

*Проф. др Зоран Поњавић*  
*Проф. др Душица Палачковић*

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

## **ПРЕКОГРАНИЧНО ОДВОЂЕЊЕ ДЕЦЕ И ПОРОДИЧНО НАСИЉЕ**

*У раду се анализира проблем прекограничног незаконитог одвођења или задржавања детета у контексту насиља у породици. Бројна истраживања потврђују да се прекогранично одвођење управо највише дешава када постоји насиље у породици. Према Хашкој конвенцији (Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце), у том случају би се могао одбити захтев за повратак детета у државу где дете има уобичајено место боравка ако се утврди, поред осталог, да „постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или на други начин довео дете у неповољан положај“. Питање је, међутим, да ли је и судским путем утврђено насиље довољно да се одбије захтев за повратком, будући да није иста садржина овог појма и наведеног изузетка. Поред овога, постоји дилема да ли и насиље учињено према родитељу који је дете одвео даје основа за примену наведеног изузетка.*

*У другом делу рада разматрају се и неке дилеме у погледу природе поступка за враћање детета. У Републици Србији, овај поступак се води по правилима судске ванпарничне процедуре. Стога, у раду се разматра адекватност правила ове процедуре за поступак према Хашкој конвенцији, посебно примереност начела ванпарничног поступка основном циљу Конвенције – да се дете неодложно врати у уобичајено место боравка, али и да буде безбедно у окружењу у које се враћа, дакле уз сагледавање његовог најбољег интереса.*

**Кључне речи:** Прекогранично одвођење; Хашка конвенција; Насиље у породици; Процесна правила.

## 1. УВОД

Раздвојени или разведени родитељи, у неким изузетно тешким ситуацијама, успевају да дословно говорећи отму своје дете и одведу га преко границе, најчешће у државу свог порекла. Овим се крше права детета, нарочито да одржава редовне контакте са сваким од родитеља. Готово ни једна земља нити нација није успела да избегне овај проблем. Одузимање деце може имати различите облике. Најчешће се ради о једностраној промени односа једног детета и родитеља који врши родитељско право у односу на њега, његовим незаконитим одвођењем или задржавањем у иностранству.

Неким истраживањима утврђено је да се већина ових случајева дешава у контексту породичног насиља.<sup>1</sup> Прекогранично одвођење детета може бити истовремено и одговор на партнерско насиље, али такође и врста партнерског насиља. Јасно је да породично насиље коме присуствује дете као сведок или као директна жртва неповратно погађа његов емоционални, психички, физички развој. У вези овога поставља се питање да ли ове чињенице треба узети у обзир приликом одлучивања о повратку детета чак и ако се насиље директно не тиче детета.

У раду је анализирано право Републике Србије, посебно одредбе Породичног закона којима се регулише појам насиља у породици и одредба чл. 13, ст. 16 Хашке конвенције. Овом одредбом регулисан је изузетак од правила да дете које је противзаконито одведено или задржано у другој земљи буде што хитније враћено у уобичајено место боравишта. Наиме, дете неће бити враћено ако би га то довело у „неповољну ситуацију“. Од начина интерпретације овог правног стандарда од стране надлежног суда или управног органа који одлучује о повратку детета зависиће и његова судбина.<sup>2</sup> При томе, потребно је изнаћи праву равнотежу између потребе да се оствари основни

---

<sup>1</sup> Према статистичким извештајима, у 72 % случајева одвођења деце ради се о родитељу коме је дете поверено по разводу брака, као и да се најчешће случајеви одвођења дешавају у контексту породичног насиља. – Вид. N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, *International Movement of Children*, London 2004, 335. – Нав. према: J. Gillen, „Le retour sans danger de l'enfant: La Convention de la Haye et les violences familiales – amies ou ennemies? – un point de vue de common law sur les interpretation de l'article 13(1) b) de la Conventio de la Haye dans le contexte de violence familiales“, *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>2</sup> Овој теми односа насиља у породици и изузетка у примени Хашке конвенције из чл. 13, ст. 16, посвећен је и извештај (бр. 9) Сталног бироа Хашке Конференције од 9. маја 2011. године. Извештај је објављен на сајту Hague Conference on Private International Law, <http://www.hcch.net>.

