станивуковић, Маја, „О потреби да се наш Закон о браку и породичним односима усклади са Хашком конвенцијом о одвођењу деце“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине (Часопис за правну теорију и праксу)* 3-4 март-април 2004, 95-105.

Станивуковић, Маја, Ђундић, Петар, „Право на виђање детета и Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980)“, *Правни живот*, 10/2010, 25-45.

Станковић, Гордана, „Дете као странка у парничном поступку“, *Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног“*, Правни факултет, Универзитета у Источном Сарајеву, 2012, 29-46.

Станковић, Гордана, „Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 481-497.

Stoeger, Eran, „International Child Abduction and Children’s Rights: Two Means to the Same End“, *Michigan Journal of International Law*, Volume 32, Issue 3, 2011, 511-552.

Шаула, Валерија, „Примјена норми међународног права у пракси судова у Босни и Херцеговини—један позитиван примјер“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци* 34/2012, 83-100.

Taylor, Nicola, „Relocation Following Parental Separation: International Research, Policy and Practice“, *International Family Law, Policy and Practice*, Volume 1, Number 1, 2013, 90-98.

Taylor, Nicola, Freeman, Marilyn, „International Research Evidence on Relocation: Past, Present and Future“, *Family Law Quarterly*, Volume 44, Number 3, 2010, 317-340.

Taylor, Nicola, Freeman, Marilyn, „Relocation: The International Context“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 2, 2010, 19-29.

The Rt. Hon. Lord Justice Thorpe, „Relocation: The Search for Common Principles“, *Journal of Family Law and Practice*, Volume 1, Number 1, 2010, 35-39.

Trinder, Liz, „Shared Residence: A Review of Recent Research Evidence“, *Child and Family Law Quarterly*, Volume 22, Number 4, 2010, 475-498.

Тубић, Бојан, „Насиље у породици у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 211-226.

Влашковић, Вељко, „Одлучивање о питањима која битно утичу на живот детета према Породичном закону Србије“, *Породични закон, тематски зборник радова, Службени гласник, Београд*, 2018, 201-216.

Влашковић, Вељко, „Право детета на мишљење и најбољи интерес детета са тежиштем на приступу Комитета за права детета“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 75/2017, 183-202.

Влашковић, Вељко, „Право на заштиту од насиља у породици као субјективно грађанско право“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 249-264.

Влашковић, Вељко, „Проблем одређивања садржине најбољег интереса детета“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 349-365.

Вучковић Шаховић, Невена, „Права детета и породично законодавство“, *Ново породично законодавство, зборник са саветовања Врњачка Бања*, Правни факултет, Крагујевац, 2006, 253-268

Вујовић, Ранка, „Процесни положај органа старатељства у судском парничном поступку у вези с породичним односима“, *Породични закон, тематски зборник радова, Службени гласник, Београд*, 2018, 307-325.

Вујовић, Ранка, „Утицај промене положаја детета у породици на његов положај и права у судским поступцима у вези са породичним односима“, *Правни живот*, 10/2012, 55-71.

Yinlan, Xia, „The Legal System of Guardianship over Minors in the People’s Republic of China“, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, 2005, 477-488.

Живковић, Мирко, „Поглед на Породични закон (2005) из угла међународног приватног права“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*, књига 7, 2017, 19-40.

Прописи:

Act Relating to Children and Parents, доступан на <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-children-act/id448389/>.

Грађански законик Јапана, доступан на http://www.jafbase.fr/docAsie/Japon/japan_civil_code.htm.

Грађански законик Немачке, доступан на https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0046.

Нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања под уобичајеним боравиштем детета, доступан на <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haskakonvencija.html>.

Нацрт Закона о правима детета и заштитнику права детета, доступан на <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/070619/070619-vest15.html>.

Обитељски закон, доступан на <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>.

Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005 и 6/2015.

Породични закон Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 54/2002, 41/2008 и 63/2014.

Српски грађански законик из 1844. године, InDok.

Судски пословник, *Службени гласник РС*, бр. 110/2009...93/2019.

Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Закон о граничној контроли, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018.

Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

Закон о потврђивању Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце, *Службени гласник РС-Међународни уговори*, бр. 20 од 09.11.2015.

Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011.

Закон о путним исправама, *Службени гласник РС*, бр. 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010, 62/2014 и 81/2019.

