

Др Маја СТАНИВУКОВИЋ*

Др Сања ЂАЈИЋ**

**ПРАВО РОДИТЕЉА НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА
У СВЕТЛУ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ
АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ
И ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ
ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА**

У фокусу овог рада је право на повратак у земљу порекла родитеља који се у иностраној земљи примарно стара о детету. Правна препрека остварењу права родитеља који се примарно стара о детету да се пресели из иностранства у земљу порекла и да са собом поведе и дете постоји у Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце чија механичка примена спречава родитеља да самостално промени боравиште детета чиме се отвара питање поштовања права родитеља и детета.

Пракса Европског суда за људска права и Уставног суда Републике Србије садржи смернице за тумачење одредаба Хашке конвенције о отмици детета у све чешћим ситуацијама када се као отмичар јавља родитељ који се примарно стара о детету и који се без сагласности другог родитеља преселио са дететом у своју земљу порекла. Процењом

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија, M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs.

** Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија, sdjajic@pf.uns.ac.rs.

најбољег интереса детета може се превазићи тензија између права родитеља да се врати у земљу порекла и Хашке конвенције о отмици детета.

Кључне речи: *Промена боравишта детета. – Отмица детета. – Права детета. – Право на породични живот. – Право на повратак у своју земљу.*

1. УВОД

У фокусу овог рада је право на повратак у земљу порекла родитеља који се у иностраној земљи примарно стара о детету. Право на повратак у земљу порекла је људско право загарантовано бројним међународним инструментима, али право на напуштање стране земље може бити ограничено правима других лица. Ауторке полазе од претпоставке да постоји правна препрека остварењу права родитеља који се примарно стара о детету да се пресели из иностранства у земљу порекла и да са собом поведе и дете. Реч је о Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце¹ (у даљем тексту: Хашка конвенција о отмици) која, у садејству са прописима земље у којој родитељ и дете имају уобичајено боравиште, спречава родитеља да самостално промени боравиште детета.² Циљ Хашке конвенције о отмици – хитан повратак детета у земљу из које је незаконито одведено – у складу је са најбољим интересима детета (Tobin 2019, 387). Међутим, Хашка конвенција о отмици се у пракси судова држава чланица често примењује механички, на начин који ограничава људска права родитеља који се стара о детету да се врати у земљу порекла и који истовремено може да угрози најбољи интерес детета *in concreto*.

Промена боравишта детета као нужна последица пресељења у другу земљу често изазива спорове између родитеља. Типична ситуација у којој се питање промене боравишта детета поставља пред судовима јавља се када је надлежни суд у држави у којој дете уобичајено бора-

¹ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Хашка конвенција о отмици усвојена је 25. октобра 1980, а ступила је на снагу 1. децембра 1983. године. СФРЈ је ратификовала ту конвенцију (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори* 7/91).

² У унутрашњем праву могу бити прописани различити услови који морају да се испуне да би родитељ могао да се пресели са дететом у иностранство (на пример, сагласност другог родитеља или, у случају да такве сагласности нема, одлука суда).

ви одлучио о вршењу родитељског права, после развода брака или престанка ванбрачне заједнице, поверивши дете привремено или стално на старање једном родитељу који стиче право и обавезу да се примарно стара о детету (примарни родитељ, *primary caregiver*), док други родитељ јесте добио одређена права и обавезе (на пример, право на виђање, обавезу издржавања, право на заједничко вршење родитељског права), али не и обавезу да се свакодневно физички стара о детету. Убрзо потом, примарни родитељ жели да се пресели са дететом у другу земљу. Један од главних мотива за пресељење је повратак у земљу порекла.

Родитељ може покушати да оствари своју жељу на два начина: законитим пресељењем или незаконитим одвођењем (отмицом) детета. У интересу родитеља је да избегне да буде проглашен отмицарем јер та квалификација често повлачи и кривичну, а не само грађанскоправну и моралну одговорност, али се примарни родитељ понекад одлучује на тај екстремни корак због многобројних правних препрека које му стоје на путу ако жели да промени боравиште детета на законит начин.³

Постојање тензије између права родитеља на повратак у земљу порекла и обавеза државе чланице да врати незаконито одведено дете на основу Хашке конвенције о отмици испитује се истраживањем праксе Европског суда за људска права и Уставног суда Републике Србије. Та пракса садржи смернице за тумачење одредаба Хашке конвенције о отмици у све чешћим ситуацијама када се као отмицар јавља примарни родитељ који се преселио са дететом у своју земљу порекла.

У поглављу 2 укратко се наводе садржина, циљеви и ограничења основног права грађана на повратак у земљу порекла. У поглављу 3 се разрађују кључне одредбе Хашке конвенције о отмици и објашњава тензија која постоји између права на повратак у земљу порекла и Хашке конвенције. Затим се у поглављу 4 анализира судска пракса Европског суда за људска права и Уставног суда Србије у предметима о примени Хашке конвенције о отмици, који имплицирају и право примарног родитеља на повратак у земљу порекла. На крају се изводи закључак о начину на који се може превазићи уочена тензија између основног права на повратак у земљу порекла и обавеза из Хашке конвенције о отмици.

³ Видети Европски портал E-justice где се налази и следећа реченица – савет: „Avoid becoming an ‘abducting’ parent by knowing how to move across borders with your children in a lawful way“ (у преводу: Потрудите се да не постанете родитељ „отмицар“ тако што ћете сазнати како да се преселите у иностранство са дететом на законит начин). https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-en.do?clang=en, последњи приступ 30. септембра 2021.

2. ПРАВО НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА

Право на повратак у земљу порекла је људско право загарантовано бројним међународним инструментима: чланом 13 Универзалне декларације о правима човека и грађанина,⁴ чланом 12, став 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима⁵ и чланом 3 Протокола бр. 4 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама.⁶ Устав Републике Србије такође јемчи то право у члану 39 (Слобода кретања). Право на повратак није безусловно. На пример, у члану 12, став 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима предвиђено је да оно може бити ограничено законом ако је то потребно ради заштите националне безбедности, јавног реда, јавног здравља, морала или права и слободе других лица.

Право примарног родитеља на повратак у земљу порекла ограничено је правима детета и другог родитеља. Пресељење детета са родитељем у другу земљу, посебно ако је она веома удаљена од земље у којој је дете претходно боравило и у којој и даље борави други родитељ, има директне последице на остваривање права детета гарантованог чланом 9, став 3 и чланом 10, став 2 Конвенције о правима детета⁷ да редовно одржава личне односе и да има непосредан контакт са родитељима. То право детета се односи на одржавање контакта са оба родитеља, а не само са родитељем који се стара о детету. Државе чланице Конвенције о правима детета дужне су да предузму мере да родитељ који се стара о детету не ускрати право детету да одржава личне односе и контакт са другим родитељем (Tobin 2019, 333). Пресељење може бити супротно најбољим интересима детета који су првенствени на основу

⁴ Universal Declaration of Human Rights, GA Res 217A (III), UNGAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810 (1948), 71.

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, U. N. T. S. Vol. 999, p. 171 and Vol. 1057, p. 407. Усвојен је 16. децембра 1966. године у Њујорку, а ступио је на снагу 23. марта 1976. године. СФРЈ је ратификовала Међународни пакт 2. јуна 1971. године (*Службени лист СФРЈ* 7/71).

⁶ Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto. Council of Europe, ETS No. 46. Усвојен је 16. децембра 1963, а ступио је на снагу 2. маја 1968. године. Државна заједница СЦГ је ратификовала Европску конвенцију и пратеће протоколе (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори* 9/2003).

⁷ Convention on the Rights of the Child, U.N.T.S. Vol. 1577, p. 3. усвојена је 20. новембра 1989. у Њујорку, а ступила је на снагу 2. септембра 1990. године. СФРЈ је ратификовала конвенцију (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори* 15/90).

члана 3 Конвенције о правима детета, и то због тога што ће се покидати његове везе са пријатељима и родбином у земљи у којој је до тада боравило. Такође, пресељењем се утиче и на право другог родитеља на породични живот на основу члана 8 Европске конвенције о људским правима, јер му се отежава одржавање контакта са дететом. На пример, уместо физичког контакта, родитељ који остаје у ранијој земљи боравка одржаваће контакт са дететом путем средстава комуникације на даљину (телефон, интернет) који не омогућавају успостављање истог степена блискости.

Право детета и родитеља да се преселе у другу земљу, укључујући и земљу порекла, регулисано је чланом 10, став 2 Конвенције о правима детета: „Стране уговорнице ће поштовати право детета и његових родитеља да напусте сваку земљу, укључујући и сопствену, као и да уђу у своју земљу.“ Истим чланом је предвиђено да се право на напуштање било које земље може ограничити само законом, и то, између осталог, ради заштите слобода и права других. Осим што се том одредбом, која је инспирисана чланом 12, став 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, родитељима и детету гарантује слобода кретања, њен циљ је и да омогући деци која су географски раздвојена од родитеља, услед развода или из других разлога, да одрже везе са оба родитеља (Tobin 2019, 359).

3. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ОТМИЦИ И ПРОМЕЊЕНЕ ДРУШТВЕНЕ ПРИЛИКЕ

3.1. Хашка конвенција о отмици

Како се истиче у доктрини, Хашка конвенција о отмици директно је повезана са питањем пресељења детета јер пресељење представља законито одвођење детета из места уобичајеног боравишта, а отмица је његово незаконито одвођење из тог места (Medić 2015, 124). Према Конвенцији, одвођење детета из државе његовог уобичајеног боравишта сматра се незаконитим: а) ако представља повреду права на старање које је добило лице или институција у тој држави по праву те државе у тренутку који непосредно претходи одвођењу и б) ако су се у време одвођења права на старање остваривала или би се остваривала да није дошло до одвођења.⁸ У највећем броју случајева, лице чије је

⁸ Хашка конвенција о отмици, чл. 3, ст. 1.

право на старање повређено је други родитељ, а институција која врши одређена права на старање може бити државни орган старатељства или, у многим државама *common law* система, суд. Право на старање може се стећи пре свега *ipso jure*, према праву уобичајеног боравишта детета, али такође и на основу судске одлуке, одлуке органа управе или на основу споразума родитеља који има правно дејство по праву те државе.⁹

За законитост одвођења меродавно је право државе у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења. Ако се утврди да је по том праву одвођење било незаконито, а од дана одвођења до дана покретања поступка пред надлежним судом протекло је мање од годину дана, суд државе у коју је дете доведено има обавезу, предвиђену у члану 12 Хашке конвенције о отмици, да наложи хитан повратак детета у земљу уобичајеног боравишта. Ако се пак утврди да одвођење није било незаконито, Конвенција о отмици се не примењује и надлежни суд није дужан да наложи повратак детета у земљу уобичајеног боравишта. Предвиђени су одређени изузеци од обавезе да се наложи повратак детета и ако је одвођење било незаконито, и то у члановима 13 и 20 Конвенције. Према члану 13, став 1, тачка б), суд није дужан да наложи повратак када лице које се супротставља повратку докаже да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или би га на други начин довео у неподношљив положај. Према члану 20, повратак се може одбити ако би то представљало кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе чији суд одлучује.