циљ Хашке конвенције, односно хитан повратак и избегне одлучивање о меритуму спора који се тиче вршења родитељског права, а да се истовремено омогући темељно разматрање изузетка из чл. 13, 1.б Хашке конвенције. Известан број страних судских одлука донесених у последње време, али и једна скорашња, домаћа, из 2011. године,<sup>3</sup> пружају основ за закључак да се наведени изузетак крајње рестриктивно тумачи.<sup>4</sup>

Први део излагања тиче се дефиниције насиља у породици у оквирима чл. 13, 1б Други део се односи на један број процесних проблема у вези поступака који се води за повратак.

## 2. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА И ИЗУЗЕЦИ ИЗ ЧЛ. 13

У правним системима постоје различита средства која се традиционално користе у борби против незаконитог прекограничног одвођења или задржавања детета. Она могу бити превентивна или репресивна. Међутим, уколико држава жели да побољша заштиту и сигурност деце изван државних граница, мора сасвим природно предузети мере да се побољша међународна сарадња. У овом погледу једино механизам међудржавне сарадње омогућава супротстављање међународним отмицама. Усвојени принцип територијалности треба да охрабри примену ових метода. То је основа коју је прихватила Конференција у Хагу, усвајајући 25. октобра 1980. године Конвенцију о грађанско-

---

<sup>3</sup> Одлука Вишег суда у Ваљеву, Гж2 23/11, објављена на [http://www.visisudva.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=142&Itemid=75](http://www.visisudva.com/index.php?option=com_content&task=view&id=142&Itemid=75). О овом случају писани медији су данима извештавали. – Вид. *Press* 30. и 27. децембар 2011. год. Наиме, у овом случају одвођења детета из Републике Хрватске у Републику Србију, Виши суд у Ваљеву је донео решење којим је наложен повратак детета у Хрватску. У Хрватској је мајка поднела тужбу за развод брака због поремећених односа. Суд у Хрватској је донео одлуку да дете до окончања спора живи са мајком док је отац имао право да га виђа. Мајка је иначе била малтретирана од стране свог мужа, па је била смештена у сигурну кућу, одакле је побегла у Србију. Виши суд из Ваљева је нашао да нису испуњени услови из чл. 13, ст. 1, т. б Конвенције. Наиме, суд је утврдио да отац, предлагач, није био насилан према детету, па и не постоји озбиљна опасност да би у случају повратка детета оно било озбиљно изложено психичкој или физичкој трауми или на други начин доведено у неповољни положај. Тврдња мајке да је била жртва породичног насиља због чега је заједно са дететом напустила брачну заједницу и након тога смештена у сигурну кућу није узета у обзир приликом доношења поменутог решења.

<sup>4</sup> Ово је, у суштини, био и један од закључака Четврте седнице Специјалне комисије Хашке конференције за међународно приватно право о практичној примени конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (март 2001).

правним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту: „Хашка конвенција“).<sup>5</sup>

Данас нема никакве сумње да профил родитеља који дете одводи није исти као у време усвајања Хашке конвенције. У време доношења Конвенције, то је најчешће био родитељ који је изгубио старање над дететом или сматра да ће га изгубити.<sup>6</sup> Данас је то у 72 % родитељ који се стара о детету, онај од кога дете за све своје основне потребе зависи и онај који је главни извор сигурности за дете.<sup>7</sup> Статистичке студије показују да су то у највећем броју случајева мајке.<sup>8</sup> Више од половине њих биле су жртве насиља од стране свог партнера.

