

Dr Maja STANIVUKOVIĆ*

Dr Sanja ĐAJIĆ**

**PRAVO RODITELJA NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA
U SVETLU HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM
ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE
I EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I
OSNOVNIH SLOBODA**

U fokusu ovog rada je pravo na povratak u zemlju porekla roditelja koji se u stranoj zemlji primarno stara o detetu. Pravna prepreka ostvarenju prava roditelja koji se primarno stara o detetu da se preseli iz inostranstva u zemlju porekla i da sa sobom povede i dete postoji u Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece čija mehanička primena sprečava roditelja da samostalno promeni boravište deteta čime se otvara pitanje poštovanja prava roditelja i deteta.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Srbije sadrži smernice za tumačenje odredaba Haške konvencije o otmici deteta u sve češćim situacijama kada se kao otmičar javlja roditelj koji se primarno stara o detetu i koji se bez saglasnosti drugog roditelja preselio sa detetom u svoju zemlju porekla. Procenom najboljeg interesa deteta može se prevazići tenzija između prava roditelja da se vrati u zemlju porekla i Haške konvencije o otmici deteta.

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Srbija, M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs.

** Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Srbija, sdjajic@pf.uns.ac.rs.

Ključne reči: *Promena boravišta deteta. – Otmica deteta. – Prava deteta. – Pravo na porodični život. – Pravo na povratak u svoju zemlju.*

1. UVOD

U fokusu ovog rada je pravo na povratak u zemlju porekla roditelja koji se u stranoj zemlji primarno stara o detetu. Pravo na povratak u zemlju porekla je ljudsko pravo zagantovano brojnim međunarodnim instrumentima, ali pravo na napuštanje strane zemlje može biti ograničeno pravima drugih lica. Autorke polaze od pretpostavke da postoji pravna prepreka ostvarenju prava roditelja koji se primarno stara o detetu da se preseli iz inostranstva u zemlju porekla i da sa sobom povede i dete. Reč je o Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece¹ (u daljem tekstu: Haška konvencija o otmici) koja, u sadejstvu sa propisima zemlje u kojoj roditelj i dete imaju uobičajeno boravište, sprečava roditelja da samostalno promeni boravište deteta.² Cilj Haške konvencije o otmici – hitan povratak deteta u zemlju iz koje je nezakonito odvedeno – u skladu je sa najboljim interesima deteta (Tobin 2019, 387). Međutim, Haška konvencija o otmici se u praksi sudova država članica često primenjuje mehanički, na način koji ograničava ljudska prava roditelja koji se stara o detetu da se vrati u zemlju porekla i koji istovremeno može da ugrozi najbolji interes deteta *in concreto*.

Promena boravišta deteta kao nužna posledica preseljenja u drugu zemlju često izaziva sporove između roditelja. Tipična situacija u kojoj se pitanje promene boravišta deteta postavlja pred sudovima javlja se kada je nadležni sud u državi u kojoj dete uobičajeno boravi odlučio o vršenju roditeljskog prava, posle razvoda braka ili prestanka vanbračne zajednice, poverivši dete privremeno ili stalno na staranje jednom roditelju koji stiče pravo i obavezu da se primarno stara o detetu (primarni roditelj, *primary caregiver*), dok drugi roditelj jeste dobio određena prava i obaveze (na

¹ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Haška konvencija o otmici usvojena je 25. oktobra 1980, a stupila je na snagu 1. decembra 1983. godine. SFRJ je ratifikovala tu konvenciju (*Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori* 7/91).

² U unutrašnjem pravu mogu biti propisani različiti uslovi koji moraju da se ispune da bi roditelj mogao da se preseli sa detetom u inostranstvo (na primer, saglasnost drugog roditelja ili, u slučaju da takve saglasnosti nema, odluka suda).

primer, pravo na viđanje, obavezu izdržavanja, pravo na zajedničko vršenje roditeljskog prava), ali ne i obavezu da se svakodnevno fizički stara o detetu. Ubrzo potom, primarni roditelj želi da se preseli sa detetom u drugu zemlju. Jedan od glavnih motiva za preseljenje je povratak u zemlju porekla.

Roditelj može pokušati da ostvari svoju želju na dva načina: zakonitim preseljenjem ili nezakonitim odvođenjem (otmicom) deteta. U interesu roditelja je da izbegne da bude proglašen otmičarem jer ta kvalifikacija često povlači i krivičnu, a ne samo građanskopravnu i moralnu odgovornost, ali se primarni roditelj ponekad odlučuje na taj ekstremni korak zbog mnogobrojnih pravnih prepreka koje mu stoje na putu ako želi da promeni boravište deteta na zakonit način.³

Postojanje tenzije između prava roditelja na povratak u zemlju porekla i obaveza države članice da vrati nezakonito odvedeno dete na osnovu Haške konvencije o otmici ispituje se istraživanjem prakse Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Srbije. Ta praksa sadrži smernice za tumačenje odredaba Haške konvencije o otmici u sve češćim situacijama kada se kao otmičar javlja primarni roditelj koji se preselio sa detetom u svoju zemlju porekla.

U poglavlju 2 ukratko se navode sadržina, ciljevi i ograničenja osnovnog prava građana na povratak u zemlju porekla. U poglavlju 3 se razrađuju ključne odredbe Haške konvencije o otmici i objašnjava tenzija koja postoji između prava na povratak u zemlju porekla i Haške konvencije. Zatim se u poglavlju 4 analizira sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Srbije u predmetima o primeni Haške konvencije o otmici, koji impliciraju i pravo primarnog roditelja na povratak u zemlju porekla. Na kraju se izvodi zaključak o načinu na koji se može prevazići uočena tenzija između osnovnog prava na povratak u zemlju porekla i obaveza iz Haške konvencije o otmici.

³ Videti Evropski portal E-justice gde se nalazi i sledeća rečenica – savet: „Avoid becoming an ‘abducting’ parent by knowing how to move across borders with your children in a lawful way“ (u prevodu: Potrudite se da ne postanete roditelj „otmičar“ tako što ćete saznati kako da se preselite u inostranstvo sa detetom na zakonit način). https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-en.do?clang=en, poslednji pristup 30. septembra 2021.

2. PRAVO NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA

Pravo na povratak u zemlju porekla je ljudsko pravo zagantovano brojnim međunarodnim instrumentima: članom 13 Univerzalne deklaracije o pravima čoveka i građanina,⁴ članom 12, stav 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima⁵ i članom 3 Protokola br. 4 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.⁶ Ustav Republike Srbije takođe jemči to pravo u članu 39 (Sloboda kretanja). Pravo na povratak nije bezuslovno. Na primer, u članu 12, stav 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima predviđeno je da ono može biti ograničeno zakonom ako je to potrebno radi zaštite nacionalne bezbednosti, javnog reda, javnog zdravlja, morala ili prava i slobode drugih lica.

Pravo primarnog roditelja na povratak u zemlju porekla ograničeno je pravima deteta i drugog roditelja. Preseljenje deteta sa roditeljem u drugu zemlju, posebno ako je ona veoma udaljena od zemlje u kojoj je dete prethodno boravilo i u kojoj i dalje boravi drugi roditelj, ima direktne posledice na ostvarivanje prava deteta garantovanog članom 9, stav 3 i članom 10, stav 2 Konvencije o pravima deteta⁷ da redovno održava lične odnose i da ima neposredan kontakt sa roditeljima. To pravo deteta se odnosi na održavanje kontakta sa oba roditelja, a ne samo sa roditeljem koji se stara o detetu. Države članice Konvencije o pravima deteta dužne su da preduzmu mere da roditelj koji se stara o detetu ne uskrati pravo detetu da održava lične odnose i kontakt sa drugim roditeljem (Tobin 2019, 333). Preseljenje može biti suprotno najboljim interesima deteta koji su prvenstveni na osnovu člana 3 Konvencije o pravima deteta, i to zbog toga što će se pokidati njegove veze sa prijateljima i rodbinom u zemlji u kojoj je do tada boravilo. Takođe, preseljenjem se utiče i na pravo drugog roditelja na porodični

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. Usvojen je 16. decembra 1966. godine u Njujorku, a stupio je na snagu 23. marta 1976. godine. SFRJ je ratifikovala Međunarodni pakt 2. juna 1971. godine (*Službeni list SFRJ* 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. Usvojen je 16. decembra 1963, a stupio je na snagu 2. maja 1968. godine. Državna zajednica SCG je ratifikovala Evropsku konvenciju i prateće protokole (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003).

⁷ Convention on the Rights of the Child, U.N.T.S. Vol. 1577, p. 3. usvojena je 20. novembra 1989. u Njujorku, a stupila je na snagu 2. septembra 1990. godine. SFRJ je ratifikovala konvenciju (*Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori* 15/90).

život na osnovu člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, jer mu se otežava održavanje kontakta sa detetom. Na primer, umesto fizičkog kontakta, roditelj koji ostaje u ranijoj zemlji boravka održavaće kontakt sa detetom putem sredstava komunikacije na daljinu (telefon, internet) koji ne omogućavaju uspostavljanje istog stepena bliskosti.

Pravo deteta i roditelja da se presele u drugu zemlju, uključujući i zemlju porekla, regulisano je članom 10, stav 2 Konvencije o pravima deteta: „Strane ugovornice će poštovati pravo deteta i njegovih roditelja da napuste svaku zemlju, uključujući i sopstvenu, kao i da uđu u svoju zemlju.“ Istim članom je predviđeno da se pravo na napuštanje bilo koje zemlje može ograničiti samo zakonom, i to, između ostalog, radi zaštite sloboda i prava drugih. Osim što se tom odredbom, koja je inspirisana članom 12, stav 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, roditeljima i detetu garantuje sloboda kretanja, njen cilj je i da omogući deci koja su geografski razdvojena od roditelja, usled razvoda ili iz drugih razloga, da održe veze sa oba roditelja (Tobin 2019, 359).

3. HAŠKA KONVENCIJA O OTMICI I PROMENJENE DRUŠTVENE PRILIKE

3.1. Haška konvencija o otmici

Kako se ističe u doktrini, Haška konvencija o otmici direktno je povezana sa pitanjem preseljenja deteta jer preseljenje predstavlja zakonito odvođenje deteta iz mesta uobičajenog boravišta, a otmica je njegovo nezakonito odvođenje iz tog mesta (Medić 2015, 124). Prema Konvenciji, odvođenje deteta iz države njegovog uobičajenog boravišta smatra se nezakonitim: a) ako predstavlja povredu prava na staranje koje je dobilo lice ili institucija u toj državi po pravu te države u trenutku koji neposredno prethodi odvođenju i b) ako su se u vreme odvođenja prava na staranje ostvarivala ili bi se ostvarivala da nije došlo do odvođenja.⁸ U najvećem broju slučajeva, lice čije je pravo na staranje povređeno je drugi roditelj, a institucija koja vrši određena prava na staranje može biti državni organ starateljstva ili, u mnogim državama *common law* sistema, sud. Pravo na staranje može se steći pre svega *ipso jure*, prema pravu uobičajenog boravišta deteta, ali takođe i na osnovu sudske odluke, odluke organa uprave ili na osnovu sporazuma roditelja koji ima pravno dejstvo po pravu te države.⁹

⁸ Haška konvencija o otmici, čl. 3, st. 1.

⁹ Haška konvencija o otmici, čl. 3, st. 2.