У процени да ли је одвођење детета из државе уобичајеног боравишта било незаконито највећи значај има појам „право на старање“. Посебно, у случајевима када дете одводи примарни родитељ, поставља се питање да ли други родитељ има „право на старање“ (*rights of custody, le droit de garde*) у смислу члана 3, став 1 Конвенције и, самим тим, да ли је пресељење детета у другу земљу без његове сагласности повреда његовог права на старање или само повреда његовог права на виђање (*rights of access, le droit de visite*). За повреду права на виђање у Конвенцији није предвиђена санкција, док повреда права на старање повлачи обавезу за органе државе чланице да донесу одлуку на основу члана 12 конвенције којом се наређује хитан повратак детета у земљу уобичајеног боравишта (Schuz 2013, 149). Право на старање и право на виђање дефинисани су посебно, као аутономни појмови у члану 5 Хашке

⁹ Хашка конвенција о отмици, чл. 3, ст. 2.

конвенције о отмици.¹⁰ Према члану 5, израз „право на старање“ обухвата право на одређивање места боравка детета, али не и израз „право на виђање“. Према томе, за одговор на питање да ли родитељ који захтева повратак детета због отмице има право старања у смислу Конвенције, веома је битно како су регулисана његова овлашћења у меродавном праву. Прво се утврђује да ли по праву државе уобичајеног боравишта тај родитељ има одређена овлашћења која се односе на старање о личности детета или по меродавном праву о свим питањима, укључујући и место боравка детета, самостално одлучује други родитељ, а затим се на основу тога изводи закључак о томе да ли родитељ – подносилац захтева – има право на старање у смислу члана 3, став 1 Хашке конвенције које је повређено одвођењем/задржавањем детета од другог родитеља (Schuz 2013, 147).

3.2. Ограничења права родитеља који се стара о детету да промени боравиште детета

У упоредном праву се могу уочити одређене разлике у правном регулисању права родитеља који се стара о детету да промени боравиште детета и права другог родитеља да учествује у доношењу одлуке о промени његовог боравишта.¹¹ У овом раду се не можемо детаљније бавити тим разликама већ ћемо само, помоћу неколико примера, указати на општи тренд.¹²

Према праву многих европских континенталних држава, родитељ коме је дете поверено на самостално старање може да донесе одлуку о пресељењу без сагласности другог родитеља. На пример, према немачком праву, родитељ који се самостално стара о детету има право

¹⁰ Чланом 5 Хашке конвенције предвиђено је: „У смислу ове конвенције израз: а) ‘право на старање’ укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета; б) ‘право на виђење’ укључује право да се дете за одређени период времена одведе ван места сталног боравка.“

¹¹ Конвенција о правима детета, члан 9, став 1: „Стране уговорнице ће обезбедити да дете не буде одвојено од својих родитеља против њихове воље, осим када надлежне власти, уз судски надзор, одреде у складу са важећим законом и поступком, да је такво одвајање неопходно у најбољем интересу детета. Таква одлука може бити неопходна у одређеном случају, као нпр. ако родитељи злостављају или занемарују дете или живе одвојено па се мора донети одлука о месту становања детета.“

¹² Детаљно о правном регулисању права на пресељење детета и новинама у упоредном праву видети у Новаковић 2020 138-172; Медић 2015.

да одреди боравиште детета.¹³ Према немачком праву, пресељење са дететом у иностранство без сагласности другог родитеља законито је ако родитељ самостално врши родитељско право. Сагласност другог родитеља се захтева само у случају када родитељи заједнички врше родитељско право.¹⁴ Кад родитељи који заједнички врше родитељско право не могу да се сагласе о пресељењу детета, породични суд може, на захтев једног од родитеља, доделити једном од родитеља право да одлучи о промени боравишта.¹⁵ Суд одлучује шта је у најбољем интересу детета, узимајући у обзир конкретне околности случаја и легитимне интересе свих учесника у поступку.¹⁶

Осим тога, када родитељ најави пресељење у иностранство, родитељ са којим дете не живи, али који заједнички врши родитељско право, може од породичног суда тражити, на основу члана 1671, став 1 Грађанског законика Немачке, да се њему додели самостално вршење родитељског права или право да он одлучи о боравишту детета. Суд ће тада донети одлуку тражене садржине ако је то у најбољем интересу детета, с тим што ће водити рачуна и о мишљењу детета уколико је оно достигло узраст од 14 година.

У системима у којима родитељ који самостално врши родитељско право може сам да одлучи о промени боравишта детета, други родитељ нема „право на старање“ у смислу Хашке конвенције те се пресељење детета у другу земљу неће сматрати незаконитим одвођењем у смислу Хашке конвенције о отмици. Ипак, у Немачкој и другим континенталним државама Европе случајеви када родитељ самостално врши родитељско право су ретки. По правилу, родитељи и после развода

¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch*, чл. 1626, ст. 1. Право родитеља који самостално врши родитељско право да доноси битне одлуке без сагласности другог родитеља предвиђено је и правом Аустрије (*Kindschafts- und Namensrecht-Änderungsgesetz* 2013) (BGBl I 2013/15, параграф 162). Родитељ који самостално врши родитељско право дужан је да о својој намери пресељења из Аустрије у иностранство унапред обавести другог родитеља, који тада може да изјави да се противи пресељењу и да покрене поступак пред судом за промену одлуке о вршењу родитељског права. Суд у поступку одлучивања може донети привремену меру којом се забрањује одлазак родитеља и детета док се спор не реши. *Außerstreitgesetz*, чл. 107, ст. 3.

¹⁴ Исто је предвиђено и у праву Холандије и Шведске. О условима за законито пресељење родитеља са дететом у иностранство по праву држава ЕУ видети веб-сајт европске мреже судија https://e-justice.europa.eu/289/EN/movingsettlement_abroad_with_children, последњи приступ 30. септембра 2021.

¹⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch*, чл. 1628.

¹⁶ *Bürgerliches Gesetzbuch*, чл. 1697а.

брака или престанка ванбрачне заједнице и даље заједнички врше родитељско право, што има за последицу да примарни родитељ у већини случајева не може сам да донесе одлуку о пресељењу.¹⁷

Насупрот том систему налазе се права као што је наше, у којима један од родитеља после развода, на основу судске одлуке, по правилу самостално врши родитељско право, али је законом изричито предвиђено да „родитељ који не врши родитељско право има право и дужност... да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право“.¹⁸ Родитељ који одлучује о питањима која битно утичу на живот детета има „право на старање“ у смислу Конвенције јер на основу самог закона има право да одлучује о промени боравишта детета.¹⁹ Одвођење детета из земље без сагласности тог родитеља или одлуке суда представљало би повреду његовог права на старање и сматрало би се незаконитим одвођењем.

У трећој групи правних система није предвиђено законско право родитеља да спречи промену боравишта, али се то право може накнадно конституисати судском одлуком, тако што родитељ који нема право старања може затражити од суда да донесе одлуку или привремену меру којом се родитељу који се стара о детету забрањује да одведе дете из те земље или да га одведе без сагласности другог родитеља. Те забране – *ne exeat orders* – посебно су заступљене у *common law* јурисдикцијама. Врховни суд САД је 2010. године већином гласова одлучио да родитељ чија је сагласност потребна за извођење детета из земље на основу *ne exeat order* има „право на старање“ у смислу Хашке конвенције о отмици.²⁰ Сходно томе, одвођење детета из земље противно таквој забрани

¹⁷ Осим тога, у пракси се показује да судови све чешће нису вољни да дозволе пресељење родитељу који се примарно стара о детету уколико родитељи на основу закона, судске одлуке или споразума заједнички врше родитељско право. Schuz 2021, 28.

¹⁸ Породични закон, чл. 78, ст. 3. Слично правило садржи и аргентинско право. Видети Џелетовић 2021, 69.

¹⁹ Породични закон, члан 78, став 4. У праву Европске уније се сматра да лице има право старања (*rights of custody*), који год термин да се користи у националном праву, уколико на основу судске одлуке, закона или споразума који има правно дејство по праву државе у којој дете има уобичајено боравиште лице које је титулар родитељског права не може без његовог пристанка да одлучи о месту боравка детета. *Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, OJ L 178, 2.7.2019*, преамбула, пасус 18.

²⁰ *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1(2010). У овом предмету, мајка, држављанка САД, довела је дете у САД без сагласности оца, супротно чилеанском праву које је оцу давало право да буде консултован уколико би мајка којој је било поверено право на старање одлучила да се одсели из Чилеа.

мора се, по америчком праву, сматрати незаконитим одвођењем у смислу конвенције.²¹ На тај начин, родитељ који ради заштите права на виђање детета издејствује од суда забрану одвођења детета у иностранство стиче правно средство којим може да оствари повратак детета у своју земљу (Silberman 2011, 738). Суд је, између осталог, истакао значај права родитеља да одлучи о томе у којој ће земљи дете имати боравиште јер „мало је одлука које су толико значајне као што је одлука о језику којим дете говори, идентитету који ће пронаћи и култури и традицији које ће постепено упити“.²²

Можемо закључити да је општи тренд у упоредном праву да се ограниче права примарног родитеља да промени боравиште детета без сагласности другог родитеља, било тако што ће оба родитеља и после развода брака задржати заједничко правно или фактичко вршење родитељског права, било тако што ће родитељ коме није поверено право на старање имати право вета у односу на пресељење детета (Schuz 2013, 72).

Према томе, ако примарни родитељ покуша да се са дететом досели у земљу порекла кршењем права о пресељењу стране државе у којој су он и дете у том тренутку имали уобичајено боравиште, може бити оптужен за отмицу детета и приморан одлуком суда земље порекла да се са дететом врати у страну земљу из које је дошао (Silberman 2011, 742). Такође, излаже се ризику да му због отмице буде одузето право на старање о детету у земљи уобичајеног боравишта.²³ С друге стране, ако жели да на законит начин оствари пресељење, мораће да води дуготрајан и скуп судски поступак – судски маратон²⁴ – у земљи у којој је странац против другог родитеља, уз ризик да му суд у држави уобичајеног боравишта забрани да напушта земљу или промени одлуку о старању о детету и додели га другом родитељу. Практично, родитељ

²¹ Детаљно о одлукама које су претходиле заузимању става Врховног суда САД видети Medić 2015, 127–130.