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ-Међународни уговори* бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр. и *Службени гласник РС-Међународни уговори* бр. 12/2010 и 10/2015.

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

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ-Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006-др. закон.

Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, *Службени гласник РС*, бр. 101/2013.

Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008...113/2017.

Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46-95-други закон...106/2015-други закон.

Закон о заштити државне границе, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008.

Пракса Европског суда за људска права:

Case of Anghel v. Italy, Application no. 5968/09 од 25.06.2013. године.

Case of Carlson v. Switzerland, Application no. 49492/06 од 06.11.2008. године.

Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland, Application no. 41615/07 од 06.07.2010. године.

Case of O.C.I. and others v. Romania, application no. 49450/17 од 21.05.2019. године.

Case of Pisica v. Republic of Moldova, application no. 23641/17 од 29.10.2019. године.

Case of Sahin v. Germany, application no. 30943/96 од 08.07.2003. године.

Case of Širvinskas v. Lithuania, application no. 21243/17 од 23.07.2019. године.

Case of Vladimir Ushakov v. Russia application no. 15122/17 од 18.06.2019. године.

Case of Zelikha Magomadova v. Russia, application no. 58724/14 од 08.10.2019. године.

Пракса домаћих судова:

Одлука Уставног суда Уж.4813/2010 од 17.11.2011. године.

Одлука Уставног суда Уж.8276/2014 од 23.06.2016. године.

Одлука Уставног суда Уж.6493/2015 од 27.04.2017. године.

Пресуда Врховног касационог суда Рев.274/2018 од 25.01.2018. године.

Пресуда Врховног касационог суда Рев.1902/2019 од 09.05.2019. године.

Пресуда Врховног касационог суда Рев.2406/2019 од 10.07.2019. године

Решење Врховног касационог суда Рев.1418/2016 од 31.08.2016. године.

Решење Врховног касационог суда Рев.880/2017 од 11.05.2017. године.

Решење Врховног касационог суда Рев. 3412/2019 од 25.10.2019. године.

Решење Врховног касационог суда Рев.2064/2020 од 21.05.2020. године.

Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев.2239/10 од 24.02.2010. године, утврђена на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда дана 13.09.2010. године, *Билтен бр. 2/2014, Правна схватања и сентенце Врховног касационог суда II 2010-2014*, Београд, 212-214.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.635/11 од 19.10.2011. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.155/12 од 07.03.2012. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.157/13 од 20.03.2013. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 259/13 од 09.05.2013. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 403/13 од 07.08.2013. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.755/13 од 26.12.2013. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.504/14 од 25.09.2014. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.17/15 од 04.02.2015. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.448/15 од 08.10.2015. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.606/15 од 11.01.2016. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.548/16 од 22.09.2016. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 379/17 од 27.07.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.416/17 од 27.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.480/17 од 21.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.492/17 од 27.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.543/17 од 25.10.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.61/18 од 08.02.2018. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 101/18 од 01.03.2018. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.183/18 од 19.04.2018. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 416/18 од 15.08.2018. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.625/18 од 24.12.2018. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.15/19 од 17.01.2019. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.67/19 од 14.02.2019. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 106/19 од 07.03.2019. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 421/19 од 07.08.2019. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 192/14 од 29.04.2014. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2.250/16 од 20.04.2016. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 608/17 од 07.12.2017. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 69/18 од 21.02.2018. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 266/18 од 07.06.2018. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 354/18 од 03.07.2018. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2.661/19 од 15.01.2020. године.

Решење Основног суда у Нишу РЗ.257/2015 од 28.07.2015. године.

Решење Основног суда у Нишу РЗ.284/16 од 16.12.2016. године.

Решење Основног суда у Новом Саду Р4. 1/2016 од 20.05.2016. године.

Решење Основног суда у Новом Саду Р4. 2/2016 од 30.09.2016. године.

Решење Вишег суда у Новом Саду Гж. 2839/2016 од 08.08.2016. године.

Пракса иностраних органа:

A. v. A. (Child Abduction) (1993) 2 FLR 225, INCADAT reference HC/E/UKe 161.

Abbott v. Abbott 542 F. 3d 1081 (5th Cir. 2008), INCADAT reference HC/E/US 989.

Abbott v. Abbott 130 S. Ct. 1983 (2010) INCADAT reference HC/E/USf 1029.