Za zakonitost odvođenja merodavno je pravo države u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre odvođenja. Ako se utvrdi da je po tom pravu odvođenje bilo nezakonito, a od dana odvođenja do dana pokretanja postupka pred nadležnim sudom proteklo je manje od godinu dana, sud države u koju je dete dovedeno ima obavezu, predviđenu u članu 12 Haške konvencije o otmici, da naloži hitan povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta. Ako se pak utvrdi da odvođenje nije bilo nezakonito, Konvencija o otmici se ne primenjuje i nadležni sud nije dužan da naloži povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta. Predviđeni su određeni izuzeci od obaveze da se naloži povratak deteta i ako je odvođenje bilo nezakonito, i to u članovima 13 i 20 Konvencije. Prema članu 13, stav 1, tačka b), sud nije dužan da naloži povratak kada lice koje se suprotstavlja povratku dokaže da postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili bi ga na drugi način doveo u nepodnošljiv položaj. Prema članu 20, povratak se može odbiti ako bi to predstavljalo kršenje osnovnih principa zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda države čiji sud odlučuje.

U proceni da li je odvođenje deteta iz države uobičajenog boravišta bilo nezakonito najveći značaj ima pojam „pravo na staranje“. Posebno, u slučajevima kada dete odvodi primarni roditelj, postavlja se pitanje da li drugi roditelj ima „pravo na staranje“ (*rights of custody, le droit de garde*) u smislu člana 3, stav 1 Konvencije i, samim tim, da li je preseljenje deteta u drugu zemlju bez njegove saglasnosti povreda njegovog prava na staranje ili samo povreda njegovog prava na viđanje (*rights of access, le droit de visite*). Za povredu prava na viđanje u Konvenciji nije predviđena sankcija, dok povreda prava na staranje povlači obavezu za organe države članice da donesu odluku na osnovu člana 12 konvencije kojom se naređuje hitan povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta (Schuz 2013, 149). Pravo na staranje i pravo na viđanje definisani su posebno, kao autonomni pojmovi u članu 5 Haške konvencije o otmici.¹⁰ Prema članu 5, izraz „pravo na staranje“ obuhvata pravo na određivanje mesta boravka deteta, ali ne i izraz „pravo na viđanje“. Prema tome, za odgovor na pitanje da li roditelj koji zahteva povratak deteta zbog otmice ima pravo staranja u smislu Konvencije, veoma je bitno kako su regulisana njegova ovlašćenja u merodavnom pravu. Prvo se utvrđuje da li po pravu države uobičajenog boravišta taj roditelj ima određena ovlašćenja koja se odnose na staranje o ličnosti deteta ili po merodavnom pravu o svim pitanjima, uključujući i mesto boravka deteta, samostalno odlučuje drugi roditelj, a zatim se na osnovu toga izvodi zaključak o tome da li roditelj –

¹⁰ Članom 5 Haške konvencije predviđeno je: „U smislu ove konvencije izraz: a) ‘pravo na staranje’ uključuje prava koja se odnose na staranje o ličnosti deteta, a posebno pravo na određivanje mesta boravka deteta; b) ‘pravo na viđenje’ uključuje pravo da se dete za određeni period vremena odvede van mesta stalnog boravka.“

podnosilac zahteva – ima pravo na staranje u smislu člana 3, stav 1 Haške konvencije koje je povređeno odvođenjem/zadržavanjem deteta od drugog roditelja (Schuz 2013, 147).

3.2. Ograničenja prava roditelja koji se stara o detetu da promeni boravište deteta

U uporednom pravu se mogu uočiti određene razlike u pravnom regulisanju prava roditelja koji se stara o detetu da promeni boravište deteta i prava drugog roditelja da učestvuje u donošenju odluke o promeni njegovog boravišta.¹¹ U ovom radu se ne možemo detaljnije baviti tim razlikama već ćemo samo, pomoću nekoliko primera, ukazati na opšti trend.¹²

Prema pravu mnogih evropskih kontinentalnih država, roditelj kome je dete povereno na samostalno staranje može da donese odluku o preseljenju bez saglasnosti drugog roditelja. Na primer, prema nemačkom pravu, roditelj koji se samostalno stara o detetu ima pravo da odredi boravište deteta.¹³ Prema nemačkom pravu, preseljenje sa detetom u inostranstvo bez saglasnosti drugog roditelja zakonito je ako roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo. Saglasnost drugog roditelja se zahteva samo u slučaju kada roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo.¹⁴ Kad roditelji koji zajednički vrše roditeljsko pravo ne mogu da se saglase o preseljenju deteta, porodični

¹¹ Konvencija o pravima deteta, član 9, stav 1: „Strane ugovornice će obezbediti da dete ne bude odvojeno od svojih roditelja protiv njihove volje, osim kada nadležne vlasti, uz sudski nadzor, odrede u skladu sa važećim zakonom i postupkom, da je takvo odvajanje neophodno u najboljem interesu deteta. Takva odluka može biti neophodna u određenom slučaju, kao npr. ako roditelji zlostavljaju ili zanemaruju dete ili žive odvojeno pa se mora doneti odluka o mestu stanovanja deteta.“

¹² Detaljno o pravnom regulisanju prava na preseljenje deteta i novinama u uporednom pravu videti u Novaković 2020 138–172; Medić 2015.

¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch*, čl. 1626, st. 1. Pravo roditelja koji samostalno vrši roditeljsko pravo da donosi bitne odluke bez saglasnosti drugog roditelja predviđeno je i pravom Austrije (*Kindschafts- und Namensrecht-Änderungsgesetz* 2013) (BGBl I 2013/15, paragraf 162). Roditelj koji samostalno vrši roditeljsko pravo dužan je da o svojoj nameri preseljenja iz Austrije u inostranstvo unapred obavesti drugog roditelja, koji tada može da izjavi da se protivi preseljenju i da pokrene postupak pred sudom za promenu odluke o vršenju roditeljskog prava. Sud u postupku odlučivanja može doneti privremenu meru kojom se zabranjuje odlazak roditelja i deteta dok se spor ne reši. *Außerstreitgesetz*, čl. 107, st. 3.

¹⁴ Isto je predviđeno i u pravu Holandije i Švedske. O uslovima za zakonito preseljenje roditelja sa detetom u inostranstvo po pravu država EU videti veb-sajt evropske mreže sudija https://e-justice.europa.eu/289/EN/movingsettling_abroad_with_children, poslednji pristup 30. septembra 2021.

sud može, na zahtev jednog od roditelja, dodeliti jednom od roditelja pravo da odluči o promeni boravišta.¹⁵ Sud odlučuje šta je u najboljem interesu deteta, uzimajući u obzir konkretne okolnosti slučaja i legitimne interese svih učesnika u postupku.¹⁶

Osim toga, kada roditelj najavi preseljenje u inostranstvo, roditelj sa kojim dete ne živi, ali koji zajednički vrši roditeljsko pravo, može od porodičnog suda tražiti, na osnovu člana 1671, stav 1 Građanskog zakonika Nemačke, da se njemu dodeli samostalno vršenje roditeljskog prava ili pravo da on odluči o boravištu deteta. Sud će tada doneti odluku tražene sadržine ako je to u najboljem interesu deteta, s tim što će voditi računa i o mišljenju deteta ukoliko je ono dostiglo uzrast od 14 godina.

U sistemima u kojima roditelj koji samostalno vrši roditeljsko pravo može sam da odluči o promeni boravišta deteta, drugi roditelj nema „pravo na staranje“ u smislu Haške konvencije te se preseljenje deteta u drugu zemlju neće smatrati nezakonitim odvođenjem u smislu Haške konvencije o otmici. Ipak, u Nemačkoj i drugim kontinentalnim državama Evrope slučajevi kada roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo su retki. Po pravilu, roditelji i posle razvoda braka ili prestanka vanbračne zajednice i dalje zajednički vrše roditeljsko pravo, što ima za posledicu da primarni roditelj u većini slučajeva ne može sam da donese odluku o preseljenju.¹⁷

Nasuprot tom sistemu nalaze se prava kao što je naše, u kojima jedan od roditelja posle razvoda, na osnovu sudske odluke, po pravilu samostalno vrši roditeljsko pravo, ali je zakonom izričito predviđeno da „roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo i dužnost... da o pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajednički i sporazumno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo“.¹⁸ Roditelj koji odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta ima „pravo na staranje“ u smislu Konvencije jer na osnovu samog zakona ima pravo da odlučuje o promeni boravišta deteta.¹⁹ Odvođenje deteta iz zemlje bez saglasnosti tog roditelja ili odluke suda predstavljalo bi povredu njegovog prava na staranje i smatralo bi se nezakonitim odvođenjem.

¹⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch*, čl. 1628.

¹⁶ *Bürgerliches Gesetzbuch*, čl. 1697a.

¹⁷ Osim toga, u praksi se pokazuje da sudovi sve češće nisu voljni da dozvole preseljenje roditelju koji se primarno stara o detetu ukoliko roditelji na osnovu zakona, sudske odluke ili sporazuma zajednički vrše roditeljsko pravo. Schuz 2021, 28.

¹⁸ Porodični zakon, čl. 78, st. 3. Slično pravilo sadrži i argentinsko pravo. Videti Dželetović 2021, 69.

¹⁹ Porodični zakon, član 78, stav 4. U pravu Evropske unije se smatra da lice ima pravo staranja (*rights of custody*), koji god termin da se koristi u nacionalnom pravu, ukoliko na osnovu sudske odluke, zakona ili sporazuma koji ima pravno dejstvo

U trećoj grupi pravnih sistema nije predviđeno zakonsko pravo roditelja da spreči promenu boravišta, ali se to pravo može naknadno konstituisati sudskom odlukom, tako što roditelj koji nema pravo staranja može zatražiti od suda da donese odluku ili privremenu meru kojom se roditelju koji se stara o detetu zabranjuje da odvede dete iz te zemlje ili da ga odvede bez saglasnosti drugog roditelja. Te zabrane – *ne exeat orders* – posebno su zastupljene u *common law* jurisdikcijama. Vrhovni sud SAD je 2010. godine većinom glasova odlučio da roditelj čija je saglasnost potrebna za izvođenje deteta iz zemlje na osnovu *ne exeat order* ima „pravo na staranje“ u smislu Haške konvencije o otmici.²⁰ Shodno tome, odvođenje deteta iz zemlje protivno takvoj zabrani mora se, po američkom pravu, smatrati nezakonitim odvođenjem u smislu konvencije.²¹ Na taj način, roditelj koji radi zaštite prava na viđanje deteta izdejstvuje od suda zabranu odvođenja deteta u inostranstvo stiče pravno sredstvo kojim može da ostvari povratak deteta u svoju zemlju (Silberman 2011, 738). Sud je, između ostalog, istakao značaj prava roditelja da odluči o tome u kojoj će zemlji dete imati boravište jer „malo je odluka koje su toliko značajne kao što je odluka o jeziku kojim dete govori, identitetu koji će pronaći i kulturi i tradiciji koje će postepeno upiti“.²²

Možemo zaključiti da je opšti trend u uporednom pravu da se ograniče prava primarnog roditelja da promeni boravište deteta bez saglasnosti drugog roditelja, bilo tako što će oba roditelja i posle razvoda braka zadržati zajedničko pravno ili faktičko vršenje roditeljskog prava, bilo tako što će roditelj kome nije povereno pravo na staranje imati pravo veta u odnosu na preseljenje deteta (Schuz 2013, 72).

Prema tome, ako primarni roditelj pokuša da se sa detetom doseli u zemlju porekla kršenjem prava o preseljenju strane države u kojoj su on i dete u tom trenutku imali uobičajeno boravište, može biti optužen za otmicu deteta i primoran odlukom suda zemlje porekla da se sa detetom vrati u stranu zemlju iz koje je došao (Silberman 2011, 742). Takođe, izlaže se riziku da mu

po pravu države u kojoj dete ima uobičajeno boravište lice koje je titular roditeljskog prava ne može bez njegovog pristanka da odluči o mestu boravka deteta. *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*, preambula, pasus 18.