²² *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1 (2010), 7.

²³ Да је тај ризик реалан, потврђују и чињенична стања у предметима који се појављују пред Европским судом за људска права, где суд уобичајеног боравишта често мења одлуку о старању и поверава дете на старање оцу, након што је мајка, по мишљењу суда незаконито, одвела дете у своју земљу. Видети, на пример, одлуке у предметима *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 26 November 2013; *Voica v. Romania*, Application no. 9256/19, Judgment of 7 July 2020; *Shagalova and Shagalov v. Norway*, Application no. 19954/20, Decision on inadmissibility of 21 January 2021.

²⁴ Case C-376/14 PPU (*C v. M*), CJEU, Opinion of Advocate General, 24 September 2014, пасус 23.

који жели да се врати у земљу порекла биће стављен пред непријатан избор. Мораће да бира између права на повратак у сопствену земљу и права на породични живот са дететом о коме се до тада старао и да се бори пред судом за остварење оба права уз велике финансијске и емоционалне жртве и са неизвесним исходом.²⁵ У таквој ситуацији и права детета ће бити угрожена јер ће, ако му се ускрати право на пресељење, морати да се растане од родитеља који се о њему до тада старао.

3.3. Промењене друштвене прилике

Када је Хашка конвенција о отмици усвојена, пре четрдесет и више година, сматрало се да ће њена основна намена бити да спречи родитеље којима није било додељено право на старање (у то време, обично очеве) (Silberman 2011, 736) да без сагласности родитеља који се стара о детету одведу дете у земљу порекла у којој би, пред судом државе порекла, издејствовали промену одлуке о старању у сопствену корист.²⁶ Пракса је показала да је далеко већи број случајева у којима је отмицар у ствари родитељ који се примарно стара о детету и који не може да прибави сагласност другог родитеља за пресељење детета у другу земљу. Та друга земља је, по правилу, земља порекла отмицара.

Примећено је да се у улози родитеља отмицара који по сваку цену жели да се са дететом врати у земљу порекла налази, по правилу, мајка детета²⁷ (Schuz 2021, 4). Истакнути су бројни социјални и економски фактори који мотивишу мајке да посегну за незаконитим одвођењем, као што су немогућност остваривања егзистенције у иностраној држави, тражење уточишта од породичног насиља бившег партнера, помоћ породице и друштвене везе у држави порекла,²⁸ и упозорено је да сувише

²⁵ Како се истиче, што је регулатива о пресељењу у земљи уобичајеног боравишта строжа и што је мања вероватноћа да ће пред судом стране државе успети да остваре право на пресељење у своју земљу, родитељи који се старају о детету се чешће одлучују на очајнички корак да покушају да незаконито одведу дете. Medić 2015, 125.

²⁶ Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, 429. <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>, последњи приступ 30. септембра 2021.

²⁷ Према статистици из 2015. године, мајке се јављају као отмицари у 73% случајева, а у 83% случаја отмицар се самостално или заједно са другим родитељем стара о детету. Tobin 2019, 371.

²⁸ „...[3]начајан број отмица које су извршиле мајке привлачи пажњу на судбину жена које се настањују у држави порекла мушкарца и у њој заснивају породицу мада тамо не располажу сопственом мрежом друштвених и

ригидна и неиздиференцирана примена обавеза из Хашке конвенције о отмици може довести до ускраћивања људских права мајци и детету.²⁹ Основни циљ конвенције је да заштити децу од штетних последица међународне отмице,³⁰ које се огледају у томе да је дете истргнуто из породичне и друштвене средине у којој је укоренењено. Међутим, када је у питању пресељење детета са родитељем који се стара о њему, то штетно дејство се не мора манифестовати истом јачином јер породична средина остаје већим делом непромењена, пошто је дете и пре одласка у другу земљу живело са тим истим родитељем.³¹

економских веза. Ако дође до расанка овог пара, мајци је отворено врло мало путева за остваривање пристојне егзистенције за себе и за дете, док повратак у сопствену земљу порекла обећава лаку интеграцију под окриљем породице и ранијег животног миљеа. [...] Далеко од тога да мајка као извршилац отмице увек то ради из егоистичних побуда, да би нашкодмила другом родитељу, него често због тога што је разоружана, па и безнадежна у свом положају самохране мајке која подиже дете у страниј земљи. При примени Конвенције која у први план ставља интересе детета не могу се затварати очи пред оваквим ситуацијама. Хашка конвенција о отмици представља искључиво инструмент заштите деце од отмице и за случај отмице, а не средство намењено за санкционисање понашања родитеља који је извршилац отмице.“ Bucher 2009, 490; Mondekova 2013, 15–17.

²⁹ „Практична последица повратка детета у државу из које су отишли састоји се редовно у томе да дете и родитељ отмицар тамо морају да чекају доношење коначне одлуке о вршењу родитељског права, пре но што им буде допуштено да се врате у државу у којој су потражили уточиште јер ће, као што је очекивано, вршење родитељског права бити додељено мајци и уједно регулисано комплементарно право оца на виђање детета. [Фуснота: Често се, нажалост, срећу судске одлуке које додуше додељују право на вршење родитељског права мајци, али уз резерву да она не сме да напусти територију државе која је у питању и да одведе дете, како би се обезбедило право оца на виђање детета и на одржавање контаката са дететом. Познато је, међутим, да у пракси отац често није заинтересован да оствари право на старање о детету, већ се служи Конвенцијом као полугом да још више погорша односе са мајком и да јој ускрати могућност да води сопствени живот. Дефинитивно, Конвенција од 1980. године у таквом случају штити доминантну улогу оца, на штету слободе кретања мајке која међутим носи главни терет подизања детета. Тако Конвенција индиректно доприноси консолидацији стања које мајка тешко може поднети, а на тај начин негативно утиче и на живот детета.]“ Bucher 2009, 492.

³⁰ Хашка конвенција о отмици, Преамбула.

³¹ У прилог томе може се навести и извештај известиоца приликом доношења Хашке конвенције о отмици: „Мада су проблеми који могу да проистекне из кршења права на виђање, нарочито ако дете у иностранство одведе родитељ који се стара о њему, били предмет расправе на Четрнаестој седници, преовладало је схватање да такве ситуације не могу да се ставе у исту категорију као незаконита одвођења која Конвенција треба да спречи.“ Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, 445.

4. ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О ПРИМЕНИ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ И ПРАВО НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА

4.1. Европски суд за људска права

О низу спорних питања која се јављају у контексту примене Хашке конвенције о отмици деце изјаснио се Европски суд за људска права. Иако тај суд одлучује искључиво о повреди Европске конвенције о људским правима, приликом одлучивања узима у обзир и остале ме-родавне међународноправне изворе (Хашку конвенцију о отмици и Конвенцију о правима детета), често разматрајући њихов положај у односу на Европску конвенцију. Постоји више одлука Европског суда за људска права којима се може илустровати однос Хашке конвенције о отмици деце и Европске конвенције за заштиту људских права, али су за потребе овог рада одабране само најважније. Те одлуке пружају и информације о заштити права и интереса примарног родитеља који одводи дете, о чијим правима и интересима не постоје одредбе у Хашкој конвенцији о отмици деце.

4.1.1. *Нојлингер и Шурук против Швајцарске*³²

Међу најважнијим одлукама о примени Хашке конвенције о отмици у контексту Европске конвенције о заштити људских права истиче се пресуда у предмету *Нојлингер и Шурук*,³³ у којем је прво одлучивало Веће чији је став Велико веће преиначило. Чињеница да се о односу два међународна уговора изјаснило Велико веће сведочи о посебном значају те пресуде, у којој је Велико веће поставило и стандарде за примену Хашке конвенције о отмици. У ранијој пракси Европски суд је обично одбијао представке родитеља који су извршили отмицу поднете на основу члана 8 Европске конвенције и сматрао је да се правична равно-

³² *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits) of 6 July 2010 (у даљем тексту: *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа).

³³ Европски суд за људска права је о сличним захтевима одлучивао и пре ове одлуке: *Mautousseau and Washington*, App. no. 39388/05, Judgment (Merits) of 6 December 2007; *Bianchi v. Switzerland*, App. no. 7548/04, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 22 June 2006; *Monory v. Romania and Hungary*, App. no. 71099/01, Judgment of 5 April 2005; *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), App. no. 14600/05, Decision on Inadmissibility of 6 December 2005; *Karadžić v. Croatia*, App. no. 35030/04, Judgment of 15 December 2005 итд.

тежа између интереса родитеља и детета постиже строгом применом хитног поступка за повратак детета прописаног Хашком конвенцијом. Ризик одвајања од родитеља који је отео дете није се прихватио као аргумент за примену члана 13, став 1, тачка б Хашке конвенције о отмици и најбољи интерес детета није играо велику улогу у тумачењу тог изузетка (Fawcett, Shuilleabháin, Shah 2016, 13–46). Одлука у предмету *Нојлингер и Шурук* променила је праксу Суда.

Тужиоци, мајка и син, држављани Швајцарске,³⁴ оспоравали су одлуку швајцарског суда, донету на основу Хашке конвенције о отмици, којом је наложен повратак детета из Швајцарске у Израел. Тужиоци су сматрали да би извршењем те одлуке било повређено, између осталог, њихово право на породични живот из члана 8 Европске конвенције и да је због рестриктивног тумачења изузетака од обавезе да се наложи повратак прописаних чланом 13 Хашке конвенције повређен члан 6 Европске конвенције.

Мајка се, као швајцарска држављанка, доселила у Израел, где је стекла држављанство и ступила у брак са држављанином Израела. Убрзо после рођења сина наступили су проблеми у браку, између осталог и због тога што се отац детета прикључио радикалном верском покрету. Из страха да би дете могло да буде одведено у иностранство у верску заједницу којој је припадао отац без њеног знања, мајка је од израелског суда затражила доношење *ne exeat order*. Суд је захтев усвојио, а две недеље касније донео је и одлуку којом се дете привремено поверава мајци на старање (*temporary custody*), а оцу додељује ограничено право на виђање детета,³⁵ док вршење родитељског права (*guardianship*) остаје заједничко. Уследили су предлог социјалних служби о одвојеном животу родитеља, пријава мајке поднета против оца због насиља у породици, забрана оцу да без надзора виђа дете и, коначно, развод брака. Одлуком о разводу није се променила претходна одлука о заједничком вршењу родитељског права. Мајка је потом напустила Израел и двогодишњег сина кришом пренела преко границе, без знања граничне полиције и оца и супротно одлуци израелског суда да дете не сме бити одведено из земље. Скоро годину дана касније, уз помоћ Интерполове потраге, мајка и син су пронађени у Швајцарској. Отац је покренуо поступак за повратак детета у Израел пред швајцарским судовима.