Конвенција се сада примењује у околностима кад државе предузимају све енергичније мере у борби против насиља у породици. У суштини, све више земаља усваја прописе у циљу спречавања насиља у породици, а њихови напори су координирани и на међународном нивоу.<sup>9</sup> Поред овога, у многим земљама формирају се специјални судови за борбу против насиља у породици и захтева специфично образовање судија. Такође, све је јасније да дете које присуствује породичном насиљу, као сведок, који гледа или слуша, или које је директна жртва, трпи у свом емоционалном, психолошком и физичком развоју. Без обзира на то што је измењен профил родитеља који дете одводи и без обзира што је породично насиље окидач за бежање преко границе, ниједна промена Конвенције није учињена. Све ово отвара питање да ли треба променити Конвенцију.

Хашка конвенција има за основни циљ да осигура моментални повратак одведеног или задржаног детета без прејудуцирања коначног решења.<sup>10</sup> Наиме, у Конвенцији се инсистира на успостављању

---

<sup>5</sup> *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/91, на снази од 1. децембра 1991. године. У складу са чл. 16, ст. 2 Устава Републике Србије, потврђени међународни уговори су саставни део унутрашњег правног поретка и примењују се непосредно.

<sup>6</sup> J. Chamberland, "Violence conjugale et enlèvement international d'enfants : quelques pistes de réflexion", *The Judges' Newsletter*, Volume X, Autumn 2005, 70–78, <http://www-hcch.net/upload/autumn2005.pdf>.

<sup>7</sup> Нав. према: J. Gillen, 31–36.

<sup>8</sup> Према једној студији, у 69 % случајева мајке су те које одводе децу преко границе. – Вид. N. Lowe, S. Armstrong, A. Mathias, *Analyse statistique des demandes déposées en 1999 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>9</sup> Савет министара Савета Европе је 11. маја 2011, на 121. заседању у Истанбулу, усвојио Конвенцију о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Наша држава у овом моменту (10. мај 2012) још увек није ратификовала ову конвенцију.

<sup>10</sup> Поред ове конвенције, постоје и друге, регионалне, са готово идентичним циљевима. Таква је Европска конвенција о признању и извршењу одлука у области

ранијег стања, оног које је постојало до момента одвођења детета, а тек потом на решавању спорних питања, која се тичу, пре свега, вршења родитељског права.<sup>11</sup> Приоритет је, дакле, да судови државе у којој дете има уобичајено боравиште донесу одлуку о вршењу родитељског права. У сваком случају, ниједан други орган не сме решавати питања вршења родитељског права осим оног који је надлежан у уобичајеном месту боравка детета. Могло би се онда закључити да је држава из које је дете одведено једина надлежна да одлучи у чему се састоји „најбољи интерес детета“, који је прихваћен у Конвенцији о правима детета као универзални принцип за све поступке у којима се одлучује о правима детета. Оваквим ставом желе се обесхрабрити сви они који би одводили децу преко границе суочавањем са свим практичним и правним последицама таквог чина.

Специфичност Хашке конвенције у односу на све друге конвенције у међународном приватном праву је то да њен циљ није да унифицира правила у случају сукоба закона нити да успостави правила у погледу сукоба надлежности. Напротив, она је инструмент сарадње између држава с циљем моменталног повратка детета у државу где има уобичајено место боравка. Ово је свакако и разлог великог успеха ове конвенције. Треба, ипак, рећи да њена примена није увек кохерентна ни хармонична због постојања различитих правних система који су произашли из различите традиције.<sup>12</sup> Поред тога, она се може критиковати и зато што се примењује само на децу млађу од 16 година, због постојања изузетака у примени Конвенције, због неодређености појма уобичајеног боравишта детета, итд.<sup>13</sup>

---

чувања деце и успостављања чувања деце, од 20. маја 1980. године (Луксембуршка конвенција). На америчком континенту усвојена је Интерамеричка конвенција о повратку деце, 15. јула 1989. године (Конвенција из Монтевидеа).

<sup>11</sup> Породични закон Републике Србије говори о вршењу родитељског права, што се може сматрати еквивалентом за израз *droit de garde* (право на чување) из француске верзије Конвенције.

<sup>12</sup> О тешкоћама примене Конвенције у неким исламским земљама, вид. С. Gosselain, *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: convention bilaterales et etats de tradition islamique*, Hague Conference on Private International Law, [http://www.-hcch.net/upload/abd2002\\_pd7f.pdf](http://www.-hcch.net/upload/abd2002_pd7f.pdf).