A. C. v P. C. (2004) НКМР 1238, INCADAT reference HC/E/CNh 825.

A. J. P. F. s/ Restitucion Internacional, INCADAT reference HC/E/PY 1303.

APN v. TMH (Child Abduction: Grave Risk and Human Rights) (2010) NZFLR 463, INCADAT reference HC/E/NZ 1224.

Armiliato v. Zaric-Armiliato 169 F. Supp. 2d 230 (SDNY 2001), INCADAT reference HC/E/USf 385.

Asvesta v. Petroutsas 2010 U. S. Dist. Lexis 47872 (N. D. Cal. Apr. 19, 2010), INCADAT reference HC/E/US 1282.

Auto Audiencia Provincial No 133/2006 Ponte vedra (Seccion 1) Recurso de apelacion No 473 2006, INCADAT reference HC/E/ES 887.

Baran v. Beaty, 526 F. 3d/1340 (11th Cir. 2008), INCADAT reference HC/E/US 1142.

Barry Eldon Matthews (Commissioner Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001, INCADAT reference HC/E/AU 345.

Baxter v. Baxter 423 F. 3d 363 (3rd Cir. 2005), INCADAT reference HC/E/USf 808.

BDU v. BDT (2014) SGCA 12, INCADAT reference HC/E/SG 1286.

Beairsto v Cook 2018 NS CA 90, INCADAT reference HC/E/CA 1417.

Boy v. Boy, (1994) 12 FRNZ 517, INCADAT reference HC/E/NZ 92.

Broca v. Giron 2013 WL 867276 (E.D.N.Y.), INCADAT reference HC/E/US 1264.

Bundesverfassungsgericht 2 BvR 982/95 and 2 BvR 983/95, 10 October 1995, INCADAT reference HC/E/DE 310.

Bundesverfassungsgericht 2BvR 1075/96, 15 August 1996, INCADAT reference HC/E/DE 573.

CA Chambéry 24 avril 2009 No de RG 09/00305, INCADAT reference HC/E/FR 1136.

CA Nîmes 18.02.2009. No. de RG 08/04984, INCADAT reference HC/E/FR 1135.

CA Paris 17 février 2011 No de RG 11/00507, INCADAT reference HC/E/FR 1131.

CA Paris, 2 avril 2013, No de RG 13/03926, INCADAT reference HC/E/FR 1209.

CA Paris 5 juillet 2013, No de RG 13-11509, INCADAT reference HC/E/FR 1221.

CA Rouen 20 janvier 2005 No de RG 04/03822, INCADAT reference HC/E/FR 1007.

Case no. LB-2007-127164, INCADAT reference HC/E/NO 1398.

Case no. LB-2015-76479, INCADAT reference HC/E/NO 1400.

Case no. LF-2013-168054, INCADAT reference HC/E/NO 1402.

Cass Civ 1ere 12 avril 2012 No de pourvoi 11-20.357, INCADAT reference HC/E/FR 1155.

Cass Civ 1ere 4 mai 2017 No de pourvoi 17-11031, INCADAT reference HC/E/FR 1346.

Central Authority for the Republic of South Africa E, RC and M. A (11/39798, 2012) (1096), INCADAT reference HC/E/ZA 1247.

Central Authority v. B 2009 (1) SA 624 (W), INCADAT reference HC/E/ZA 720.

Central Authority v. H. 2008 (1) SA 49 (SCA), INCADAT reference HC/E/ZA 900.

Central Authority v MG 2010 JDR 1535 (GNP), INCADAT reference HC/E/ZA 724.

Chan v Chow (2001) 199 D. L. R. (4th) 478 (B.C.C.A.), INCADAT reference HC/E/CA 751.

Cohen v. Cohen 158 Misc 2d 1018 602 NYS 2d 994 (Sup. Ct. 1993), INCADAT reference HC/E/USs 145.

Court of Appeal of Helsinki No 2933, INCADAT reference HC/E/FI 863.

Croll v. Croll 229 F. 3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001), INCADAT reference HC/E/USf 313.

Court of First Instance of Amaliada decision 248, 13 March 2007, INCADAT reference HC/E/GR 680.

C. v C. (2008) CSOH 42 2008 S. C. L. R. 329, INCADAT reference HC/E/UKs 962.

Dalmasso v. Dalmasso 9 P. 3d 551 (Kan. 2000), INCADAT reference HC/E/USs 460.

Danaipour v. McLarey 286 F. 3d 1 (1st Cir. 2002), INCADAT reference HC/E/USf 459.