³⁴ Дечак је, осим швајцарског, имао и држављанство Израела. *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 17.

³⁵ Једном у две недеље на два сата под надзором израелске службе социјалног старања. *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 34.

Швајцарски судови су првобитно одбили захтев за повратак, позивајући се на изузетак из члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције (опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности, психичкој трауми или га на други начин довео у неподношљив положај),³⁶ али је Савезни суд у последњем (трећем) степену наложио да се дете врати у Израел.

Сматрајући да би им извршење те одлуке повредило право на породични живот, мајка је у своје име и у име свог сина покренула поступак против Швајцарске пред Европским судом за људска права. Веће Европског суда је установило да то питање припада пољу примене члана 8 Европске конвенције јер би последица повратка детета у Израел могло да буде раздвајање детета од мајке, чиме би њихов однос био промењен управо због поступања швајцарских државних органа. Веће је издало и привремену меру којом је одложио извршење одлуке о повратку до окончања поступка.³⁷ Тумачење члана 8 Веће везује за Хашку конвенцију о отмици деце и Конвенцију УН о правима детета и начелно закључује да у оба инструмента постоји стандард „најбољег интереса детета“. Централно питање за Веће у првостепеном поступку био је изузетак из члана 13 Хашке конвенције о отмици детета. Мајка је навела да постоји више препрека због којих она не може да се врати у Израел, те би дете морало да се врати само, што би га изложило психичкој трауми услед раздвајања од мајке и ставило у неподношљив положај.³⁸ Према мишљењу Већа, наведене препреке за повратак мајке у Израел нису биле непремостиве, тако да је закључило да се од мајке сасвим оправдано може очекивати да се са дететом врати у

³⁶ Швајцарским законом из 2007. године којим је спроведена Хашка конвенција о отмици предвиђено је да ће повратак довести дете у неподношљив положај ако: а) поверавање детета родитељу који је тражио повратак очигледно није у најбољем интересу детета; б) родитељ отмичар, имајући у виду све околности, није у прилици да се стара о детету у земљи у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења или ако се то не може разумно захтевати од тог родитеља и в) поверавање детета у хранитељску породицу очигледно није у најбољем интересу детета. *Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes*, члан 5.

³⁷ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 5.

³⁸ Мајка је навела више разлога због којих не би могла да се врати у Израел: претње смрћу које јој упутио бивши супруг, кривични поступак због отмице детета и могућа затворска казна, други поступци које би њен бивши супруг могао да води против ње, верски фанатизам оца, због чега не би могла равноправно да учествује у васпитавању детета и др. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Chamber, Judgment (Merits) of 8 January 2009, пасуси 85–92 (у даљем тексту: *Нојлингер и Шурук*, пресуда Већа).

Израел³⁹ и да је повратак у Израел у најбољем интересу детета јер би му омогућио да одраста у окружењу у коме би могао да одржава контакт са оба родитеља, те да је обавеза мајке да постигне споразум са оцем о образовању, боравишту и старању о детету.⁴⁰ Одлука је донета тесном већином са четири гласа према три, а судије које су остале у мањини су у издвојеним мишљењима критиковале став већине, између осталог и због пропуста да се адекватно заштити интерес мајке.

У поступку пред Великим већем став Европског суда се променио. Иако се Велико веће сложило са оценом из првостепене пресуде да је одвођење детета било незаконито у смислу Хашке конвенције о отмици те да је одлука швајцарског суда оправдано заснована на тој конвенцији и због тога и донета на основу закона (што је иначе први корак у испитивању дозвољености ограничења права на приватност и породични живот), ради постизања оправданог циља (заштита права и интереса других, у овом случају оца и детета), није се сложило са првостепеним Већем да је одлука о повратку детета сразмерна заштити интереса оца и детета. Иако је одлука оправдано заснована на Хашкој конвенцији о отмици, национални суд и Веће Европског суда погрешили су у процени о томе да ли би повратак детета, чак и на основу те конвенције, био у његовом најбољем интересу и да ли су интереси мајке, гарантовани чланом 8, адекватно заштићени приликом извршења те одлуке. Пошто је Европска конвенција инструмент јавног поретка, сваку примену других правних инструмената, чак и када је реч о међународним уговорима као што је Хашка конвенција о отмици, треба ускладити са гаранцијама из Европске конвенције о заштити људских права. При примени Хашке конвенције о отмици треба заштитити интересе оба родитеља и онај интерес детета који је за њега најбољи.

Велико веће је позивањем на члан 8 Европске конвенције најавило одступање од ригидног и формалистичког приступа поступку повратка детета који је до тада преовлађивао у пракси судова држава чланица:

³⁹ „С овим у вези Суд сматра да је неопходно испитати да ли се и за мајку може предвидети могућност повратка у Израел. Суд указује на то да је мајка самостално одлучила 1999. године да се настани у Израелу и да је потом тамо засновала породицу са оцем свог детета. Живела је тамо шест година тако да је у Израелу сигурно, бар у одређеној мери, изградила друштвени живот. Била је запослена у мултинационалног компанији за коју сада ради у Лозани. Пошто није изнела никакве друге разлоге због којих не би могла да живи у Израелу, Суд сматра да се од ње може очекивати да се врати у ту земљу.“
Нојлингер и Шурук, пресуда Већа, пасус 88.

⁴⁰ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Већа, пасус 90.

„Из члана 8 следи да се не може наложити повратак детета по аутоматизму или механички када су испуњени услови за примену Хашке конвенције. Најбољи интерес детета, из перспективе личног развоја, зависи од више индивидуалних чинилаца, нарочито узраста и зрелости детета, присуства или одсуства родитеља, његовог окружења и искуства [...]. Из ових разлога најбољи интерес детета се мора утврђивати у сваком конкретном случају. То је првенствено задатак националних органа који су у бољем положају јер могу остварити непосредан контакт са заинтересованим лицима. У том циљу они уживају одређено поље слободне процене које је, ипак, подвргнуто европском надзору, где Суд контролише, на основу Конвенције, одлуке које су ови органи донели приликом вршења ових овлашћења.“⁴¹

Ако је одлучивање о повратку детета ослобођено формализма и не мора аутоматски довести до усвајања захтева за повратак, суд који одлучује треба да процени да ли је у најбољем интересу детета да се врати у земљу уобичајеног боравишта, не само због времена које је евентуално протекло од доласка у нову земљу због чега је дете могло да стекне блиске везе у новој средини, већ и зато што је спреченост родитеља који се стара о детету да се врати заједно са њим такође један од фактора приликом одлучивања о најбољем интересу детета. Јер се у таквим ситуацијама увек се намеће процена о томе шта је важније: интерес детета да одржи редовне породичне везе и са другим родитељем или интерес детета да се не раздваја од родитеља који се до тада старао о њему. Европски суд закључује да би извршење швајцарске одлуке о повратку било несразмерно циљу заштите интереса оца и детета и да би оно представљало повреду права детета и мајке ако би мајка била принуђена да се врати у Израел.

Европски суд је у предмету *Нојлингер и Шурук* формулисао и начела за примену члана 8 Европске конвенције у случајевима који захтевају примену Хашке конвенције о отмици.⁴² Став Суда је делом заснован на уобичајеним начелима која примењује и у другим предметима, као што је правило о системском тумачењу Европске конвенције, из чега проистиче да се у предметима одвођења деце члан 8 Европске конвенције тумачи у светлу Конвенције о правима детета и Хашке конвенције о отмици. Надаље, Европски суд има надлежност да преиспитује рад националних државних органа и проверава да ли су они водили рачуна о гаранцијама из Европске конвенције, а нарочито о члану 8 приликом тумачења и примене Хашке конвенције. Обавеза је националних

⁴¹ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 138.

⁴² *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасуси 131–140.

органа да воде рачуна о различитим интересима, интересу детета и оба родитеља и јавном интересу, тако да се успостави правична равнотежа између ових интереса, али да том приликом највећу заштиту треба пружити најбољем интересу детета. Према мишљењу Европског суда, најбољи интерес детета има два елемента: први, одржање породичних веза кад год је то могуће и други, одрастање у сигурном окружењу које родитељ нема право да му ускрати позивањем на члан 8.⁴³ Право детета да се развија на одговарајућем месту има превагу над интересом родитеља чак и када се тај интерес заснива на праву тог родитеља на породични живот. Национални поступак за повратак детета у државу уобичајеног боравишта на основу Хашке конвенције о отмици не сме бити аутоматски нити механички јер и сама Хашка конвенција познаје низ изузетака који могу отклонити доношење одлуке о повратку. Иако национални органи уживају поље слободне процене, јер су у најбољем положају да се упознају са конкретним околностима случаја, њихова одлука је подвргнута контроли Европског суда који има и додатно овлашћење да провери да ли је у поступку посвећено довољно пажње свим околностима које су важне за доношење коначне одлуке о повратку детета на основу Хашке конвенције о отмици.

На овом месту треба подсетити да су у време када је мајка са дететом напустила Израел оба родитеља заједнички вршила родитељско право, да је мајка имала привремено право на старање, отац ограничено право на виђање детета и да је на снази била *no exeat order*. Европски суд је зато закључио да је одвођење било незаконито. Међутим, у процени да ли је ограничење права детета и мајке из члана 8 Европске конвенције оправдано и сразмерно заштити интереса оца, Европски суд узима у обзир целокупну породичну ситуацију, узраст детета и његов однос са мајком. У процени најважнијег од свих интереса, најбољег интереса детета, Европски суд инсистира на његовој процени из перспективе личног развоја детета који обухвата више личних фактора, нарочито „узраст и зрелост детета, присуство или одсуство родитеља, окружење и његова искуства“.⁴⁴ У конкретном случају, Европском суду је било јасно да раздвајање детета од мајке „не би било у интересу детета, јер је први тужилац [мајка] вероватно једино лице са којим оно [дете] има близак однос“.⁴⁵ Још један важан фактор је околност што је одведено двогодишње дете швајцарског држављанства које се добро уклопило

⁴³ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 136.

⁴⁴ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 138.

⁴⁵ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 149.