²⁰ *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1(2010). U ovom predmetu, majka, državljanka SAD, dovela je dete u SAD bez saglasnosti oca, suprotno čileanskom pravu koje je ocu davalo pravo da bude konsultovan ukoliko bi majka kojoj je bilo povereno pravo na staranje odlučila da se odseli iz Čilea.

²¹ Detaljno o odlukama koje su prethodile zauzimanju stava Vrhovnog suda SAD videti Medić 2015, 127–130.

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

zbog otmice bude oduzeto pravo na staranje o detetu u zemlji uobičajenog boravišta.²³ S druge strane, ako želi da na zakonit način ostvari preseljenje, moraće da vodi dugotrajan i skup sudski postupak – sudski maraton²⁴ – u zemlji u kojoj je stranac protiv drugog roditelja, uz rizik da mu sud u državi uobičajenog boravišta zabrani da napušta zemlju ili promeni odluku o staranju o detetu i dodeli ga drugom roditelju. Praktično, roditelj koji želi da se vrati u zemlju porekla biće stavljen pred neprijatan izbor. Moraće da bira između prava na povratak u sopstvenu zemlju i prava na porodični život sa detetom o kome se do tada starao i da se bori pred sudom za ostvarenje oba prava uz velike finansijske i emocionalne žrtve i sa neizvesnim ishodom.²⁵ U takvoj situaciji i prava deteta će biti ugrožena jer će, ako mu se uskrati pravo na preseljenje, morati da se rastane od roditelja koji se o njemu do tada starao.

3.3. Promenjene društvene prilike

Kada je Haška konvencija o otmici usvojena, pre četrdeset i više godina, smatralo se da će njena osnovna namena biti da spreči roditelje kojima nije bilo dodeljeno pravo na staranje (u to vreme, obično očeve) (Silberman 2011, 736) da bez saglasnosti roditelja koji se stara o detetu odvedu dete u zemlju porekla u kojoj bi, pred sudom države porekla, izdejstvovali promenu odluke o staranju u sopstvenu korist.²⁶ Praksa je pokazala da je daleko veći broj slučajeva u kojima je otmičar u stvari roditelj koji se primarno stara o detetu i koji ne može da pribavi saglasnost drugog roditelja za preseljenje deteta u drugu zemlju. Ta druga zemlja je, po pravilu, zemlja porekla otmičara.

²³ Da je taj rizik realan, potvrđuju i činjenična stanja u predmetima koji se pojavljuju pred Evropskim sudom za ljudska prava, gde sud uobičajenog boravišta često menja odluku o staranju i poverava dete na staranje ocu, nakon što je majka, po mišljenju suda nezakonito, odvela dete u svoju zemlju. Videti, na primer, odluke u predmetima *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, pasus 23.

²⁵ Kako se ističe, što je regulativa o preseljenju u zemlji uobičajenog boravišta stroža i što je manja verovatnoća da će pred sudom strane države uspeti da ostvare pravo na preseljenje u svoju zemlju, roditelji koji se staraju o detetu se češće odlučuju na očajnički korak da pokušaju da nezakonito odvedu dete. Medić 2015, 125.

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

Primećeno je da se u ulozi roditelja otmičara koji po svaku cenu želi da se sa detetom vrati u zemlju porekla nalazi, po pravilu, majka deteta²⁷ (Schuz 2021, 4). Istaknuti su brojni socijalni i ekonomski faktori koji motivišu majke da posegnu za nezakonitim odvođenjem, kao što su nemogućnost ostvarivanja egzistencije u stranoj državi, traženje utočišta od porodičnog nasilja bivšeg partnera, pomoć porodice i društvene veze u državi porekla,²⁸ i upozoreno je da suviše rigidna i neizdiferencirana primena obaveza iz Haške konvencije o otmici može dovesti do uskraćivanja ljudskih prava majci i detetu.²⁹ Osnovni cilj konvencije je da zaštiti decu od štetnih posledica međunarodne otmice,³⁰ koje se ogledaju u tome da je dete istrgnuto iz porodične i društvene sredine u kojoj je ukorenjeno. Međutim, kada je u pitanju preseljenje deteta sa

²⁷ Prema statistici iz 2015. godine, majke se javljaju kao otmičari u 73% slučajeva, a u 83% slučajeva otmičar se samostalno ili zajedno sa drugim roditeljem stara o detetu. Tobin 2019, 371.

²⁸ „...[Z]načajan broj otmica koje su izvršile majke privlači pažnju na sudbinu žena koje se nastanjuju u državi porekla muškarca i u njoj zasnivaju porodicu mada tamo ne raspolažu sopstvenom mrežom društvenih i ekonomskih veza. Ako dođe do rastanka ovog para, majci je otvoreno vrlo malo puteva za ostvarivanje pristojne egzistencije za sebe i za dete, dok povratak u sopstvenu zemlju porekla obećava laku integraciju pod okriljem porodice i ranijeg životnog miljea. [...] Daleko od toga da majka kao izvršilac otmice uvek to radi iz egoističnih pobuda, da bi naškodila drugom roditelju, nego često zbog toga što je razoružana, pa i beznađežna u svom položaju samohrane majke koja podiže dete u stranoj zemlji. Pri primeni Konvencije koja u prvi plan stavlja interese deteta ne mogu se zatvarati oči pred ovakvim situacijama. Haška konvencija o otmici predstavlja isključivo instrument zaštite dece od otmice i za slučaj otmice, a ne sredstvo namenjeno za sankcionisanje ponašanja roditelja koji je izvršilac otmice.“ Bucher 2009, 490; Mondekova 2013, 15–17.

²⁹ „Praktična posledica povratka deteta u državu iz koje su otišli sastoji se redovno u tome da dete i roditelj otmičar tamo moraju da čekaju donošenje konačne odluke o vršenju roditeljskog prava, pre no što im bude dopušteno da se vrate u državu u kojoj su potražili utočište jer će, kao što je očekivano, vršenje roditeljskog prava biti dodeljeno majci i ujedno regulisano komplementarno pravo oca na viđanje deteta. [Fusnota: Često se, nažalost, sreću sudske odluke koje doduše dodeljuju pravo na vršenje roditeljskog prava majci, ali uz rezervu da ona ne sme da napusti teritoriju države koja je u pitanju i da odvede dete, kako bi se obezbedilo pravo oca na viđanje deteta i na održavanje kontakata sa detetom. Poznato je, međutim, da u praksi otac često nije zainteresovan da ostvari pravo na staranje o detetu, već se služi Konvencijom kao polugom da još više pogorša odnose sa majkom i da joj uskrati mogućnost da vodi sopstveni život. Definitivno, Konvencija od 1980. godine u takvom slučaju štiti dominantnu ulogu oca, na štetu slobode kretanja majke koja međutim nosi glavni teret podizanja deteta. Tako Konvencija indirektno doprinosi konsolidaciji stanja koje majka teško može podneti, a na taj način negativno utiče i na život deteta.]“ Bucher 2009, 492.

³⁰ Haška konvencija o otmici, Preambula.

roditeljem koji se stara o njemu, to štetno dejstvo se ne mora manifestovati istom jačinom jer porodična sredina ostaje većim delom nepromenjena, pošto je dete i pre odlaska u drugu zemlju živelo sa tim istim roditeljem.³¹

4. ODLUKE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I USTAVNOG SUDA SRBIJE O PRIMENI HAŠKE KONVENCIJE I PRAVO NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA

4.1. Evropski sud za ljudska prava

O nizu spornih pitanja koja se javljaju u kontekstu primene Haške konvencije o otmici dece izjasnio se Evropski sud za ljudska prava. Iako taj sud odlučuje isključivo o povredi Evropske konvencije o ljudskim pravima, prilikom odlučivanja uzima u obzir i ostale merodavne međunarodnopravne izvore (Hašku konvenciju o otmici i Konvenciju o pravima deteta), često razmatrajući njihov položaj u odnosu na Evropsku konvenciju. Postoji više odluka Evropskog suda za ljudska prava kojima se može ilustrovati odnos Haške konvencije o otmici dece i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, ali su za potrebe ovog rada odabrane samo najvažnije. Te odluke pružaju i informacije o zaštiti prava i interesa primarnog roditelja koji odvodi dete, o čijim pravima i interesima ne postoje odredbe u Haškoj konvenciji o otmici dece.

*4.1.1. Nojlinger i Šuruk protiv Švajcarske*³²

Među najvažnijim odlukama o primeni Haške konvencije o otmici u kontekstu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava ističe se presuda u predmetu *Nojlinger i Šuruk*,³³ u kojem je prvo odlučivalo Veće čiji je stav

³¹ U prilog tome može se navesti i izveštaj izvestioca prilikom donošenja Haške konvencije o otmici: „Mada su problemi koji mogu da proistekne iz kršenja prava na viđanje, naročito ako dete u inostranstvo odvede roditelj koji se stara o njemu, bili predmet rasprave na Četrnaestoj sednici, preovladalo je shvatanje da takve situacije ne mogu da se stave u istu kategoriju kao nezakonita odvođenja koja Konvencija treba da spreči.“ Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, 445.

³² *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits) of 6 July 2010 (u daljem tekstu: *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća).

³³ Evropski sud za ljudska prava je o sličnim zahtevima odlučivao i pre ove odluke: *Maumousseau and Washington*, App. no. 39388/05, Judgment (Merits) of 6 December 2007; *Bianchi v. Switzerland*, App. no. 7548/04, Judgment (Merits

Veliko veće preinačilo. Činjenica da se o odnosu dva međunarodna ugovora izjasnilo Veliko veće svedoči o posebnom značaju te presude, u kojoj je Veliko veće postavilo i standarde za primenu Haške konvencije o otmici. U ranijoj praksi Evropski sud je obično odbijao predstavke roditelja koji su izvršili otmicu podnete na osnovu člana 8 Evropske konvencije i smatrao je da se pravična ravnoteža između interesa roditelja i deteta postiže strogom primenom hitnog postupka za povratak deteta propisanog Haškom konvencijom. Rizik odvajanja od roditelja koji je oteo dete nije se prihvatao kao argument za primenu člana 13, stav 1, tačka b Haške konvencije o otmici i najbolji interes deteta nije igrao veliku ulogu u tumačenju tog izuzetka (Fawcet, Shúilleabháin, Shah 2016, 13–46). Odluka u predmetu *Nojlinger i Šuruk* promenila je praksu Suda.

Tužioci, majka i sin, državljani Švajcarske,³⁴ osporavali su odluku švajcarskog suda, donetu na osnovu Haške konvencije o otmici, kojom je naložen povratak deteta iz Švajcarske u Izrael. Tužioci su smatrali da bi izvršenjem te odluke bilo povređeno, između ostalog, njihovo pravo na porodični život iz člana 8 Evropske konvencije i da je zbog restriktivnog tumačenja izuzetaka od obaveze da se naloži povratak propisanih članom 13 Haške konvencije povređen član 6 Evropske konvencije.