<sup>13</sup> О појму редовног боравишта детета, вид. П. Ђундић, „Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима отмице деце од 25. октобра 1980. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 551–570. Према чл. 3, ст. 1 Нацрта Закона о грађанскоправној заштити од неза-кони-тог прекограничног одвођења и задржавања, који је израдило Министарство правде Републике Србије, „под уобичајеним боравиштем детета, у смислу овог закона, подразумева се место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину“.

Конвенција се примењује између држава потписница,<sup>14</sup> тј. сваки пут кад дете буде незаконито одведено (или задржано) из једне државе потписнице у другу. Овај повратак се мора спровести најпре добровољно (што је предвиђено у чл. 10), али ако је то немогуће, онда применом силе. Конвенција се примењује и у случају кад треба организовати остваривање права на личне односе детета које има боравиште у једној земљи и родитеља који има у другој земљи. Да би се осигурало поштовање Конвенције, свака држава је дужна да одреди централни орган који ће бити задужен за практичну примену Конвенције.<sup>15</sup>

Постоје изузеци од правила Конвенције да се има осигурати моментални повратак детета које је одведено без сагласности родитеља у место где је имало уобичајено боравиште пре одвођења или задржавања. Има их укупно шест<sup>16</sup> и изричито су набројани у Конвенцији. Како се то често наглашава,<sup>17</sup> они морају бити рестриктивно тумачени, да не би били доведени у питање принципи саме Конвенције.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> До сада је 87 држава приступило овој Конвенцији.

<sup>15</sup> Код нас је то Министарство правде.

<sup>16</sup> Први: ако је протекло више од годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања детета и ако се дете интегрисало у нову средину (чл. 12, ст. 2); други: ако лице, институција или орган који се супротстављају повратку детета докажу да се лице, установа или орган који су имали право на бригу о личности детета нису стварно вршили право на чување у време одвођења или задржавања, или су пристали на одвођење или задржавање, или су се накнадно сагласили са одвођењем или задржавањем (чл. 13, ст. 1а); трећи: пристанак, ако је родитељ жртва пристао или накнадно се сагласио са одвођењем детета (чл. 13, ст. 1, под а); четврти: ако постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или на други начин довео дете у неповољан положај (чл. 13, ст. 1а); пети: ако се дете супротставља повратку и ако је достигло онај узраст или степен зрелости због чега је потребно узети у обзир његово мишљење (чл. 13, ст. 2); шести: ако би се враћањем детета прекршила основна људска права и основне слободе државе којој је захтев за враћање упућен (чл. 20).

<sup>17</sup> Вид. В. Шаула, „Примјена норми међународног права у пракси судова у Босни и Херцеговини – један позитиван примјер“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци* 34/2012.

<sup>18</sup> Овакав став заузима и Суд у Стразбуру поводом разматрања захтева у вези повреде, најчешће права на поштовање приватног и породичног живота, које су настале поводом одвођења деце у другу државу. Тако: пресуда од 8. јануара 2009, у случају *Neulinger и Shuruk* против Швајцарске, представка бр. 41615/07.

### 3. НЕПОВОЉАН ПОЛОЖАЈ (НЕПОДНОШЉИВА СИТУАЦИЈА) КАО РАЗЛОГ ОДБИЈАЊА

У раду ћемо се бавити само четвртим изузетком, који се у пракси највише користи.<sup>19</sup> Онај родитељ који је одвео дете може одбити његово враћање у уобичајено место боравка „ако постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или на други начин довео дете у неповољан положај“ (чл. 13, ст. 1б).<sup>20</sup> У одбрану одвођења, родитељ покушава да другог родитеља (који захтева повратак) представи као неподобног по дете. Родитељ који тражи повратак детета говори о „киднаповању“, на шта други одговара да живот са њим за дете представља „озбиљан ризик“, да ће то дете довести у „неповољан“ положај. Онај родитељ који оспорава повратак жели представити дете као „озбиљну“ жртву насиља чији је положај „неподношљив“, за шта оптужује другог родитеља. При овоме се поставља питање воде ли заиста родитељи рачуна о интересима детета.