у нову средину у којој живи непрекидно од доласка⁴⁶ (до изрицања привремених мера две године, а до одлучивања пред Великим већем пет година). Протеком времена, према мишљењу Европског суда, слаби значај и функција Хашке конвенције о отмици.⁴⁷ Уклапање у нову средину је важан фактор за одбијање повратка на основу члана 12 Хашке конвенције о отмици,⁴⁸ тако да је извршење одлуке о повратку после дужег времена не само беспредметно већ и штетно по најбоље интересе детета.

Појединим судијама Великог већа привукла је пажњу аргументација Већа у делу који се односи на обавезу мајке, да се због детета врати у Израел упркос значајним препрекама и по њу неповољним околностима.⁴⁹ Мишљење судија се овде ослања не само на право на породични живот већ и на слободу кретања: „Хашка конвенција се бави незаконитом отмицом деце и конституише обавезе за државе чланице да обезбеде хитан повратак деце у државу из које су одведена. Она се не може тумачити на начин који би обавезао родитеља или неко друго лице које је одговорно за отмицу да се и оно врати у ту земљу. Таква обавеза, по мом сазнању, не постоји ни по другим прописима Швајцарске. Када би се Хашка конвенција примењивала на такав начин, то би у стварности значило да би лице могло бити ‘осуђено’ да живи ван земље порекла дуги низ година што би подразумевало низ компликација, и то само зато што се сматра да је у најбољем интересу детета да има контакт са другим родитељем. По мом мишљењу то је супротно праву на поштовање, између осталог, приватног живота које је зајемчено чланом 8 Европске конвенције као и праву на слободу кретања из члана 2 Протокола бр. 4. [...] Према томе, сматрам да за доношење одлуке на основу Хашке конвенције није уопште релевантно испитивати да ли су

⁴⁶ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 147.

⁴⁷ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 145.

⁴⁸ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасуси 145–146. Европски суд је заузео став да би се на конкретан случај могла применити његова дотадашња пракса у вези са протеривањем странаца, према којој се, када се процењује сразмерност мере протеривања која се односи на дете које се уклопило у средину у земљи домаћину, мора узети у обзир најбољи интерес и добробит детета, а нарочито озбиљност потешкоћа са којима ће се дете вероватно суочити у земљи одредишта, као и чврстина друштвених, културних и породичних веза и са земљом домаћином и са земљом одредишта. Мора се узети у обзир и озбиљност потешкоћа са којима ће се чланови породице који би пратили протерано дете вероватно суочити у земљи одредишта.

⁴⁹ Веће је сматрало да не постоје препреке за мајку да се са дететом врати у Израел и да се због тога од ње може и очекивати да се врати. Видети пасус 88 пресуде Већа у преводу на српски језик у фусноти бр. 41.

мотиви одређеног лица да не живи у некој земљи оправдани што је у основи ове одлуке и сматрам да је неправилно улазити у испитивање тих мотива, јер само то лице има право да о томе одлучи.⁵⁰

Нојлингер и Шурук је једна од најважнијих одлука Европског суда за људска права о примени и тумачењу Хашке конвенције о отмици, не само зато што је променила ранију праксу Суда већ и зато што је потврдила примат члана 8 Европске конвенције, понудила тумачење стандарда најбољег интереса детета које може отклонити примену одлуке о повратку донете на основу Хашке конвенције о отмици и омогућила заштиту права на породични живот родитеља који је одвео дете и његово право да се не врати у земљу из које је отишао, а да при томе не буде лишен блиског односа са дететом. Европски суд третира одлуку о повратку детета истовремено и као одлуку о повратку родитеља који се примарно стара о детету, због чега та одлука завређује посебну и одвојену процену о евентуалној повреди његових права у светлу члана 8 Европске конвенције.⁵¹

4.1.2. *X против Летоније*⁵²

Процена најбољег интереса детета и родитеља у контексту одвођења детета у земљу порекла мајке нашла се поново на дневном реду Великог већа Европског суда три године после пресуде у предмету *Нојлингер и Шурук*. Европски суд је од доношења те пресуде без већих проблема и у редовним поступцима пред већима прихватио примену утврђених начела.⁵³ Слично је било и у предмету *X против Летоније*, у којем је Веће утврдило повреду члана 8 Европске конвенције, али се на захтев тужене државе питање нашло и пред Великим већем.

⁵⁰ Мишљење судије Лоренцена којем се придружила судија Калађијева, *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, 54.

⁵¹ „Мајка би претрпела несразмерно ограничење свог права на поштовање породичног живота ако би била принуђена да се врати са сином у Израел. Према томе, дошло би до повреде члана 8 Конвенције у погледу оба тужиоца ако би се извршила одлука о повратку другог тужиоца у Израел.“ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 151.

⁵² *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 26 November 2013 (у даљем тексту: *X против Летоније*, пресуда Великог већа).

⁵³ *Šneerson and Kampanella v. Italy*, Application no. 14737/09, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 12 July 2011; *B. v. Belgium*, Application no. 4320/11, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 10 July 2012.

Повод спора била је одлука летонског суда о повратку детета у Аустралију коју је мајка оспорила пред Европским судом за људска права на основу чланова 6 и 8 Европске конвенције. За време боравка у Аустралији, где је, осим летонског, стекла и аустралијско држављанство,⁵⁴ добила је дете из ванбрачне везе коју је засновала док је формално била у браку са другим мушкарцем. Идентитет оца није био службено утврђен. После погоршања односа са ванбрачним партнером, она се са трогодишњим дететом вратила у Летонију. Месец дана касније, ванбрачни партнер је покренуо поступак пред судовима у Аустралији за утврђивање очинства. Суд је утврдио очинство (на основу имејл порука, фотографија и његове изјаве) и донео одлуку о заједничком вршењу родитељског права. У року од месец дана покренут је поступак за повратак детета у Аустралију преко централног извршног органа Летоније. Летонски судови су наложили повратак детета у Аустралију и то у врло кратком року, одбивши мајчине аргументе да постоји озбиљна опасност да дете буде изложено психичкој трауми због раздвајања од мајке. У жалбеном поступку мајка се ослонила и на мишљење вештака о могућим траумама за дете о којем се старала искључиво мајка и пре доласка у Летонију. Дете је говорило искључиво летонски и једино је са мајком имало близак однос. Мајка се позивала и на лоше односе са оцем детета, историју злостављања и кривичне поступке који су били у току против њега. Навела је и да је повратак у Аустралију за њу нарочито тежак јер тамо нема запослење, а самим тим ни приходе за старање о себи и детету.⁵⁵ Жалбени суд је те аргументе одбио као недоказане, уз образложење да предмет поступка не обухвата одлучивање о поверавању детета на старање већ само његов повратак на основу Хашке конвенције, те да зато није у обавези да процењује опасност од психичке трауме за дете, док се о разлозима мајке против повратка у Аустралију није изјаснио. Одредио је рок за предају детета оцу од свега две недеље под претњом принудног извршења уз помоћ јавног извршитеља. Мајка је затражила привремену меру одлагања извршења, али пре него што је одржано рочиште отац се појавио у Летонији и приликом посете одвео је дете (трогодишњу девојчицу) у Естонију, одакле се са њом вратио у Аустралију. Пар месеци касније,

⁵⁴ Поједини аутори наводе да се мајка одрекла летонског држављанства приликом пријема у аустралијско држављанство. Као извор наводе пресуду Великог већа, пасус 9. Видети Beaumont *et al.* 2015, 40. Међутим, Велико веће у пасусу 9 наводи да је мајка била држављанка Летоније која је 2007. године такође стекла и аустралијско држављанство.

⁵⁵ *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 13 December 2011, пасус 20 (у даљем тексту: *X против Летоније*, пресуда Већа).

суд у Аустралији доделио је оцу самостално право на старање о детету. Мајка је добила право на виђање детета под надзором социјалног радника. Суд јој је забранио да комуницира са дететом на летонском до његове једанаесте године, као и да комуницира са медијима, службама за старање о деци, школом и родитељима деце која похађају исте установе као и њено дете.⁵⁶ Да би била у могућности да виђа дете, мајка се преселила у Аустралију.⁵⁷

Пред Европским судом за људска права мајка је тражила да се утврди одговорност Летоније због одлука о повратку детета које, према њеном мишљењу, нису на адекватан начин процениле најбољи интерес детета нити су надлежни органи узели у обзир све околности приликом доношења одлуке. Први пут после предмета *Нојлингер и Шурук*, Велико веће је било у ситуацији да преиспита начела установљена у ранијој одлуци. Велико веће је већином гласова (девет према осам) утврдило повреду процесног дела члана 8 због пропуста летонских судова да детаљно испитају све релевантне околности у светлу најбољег интереса детета, а нарочито аргументе о изузетку из члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици, који су важни за процену најбољег интереса детета. Пропуст летонског суда да узме у обзир налаз психолога о трауматским последицама одвајања од мајке био је главни основ да се утврди да је дошло до повреде позитивне процесне обавезе из члана 8 Европске конвенције,⁵⁸ али је додатни основ био и пропуст летонских судова да размотре наводе мајке о томе да ли је била у могућности да пође за својом ћерком у Аустралију и да са њом тамо остане у контакту.⁵⁹ Критика летонских судова заснована је на неколико прокламованих начела из пресуде *Нојлингер и Шурук*, од пропуста да се различити интереси једнако одмере, до начина вођења поступка, утврђивања и заштите најбољег интереса детета, чак и рокова који упркос разлозима хитности морају бити утврђени имајући у виду осетљивост ситуације и положај трогодишњег детета у драматичној борби родитеља за родитељска права. Судови у Летонији морали су пажљивије да процене да ли је за дете заиста било најбоље да по хитном поступку буде враћено накнадно пронађеном оцу и одузето од мајке са којом је, сасвим јасно и без налаза вештака, морало имати близак однос. Велико

⁵⁶ *X против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 32.

⁵⁷ *X против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 33.

⁵⁸ Извештај Летоније о извршењу пресуде који је достављен Комитету министара Савета Европе. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c5240, последњи приступ 30. септембра 2021.

⁵⁹ *X против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 117.

веће је увело и један нови захтев: када доносе одлуку да се дете врати у земљу уобичајеног боравишта, судови морају да утврде да ли су у тој земљи предузете одговарајуће мере обезбеђења, а у случају да постоји ризик од повратка, да ли су предузете конкретне мере заштите.⁶⁰ Међутим, победа пред Европским судом за тужитељку је била узалудна јер је стигла сувише касно.