Majka se, kao švajcarska državljanka, doselila u Izrael, gde je stekla državljanstvo i stupila u brak sa državljaninom Izraela. Ubrzo posle rođenja sina nastupili su problemi u braku, između ostalog i zbog toga što se otac deteta priključio radikalnom verskom pokretu. Iz straha da bi dete moglo da bude odvedeno u inostranstvo u versku zajednicu kojoj je pripadao otac bez njenog znanja, majka je od izraelskog suda zatražila donošenje *ne exeat order*. Sud je zahtev usvojio, a dve nedelje kasnije doneo je i odluku kojom se dete privremeno poverava majci na staranje (*temporary custody*), a ocu dodeljuje ograničeno pravo na viđanje deteta,³⁵ dok vršenje roditeljskog prava (*guardianship*) ostaje zajedničko. Usledili su predlog socijalnih službi o odvojenom životu roditelja, prijava majke podneta protiv oca zbog nasilja u porodici, zabrana ocu da bez nadzora viđa dete i, konačno, razvod braka. Odlukom o razvodu nije se promenila prethodna odluka o zajedničkom

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 itd.

³⁴ Dečak je, osim švajcarskog, imao i državljanstvo Izraela. *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 17.

³⁵ Jednom u dve nedelje na dva sata pod nadzorom izraelske službe socijalnog staranja. *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 34.

vršenju roditeljskog prava. Majka je potom napustila Izrael i dvogodišnjeg sina krišom prenela preko granice, bez znanja granične policije i oca i suprotno odluci izraelskog suda da dete ne sme biti odvedeno iz zemlje. Skoro godinu dana kasnije, uz pomoć Interpolove potrage, majka i sin su pronađeni u Švajcarskoj. Otac je pokrenuo postupak za povratak deteta u Izrael pred švajcarskim sudovima. Švajcarski sudovi su prvobitno odbili zahtev za povratak, pozivajući se na izuzetak iz člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije (opasnost da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti, psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u nepodnošljiv položaj),³⁶ ali je Savezni sud u poslednjem (trećem) stepenu naložio da se dete vrati u Izrael.

Smatrajući da bi im izvršenje te odluke povredilo pravo na porodični život, majka je u svoje ime i u ime svog sina pokrenula postupak protiv Švajcarske pred Evropskim sudom za ljudska prava. Veće Evropskog suda je ustanovilo da to pitanje pripada polju primene člana 8 Evropske konvencije jer bi posledica povratka deteta u Izrael moglo da bude razdvajanje deteta od majke, čime bi njihov odnos bio promenjen upravo zbog postupanja švajcarskih državnih organa. Veće je izdalo i privremenu meru kojom je odložio izvršenje odluke o povratku do okončanja postupka.³⁷ Tumačenje člana 8 Veće vezuje za Hašku konvenciju o otmici dece i Konvenciju UN o pravima deteta i načelno zaključuje da u oba instrumenta postoji standard „najboljeg interesa deteta“. Centralno pitanje za Veće u prvostepenom postupku bio je izuzetak iz člana 13 Haške konvencije o otmici deteta. Majka je navela da postoji više prepreka zbog kojih ona ne može da se vrati u Izrael, te bi dete moralo da se vrati samo, što bi ga izložilo psihičkoj traumi usled razdvajanja od majke i stavilo u nepodnošljiv položaj.³⁸ Prema mišljenju Veća, navedene prepreke

³⁶ Švajcarskim zakonom iz 2007. godine kojim je sprovedena Haška konvencija o otmici predviđeno je da će povratak dovesti dete u nepodnošljiv položaj ako: a) poveravanje deteta roditelju koji je tražio povratak očigledno nije u najboljem interesu deteta; b) roditelj otmičar, imajući u vidu sve okolnosti, nije u prilici da se stara o detetu u zemlji u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre odvođenja ili ako se to ne može razumno zahtevati od tog roditelja i v) poveravanje deteta u hraniteljsku porodicu očigledno nije u najboljem interesu deteta. *Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes*, član 5.

³⁷ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 5.

³⁸ Majka je navela više razloga zbog kojih ne bi mogla da se vrati u Izrael: pretnje smrću koje joj uputio bivši suprug, krivični postupak zbog otmice deteta i moguća zatvorska kazna, drugi postupci koje bi njen bivši suprug mogao da vodi protiv nje, verski fanatizam oca, zbog čega ne bi mogla ravnopravno da učestvuje u vaspitavanju deteta i dr. *Nojlinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Chamber, Judgment (Merits) of 8 January 2009, pasusi 85–92 (u daljem tekstu: *Nojlinger i Šuruk*, presuda Veća).

za povratak majke u Izrael nisu bile nepremostive, tako da je zaključilo da se od majke sasvim opravdano može očekivati da se sa detetom vrati u Izrael³⁹ i da je povratak u Izrael u najboljem interesu deteta jer bi mu omogućio da odrasta u okruženju u kome bi mogao da održava kontakt sa oba roditelja, te da je obaveza majke da postigne sporazum sa ocem o obrazovanju, boravištu i staranju o detetu.⁴⁰ Odluka je doneta tesnom većinom sa četiri glasa prema tri, a sudije koje su ostale u manjini su u izdvojenim mišljenjima kritikovale stav većine, između ostalog i zbog propusta da se adekvatno zaštititi interes majke.

U postupku pred Velikim većem stav Evropskog suda se promenio. Iako se Veliko veće složilo sa ocenom iz prvostepene presude da je odvođenje deteta bilo nezakonito u smislu Haške konvencije o otmici te da je odluka švajcarskog suda opravdano zasnovana na toj konvenciji i zbog toga i doneta na osnovu zakona (što je inače prvi korak u ispitivanju dozvoljenosti ograničenja prava na privatnost i porodični život), radi postizanja opravdanog cilja (zaštita prava i interesa drugih, u ovom slučaju oca i deteta), nije se složilo sa prvostepenim Većem da je odluka o povratku deteta srazmerna zaštiti interesa oca i deteta. Iako je odluka opravdano zasnovana na Haškoj konvenciji o otmici, nacionalni sud i Veće Evropskog suda pogrešili su u proceni o tome da li bi povratak deteta, čak i na osnovu te konvencije, bio u njegovom najboljem interesu i da li su interesi majke, garantovani članom 8, adekvatno zaštićeni prilikom izvršenja te odluke. Pošto je Evropska konvencija instrument javnog poretka, svaku primenu drugih pravnih instrumenata, čak i kada je reč o međunarodnim ugovorima kao što je Haška konvencija o otmici, treba uskladiti sa garancijama iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava. Pri primeni Haške konvencije o otmici treba zaštititi interese oba roditelja i onaj interes deteta koji je za njega najbolji.

Veliko veće je pozivanjem na član 8 Evropske konvencije najavilo odstupanje od rigidnog i formalističkog pristupa postupku povratka deteta koji je do tada preovlađivao u praksi sudova država članica: „Iz člana 8 sledi da se ne može naložiti povratak deteta po automatizmu ili mehanički kada su ispunjeni uslovi za primenu Haške konvencije. Najbolji interes deteta,

³⁹ „S ovim u vezi Sud smatra da je neophodno ispitati da li se i za majku može predvideti mogućnost povratka u Izrael. Sud ukazuje na to da je majka samostalno odlučila 1999. godine da se nastani u Izraelu i da je potom tamo zasnovala porodicu sa ocem svog deteta. Živela je tamo šest godina tako da je u Izraelu sigurno, bar u određenoj meri, izgradila društveni život. Bila je zaposlena u multinacionalnog kompaniji za koju sada radi u Lozani. Pošto nije iznela nikakve druge razloge zbog kojih ne bi mogla da živi u Izraelu, Sud smatra da se od nje može očekivati da se vrati u tu zemlju.“ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Veća, pasus 88.

⁴⁰ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Veća, pasus 90.

iz perspektive ličnog razvoja, zavisi od više individualnih činilaca, naročito uzrasta i zrelosti deteta, prisustva ili odsustva roditelja, njegovog okruženja i iskustva [...]. Iz ovih razloga najbolji interes deteta se mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju. To je prvenstveno zadatak nacionalnih organa koji su u boljem položaju jer mogu ostvariti neposredan kontakt sa zainteresovanim licima. U tom cilju oni uživaju određeno polje slobodne procene koje je, ipak, podvrgnuto evropskom nadzoru, gde Sud kontroliše, na osnovu Konvencije, odluke koje su ovi organi doneli prilikom vršenja ovih ovlašćenja.⁴¹

Ako je odlučivanje o povratku deteta oslobođeno formalizma i ne mora automatski dovesti do usvajanja zahteva za povratak, sud koji odlučuje treba da proceni da li je u najboljem interesu deteta da se vrati u zemlju uobičajenog boravišta, ne samo zbog vremena koje je eventualno proteklo od dolaska u novu zemlju zbog čega je dete moglo da stekne bliske veze u novoj sredini, već i zato što je sprečenost roditelja koji se stara o detetu da se vrati zajedno sa njim takođe jedan od faktora prilikom odlučivanja o najboljem interesu deteta. Jer se u takvim situacijama uvek se nameće procena o tome šta je važnije: interes deteta da održi redovne porodične veze i sa drugim roditeljem ili interes deteta da se ne razdvaja od roditelja koji se do tada starao o njemu. Evropski sud zaključuje da bi izvršenje švajcarske odluke o povratku bilo nesrazmerno cilju zaštite interesa oca i deteta i da bi ono predstavljalo povredu prava deteta i majke ako bi majka bila prinuđena da se vrati u Izrael.

Evropski sud je u predmetu *Nojlinger i Šuruk* formulisao i načela za primenu člana 8 Evropske konvencije u slučajevima koji zahtevaju primenu Haške konvencije o otmici.⁴² Stav Suda je delom zasnovan na uobičajenim načelima koja primenjuje i u drugim predmetima, kao što je pravilo o sistemskom tumačenju Evropske konvencije, iz čega proističe da se u predmetima odvođenja dece član 8 Evropske konvencije tumači u svetlu Konvencije o pravima deteta i Haške konvencije o otmici. Nadalje, Evropski sud ima nadležnost da preispituje rad nacionalnih državnih organa i proverava da li su oni vodili računa o garancijama iz Evropske konvencije, a naročito o članu 8 prilikom tumačenja i primene Haške konvencije. Obaveza je nacionalnih organa da vode računa o različitim interesima, interesu deteta i oba roditelja i javnom interesu, tako da se uspostavi pravična ravnoteža između ovih interesa, ali da tom prilikom najveću zaštitu treba pružiti najboljem interesu deteta. Prema mišljenju Evropskog suda, najbolji interes deteta ima dva elementa: prvi, održanje porodičnih veza kad god je to moguće

⁴¹ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 138.

⁴² *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasusi 131–140.

i drugi, odrastanje u sigurnom okruženju koje roditelj nema pravo da mu uskrati pozivanjem na član 8.⁴³ Pravo deteta da se razvija na odgovarajućem mestu ima prevagu nad interesom roditelja čak i kada se taj interes zasniva na pravu tog roditelja na porodični život. Nacionalni postupak za povratak deteta u državu uobičajenog boravišta na osnovu Haške konvencije o otmici ne sme biti automatski niti mehanički jer i sama Haška konvencija poznaje niz izuzetaka koji mogu otkloniti donošenje odluke o povratku. Iako nacionalni organi uživaju polje slobodne procene, jer su u najboljem položaju da se upoznaju sa konkretnim okolnostima slučaja, njihova odluka je podvrgnuta kontroli Evropskog suda koji ima i dodatno ovlašćenje da proveri da li je u postupku posvećeno dovoljno pažnje svim okolnostima koje su važne za donošenje konačne odluke o povratku deteta na osnovu Haške konvencije o otmici.