Очигледно је да све околности из чл. 13, ст. 1б), или бар већина њих, упућују на радње које би се могле сврстати у акте насиља у породици.<sup>21</sup> Питања која се тичу насиља у породици све су чешћа преокупација судске праксе, тема су тзв. Писма судија,<sup>22</sup> али и у науч-

---

<sup>19</sup> Овај изузетак је најчешћи у пракси. – Вид. F. Collienne, P. Wautelet, *Enlèvement international d'enfants — La pratique des juridictions belges*, Open Repository and Bibliography, <http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/12865/1/Collienne%20Wautelet%20Enlevement%20Enfants.pdf>.

<sup>20</sup> Код нас је израз „intolerable“ из енглеског и француског текста Хашке конвенције преведен као „неповољан“, што је много шири појам од израза „неподношљив“, како је требало превести. Оксфордски енглески речник ову реч објашњава кроз речи „нешто што није могуће издржати, неиздржив, неподношљив“. – *Oxford Dictionary Thesaurus & Worldpower Guide*, Oxford 2001, 682.

<sup>21</sup> Међутим, поставља се питање да ли дете може бити доведено у неповољан положај и ако нема аката насиља, физичке или психичке природе. Да ли би то могла бити и душевна болест родитеља који захтева повратак, његово криминално понашање или употреба дроге или алкохолизам?

<sup>22</sup> У питању су радови судија који се баве овим проблемом у пракси и који се објављују на сајту Хашке конференције за међународно приватно право ([www-hcch.net](http://www-hcch.net)). – Вид. J. Chamberland, “L'article 13 para. 1 b) et la violence conjugale : la situation canadienne”, 17–21; L. Silberman, “Une décision américaine récente: Danaïpour c. McLarey”, 21–24; C. L'Heureux-Dubé, “Chérir nos enfants: le rôle de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants”, 25–29; J. Chamberland, “Violence conjugale et enlèvement international d'enfants: quelques pistes de réflexion”, 70–78; J. Gillen, “Le retour sans danger de l'enfant: la Convention de La Haye et les violences familiales – Amies ou ennemies ?”, 31–36; J. Chamberland, “Présentation générale: la Commission spéciale 2006: un point de vue canadien”, au para. 8, 28; S. Fisher, “La sécurité de l'enfant lors de son retour: dans quelle mesure les Conclusions et

ној литератури у контексту Хашке конвенције. И на седницама Специјалне комисије Хашке конференције за међународно приватно право о практичној примени Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце дискусија се сводила углавном на питања како обезбедити повратак детета без опасности по њега.<sup>23</sup>

Број одбијених захтева услед насиља у породици је значајан, са тенденцијом повећања.<sup>24</sup> Истовремено, Стални биро Хашке конференције указује да насиље у породици представља стварни изазов у функционисању Хашке конвенције. Поред овога, и неки други изузеци, а не само овај из чл. 13, ст. 1б на које се странка позива, такође се могу односити на насиље у породици, тако да је коначан број ових случајева тешко утврдити. Ипак, прва и основна тешкоћа у вези овога проистиче из чињенице да није јасно кад постоји насиље у породици, будући да државе имају врло различиту дефиницију овог појма, што онемогућава јединствену примену наведеног изузетка. Стога, за концепирање правила која се тичу насиља у породици, најважније је одредити његов појам, како би се могло раздвојити понашање једног члана породице које је дозвољено од оног које би представљало недозвољено, насилно понашање. Насиље између блиских лица се налази, што је парадоксално, на раскршћу интимности, осећања, љубави и мржње. Кад ће једно понашање родитеља, примера ради, бити оцењено као усмеравање детета ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва, а кад ће бити оцењено као насиље у породици?