Чињенице у овом предмету још драстичније показују незавидан положај родитеља за ког национални судови установе да је незаконито одвео дете у земљу порекла. Терет који су мајци наметнули аустралијски и летонски судови заједно ставили су је у скоро немогућ положај и пред врло тежак избор. Да би задржала контакт са дететом и умањила трауму коју дете трпи од одвајања прогнозирану у психолошком вештачењу, она се под врло тешким и практично казним условима које јој је наметнуо аустралијски суд преселила у земљу у којој није имала запослење, без извесности о будућем начину живота и мерама које би судство Аустралије могло предузети против ње. Вреди подсетити да је мајка непосредно пре одвођења самостално вршила родитељско право, док отац у том тренутку није званично ни био родитељ, па тако није ни могао да ужива право на старање нити право на виђање детета. У свом мишљењу уз пресуду, судија Пинто Албукерки је сматрао да управо због тих околности није ни дошло до незаконитог одвођења нити је могло бити речи о незаконитом задржавању. Другим речима, није уопште било места за примену Хашке конвенције о отмици.

4.1.3. Закључци о односу између Хашке конвенције о отмици деце и члана 8 Европске конвенције о заштити људских права

У својој пракси Европски суд се бави тумачењем одредаба меродавне конвенције полазећи од стандарда најбољег интереса детета који дозвољава да се узму у обзир све околности које могу бити од значаја за доношење одлуке о томе да се нареди повратак детета у земљу у којој је

⁶⁰ Полазећи од могућности да судови одбију повратак детета у случајевима када постоји озбиљан ризик да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неподношљив положај, законодавац Европске уније сугерише судовима држава чланица да пре него што одлуче да одбију повратак размотре да ли су предузете одговарајуће мере како би се дете заштитило од озбиљног ризика који се наводи у члану 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције из 1980. године. Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, OJ L 178, 2. 7. 2019, преамбула, пасуси 44–45.

имало уобичајено боравиште у тренутку пресељења. Иако Европски суд начелно има став и добру вољу да тумачи члан 8 Европске конвенције у светлу обавеза држава из Хашке конвенције о отмици деце, неслагласности су могуће, чак и предвидљиве, због различитих претпоставки на којима су засноване те две конвенције. Док је Хашка конвенција процедуралног карактера и полази од обориве претпоставке да је повратак у земљу уобичајеног боравишта у најбољем интересу детета, пракса Европског суда полази од независне процене најбољег интереса детета која обухвата процесноправне и материјалноправне гаранције из области људских права (Keller, Heri 2015, 273–274). Предност коју Европски суд пружа гаранцијама из члана 8 Европске конвенције могуће је остварити на више начина, на пример: признањем статуса вишег права Европској конвенцији (инструмент јавног поретка), провером поштовања процесних гаранција из члана 8 у поступку одлучивања о повратку детета, друкчијим тумачењем стандарда најбољег интереса детета на који се ослања и Хашка конвенција о отмици или друкчијим тумачењем изузетака из члана 13 Хашке конвенције о отмици у односу на тумачење националних судова. Без обзира на механизам пружања приоритета члану 8, из општег режима примене и тумачења Европске конвенције, а нарочито у стварима одвођења деце, јасно је да примена Хашке конвенције о отмици захтева од националних органа држава чланица Европске конвенције о људским правима њену примену у свим фазама поступка или, речено језиком пресуде у предмету *Нојлингер и Шурук*, национални судови су дужни да спроведу „темељно испитивање целокупне породичне ситуације и читавог низа чинилаца... и да спроведу уравнотежену и разумну процену интереса свих лица при томе водећи рачуна о томе шта би било најбоље решење за отето дете у контексту захтева за његов повратак у земљу порекла“.⁶¹ Упркос раширеном ставу у теорији да је у предмету *X против Летоније* Европски суд ублажио услове које члан 8 намеће националним органима у примени Хашке конвенције о отмици (Fawcett, Shúilleabháin, Shah 2015, 13–15; Kvisberg 2019, 91; Beaumont *et al.* 2015, 43),⁶² посебно у делу који

⁶¹ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 139.

⁶² У предмету *X против Летоније* Европски суд је заиста направио једну ограду од одлуке у предмету *Нојлингер и Шурук* („У овим околностима Суд сматра да је потребно да разјасни да његови налази у пасусу 139 пресуде *Нојлингер и Шурук* не прописују начела за примену Хашке конвенције од стране националних судова.“ *X против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 105). Ипак, Европски суд се и даље ослања на одлуку у предмету *Нојлингер и Шурук*, док је, према мишљењу појединих судија, стандард „ефективног испитивања околности“ из предмета *X против Летоније* у суштини исти као стандард из пресуде *Нојлингер и Шурук*: „У светлу *Нојлингера и Шурука*,

се односи на темељно испитивање свих релевантних околности (Keller, Heri 2015, 285), став из пресуде *Нојлингер и Шурук* о стандарду процене положаја детета у светлу члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције поново је потврђен у одлуци *М. К. против Грчке*⁶³ из 2018. године (Celis Aguilar 2020, 239). Уосталом, одлука у предмету *Х против Летоније* указује на значај стручне психолошке процене стања детета и његовог односа са родитељем отмицаром коју су национални органи дужни да узму у обзир у поступку на основу Хашке конвенције. Европски суд се и даље креће у оквиру изузетака предвиђених Хашком конвенцијом о отмици – захтев да се положај детета и целокупне породичне прилике темељно испитају у смислу изузетка из члана 13, став 1, тачка б) ради заштите права и интереса детета, не би смео да се тумачи као дерогирање Хашке конвенције о отмици детета.

У околностима када је постало правило да је отмицар родитељ који се примарно стара о детету, поставља се и захтев да се одлучивању приступи имајући у виду индивидуалну ситуацију и конкретне чињенице ради циљног и еволутивног тумачења Хашке конвенције.⁶⁴ Као посебан критеријум, независно од најбољег интереса детета који несумњиво подразумева одржавање блиске везе са родитељем, јавља се и могућност родитеља да напусти земљу порекла. Одлука о повратку детета индиректно налаже и родитељу отмицару да се врати са дететом јер у супротном може да изгуби блиску везу са дететом. Док је у предмету *Нојлингер и Шурук* Европски суд расправљао о том проблему не заузимајући јасан став, у предмету *Х против Летоније* став Европског суда је нешто јаснији, вероватно делом и због очигледно лошег положаја мајке проузрокованог пресељењем у Аустралију.

овакви процесни недостаци у домаћем поступку довољни су да се установи повреда члана 8, пошто није спроведено 'продубљено', односно, у новом жаргону Великог већа 'ефективно' испитивање које захтева члан 8. У суштини, Велико веће је поново применило тест из Нојлингера и Шурука." Мишљење судије Пинта де Албуркеркија уз пресуду Великог већа у предмету *Х против Летоније*, стр. 46. О томе сведочи и сама одлука у летонском предмету јер се и овде Велико веће бавило околностима које је национални суд пропустио да узме у обзир, што је и довело до повреде члана 8.

⁶³ „Национални судови морају се посветити темељном испитивању целокупне породичне ситуације и читавог низа чинилаца.“ *М. К. v. Grèce*, Requête no 51312/16, Arrêt, 1er février 2018, пасус 75.

⁶⁴ Мишљење судије Пинта де Албуркеркија уз пресуду Великог већа у предмету *Х против Летоније*, 42.

4.1.4. Пракса Суда на основу члана 3 Протокола бр. 4

У контексту праксе Европског суда мора се поменути и члан 3 Протокола бр. 4 уз Европску конвенцију (Забрана протеривања сопствених држављана и право сваког да се врати у своју земљу).⁶⁵ На први поглед изгледа да је та одредба меродавна за одлуке о повратку детета и родитеља који су држављани државе суда који одлучује о повратку на основу Хашке конвенције о отмици. Међутим, судећи по пракси, припремним радовима и коментарима уз ту одредбу, могло би се рећи да то право никада није испунило обећање које пружа у свом тексту.⁶⁶ Пракса је врло скромна: од ступања на снагу Протокола бр. 4 до данас донето је свега седамдесет одлука, које су већином одлуке о делимичној или потпуној недопуштености захтева, а тек у малом броју случајева садрже мериторна разматрања. Што је још важније, до данас ниједном одлуком Европског суда није утврђена повреда члана 3 Протокола бр. 4.

Право на повратак у своју земљу из члана 3 Протокола број 4, на основу припремних радова, није безусловно⁶⁷ и не односи се на мере привременог карактера.⁶⁸ У предмету *Воица против Румуније*, тужитељка се позивала, између осталог, и на примену чланова 2 и 3 Протокола бр. 4, јер су одлуке румунских судова ограничиле њено право да живи у Румунији. Европски суд је одлучио да захтев размотри само у светлу члана 8 Европске конвенције, без неког посебног образложења осим уобичајеног, да је сам господар квалификације, односно да има овлашћење да квалификује правно питање које се поставља у датом случају, а тиме и повреду Европске конвенције.⁶⁹ Мајка, држављанка

⁶⁵ Протокол бр. 4, члан 3 (Забрана протеривања сопствених држављана): „1. Нико не може бити протеран, било појединачном било колективном мером, с територије државе чији је држављанин. 2. Нико не може бити лишен права да уђе на територију државе чији је држављанин.“

⁶⁶ Забрана протеривања је апсолутна. У предмету *Сливенко против Летоније* Европски суд је то и потврдио: „Члан 3 Протокола бр. 4 гарантује апсолутну и безусловну слободу држављанину од протеривања.“ *Slivenko and Others v. Latvia*, Application no. 48321/99, ECtHR Grand Chamber, Decision on Admissibility of 9 October 2002, пасус 77.

⁶⁷ Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, 16 September 1963, пасус 28 (у даљем тексту: Explanatory Report).

⁶⁸ Explanatory Report, пасус 26.

⁶⁹ *Voica v. Romania*, Application no. 9256/19, Judgment of 7 July 2020, пасуси 42–43.