Darin v. Olivero-Huffman 746 F. 3d1 (1st Cir. 2014), INCADAT reference HC/E/US 1275.

De directie Preventie optredend voor zichzelf en namens Y (the father) against X (the mother) (07.02.2001. ELRO nr. AA9851 Zaaknr:813-H-00), INCADAT reference HC/E/NL 314.

Decision of the Supreme Court 7 October 1998 I CKN 745/98, INCADAT reference HC/E/PL 700.

DeHaan v. Gracia (2004) AJ No. 94 (QL) (2004) ABQD4, INCADAT reference HC/E/CA 576.

Duarte v. Bardales 526 F. 3d 563 (9th Cir. 2008), INCADAT reference HC/E/US 741.

DZ v YVAMVD, R Fam. A 2270/13, INCADAT reference HC/E/IL 1211.

E.S.s/ Reintegro de hijo, INCADAT reference HC/E/AR 1305.

Emmett and Perry and Director-General Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority and Attorney-General of the Commonwealth of Australia (Intervener)(1996), (1995) FLC 92-645, [1995] FamCA 77, INCADAT reference HC/E/AU 280.

Ermini v. Vittori 2014 WL 3056360 (C. A. 2) (2d Cir. 2014), INCADAT reference HC/E/US 1273.

Espiritu v. Bielza (2007) O. J. No. 1587, 2007 ONCJ 175; 39 R.F.L. (6th) 218; 2007 CarsweelOnt 2546, INCADAT reference HC/E/CA 728.

F. C. del C. F. c/T. R. G. s/Reintegro de hija, INCADAT reference HC/E/AR 1340.

Fabri v. Pritikin-Fabri 221 F. Supp. 2d 859 (N. D. III July 13, 2001), INCADAT reference HC/E/USf 484.

Falconer, Commissioner Western Australian Police v. O.S. 12. June 1998. Transcript Family Court of Western Australia, INCADAT reference HC/E/AU 227.

Fam A 130/08 H v H, INCADAT reference HC/E/IL 922.

Family Advocate Cape Town and Another v. E. M., INCADAT reference HC/E/ZA 1055.

Family Appeal 548/04 Plonit v. Ploni, INCADAT reference HC/E/IL 838.

Family Appeal 575/04 Y.M. v A. M., INCADAT reference HC/E/IL 836.

Family Appeal 621/04 D. Y. v. D.R., INCADAT reference HC/E/IL 833.

Family Application 046252/04 Ploni v. Almonit, INCADAT reference HC/E/IL 806.

Family Application 000111/07 Ploni vs Almonit, INCADAT reference HC/E/IL 938.

FE v. YE (2017) EWHC 2165 (Fam), INCADAT reference HC/E/UK 1433.

File No 2004-0276-0-2702-JM-FA-01, INCADAT reference HC/E/PE 873.

Foster v. Foster 654 F. Supp. 2d. 348 (W.D. Pennsylvania 2009), INCADAT reference HC/E/USf 1110.

Furnes v. Reeves 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004), INCADAT reference HC/E/USf 578.

G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos, INCADAT reference HC/E/AR 1315.

Gil v. Rodriguez 184 F. Supp. 2d 1221 (M. D. Fla. 2002) INCADAT reference HC/E/USf 462.

H.J. v Secretary for Justice (2006) NZ FLR 1005, INCADAT reference HC/E/NZ 1127.

H. v. H. (Abduction: Acquiescence) (1996) 2 FLR 570 INCADAT reference HC/E/UKe 169.

Headifen v. Harker 549 Fed. Appx. 300 (5th Cir. 2013), INCADAT reference HC/E/US 1268.

Hogsta domstolens beslut den 27 april 2012 i mal O 939-12, INCADAT reference HC/E/SE 1165.

HSB v. AAK RfamA 9441/12, INCADAT reference HC/E/IL 1300.

IGR Petitioner (2011) CSOH 208, INCADAT reference HC/E/UKs 1154.

In re: B. DEL C. S. B (minor) Mendoza v. Miranda 559 F. 3d 999 (9th Cir. 2009), INCADAT reference HC/E/US 1260.

In re Interest of Zarate No. 96 C. 50394 (N. D. III. Dec. 23 1996), INCADAT reference HC/E/USf 134.