Na ovom mestu treba podsetiti da su u vreme kada je majka sa detetom napustila Izrael oba roditelja zajednički vršila roditeljsko pravo, da je majka imala privremeno pravo na staranje, otac ograničeno pravo na viđanje deteta i da je na snazi bila *no exeat order*. Evropski sud je zato zaključio da je odvođenje bilo nezakonito. Međutim, u proceni da li je ograničenje prava deteta i majke iz člana 8 Evropske konvencije opravdano i srazmerno zaštiti interesa oca, Evropski sud uzima u obzir celokupnu porodičnu situaciju, uzrast deteta i njegov odnos sa majkom. U proceni najvažnijeg od svih interesa, najboljeg interesa deteta, Evropski sud insistira na njegovoj proceni iz perspektive ličnog razvoja deteta koji obuhvata više ličnih faktora, naročito „uzrast i zrelost deteta, prisustvo ili odsustvo roditelja, okruženje i njegova iskustva“.⁴⁴ U konkretnom slučaju, Evropskom sudu je bilo jasno da razdvajanje deteta od majke „ne bi bilo u interesu deteta, jer je prvi tužilac [majka] verovatno jedino lice sa kojim ono [dete] ima blizak odnos“.⁴⁵ Još jedan važan faktor je okolnost što je odvedeno dvogodišnje dete švajcarskog državljanstva koje se dobro uklopilo u novu sredinu u kojoj živi neprekidno od dolaska⁴⁶ (do izricanja privremenih mera dve godine, a do odlučivanja pred Velikim većem pet godina). Protekom vremena, prema mišljenju Evropskog suda, slabi značaj i funkcija Haške konvencije o otmici.⁴⁷ Uklapanje u novu

⁴³ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 136.

⁴⁴ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 138.

⁴⁵ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 149.

⁴⁶ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 147.

⁴⁷ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 145.

sredinu je važan faktor za odbijanje povratka na osnovu člana 12 Haške konvencije o otmici,⁴⁸ tako da je izvršenje odluke o povratku posle dužeg vremena ne samo bespredmetno već i štetno po najbolje interese deteta.

Pojedinim sudijama Velikog veća privukla je pažnju argumentacija Veća u delu koji se odnosi na obavezu majke, da se zbog deteta vrati u Izrael uprkos značajnim preprekama i po nju nepovoljnim okolnostima.⁴⁹ Mišljenje sudija se ovde oslanja ne samo na pravo na porodični život već i na slobodu kretanja: „Haška konvencija se bavi nezakonitom otmicom dece i konstituiše obaveze za države članice da obezbede hitan povratak dece u državu iz koje su odvedena. Ona se ne može tumačiti na način koji bi obavezao roditelja ili neko drugo lice koje je odgovorno za otmicu da se i ono vrati u tu zemlju. Takva obaveza, po mom saznanju, ne postoji ni po drugim propisima Švajcarske. Kada bi se Haška konvencija primenjivala na takav način, to bi u stvarnosti značilo da bi lice moglo biti ‘osuđeno’ da živi van zemlje porekla dugi niz godina što bi podrazumevalo niz komplikacija, i to samo zato što se smatra da je u najboljem interesu deteta da ima kontakt sa drugim roditeljem. Po mom mišljenju to je suprotno pravu na poštovanje, između ostalog, privatnog života koje je zajemčeno članom 8 Evropske konvencije kao i pravu na slobodu kretanja iz člana 2 Protokola br. 4. [...] Prema tome, smatram da za donošenje odluke na osnovu Haške konvencije nije uopšte relevantno ispitivati da li su motivi određenog lica da ne živi u nekoj zemlji opravdani što je u osnovi ove odluke i smatram da je nepravilno ulaziti u ispitivanje tih motiva, jer samo to lice ima pravo da o tome odluči.“⁵⁰

Nojlinger i Šuruk je jedna od najvažnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava o primeni i tumačenju Haške konvencije o otmici, ne samo zato što je promenila raniju praksu Suda već i zato što je potvrdila primat člana 8 Evropske konvencije, ponudila tumačenje standarda najboljeg interesa

⁴⁸ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasusi 145–146. Evropski sud je zauzeo stav da bi se na konkretan slučaj mogla primeniti njegova dotadašnja praksa u vezi sa proterivanjem stranaca, prema kojoj se, kada se procenjuje srazmernost mere proterivanja koja se odnosi na dete koje se uklopilo u sredinu u zemlji domaćinu, mora uzeti u obzir najbolji interes i dobrobit deteta, a naročito ozbiljnost poteškoća sa kojima će se dete verovatno suočiti u zemlji odredišta, kao i čvrstina društvenih, kulturnih i porodičnih veza i sa zemljom domaćinom i sa zemljom odredišta. Mora se uzeti u obzir i ozbiljnost poteškoća sa kojima će se članovi porodice koji bi pratili proterano dete verovatno suočiti u zemlji odredišta.

⁴⁹ Veće je smatralo da ne postoje prepreke za majku da se sa detetom vrati u Izrael i da se zbog toga od nje može i očekivati da se vrati. Videti pasus 88 presude Veća u prevodu na srpski jezik u fusnoti br. 41.

⁵⁰ Mišljenje sudije Lorencena kojem se pridružila sudija Kalajđijeva, *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, 54.

deteta koje može otkloniti primenu odluke o povratku donete na osnovu Haške konvencije o otmici i omogućila zaštitu prava na porodični život roditelja koji je odveo dete i njegovo pravo da se ne vrati u zemlju iz koje je otišao, a da pri tome ne bude lišen bliskog odnosa sa detetom. Evropski sud tretira odluku o povratku deteta istovremeno i kao odluku o povratku roditelja koji se primarno stara o detetu, zbog čega ta odluka zavređuje posebnu i odvojenu procenu o eventualnoj povredi njegovih prava u svetlu člana 8 Evropske konvencije.⁵¹

4.1.2. *X protiv Letonije*⁵²

Procena najboljeg interesa deteta i roditelja u kontekstu odvođenja deteta u zemlju porekla majke našla se ponovo na dnevnom redu Velikog veća Evropskog suda tri godine posle presude u predmetu *Nojlinger i Šuruk*. Evropski sud je od donošenja te presude bez većih problema i u redovnim postupcima pred većima prihvatao primenu utvrđenih načela.⁵³ Slično je bilo i u predmetu *X protiv Letonije*, u kojem je Veće utvrdilo povredu člana 8 Evropske konvencije, ali se na zahtev tužene države pitanje našlo i pred Velikim većem.

Povod spora bila je odluka letonskog suda o povratku deteta u Australiju koju je majka osporila pred Evropskim sudom za ljudska prava na osnovu članova 6 i 8 Evropske konvencije. Za vreme boravka u Australiji, gde je, osim letonskog, stekla i australijsko državljanstvo,⁵⁴ dobila je dete iz vanbračne veze koju je zasnovala dok je formalno bila u braku sa drugim muškarcem. Identitet oca nije bio službeno utvrđen. Posle pogoršanja odnosa sa vanbračnim partnerom, ona se sa trogodišnjim detetom vratila

⁵¹ „Majka bi pretrpela nesrazmerno ograničenje svog prava na poštovanje porodičnog života ako bi bila prinuđena da se vrati sa sinom u Izrael. Prema tome, došlo bi do povrede člana 8 Konvencije u pogledu oba tužioca ako bi se izvršila odluka o povratku drugog tužioca u Izrael.“ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 151.

⁵² *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 26 November 2013 (u daljem tekstu: *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća).

⁵³ *Šneersona 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.

⁵⁴ Pojedini autori navode da se majka odrekla letonskog državljanstva prilikom prijema u australijsko državljanstvo. Kao izvor navode presudu Velikog veća, pasus 9. Videti *Beaumont et al.* 2015, 40. Međutim, Veliko veće u pasusu 9 navodi da je majka bila državljanka Letonije koja je 2007. godine takođe stekla i australijsko državljanstvo.

u Letoniju. Mesec dana kasnije, vanbračni partner je pokrenuo postupak pred sudovima u Australiji za utvrđivanje očinstva. Sud je utvrdio očinstvo (na osnovu imejl poruka, fotografija i njegove izjave) i doneo odluku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. U roku od mesec dana pokrenut je postupak za povratak deteta u Australiju preko centralnog izvršnog organa Letonije. Letonski sudovi su naložili povratak deteta u Australiju i to u vrlo kratkom roku, odbivši majčine argumente da postoji ozbiljna opasnost da dete bude izloženo psihičkoj traumi zbog razdvajanja od majke. U žalbenom postupku majka se oslonila i na mišljenje veštaka o mogućim traumama za dete o kojem se starala isključivo majka i pre dolaska u Letoniju. Dete je govorilo isključivo letonski i jedino je sa majkom imalo blizak odnos. Majka se pozivala i na loše odnose sa ocem deteta, istoriju zlostavljanja i krivične postupke koji su bili u toku protiv njega. Navela je i da je povratak u Australiju za nju naročito težak jer tamo nema zaposlenje, a samim tim ni priloge za staranje o sebi i detetu.⁵⁵ Žalbeni sud je te argumente odbio kao nedokazane, uz obrazloženje da predmet postupka ne obuhvata odlučivanje o poveravanju deteta na staranje već samo njegov povratak na osnovu Haške konvencije, te da zato nije u obavezi da procenjuje opasnost od psihičke traume za dete, dok se o razlozima majke protiv povratka u Australiju nije izjasnio. Odredio je rok za predaju deteta ocu od svega dve nedelje pod pretnjom prinudnog izvršenja uz pomoć javnog izvršitelja. Majka je zatražila privremenu meru odlaganja izvršenja, ali pre nego što je održano ročište otac se pojavio u Letoniji i prilikom posete odveo je dete (trogodišnju devojčicu) u Estoniju, odakle se sa njom vratio u Australiju. Par meseci kasnije, sud u Australiji dodelio je ocu samostalno pravo na staranje o detetu. Majka je dobila pravo na viđanje deteta pod nadzorom socijalnog radnika. Sud joj je zabranio da komunicira sa detetom na letonskom do njegove jedanaeste godine, kao i da komunicira sa medijima, službama za staranje o deci, školom i roditeljima dece koja pohađaju iste ustanove kao i njeno dete.⁵⁶ Da bi bila u mogućnosti da viđa dete, majka se preselila u Australiju.⁵⁷

Pred Evropskim sudom za ljudska prava majka je tražila da se utvrdi odgovornost Letonije zbog odluka o povratku deteta koje, prema njenom mišljenju, nisu na adekvatan način procenile najbolji interes deteta niti su nadležni organi uzeli u obzir sve okolnosti prilikom donošenja odluke. Prvi put posle predmeta *Nojlinger i Šuruk*, Veliko veće je bilo u situaciji

⁵⁵ *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 13 December 2011, pasus 20 (u daljem tekstu: *X protiv Letonije*, presuda Veća).

⁵⁶ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 32.