Француске и Румуније, пореклом Румунка, преселила се у Румунију са два дечака, од три и шест година, после одлуке француског суда којом је суд растављеним, али још увек неразведеним родитељима доделио заједничко вршење родитељског права и утврдио да ће боравиште деце бити са мајком, која је у то време живела у Француској. Отац је добио право на виђање. Том одлуком суд је одредио да родитељи имају обавезу да се међусобно информишу у случају да промене боравиште,⁷⁰ како би се на одговарајући начин организовало вршење родитељског права. Суд је такође наложио родитељима да се консултују у ствари-ма које се односе на добробит деце.⁷¹ Док је трајао поступак по жалби против те одлуке, мајка је од свог послодавца добила трогодишњи уговор о раду у Румунији. Два месеца пре пресељења обавестила је оца о намери да напусти Француску и да поведе децу са собом, али отац није одговорио на ту поруку.⁷² Када се преселила, обавестила је оца о новој адреси. Отац је, затим, у поступку по жалби пред француским судом уложио захтев за повратак деце у Француску. Мајка је са своје стране поднела захтев истом суду да одобри промену боравишта деце и да јој повери самостално вршење родитељског права.⁷³ Апелациони суд у Паризу одбио је оба захтева. Захтев оца је одбијен из два разлога: због тога што није покренуо поступак за повратак деце на основу Хашке конвенције о отмици и што није тражио да деца буду поврена њему. Захтев мајке је одбијен због тога што пресељење у Румунију није само по себи представљало оправдан разлог за промену одлуке о заједничком вршењу родитељског права. Отац је потом пред румунским судом покренуо поступак за повратак деце и румунски судови су захтев усвојили. У току трајања поступка, мајка је неколико пута омогућила оцу да види дечаке у Румунији и у Француској. Када је Апелациони суд у Паризу коначно донео одлуку по жалби, две године после доношења првостепене одлуке, потврдио је одлуку да родитељи заједнички врше родитељско право, али је сматрао да мајка више није

⁷⁰ Препорука Комитета министара Савета Европе о спречавању и решавању спорова поводом пресељења детета садржи и предлог да родитељ који има намеру да се пресели са дететом претходно о томе обавести другог родитеља. У појединим државама (Данска) то је и законска обавеза родитеља који има намеру да се пресели. Recommendation CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States on preventing and resolving disputes on child relocation adopted on 11 February 2015 and explanatory memorandum, начело 4(2) и пасуси 54–58 објашњења уз Препоруку.

⁷¹ *Voica v. Romania*, пасус 7.

⁷² *Voica v. Romania*, пасус 13.

⁷³ *Voica v. Romania*, пасус 16.

подобна да се стара о деци јер је једнострано променила боравиште деце и одвела их у Румунију, те је тако спречила оца да виђа децу. Стога је Апелациони суд преиначио одлуку о поверавању деце и одредио да ће деца надаље боравити код оца у Француској, те је дозволио да мајка виђа децу, али само у Француској. Оба родитеља морају да се сагласе пре сваког одвођења деце ван Француске.⁷⁴ Мада је Европски суд у том предмету испитивао начин на који је румунски суд применио члан 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици, није утврдио повреду члана 8 Европске конвенције, али треба напоменути да се мајка у овом предмету није позвала на психичку трауму коју би деца претрпела због одвајања од ње нити на неподношљив положај у коме би се нашла већ је своју аргументацију засновала на ризику од породичног насиља, коју ни румунски ни француски суд нису прихватили.

Када је у питању забрана протеривања, поставило се питање да ли под ту забрану спада и екстрадиција (ситуација аналогна оној са којом се суочава родитељ који је принуђен да напусти земљу у случају да је наложен повратак детета). Став Европског суда је да одлуке о екстрадицији не припадају пољу примене те одредбе јер нису трајног карактера. Основ за такав став Европски суд налази у објашњењу, изнетом још у припремним радовима⁷⁵ и потврђеном у доцнијим упутствима о примени члана 3 Протокола бр. 4,⁷⁶ да поступак екстрадиције не припада пољу примене те одредбе. Позивајући се на аналогију са поступком екстрадиције, и због привременог карактера одлуке о повратку детета, Европски суд је у два наврата, у предметима *А. Б. против Пољске*⁷⁷ и *Стецикевич против Украјине*,⁷⁸ нашао да се та одредба не примењује на одлуке о повратку детета које су донете на основу Хашке конвенције о отмици.⁷⁹

⁷⁴ *Voica v. Romania*, пасус 35.

⁷⁵ Explanatory Report, пасус 21.

⁷⁶ Guide on Article 3 of Protocol No. 4 of the European Convention on Human Rights, ажуриран 30. априла 2021, пасуси 27, 33.

⁷⁷ *A. B. c. Pologne*, Requête no 33878/96, Décision finale sur la recevabilité, 13 mars 2003.

⁷⁸ *Stetsykevych v. Ukraine*, Application no. 40033/14, ECtHR Committee, Decision on Inadmissibility of 12 November 2015.

⁷⁹ Исти став је заузео и Уставни суд Немачке: повратак детета на основу Хашке конвенције не представља екстрадицију и њиме није повређено право детета на слободу кретања и избор места боравишта гарантовано немачким Уставом. *Bundesverfassungsgericht 2BvR 1075/96*, 15 August 1996. <https://www.incadat.com/es/case/573>, последњи приступ 30. септембра 2021.

Право, које би по свом тексту могло да буде прилика за заштиту, показало се као сасвим бескорисно у околностима о којима је реч у овом раду. Врата за његову примену су не само затворена већ практично и закључана касније усвојеним тумачењима о пољу примене те одредбе.⁸⁰ Међутим, док је с једне стране разумљива аналогија са поступком екстрадиције, та аналогија нам истовремено илуструје парадигму поступка за повратак деце. Осим примесе казнене природе коју има екстрадициони поступак, можда је и већи проблем став Европског суда да је мера „привремена“, када се зна да је реч о детету, јер проток времена може да буде одлучујући у развоју детета и за његово везивање за окружење. У том контексту је тешко бранити привремени карактер одлуке о повратку детета, а самим тим и привремени карактер одласка родитеља који се стара о том детету из своје земље порекла.

4.2. Уставни суд Србије

Уставни суд Србије се у неколико наврата и сам нашао у прилици да одлучује о повредама права родитеља и детета услед примене Хашке конвенције о отмици. За потребе овог рада одабран је предмет који најбоље илуструје супротстављене интересе о којима је реч у овом раду.⁸¹ Мајка српског држављанства родила је у браку са хрватским држављанином девојчицу у Загребу. Дете је рођењем стекло српско и хрватско држављанство. Непуних годину дана касније, Министарство правде Србије је, у својству централног извршног органа на основу Хашке конвенције о отмици, покренуло поступак пред судом у Србији

⁸⁰ Искључењима и изузецима из припремног извештаја Упуство за примену члана 3 Протокола бр. 4 и доктрина додали су и нове. У Упутству за примену наводе се околности које не представљају формално или материјално ограничење тог права, али које се не сматрају „протеривањем“ у смислу члана 3 Протокола бр. 4. Те додатне околности ван домаћаја забране протеривања и ускраћивања уласка у своју земљу обухватају одлуку о протеривању странца услед чега и малолетно дете које је домаћи држављанин дужно да напусти земљу, одбијање захтева за одобрење пребивалишта или одузимање пребивалишта страном држављанину који је супружник домаћег држављанина и, коначно, одлука националног суда, која је донета на основу Хашке конвенције о отмици, о повратку детета у државу чије држављанство нема, укључујући и трошкове извршног поступка у вези са том одлуком. Упутство, пасус 32.

⁸¹ Одлука Уставног суда Србије број УЖ-8276/2014, објављена у *Сл. гласнику РС* 81/2016 од 5. октобра 2016. <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/> (у даљем тексту: Пресуда Уставног суда), последњи приступ 30. септембра 2021.

ради повратка детета у Републику Хрватску. Поступак је покренут на захтев оца, који се касније појавио као подносилац уставне жалбе. Мајка је у Хрватској боравила привремено, на основу дозволе за привремено боравак. Убрзо по рођењу детета, она је са дететом напустила брачни дом и сместила се у сигурну кућу у Загребу, позивајући се на породично насиље. Покренула је поступак за развод брака. Решењем суда у Загребу поверено јој је привремено старање о детету, до окончања бракоразводног поступка, а оцу је дато право да виђа дете три пута недељно по три часа, уз надзор социјалног радника. Мајка се недељу дана по доношењу решења преселила са дететом у Србију, без сазнања и сагласности оца детета. У одлуци Уставног суда не помињу се одредбе хрватског права на основу којих су првостепени суд у Мионици и другостепени суд у Ваљеву закључили да је одвођење детета из Хрватске било незаконито, односно да је отац имао право на старање (а не само право на виђање) непосредно пре одвођења детета из Хрватске,⁸² али су домаћи судови наложили повратак детета у Хрватску. Додуше, другостепени суд је утврдио да изрека првостепене одлуке којом се наређује повратак детета није у складу са чланом 1, тачка а) Хашке конвенције о отмици, будући да је привременом мером суда у Загребу одлучено да ће дете живети са мајком, а да ће отац имати право на виђање. Та околност је другостепени суд навела на закључак да мајка због те привремене мере не може да врати дете оцу, па пошто је циљ Хашке конвенције да се обезбеди што хитнији повратак детета, суд је преиначио диспозитив и одлучио да мајка, уместо да врати дете оцу, има обавезу да обезбеди повратак детета у место његовог последњег пребивалишта.⁸³ На основу таквог описа диспозитива решења, чини се да је другостепени суд обавезао мајку да се и сама врати са дететом у Хрватску јер како би друкчије организовала повратак малог детета у Хрватску. Тако формулисани диспозитив се касније одразио на извршење решења, будући да је извршни суд одбио предлог да се извршење спроведе одузимањем детета од дужника и предајом извршном повериоцу. Предмет се пред Уставним судом нашао три године касније, због обуставе извршења решења о повратку. Судови су покушали да принудно изврше решење коришћењем разних средстава: новчане казне и пленидбе и покушаја јавне продаје покретних ствари затечених у родитељском дому где је мајка становала са дететом. У међувремену, Министарство правде,

⁸² Напротив, из делова одлуке другостепеног суда који се наводе у одлуци Уставног суда, чини се да је другостепени суд одлучивао о законитости промене боравишта детета применом одредаба српског породичног права.

⁸³ Домаћи судови доследно употребљавају појам пребивалишта уместо појма уобичајеног боравишта који је релевантан за примену конвенције.