Jabbaz v. Mouammar (2003) 226 D. L. R. (4th) 494 (Ont. C.A.), INCADAT reference HC/E/CA 757.

Janine Claire Genish-Grant and Director General Department of Community Services (2002) Fam CA 346 (2002) FLC 93-111; 29 Fam LR 51, INCADAT reference HC/E/AU 458.

J.E.A. v. C.L.M. (2002) 220 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.), INCADAT reference HC/E/CA 754.

J. E. M. D. c. M. de .J. B. s/reintegro de hijo, INCADAT reference HC/E/PA 681.

JR v. SIR (2007) NICA 50 (2008) N.I. 252, INCADAT reference HC/E/SK 1190.

J. v. B. 25 April 2007, Court for Family Matters Beersheva, INCADAT reference HC/E/IL 910.

Justice de Paix du cercle de Lausanne (Magistrates Court) decision of 6 July 2000 J 765 CIEV 112E, INCADAT reference HC/E/CH 434.

Karkkainen v. Kovalchuk 448 F. 3d 280 (3rd Cir. 2006), INCADAT reference HC/E/USf 879.

Kihal v. Director-General, Department of Community Services (2008) FamCAFC 81, (2008) FLC 93-373, 2008 39 Fam LR 431, INCADAT reference HC/E/AU 995.

Kubera v. Kubera 2010 BCCA 118, INCADAT reference HC/E/CA 1041.

L.L. c C. G. Droit de la famille 112106 Cour superieure de Quebec 11 juillet 2011, 2011 QCCS 3612, INCADAT reference HC/E/CA 1097.

L. R. C. a favor de I. C. R. y E. C. R. contra el Juzgado de Ninez y Adolescencia y El Tribunal de Familia, INCADAT reference HC/E/CR 1320.

L. S. v G. S. RFam 7784/12, INCADAT reference HC/E/IL 1301.

Lozano v. Alvarez 697 F. 3d 41 (2nd Cir. 2012), INCADAT reference HC/E/US 1261.

Mbuyi v. Ngalula 2018 MBQB 176, INCADAT reference HC/E/CA 1416.

M.M. v. A.M.R. or M. 2003 SCLR 71, INCADAT reference HC/E/UKs 500.

M. Petitioner 2005 S.L.T. 2 OH, INCADAT reference HC/E/UKs 804.

M. v. K. 20/06/2000 Iceland Supreme Court, INCADAT reference HC/E/IS 363.

M v. M (2012) NZFLR 429, INCADAT reference HC/E/NZ 1229.

Mozes v. Mozes 239 F. 3d 1067 (9th Cir. 2001), INCADAT reference HC/E/USf 301.

Municipal Court of Osijek No. 12 R1 Ob-566 of 3 October 2016, INCADAT reference HC/E/HR 1394.

Municipal Court of Rijeka No. R1Ob-336/16 of 27. July 2016, INCADAT reference HC/E/HR 1392.

N. J. C. v N. P. C. (2008) CSIH 34, 2008 S. C. 571, INCADAT reference HC/E/UKs 996.

Nicolson v. Pappalardo 605 F. 3d 100 (1st Cir. 2010) INCADAT reference HC/E/US 1263.

No de rolle: 01/6584/A, INCADAT reference HC/E/BE 526.

No de role: 08/14107/A ref. Tribunal de Premiere Instance de Bruxelles, INCADAT reference HC/E/BE 954.

Nottinghamshire County Council v. K. B. and K. B. (2011) IESC48, INCADAT reference HC/E/IE 1139.

Oberlandesgericht Dresden 10 UF 753/01 21. January 2002, INCADAT reference HC/E/DE 486.

Oberlandesgericht Koln 21 UF 70/01 12 april 2001, INCADAT reference HC/E/DE 491.

Ortiz v. Martinez 789 F. 3d 722 (7th Cir. 2015), INCADAT reference HC/E/US 1343.

Paz v. Paz 169 F. Supp 2d 254 (S.D.N.Y. 2001), INCADAT reference HC/E/USf 414.

Poliero v. Centenaro 373 Fed. Appx. 102 2010 WL 1573771 (C. A. 2 (N. Y.)) (2d Cir. 2010), INCADAT reference HC/E/USf 1024.