⁵⁷ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 33.

da preispita načela ustanovljena u ranijoj odluci. Veliko veće je većinom glasova (devet prema osam) utvrdilo povredu procesnog dela člana 8 zbog propusta letonskih sudova da detaljno ispituju sve relevantne okolnosti u svetlu najboljeg interesa deteta, a naročito argumente o izuzetku iz člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici, koji su važni za procenu najboljeg interesa deteta. Propust letonskog suda da uzme u obzir nalaz psihologa o traumatskim posledicama odvajanja od majke bio je glavni osnov da se utvrdi da je došlo do povrede pozitivne procesne obaveze iz člana 8 Evropske konvencije,⁵⁸ ali je dodatni osnov bio i propust letonskih sudova da razmotre navode majke o tome da li je bila u mogućnosti da pođe za svojom ćerkom u Australiju i da sa njom tamo ostane u kontaktu.⁵⁹ Kritika letonskih sudova zasnovana je na nekoliko proklamovanih načela iz presude *Nojlinger i Šuruk*, od propusta da se različiti interesi jednako odmere, do načina vođenja postupka, utvrđivanja i zaštite najboljeg interesa deteta, čak i rokova koji uprkos razlozima hitnosti moraju biti utvrđeni imajući u vidu osetljivost situacije i položaj trogodišnjeg deteta u dramatičnoj borbi roditelja za roditeljska prava. Sudovi u Letoniji morali su pažljivije da procene da li je za dete zaista bilo najbolje da po hitnom postupku bude vraćeno naknadno pronađenom ocu i oduzeto od majke sa kojom je, sasvim jasno i bez nalaza veštaka, moralo imati blizak odnos. Veliko veće je uvelo i jedan novi zahtev: kada donose odluku da se dete vrati u zemlju uobičajenog boravišta, sudovi moraju da utvrde da li su u toj zemlji preduzete odgovarajuće mere obezbeđenja, a u slučaju da postoji rizik od povratka, da li su preduzete konkretne mere zaštite.⁶⁰ Međutim, pobeda pred Evropskim sudom za tužiteljku je bila uzaludna jer je stigla suviše kasno.

Činjenice u ovom predmetu još drastičnije pokazuju nezavidan položaj roditelja za kog nacionalni sudovi ustanove da je nezakonito odveo dete u zemlju porekla. Teret koji su majci nametnuli australijski i letonski sudovi

⁵⁸ Izveštaj Letonije o izvršenju presude koji je dostavljen Komitetu ministara Saveta Evrope. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=Ž09000016805c5240, poslednji pristup 30. septembra 2021.

⁵⁹ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 117.

⁶⁰ Polazeći od mogućnosti da sudovi odbiju povratak deteta u slučajevima kada postoji ozbiljan rizik da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u nepodnošljiv položaj, zakonodavac Evropske unije sugeriše sudovima država članica da pre nego što odluče da odbiju povratak razmotre da li su preduzete odgovarajuće mere kako bi se dete zaštitilo od ozbiljnog rizika koji se navodi u članu 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije iz 1980. godine. 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, preambula, pasusi 44–45.

zajedno stavili su je u skoro nemoguć položaj i pred vrlo težak izbor. Da bi zadržala kontakt sa detetom i umanjila traumu koju dete trpi od odvajanja prognoziranu u psihološkom veštačenju, ona se pod vrlo teškim i praktično kaznenim uslovima koje joj je nametnuo australijski sud preselila u zemlju u kojoj nije imala zaposlenje, bez izvesnosti o budućem načinu života i merama koje bi sudstvo Australije moglo preduzeti protiv nje. Vredi podsetiti da je majka neposredno pre odvođenja samostalno vršila roditeljsko pravo, dok otac u tom trenutku nije zvanično ni bio roditelj, pa tako nije ni mogao da uživa pravo na staranje niti pravo na viđanje deteta. U svom mišljenju uz presudu, sudija Pinto Albuquerki je smatrao da upravo zbog tih okolnosti nije ni došlo do nezakonitog odvođenja niti je moglo biti reči o nezakonitom zadržavanju. Drugim rečima, nije uopšte bilo mesta za primenu Haške konvencije o otmici.

4.1.3. Zaključci o odnosu između Haške konvencije o otmici dece i člana 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava

U svojoj praksi Evropski sud se bavi tumačenjem odredaba merodavne konvencije polazeći od standarda najboljeg interesa deteta koji dozvoljava da se uzmu u obzir sve okolnosti koje mogu biti od značaja za donošenje odluke o tome da se naredi povratak deteta u zemlju u kojoj je imalo uobičajeno boravište u trenutku preseljenja. Iako Evropski sud načelno ima stav i dobru volju da tumači član 8 Evropske konvencije u svetlu obaveza država iz Haške konvencije o otmici dece, nesaglasnosti su moguće, čak i predvidljive, zbog različitih pretpostavki na kojima su zasnovane te dve konvencije. Dok je Haška konvencija proceduralnog karaktera i polazi od oborive pretpostavke da je povratak u zemlju uobičajenog boravišta u najboljem interesu deteta, praksa Evropskog suda polazi od nezavisne procene najboljeg interesa deteta koja obuhvata procesnopravne i materijalnopravne garancije iz oblasti ljudskih prava (Keller, Heri 2015, 273–274). Prednost koju Evropski sud pruža garancijama iz člana 8 Evropske konvencije moguće je ostvariti na više načina, na primer: priznanjem statusa višeg prava Evropskoj konvenciji (instrument javnog poretka), proverom poštovanja procesnih garancija iz člana 8 u postupku odlučivanja o povratku deteta, drukčijim tumačenjem standarda najboljeg interesa deteta na koji se oslanja i Haška konvencija o otmici ili drukčijim tumačenjem izuzetaka iz člana 13 Haške konvencije o otmici u odnosu na tumačenje nacionalnih sudova. Bez obzira na mehanizam pružanja prioriteta članu 8, iz opšteg režima primene i tumačenja Evropske konvencije, a naročito u stvarima odvođenja dece, jasno je da primena Haške konvencije o otmici zahteva od nacionalnih organa država članica Evropske konvencije o ljudskim pravima njenu primenu u svim fazama postupka ili,

rečeno jezikom presude u predmetu *Nojlinger i Šuruk*, nacionalni sudovi su dužni da sprovedu „temeljno ispitivanje celokupne porodične situacije i čitavog niza činilaca... i da sprovedu uravnoteženu i razumnu procenu interesa svih lica pri tome vodeći računa o tome šta bi bilo najbolje rešenje za oteto dete u kontekstu zahteva za njegov povratak u zemlju porekla“.⁶¹ Uprkos raširenom stavu u teoriji da je u predmetu *X protiv Letonije* Evropski sud ublažio uslove koje član 8 nameće nacionalnim organima u primeni Haške konvencije o otmici (Fawcett, Shúilleabháin, Shah 2015, 13–15; Kvisberg 2019, 91; Beaumont *et al.* 2015, 43),⁶² posebno u delu koji se odnosi na temeljno ispitivanje svih relevantnih okolnosti (Keller, Heri 2015, 285), stav iz presude *Nojlinger i Šuruk* o standardu procene položaja deteta u svetlu člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije ponovo je potvrđen u odluci *M. K. protiv Grčke*⁶³ iz 2018. godine (Celis Aguilar 2020, 239). Uostalom, odluka u predmetu *X protiv Letonije* ukazuje na značaj stručne psihološke procene stanja deteta i njegovog odnosa sa roditeljem otmičarom koju su nacionalni organi dužni da uzmu u obzir u postupku na osnovu Haške konvencije. Evropski sud se i dalje kreće u okviru izuzetaka predviđenih Haškom konvencijom o otmici – zahtev da se položaj deteta i celokupne porodične prilike temeljno ispitaju u smislu izuzetka iz člana 13, stav 1, tačka b) radi zaštite prava i interesa deteta, ne bi smeo da se tumači kao derogiranje Haške konvencije o otmici deteta.

U okolnostima kada je postalo pravilo da je otmičar roditelj koji se primarno stara o detetu, postavlja se i zahtev da se odlučivanju pristupi imajući u vidu individualnu situaciju i konkretne činjenice radi ciljnog i evolutivnog

⁶¹ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 139.

⁶² U predmetu *X protiv Letonije* Evropski sud je zaista napravio jednu ogradu od odluke u predmetu *Nojlinger i Šuruk* („U ovim okolnostima Sud smatra da je potrebno da razjasni da njegovi nalazi u pasusu 139 presude *Nojlinger i Šuruk* ne propisuju načela za primenu Haške konvencije od strane nacionalnih sudova.“ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 105). Ipak, Evropski sud se i dalje oslanja na odluku u predmetu *Nojlinger i Šuruk*, dok je, prema mišljenju pojedinih sudija, standard „efektivnog ispitivanja okolnosti“ iz predmeta *X protiv Letonije* u suštini isti kao standard iz presude *Nojlinger i Šuruk*: „U svetlu *Nojlingera i Šuruka*, ovakvi procesni nedostaci u domaćem postupku dovoljni su da se ustanovi povreda člana 8, pošto nije sprovedeno ‘produbljeno’, odnosno, u novom žargonu Velikog veća ‘efektivno’ ispitivanje koje zahteva član 8. U suštini, Veliko veće je ponovo primenilo test iz *Nojlingera i Šuruka*.“ Mišljenje sudije Pinta de Albuquerkija uz presudu Velikog veća u predmetu *X protiv Letonije*, str. 46. O tome svedoči i sama odluka u letonskom predmetu jer se i ovde Veliko veće bavilo okolnostima koje je nacionalni sud propustio da uzme u obzir, što je i dovelo do povrede člana 8.

⁶³ „Nacionalni sudovi moraju se posvetiti temeljnom ispitivanju celokupne porodične situacije i čitavog niza činilaca.“ *M. K. v. Grèce*, Requête no 51312/16, Arrêt, 1er février 2018, pasus 75.

tumačenja Haške konvencije.⁶⁴ Kao poseban kriterijum, nezavisno od najboljeg interesa deteta koji nesumnjivo podrazumeva održavanje bliske veze sa roditeljem, javlja se i mogućnost roditelja da napusti zemlju porekla. Odluka o povratku deteta indirektno nalaže i roditelju otmičaru da se vrati sa detetom jer u suprotnom može da izgubi blisku vezu sa detetom. Dok je u predmetu *Nojlinger i Šuruk* Evropski sud raspravljao o tom problemu ne zauzimajući jasan stav, u predmetu *X protiv Letonije* stav Evropskog suda je nešto jasniji, verovatno delom i zbog očigledno lošeg položaja majke prouzrokovanog preseljenjem u Australiju.

4.1.4. Praksa Suda na osnovu člana 3 Protokola br. 4

U kontekstu prakse Evropskog suda mora se pomenuti i član 3 Protokola br. 4 uz Evropsku konvenciju (Zabrana proterivanja sopstvenih državljana i pravo svakog da se vrati u svoju zemlju).⁶⁵ Na prvi pogled izgleda da je ta odredba merodavna za odluke o povratku deteta i roditelja koji su državljani države suda koji odlučuje o povratku na osnovu Haške konvencije o otmici. Međutim, sudeći po praksi, pripremnim radovima i komentarima uz tu odredbu, moglo bi se reći da to pravo nikada nije ispunilo obećanje koje pruža u svom tekstu.⁶⁶ Praksa je vrlo skromna: od stupanja na snagu Protokola br. 4 do danas doneto je svega sedamdeset odluka, koje su većinom odluke o delimičnoj ili potpunoj nedopuštenosti zahteva, a tek u malom broju slučajeva sadrže meritorna razmatranja. Što je još važnije, do danas nijednom odlukom Evropskog suda nije utvrđena povreda člana 3 Protokola br. 4.

Pravo na povratak u svoju zemlju iz člana 3 Protokola broj 4, na osnovu pripremnih radova, nije bezuslovno⁶⁷ i ne odnosi se na mere privremenog karaktera.⁶⁸ U predmetu *Voica protiv Rumunije*, tužiteljka se pozivala,

⁶⁴ Mišljenje sudije Pinta de Albuquerque uz presudu Velikog veća u predmetu *X protiv Letonije*, 42.