у својству централног извршног органа, обавестило је суд да је правноснажном одлуком суда у Загребу дете поверено на старање мајци, али уследило је још неколико неуспешних покушаја извршења. Током једног од рочишта за извршење, мајка је навела да у Републици Србији има посао који не може да напусти ради боравка у Загребу и да не зна од чега би у Загребу живела.⁸⁴

Мада се уставна жалба односила на право на правично суђење, Уставни суд је искористио ту прилику да се у уводном делу пресуде „осврне на основне принципе Хашке конвенције и њен положај у правном систему Републике Србије“.⁸⁵ Констатовао је да „Хашка конвенција о отмици, између осталог, инсистира на успостављању ранијег фактичког стања које је постојало пре противправног одвођења... детета и његовом враћању у место његовог ‘уобичајеног боравка’,„ Али, према мишљењу Суда, „овом основном циљу Хашке конвенције супротстављен је један други циљ, а то је заштита ‘најбољег интереса детета’ што произлази из Преамбуле Хашке конвенције према којој су ‘државе уговорнице у снажном уверењу да је интерес деце од прворазредног значаја у односима који се тичу родитељског права’. Међутим, како је принцип ‘најбољег интереса детета’ широк појам који се процењује у сваком конкретном случају, Хашка конвенција је предвидела ситуације у којима надлежни орган државе којој је упућен захтев може одбити издавање налога за повратак детета упркос томе што је утврђено да се ради о незаконитом одвођењу или задржавању.“⁸⁶ Суд даље набраја изузетке из члана 13, став 1 Хашке конвенције о отмици и закључује: „Дакле, неће бити у ‘најбољем интересу детета’ издавање налога за његов повратак у државу ‘уобичајеног боравка... ако постоји озбиљна опасност да оно тиме буде изложено физичкој опасности или психичкој трауми.“⁸⁷

Такође, уколико се дете после незаконите отмице интегрисало у нову средину, „циљ Хашке конвенције – повратак детета у јурисдикцију из које је незаконито одведено ради одлучивања о праву на старање, не може више да буде постигнут и у том случају више не важи претпоставка да је земља уобичајеног боравка у најбољој позицији да реши

⁸⁴ Чињеница да родитељ који је отео дете нема средстава за живот у држави из које је дете одведено или да нема дозволу боравка може представљати основ за позивање на изузетак да би повратак изложио дете озбиљном ризику или га ставио у неподношљив положај. Schuz 2021, 18.

⁸⁵ Одлука Уставног суда, 17–24.

⁸⁶ Одлука Уставног суда, 18.

⁸⁷ Одлука Уставног суда, 19.

спор.⁸⁸ Наиме, ако дете живи у стабилној породичној средини, тада ће са аспекта заштите његових најбољих интереса у неким случајевима бити најбоље да и остане у новој средини, при чему интеграција подразумева не само физички однос са новом заједницом/средином, већ и психичку стабилност и сигурност детета у њој...⁸⁹

Уставни суд се позвао на низ одлука Европског суда за људска права донетих у материји отмице деце, а посебно се задржао на одлуци *Нојлингер и Шурук*, чије је чињенично стање и закључке детаљно навео. Закључак Уставног суда је да су судови погрешили што су обуставили извршење решења о повратку детета наводећи формалне разлоге (дете није имало пасош Републике Србије, а отац је одбио да мајци преда пасош који је издала Република Хрватска), али Уставни суд оставља могућност да надлежни суд у поновном поступку одлучи да се дете неће враћати у Хрватску, ако мајка која се супротставља повратку докаже да су испуњени услови за примену изузетка из члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици – излагање детета психичкој трауми и довођење у неподношљив положај.⁹⁰ Стога Уставни суд укида другостепено решење о извршењу и позива надлежни суд да у поновном поступку одлучи о приговору оца против првостепеног решења о обустави извршења.

У предмету пред Уставним судом Србије понавља се образац који је већ виђен у предмету *Нојлингер и Шурук* пред Европским судом: самохрана мајка којој је одлуком суда у месту уобичајеног боравишта додељено привремено право на старање о детету одлучује да у стресној ситуацији развода брака са дететом потражи уточиште у својој земљи порекла, у својој друштвеној и породичној средини. Хашка конвенција о отмици се показала као озбиљна препрека пресељењу. У овом случају, невоље мајке су додатно отежане механичким и недовољно пажљивим тумачењем одредаба којима се одређују границе међународних обавеза наше земље. Домаћи судови су наложили да се дете врати у Хрватску да би се остварило право другог родитеља на виђање детета, а не право на старање, као што то захтева Хашка конвенција у члановима 3 и 12. Такође, чини се да су били спремни и да обавежу мајку, домаћу држављанку, да се, ради добробити детета, и сама пресели у страну

⁸⁸ Иако је констатовао да у том предмету није била реч о повреди права оца на старање, Уставни суд није даље коментарисао недостатак тог битног услова за активирање обавезе да се нареди повратак детета на основу Хашке конвенције о отмици.

⁸⁹ Одлука Уставног суда, 19.

⁹⁰ Одлука Уставног суда, 27.

земљу и да се у тој земљи стара о детету. На тај начин су се директно умешали у породични живот мајке и детета у већој мери него што је то неопходно да би се испуниле међународне обавезе Србије. Уставни суд је дао судовима смернице о томе како треба тумачити Хашку конвенцију у светлу обавеза из члана 8 Европске конвенције. Чак и када је утврђено да је по праву уобичајеног боравишта детета пресељење детета у нашу земљу без сагласности другог родитеља било незаконито, у самој Хашкој конвенцији постоје изузеци садржани у члановима 13 и 20, који обавезују суд да приликом одлучивања о захтеву за повратак процени да ли је у најбољем интересу конкретног детета да се наложи његов повратак. Такође, чланом 8 Европске конвенције спречава се механичко доношење одлуке о повратку јер се захтева да суд, осим најбољег интереса детета, који је најважнији, уважи и интересе оба родитеља.

5. ЗАКЉУЧАК

У овом раду се указује на тензију између основног људског права родитеља на повратак у своју земљу и стварне или потенцијалне примене Хашке конвенције о отмици и на преиспитивање примене те конвенције на основу стандарда Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода о праву на породични живот. Приказане одлуке показују да је повратак примарног родитеља у земљу порекла често узрок отмице детета, да се родитељи ретко позивају на право на повратак у своју земљу као основно људско право у поступцима примене Хашке конвенције о отмици и да судови ретко узимају у обзир то право када одлучују о предметима који се односе на ту конвенцију. Ипак, одлуке Европског суда, упућују на закључак да тумачење времешне Хашке конвенције о отмици еволуира у складу са промењеним друштвеним приликама. Ако се данас највећи број отмица деце односи на случајеве када дете из земље уобичајеног боравишта одводи родитељ који се примарно стара о њему, и то са циљем да оствари повратак у земљу порекла, тада у одлучивању да ли да наложи повратак детета у земљу уобичајеног боравишта замољени суд треба, између осталих околности, да узме у обзир и могућност да се родитељ отмичар из објективних разлога не може вратити у ту земљу и да у светлу те могућности, односно немогућности повратка родитеља, процени да ли би одвајање од родитеља који се до тада старао о њему представљало психичку трауму за дете и ставило га у неподношљив положај у смислу члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици. Као што захтева Европски суд за људска права, одлука о повратку не

сме бити механички донета, већ подразумева узимање у обзир читавог низа чинилаца, укључујући и овај. Узимањем у обзир најбољег интереса детета приликом одлучивања о повратку детета, може се превазићи тензија која постоји између права родитеља да се пресели у своју земљу и Хашке конвенције о отмици.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Beaumont, Paul, Katarina Trimmings, Lara Walker, Jayne Holliday. 2015. Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly* 64: 39–63.
- [2] Bucher, Andreas. 2009. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours* 341: 9–535.
- [3] Celis Aguilar, Maria Mayela. 2020. The Controversial Role of the ECtHR in the Interpretation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, with Special Reference to Neulinger and Shuruk v. Switzerland and X v. Latvia. *ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional (Colombian Yearbook of International Law)* 13: 209–250.
- [4] Драшкић, Марија. 2006. Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права. 93–134. *Ново породично законодавство – зборник са саветовања Врњачка Бања*. Крагујевац: Правни факултет.
- [5] Драшкић, Марија. 1/2012. Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије. *Анали Правног факултета у Београду* 60: 366–381.
- [6] Џелетовић, Мирна. 2021. Правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству, докторска дисертација. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- [7] Fawcett, James, Máire Ní Shúilleabháin, Sangeeta Shah. 2016. Right to Respect for Family Life and the Rights of the Child: International Child Abduction. *Private International Law*. Oxford Private International Law Series. Oxford.

- [8] Keller, Helen, Corina Heri. 2015. Protecting the best interests of the child: International child abduction and the European Court of Human Rights. *Nordic Journal of International Law* 84: 270–296.
- [9] Ковачек Станић, Гордана. 2/2002. Пракса Европског суда за људска права о поштовању породичног живота. *Европско законодавство* 9–12.
- [10] Kvisberg, Torun E. 6/2019. Child abduction cases in the European Court of Human Rights changing views on the child's best interests. *Oslo Law Review* 90–106.
- [11] Lamont, Ruth. 2/2012. Free movement of persons, child abduction and relocation within the European Union, *Journal of Social Welfare and Family Law* 34: 231–244.
- [12] Марјановић, Сања. 2017. 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* 7: 131–145.
- [13] Medić, Ines. 2015. International Child Relocation. 111–133. *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan. Osijek: Faculty of Law Osijek.
- [14] Mondekova, Anna. 2013. The Hague Convention on Parental Child Abduction: Implications of the „Missing“ Primary Carer. Master thesis. Budapest: Central European University.
- [15] Новаковић, Урош. 2020. *Пресељење детета и родитеља који врши родитељско право – relocation случајеви*. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [16] Поњавић, Зоран, Влашковић, Велько. 2014. Space for the child's best interests inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Ревуја за европско право* 16: 45–67.
- [17] Silberman, Linda J. 2011. The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga. *Oklahoma Law Review*, 63: 733–749.
- [18] Schuz, Rhona. 2013. *The Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Hart Publishing.
- [19] Schuz, Rhona. 2021. The Hague Child Abduction Convention and Re-relocation disputes. *International Journal of Law, Policy and The Family* 00: 1–36.

[20] Tobin, John., 2019. *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Maja STANIVUKOVIĆ, PhD

Full Professor, University of Novi Sad Faculty of Law, Serbia

Sanja ĐAJIĆ, PhD

Full Professor, University of Novi Sad Faculty of Law, Serbia

THE RIGHT OF THE PARENT TO RETURN TO ITS COUNTRY OF ORIGIN IN THE LIGHT OF THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AND THE EUROPEAN CONVENTION ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Summary

This article examines the right of return to the country of origin of a parent who has been granted the rights of custody over a child in the country in which that parent and the child temporarily reside. A legal obstacle to realization of the right of return of the parent to its country of origin exists in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction which is often applied mechanically and works to prevent the parent from relocating with the child.

Case law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Serbia provides guidelines for interpretation of the Hague Abduction Convention in quite frequent situations when a parent who is a primary caregiver acts as an abductor. The standard of the best interest of the child can overcome the tension between the right of parent to return and the Hague Abduction Convention.

Key words: *Change of child's habitual residence. – Child abduction. – Rights of the child. – Right to family life. – Right to return to the country of origin.*

Article history:

Received: 30. 8. 2021.

Accepted: 2. 12. 2021.