P. v. B. (Child Abduction: Undertakings) (1994) 3 IR 507, INCADAT reference HC/E/IE 240.

P. v B. (No. 2) (Child Abduction: Delay) (1999) 4 IR 185 (1999) 2 ILRM 401, INCADAT reference HC/E/IE 391.

P. v. P. (2013) CSOH 40 2013 G. W. D. 12-253, INCADAT reference HC/E/UKs 1255.

P. v S. 2002 Fam LR 2, INCADAT reference HC/E/US 963.

R 6136 M. Le Procureur General contre M. H K, INCADAT reference HC/E/MC 510.

R. and R. 7 January 1999 Juvenile Court of Rome, INCADAT reference HC/E/IT 297.

Re A. (Abduction: Habitual Residence) (2007) 2 FLR 129, INCADAT reference HC/E/UKe 973.

Re C. (Abduction: Settlement) (2004) EWHC 1245, INCADAT reference HC/E/UKe 596.

Re D. (Abduction: Acquiescence) (1998) 2 FLR 335, INCADAT reference HC/E/UKe 178.

Re D. (Abduction: Discretionary Return) (2000) 1 FLR 24, INCADAT reference HC/E/UKe 267.

Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) (2006) UKHL 51, INCADAT reference HC/E/UKe 880.

Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal) (2011) UKSC 27 (2012) 1 A. C. 144, INCADAT reference HC/E/UKe 1068.

Re F. (A Child) (2009) EWCA Civ 416, INCADAT reference HC/E/UKe 1020.

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

Re G. And A. (Abduction: Consent) (2003) NIFam 16, INCADAT reference HC/E/UKn 594.

Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) (1998) AC 72, INCADAT reference HC/E/UKe 46.

Re H.B. (Abduction: Children's Objections) (1997) 1 FLR 392, INCADAT reference HC/E/UKe 18.

Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return) (2004) EWCA CIV 428, INCADAT reference HC/E/UKe 579.

Re J. S. (Private International Adoption) (2000) 2 FLR 638, INCADAT reference HC/E/UKe 479.

Re K. (Abduction: Consent) (1997) 2 FLR 212, INCADAT reference HC/E/UKe 55.

Re LC (Children) (International Abduction Child's Objections to Return) (2014) UKSC 1 (2014) 2 W.L.R., INCADAT reference HC/E/ES 1256.

Re M. (Abduction: Acquiescence) (1996) 1 FLR 315, INCADAT reference HC/E/UKe 21.

Re M. (Abduction: Psychological Harm) (1997) 2 FLR 690, INCADAT reference HC/E/UKe 86.

Re. M. (A Child) (Abduction: Child's Objections to Return) (2007) EWCA Civ 260, INCADAT reference HC/E/UKe 901.

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

Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence) (2004) EWCA Civ 971, INCADAT reference HC/E/UKe 591.

Re P. (A Minor) (Abduction: Acquiescence) (1998) 2 FLR 835, INCADAT reference HC/E/UKe 179.

Re P.-J. (Children) (Abduction: Habitual Residence: Consent) (2009) EWCA Civ 588 (2010) 1 W.L.R. 1237, INCADAT reference HC/E/UKe 1014.

Re R. (Minors) (Abduction) (1994) 1 FLR 190, INCADAT reference HC/E/UKe 160.

Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) (2002) 3 FCR 43, (2002) EWCA Civ 908, INCADAT reference HC/E/UKe 469.

Re S (A Minor) (Abduction) (1991) 2 FLR 1, INCADAT reference HC/E/UKe 163.

Re S., Auto de 21 abril de 1997 Audiencia Provincial Barcelona Seccion 1a, INCADAT reference HC/E/ES 244.

Re S. (Minors) (Abduction: Acquiescence) (1994) 1 FLR 819, INCADAT reference HC/E/UKe 47.

Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) (2000) 2 F.L.R. 192, INCADAT reference HC/E/UKe 270.

Re W. (Abduction: Domestic Violence) (2004) EWHC 1247, INCADAT reference HC/E/UKe 599.

Re W. (Children) (2010) EWCA Civ 520 (2010) 2 F.L.R. 1165, INCADAT reference HC/E/UKe 1324.

Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v. Dagan 53 P. D (3) 254, INCADAT reference HC/E/IL 807.

Ruiz v. Tenorio 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), INCADAT reference HC/E/USf 780.

S. v S. 2003 SLT 344, INCADAT reference HC/E/UKs 577.

Sanchez v. R. G. L. ex rel. Hernandez 2014 U. S. App. Lexis 14849 (5th Cir. 2014), INCADAT reference HC/E/US 1288.