⁶⁵ Protokol br. 4, član 3 (Zabrana proterivanja sopstvenih državljana): „1. Niko ne može biti proteran, bilo pojedinačnom bilo kolektivnom merom, s teritorije države čiji je državljanin. 2. Niko ne može biti lišen prava da uđe na teritoriju države čiji je državljanin.“

⁶⁶ Zabrana proterivanja je apsolutna. U predmetu *Slivenko protiv Letonije* Evropski sud je to i potvrdio: „Član 3 Protokola br. 4 garantuje apsolutnu i bezuslovnu slobodu državljaninu od proterivanja.“ *Slivenko and Others v. Latvia*, Application no. 48321/99, ECtHR Grand Chamber, Decision on Admissibility of 9 October 2002, pasus 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, pasus 28 (u daljem tekstu: Explanatory Report).

između ostalog, i na primenu članova 2 i 3 Protokola br. 4, jer su odluke rumunskih sudova ograničile njeno pravo da živi u Rumuniji. Evropski sud je odlučio da zahtev razmotri samo u svetlu člana 8 Evropske konvencije, bez nekog posebnog obrazloženja osim uobičajenog, da je sam gospodar kvalifikacije, odnosno da ima ovlašćenje da kvalifikuje pravno pitanje koje se postavlja u datom slučaju, a time i povredu Evropske konvencije.⁶⁹ Majka, državljanka Francuske i Rumunije, poreklom Rumunka, preselila se u Rumuniju sa dva dečaka, od tri i šest godina, posle odluke francuskog suda kojom je sud rastavljenim, ali još uvek nerazvedenim roditeljima dodelio zajedničko vršenje roditeljskog prava i utvrdio da će boravište dece biti sa majkom, koja je u to vreme živela u Francuskoj. Otac je dobio pravo na viđanje. Tom odlukom sud je odredio da roditelji imaju obavezu da se međusobno informišu u slučaju da promene boravište,⁷⁰ kako bi se na odgovarajući način organizovalo vršenje roditeljskog prava. Sud je takođe naložio roditeljima da se konsultuju u stvarima koje se odnose na dobrobit dece.⁷¹ Dok je trajao postupak po žalbi protiv te odluke, majka je od svog poslodavca dobila trogodišnji ugovor o radu u Rumuniji. Dva meseca pre preseljenja obavestila je oca o nameri da napusti Francusku i da povede decu sa sobom, ali otac nije odgovorio na tu poruku.⁷² Kada se preselila, obavestila je oca o novoj adresi. Otac je, zatim, u postupku po žalbi pred francuskim sudom uložio zahtev za povratak dece u Francusku. Majka je sa svoje strane podnela zahtev istom sudu da odobri promenu boravišta dece i da joj poveri samostalno vršenje roditeljskog prava.⁷³ Apelacioni sud u Parizu odbio je oba zahteva. Zahtev oca je odbijen iz dva razloga: zbog toga što nije pokrenuo postupak za povratak dece na osnovu Haške konvencije o otmici i što nije tražio da deca budu povrena njemu. Zahtev majke je odbijen zbog toga što preseljenje u Rumuniju nije samo po sebi predstavljalo opravdan razlog za promenu odluke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Otac

⁶⁸ Explanatory Report, pasus 26.

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

⁷⁰ Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o sprečavanju i rešavanju sporova povodom preseljenja deteta sadrži i predlog da roditelj koji ima nameru da se preseli sa detetom prethodno o tome obavesti drugog roditelja. U pojedinim državama (Danska) to je i zakonska obaveza roditelja koji ima nameru da se preseli. 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, načelo 4(2) i pasusi 54–58 objašnjenja uz Preporuku.

⁷¹ *Voica v. Romania*, pasus 7.

⁷² *Voica v. Romania*, pasus 13.

⁷³ *Voica v. Romania*, pasus 16.

je potom pred rumunskim sudom pokrenuo postupak za povratak dece i rumunski sudovi su zahtev usvojili. U toku trajanja postupka, majka je nekoliko puta omogućila ocu da vidi dečake u Rumuniji i u Francuskoj. Kada je Apelacioni sud u Parizu konačno doneo odluku po žalbi, dve godine posle donošenja prvostepene odluke, potvrdio je odluku da roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo, ali je smatrao da majka više nije podobna da se stara o deci jer je jednostrano promenila boravište dece i odvela ih u Rumuniju, te je tako sprečila oca da viđa decu. Stoga je Apelacioni sud preinačio odluku o poveravanju dece i odredio da će deca nadalje boraviti kod oca u Francuskoj, te je dozvolio da majka viđa decu, ali samo u Francuskoj. Oba roditelja moraju da se saglase pre svakog odvođenja dece van Francuske.⁷⁴ Mada je Evropski sud u tom predmetu ispitivao način na koji je rumunski sud primenio član 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici, nije utvrdio povredu člana 8 Evropske konvencije, ali treba napomenuti da se majka u ovom predmetu nije pozvala na psihičku traumu koju bi deca pretrpela zbog odvajanja od nje niti na nepodnošljiv položaj u kome bi se našla već je svoju argumentaciju zasnovala na riziku od porodičnog nasilja, koju ni rumunski ni francuski sud nisu prihvatili.

Kada je u pitanju zabrana proterivanja, postavilo se pitanje da li pod tu zabranu spada i ekstradicija (situacija analogna onoj sa kojom se suočava roditelj koji je prinuđen da napusti zemlju u slučaju da je naložen povratak deteta). Stav Evropskog suda je da odluke o ekstradiciji ne pripadaju polju primene te odredbe jer nisu trajnog karaktera. Osnov za takav stav Evropski sud nalazi u objašnjenju, iznetom još u pripremnim radovima⁷⁵ i potvrđenom u docnijim uputstvima o primeni člana 3 Protokola br. 4,⁷⁶ da postupak ekstradicije ne pripada polju primene te odredbe. Pozivajući se na analogiju sa postupkom ekstradicije, i zbog privremenog karaktera odluke o povratku deteta, Evropski sud je u dva navrata, u predmetima *A. B. protiv Poljske*⁷⁷ i *Stecikevič protiv Ukrajine*,⁷⁸ našao da se ta odredba ne primenjuje na odluke o povratku deteta koje su donete na osnovu Haške konvencije o otmici.⁷⁹

⁷⁴ *Voica v. Romania*, pasus 35.

⁷⁵ Explanatory Report, pasus 21.

⁷⁶ Guide on Article 3 of Protocol No. 4 of the European Convention on Human Rights, ažuriran 30. aprila 2021, pasusi 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 Isti stav je zauzeo i Ustavni sud Nemačke: povratak deteta na osnovu Haške konvencije ne predstavlja ekstradiciju i njime nije povređeno pravo deteta na slobodu kretanja i izbor mesta boravišta garantovano nemačkim Ustavom. *Bundes-*

Pravo, koje bi po svom tekstu moglo da bude prilika za zaštitu, pokazalo se kao sasvim beskorisno u okolnostima o kojima je reč u ovom radu. Vrata za njegovu primenu su ne samo zatvorena već praktično i zaključana kasnije usvojenim tumačenjima o polju primene te odredbe.⁸⁰ Međutim, dok je s jedne strane razumljiva analogija sa postupkom ekstradicije, ta analogija nam istovremeno ilustruje paradigmu postupka za povratak dece. Osim primese kaznene prirode koju ima ekstradicioni postupak, možda je i veći problem stav Evropskog suda da je mera „privremena“, kada se zna da je reč o detetu, jer protok vremena može da bude odlučujući u razvoju deteta i za njegovo vezivanje za okruženje. U tom kontekstu je teško braniti privremeni karakter odluke o povratku deteta, a samim tim i privremeni karakter odlaska roditelja koji se stara o tom detetu iz svoje zemlje porekla.

4.2. Ustavni sud Srbije

Ustavni sud Srbije se u nekoliko navrata i sam našao u prilici da odlučuje o povredama prava roditelja i deteta usled primene Haške konvencije o otmici. Za potrebe ovog rada odabran je predmet koji najbolje ilustruje suprotstavljene interese o kojima je reč u ovom radu.⁸¹ Majka srpskog državljanstva rodila je u braku sa hrvatskim državljaninom devojčicu u Zagrebu. Dete je rođenjem steklo srpsko i hrvatsko državljanstvo. Nepunih godinu dana kasnije, Ministarstvo pravde Srbije je, u svojstvu centralnog izvršnog organa na osnovu Haške konvencije o otmici, pokrenulo postupak pred sudom u Srbiji radi povratka deteta u Republiku Hrvatsku. Postupak je pokrenut na zahtev oca, koji se kasnije pojavio kao podnosilac ustavne žalbe.

verfassungsgericht 2BvR 1075/96, 15 August 1996. <https://www.incadat.com/es/case/573>, poslednji pristup 30. septembra 2021.

⁸⁰ Isključenjima i izuzecima iz pripremnog izveštaja Uputstvo za primenu člana 3 Protokola br. 4 i doktrina dodali su i nove. U Uputstvu za primenu navode se okolnosti koje ne predstavljaju formalno ili materijalno ograničenje tog prava, ali koje se ne smatraju „proterivanjem“ u smislu člana 3 Protokola br. 4. Te dodatne okolnosti van domašaja zabrane proterivanja i uskraćivanja ulaska u svoju zemlju obuhvataju odluku o proterivanju stranca usled čega i maloletno dete koje je domaći državljanin dužno da napusti zemlju, odbijanje zahteva za odobrenje prebivališta ili oduzimanje prebivališta stranom državljaninu koji je supružnik domaćeg državljanina i, konačno, odluka nacionalnog suda, koja je doneta na osnovu Haške konvencije o otmici, o povratku deteta u državu čije državljanstvo nema, uključujući i troškove izvršnog postupka u vezi sa tom odlukom. Uputstvo, pasus 32.

⁸¹ Odluka Ustavnog suda Srbije broj UŽ-8276/2014, objavljena u *Sl. glasniku RS* 81/2016 od 5. oktobra 2016. <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/> (u daljem tekstu: Presuda Ustavnog suda), poslednji pristup 30. septembra 2021.

Majka je u Hrvatskoj boravila privremeno, na osnovu dozvole za privremeni boravak. Ubrzo po rođenju deteta, ona je sa detetom napustila bračni dom i smestila se u sigurnu kuću u Zagrebu, pozivajući se na porodično nasilje. Pokrenula je postupak za razvod braka. Rešenjem suda u Zagrebu povereno joj je privremeno staranje o detetu, do okončanja brakorazvodnog postupka, a ocu je dato pravo da viđa dete tri puta nedeljno po tri časa, uz nadzor socijalnog radnika. Majka se nedelju dana po donošenju rešenja preselila sa detetom u Srbiju, bez saznanja i saglasnosti oca deteta. U odluci Ustavnog suda ne pominju se odredbe hrvatskog prava na osnovu kojih su prvostepeni sud u Mionici i drugostepeni sud u Valjevu zaključili da je odvođenje deteta iz Hrvatske bilo nezakonito, odnosno da je otac imao pravo na staranje (a ne samo pravo na viđanje) neposredno pre odvođenja deteta iz Hrvatske,⁸² ali su domaći sudovi naložili povratak deteta u Hrvatsku. Doduše, drugostepeni sud je utvrdio da izreka prvostepene odluke kojom se naređuje povratak deteta nije u skladu sa članom 1, tačka a) Haške konvencije o otmici, budući da je privremenom merom suda u Zagrebu odlučeno da će dete živeti sa majkom, a da će otac imati pravo na viđanje. Ta okolnost je drugostepeni sud navela na zaključak da majka zbog te privremene mere ne može da vrati dete ocu, pa pošto je cilj Haške konvencije da se obezbedi što hitniji povratak deteta, sud je preinačio dispozitiv i odlučio da majka, umesto da vrati dete ocu, ima obavezu da obezbedi povratak deteta u mesto njegovog poslednjeg prebivališta.⁸³ Na osnovu takvog opisa dispozitiva rešenja, čini se da je drugostepeni sud obavezao majku da se i sama vrati sa detetom u Hrvatsku jer kako bi drukčije organizovala povratak malog deteta u Hrvatsku. Tako formulisan dispozitiv se kasnije odrazio na izvršenje rešenja, budući da je izvršni sud odbio predlog da se izvršenje sprovede oduzimanjem deteta od dužnika i predajom izvršnom poveriocu. Predmet se pred Ustavnim sudom našao tri godine kasnije, zbog obustave izvršenja rešenja o povratku. Sudovi su pokušali da prinudno izvrše rešenje korišćenjem raznih sredstava: novčane kazne i plenidbe i pokušaja javne prodaje pokretnih stvari zatečenih u roditeljskom domu gde je majka stanovala sa detetom. U međuvremenu, Ministarstvo pravde, u svojstvu centralnog izvršnog organa, obavestilo je sud da je pravnosnažnom odlukom suda u Zagrebu dete povereno na staranje majci, ali usledilo je još nekoliko neuspešnih pokušaja izvršenja.

⁸² Naprotiv, iz delova odluke drugostepenog suda koji se navode u odluci Ustavnog suda, čini se da je drugostepeni sud odlučivao o zakonitosti promene boravišta deteta primenom odredaba srpskog porodičnog prava.

⁸³ Domaći sudovi dosledno upotrebljavaju pojam prebivališta umesto pojma uobičajenog boravišta koji je relevantan za primenu konvencije.

Tokom jednog od ročišta za izvršenje, majka je navela da u Republici Srbiji ima posao koji ne može da napusti radi boravka u Zagrebu i da ne zna od čega bi u Zagrebu živela.⁸⁴

Mada se ustavna žalba odnosila na pravo na pravično suđenje, Ustavni sud je iskoristio tu priliku da se u uvodnom delu presude „osvrne na osnovne principe Haške konvencije i njen položaj u pravnom sistemu Republike Srbije“.⁸⁵ Konstatovao je da „Haška konvencija o otmici, između ostalog, insistira na uspostavljanju ranijeg faktičkog stanja koje je postojalo pre protivpravnog odvođenja... deteta i njegovom vraćanju u mesto njegovog ‘uobičajenog boravka’,“ Ali, prema mišljenju Suda, „ovom osnovnom cilju Haške konvencije suprotstavljen je jedan drugi cilj, a to je zaštita ‘najboljeg interesa deteta’ što proizlazi iz Preambule Haške konvencije prema kojoj su ‘države ugovornice u snažnom uverenju da je interes dece od prvorazrednog značaja u odnosima koji se tiču roditeljskog prava’. Međutim, kako je princip ‘najboljeg interesa deteta’ širok pojam koji se procenjuje u svakom konkretnom slučaju, Haška konvencija je predvidela situacije u kojima nadležni organ države kojoj je upućen zahtev može odbiti izdavanje naloga za povratak deteta uprkos tome što je utvrđeno da se radi o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju.“⁸⁶ Sud dalje nabraja izuzetke iz člana 13, stav 1 Haške konvencije o otmici i zaključuje: „Dakle, neće biti u ‘najboljem interesu deteta’ izdavanje naloga za njegov povratak u državu ‘uobičajenog boravka... ako postoji ozbiljna opasnost da ono time bude izloženo fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi.“⁸⁷

Takođe, ukoliko se dete posle nezakonite otmice integrisalo u novu sredinu, „cilj Haške konvencije – povratak deteta u jurisdikciju iz koje je nezakonito odvedeno radi odlučivanja o pravu na staranje, ne može više da bude postignut i u tom slučaju više ne važi pretpostavka da je zemlja uobičajenog boravka u najboljoj poziciji da reši spor.“⁸⁸ Naime, ako dete živi u stabilnoj porodičnoj sredini, tada će sa aspekta zaštite njegovih najboljih

⁸⁴ Činjenica da roditelj koji je oteo dete nema sredstava za život u državi iz koje je dete odvedeno ili da nema dozvolu boravka može predstavljati osnov za pozivanje na izuzetak da bi povratak izložio dete ozbiljnom riziku ili ga stavio u nepodnošljiv položaj. Schuz 2021, 18.

⁸⁵ Odluka Ustavnog suda, 17–24.

⁸⁶ Odluka Ustavnog suda, 18.

⁸⁷ Odluka Ustavnog suda, 19.

⁸⁸ Iako je konstatovao da u tom predmetu nije bila reč o povredi prava oca na staranje, Ustavni sud nije dalje komentarisao nedostatak tog bitnog uslova za aktiviranje obaveze da se naredi povratak deteta na osnovu Haške konvencije o otmici.

interesa u nekim slučajevima biti najbolje da i ostane u novoj sredini, pri čemu integracija podrazumeva ne samo fizički odnos sa novom zajednicom/ sredinom, već i psihičku stabilnost i sigurnost deteta u njoj...“⁸⁹

Ustavni sud se pozvao na niz odluka Evropskog suda za ljudska prava donetih u materiji otmice dece, a posebno se zadržao na odluci *Nojlinger i Šuruk*, čije je činjenično stanje i zaključke detaljno naveo. Zaključak Ustavnog suda je da su sudovi pogrešili što su obustavili izvršenje rešenja o povratku deteta navodeći formalne razloge (dete nije imalo pasoš Republike Srbije, a otac je odbio da majci preda pasoš koji je izdala Republika Hrvatska), ali Ustavni sud ostavlja mogućnost da nadležni sud u ponovnom postupku odluči da se dete neće vraćati u Hrvatsku, ako majka koja se suprotstavlja povratku dokaže da su ispunjeni uslovi za primenu izuzetka iz člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici – izlaganje deteta psihičkoj traumi i dovođenje u nepodnošljiv položaj.⁹⁰ Stoga Ustavni sud ukida drugostepeno rešenje o izvršenju i poziva nadležni sud da u ponovnom postupku odluči o prigovoru oca protiv prvostepenog rešenja o obustavi izvršenja.

U predmetu pred Ustavnim sudom Srbije ponavlja se obrazac koji je već viđen u predmetu *Nojlinger i Šuruk* pred Evropskim sudom: samohrana majka kojoj je odlukom suda u mestu uobičajenog boravišta dodeljeno privremeno pravo na staranje o detetu odlučuje da u stresnoj situaciji razvoda braka sa detetom potraži utočište u svojoj zemlji porekla, u svojoj društvenoj i porodičnoj sredini. Haška konvencija o otmici se pokazala kao ozbiljna prepreka preseljenju. U ovom slučaju, nevolje majke su dodatno otežane mehaničkim i nedovoljno pažljivim tumačenjem odredaba kojima se određuju granice međunarodnih obaveza naše zemlje. Domaći sudovi su naložili da se dete vrati u Hrvatsku da bi se ostvarilo pravo drugog roditelja na viđanje deteta, a ne pravo na staranje, kao što to zahteva Haška konvencija u članovima 3 i 12. Takođe, čini se da su bili spremni i da obavežu majku, domaću državljanu, da se, radi dobrobiti deteta, i sama preseli u stranu zemlju i da se u toj zemlji stara o detetu. Na taj način su se direktno umešali u porodični život majke i deteta u većoj meri nego što je to neophodno da bi se ispunile međunarodne obaveze Srbije. Ustavni sud je dao sudovima smernice o tome kako treba tumačiti Hašku konvenciju u svetlu obaveza iz člana 8 Evropske konvencije. Čak i kada je utvrđeno da je po pravu uobičajenog boravišta deteta preseljenje deteta u našu zemlju bez saglasnosti drugog roditelja bilo nezakonito, u samoj Haškoj konvenciji postoje izuzeci sadržani u članovima 13 i 20, koji obavezuju sud da prilikom odlučivanja o zahtevu za povratak proceni da li je u najboljem interesu konkretnog deteta da se

⁸⁹ Odluka Ustavnog suda, 19.

⁹⁰ Odluka Ustavnog suda, 27.

naloži njegov povratak. Takođe, članom 8 Evropske konvencije sprečava se mehaničko donošenje odluke o povratku jer se zahteva da sud, osim najboljeg interesa deteta, koji je najvažniji, uvaži i interese oba roditelja.

5. ZAKLJUČAK

U ovom radu se ukazuje na tenziju između osnovnog ljudskog prava roditelja na povratak u svoju zemlju i stvarne ili potencijalne primene Haške konvencije o otmici i na preispitivanje primene te konvencije na osnovu standarda Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o pravu na porodični život. Prikazane odluke pokazuju da je povratak primarnog roditelja u zemlju porekla često uzrok otmice deteta, da se roditelji retko pozivaju na pravo na povratak u svoju zemlju kao osnovno ljudsko pravo u postupcima primene Haške konvencije o otmici i da sudovi retko uzimaju u obzir to pravo kada odlučuju o predmetima koji se odnose na tu konvenciju. Ipak, odluke Evropskog suda, upućuju na zaključak da tumačenje vremesne Haške konvencije o otmici evoluiru u skladu sa promenjenim društvenim prilikama. Ako se danas najveći broj otmica dece odnosi na slučajeve kada dete iz zemlje uobičajenog boravišta odvodi roditelj koji se primarno stara o njemu, i to sa ciljem da ostvari povratak u zemlju porekla, tada u odlučivanju da li da naloži povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta zamoljeni sud treba, između ostalih okolnosti, da uzme u obzir i mogućnost da se roditelj otmičar iz objektivnih razloga ne može vratiti u tu zemlju i da u svetlu te mogućnosti, odnosno nemogućnosti povratka roditelja, proceni da li bi odvajanje od roditelja koji se do tada starao o njemu predstavljalo psihičku traumu za dete i stavilo ga u nepodnošljiv položaj u smislu člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici. Kao što zahteva Evropski sud za ljudska prava, odluka o povratku ne sme biti mehanički doneta, već podrazumeva uzimanje u obzir čitavog niza činilaca, uključujući i ovaj. Uzimanjem u obzir najboljeg interesa deteta prilikom odlučivanja o povratku deteta, može se prevazići tenzija koja postoji između prava roditelja da se preseli u svoju zemlju i Haške konvencije o otmici.

LITERATURA

- [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] Draškić, Marija. 2006. Pravo na poštovanje porodičnog života u praksi Evropskog suda za ljudska prava. 93–134. *Novo porodično zakonodavstvo – zbornik sa savetovanja Vrnjačka Banja*. Kragujevac: Pravni fakultet.
- [5] Draškić, Marija. 1/2012. Obavezno lišenje roditeljskog prava prilikom odlučivanja suda o vršenju roditeljskog prava: sporno stanovište Vrhovnog suda Srbije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 60: 366–381.
- [6] Dželetović, Mirna. 2021. Pravni položaj deteta u situacijama njegovog nezakonitog odvođenja u zemlji i inostranstvu, doktorska disertacija. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- [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] Kovaček Stanić, Gordana. 2/2002. Praksa Evropskog suda za ljudska prava o poštovanju porodičnog života. *Evropsko zakonodavstvo* 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] Marjanović, Sanja. 2017. Međunarodna otmica dece – novine u međunarodnom privatnom pravu Srbije. *Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu – Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru* 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] Mondeková, Anna. 2013. The Hague Convention on Parental Child Abduction: Implications of the „Missing“ Primary Carer. Master thesis. Budapest: Central European University.
- [15] Novaković, Uroš. 2020. *Preseljenje deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo – relocation slučajevi*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- [16] Ponjavić, Zoran, Vlašković, Veljko. 2014. Space for the child’s best interests inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Revija za evropsko pravo* 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.