Secretary for Justice v. Penney, ex parte Calabro (1995) NZFLR 827, INCADAT reference HC/E/NZ 67.

Simcox v. Simcox 511 F. 3d 594 (6th Cir. 2007), INCADAT reference HC/E/US 1141.

Smith v. Smith 2001 (3) SA 845, INCADAT reference HC/E/ZA 499.

Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC), INCADAT reference HC/E/ZA 309.

Souratgar v. Fair, 720 F. 3d 96 (2nd Cir. 2013), INCADAT reference HC/E/US 1240.

State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567, INCADAT reference HC/E/AU 232.

State Central Authority v. CR (2005) Fam CA 1050, INCADAT reference HC/E/AU 824.

State Central Authority v. Maynard (2003) Fam CA 911, INCADAT reference HC/E/AU 541.

Supreme Court Civil Chamber II E.2006/17797 K. 2006/14657, INCADAT reference HC/E/TR 731.

Supreme Court of Greece decision 1482 12 October 2012, INCADAT reference HC/E/GR 1241.

Supreme Court Order 2017 Seu630, INCADAT reference HC/E/KR 1418.

Tabacchi v. Harrison 2000 WL 190576 (N.D.III.), INCADAT reference HC/E/USf 465.

Taylor v. Taylor, 502 Fed. Appx. 854, 2012 WL 6631395 (C. A. 11(Fla.)) (11th. Cir. 2012), INCADAT reference HC/E/US 1184.

The Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Rhonda May Bennett [2000] FamCA 253, (2000) FLC 93-011, 26 Fam LR 71, INCADAT reference HC/E/AU 275.

Thomson v. Thomson (1994) 3 SCR 551 6 RFL (4th) 290, INCADAT reference HC/E/CA 11.

TV c. MB Droit de la famille 1222 2012 QCCA 21, INCADAT reference HC/E/CA 1158.

U. v. D. (2002) NZFLR 529, INCADAT reference HC/E/NZ 472.

W. v. Ireland (1994) ILRM 126; sub nom, A. C. W. v. Ireland (1994) 3 IR 232, INCADAT reference HC/E/IE 289.

W. v. W. (Child Abduction: Acquiescence) (1993) 2 FLR 211, INCADAT reference HC/E/UKe 52.

Walley v. Walley (2005) EWCA Civ 910 (2005) 3 FCR 35, INCADAT reference HC/E/UKe826.

Whallon v. Lynn, 230 F. 3d 450 (1st Cir. 2000), INCADAT reference HC/E/USf 388.

Wojcik v. Wojcik 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997), INCADAT reference HC/E/USf 105.

Y. D. v J. B. (1996) R. D. F. 753 (Que. C. A.), INCADAT reference HC/E/CA 369.

2008 QCSC 5320 Superior Court of Quebec (District of Hull), INCADAT reference HC/E/CA 926.

2017 (Ra) No. 525 Appeal case against an order to return the child, INCADAT reference HC/E/JP 1430.

5A-105/2009 II. Zivilrechtliche Abteilung arret du TF du 16 avril 2009, INCADAT reference HC/E/CH 1057.

5P 127/1997 (BGE 123 II 419) Bundesgericht II Zivilabteilung, INCADAT reference HC/E/CH 792.

6Ob26/12k Oberster Gerichtshof, INCADAT reference HC/E/AT 1162.

8 Ob121/03g Oberster Gerichtshof , INCADAT reference HC/E/AT 548.

11 UF 121/03 Oberlandesgericht Hamm, INCADAT reference HC/E/DE 822.

Остали извори:

Family Law, Information on the rules, Ministry of Justice Sweden, 2013.

General Comment No. 12 (2009) The Right of the Child to be Heard, Committee on the Rights of the Child, Geneva, 2009.

Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Mediation, 2012, доступан на www.hcch.net.

Guidelines for Judges Meeting Children who are subject to Family Proceedings, april 2010, доступно на https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf.

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, Council of Europe, 2010, доступно на <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b2cf3>.

Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007.

Извештај о раду Центара за социјални рад за 2018. годину, Републички завод за социјалну заштиту, Београд 2019.

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

<http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/gradjani/dokumenta/Prebivaliste>

<http://richardagardner.com/ar2>

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=e

<https://www.vk.sud.rs>