Породични закон Републике Србије<sup>25</sup> једном врло уопштеном и широком формулацијом одређује појам насиља као „свако дрско, без-

---

Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale ontelles fait progresser l'interprétation du risque grave prévu à l'article 13 (1) b) ?“, 54–60; A. Moylan, “L'expérience d'un juge d'Angleterre et du pays de Galles“, 17–20. Сви ови чланци су објављени на интернет сајту Хашке конференције, у рубрици: „Espaces spécialisés“, а потом: „Espace Enlèvement d'enfants“ и „La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant“.

<sup>23</sup> Овом питању је посвећен и Документ бр. 9, од 9. маја 2011. године, који је усвојио Стални биро Хашке конференције на предлог Специјалне комисије Хашке конференције за међународно приватно право о практичној примени конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце. – Hague Conference on Private International Law, <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>.

<sup>24</sup> Вид. напомену бр. 1. Тако су објављени статистички подаци из којих се види да је у 2008. години у 15 % случајева одбијен захтев за повратак. Од овог броја, 27 % се односи на случајеве „озбиљне опасности“ а 17 % на основу противљења детета. Како се истиче у извештају Сталног бироа, и неки други случајеви одбијања повратка детета се такође односе на насиље у породици. – Вид. препоруке и закључке Сталног бироа објављене на: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14f.pdf>.

<sup>25</sup> Породични закон – ПЗ РС, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 18/05.



обзирно и злонамерно понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице“ (чл. 197, ст. 1). Поред овога, у Породичном закону су набројани и неки типични примери овог насиља у породици, без амбиција да овај списак буде коначан, као што су: наношење или покушај наношења телесне повреде, изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу, присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14 година живота или немоћним лицем, ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање, као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање.<sup>26</sup>

У нашој правној теорији и пракси је постојала дилема да ли се насиљем у породици према одредбама породичног и кривичног законодавства сматра понашање које је нужно континуирано или може бити релевантан и само један акт насиља? Углавном је прихваћено, бар у породичном праву, да је довољан само један акт, премда у овом смислу не постоје строга правила.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> У поменутој Конвенцији о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (напомена под бр. 9), насиље у породици се дефинише као „свако дело физичког, сексуалног, психичког односно економског насиља до којег дође у породици или домаћинству односно између бивших односно садашњих супружника односно партнера, независно од тога да ли учинилац дели или је делио домаћинство са жртвом“.

<sup>27</sup> Више о овоме: С. Панов, „Насиље у породици – аспект детета“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 283. Други аутори истичу да је дилема да ли насиље мора бити континуирано или је релевантан један акт насиља вештачка. „У неким ситуацијама у породичном животу насилничким ће бити квалификован и један једини акт, док ће у другим приликама и околностима, можда, и више пута изречена увреда једног члана породице бити недовољна да суд утврди стање угрожености телесног интегритета, душевног здравља или спокојства другог члана породице и да одреди неку од заштитних мера.“ – Вид. М. Драшкић, „Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 346.

За кривично право се сматра да је за кривично дело „по правилу, потребно више радњи, а само у ретким ситуацијама кривично дело насиља у породици може се извршити једном изолованом радњом“. – М. Шкулић, „Основни елементи нормативне конструкције кривичног дела насиља у породици – нека спорна питања и дилеме“, М. Шкулић *et al.*, *Насиље у породици*, Београд 2009, 17. Врховни суд Републике Србије у предмету КЗЗ 46/06 од 15. јуна 2006. године је, поред осталог, закључио да „За постојање кривичног дела насиље у породици из члана 118-а КЗРС није неопходан елемент трајност или вишекратност радњи извршења.“ – Н. Милошевић, „Насиље у породици (са становишта кривичног законодавства и праксе)“, М. Шкулић *et al.*, *Насиље у породици*, 30.

Кад се ради о озбиљној опасности из чл. 13 Хашке конвенције, на првом месту треба истаћи физичку опасност по дете, које неће бити враћено у земљу у којој, на пример, бесни грађански рат. Али, поред тих спољних догађаја од ризика који је „објективан“, та неповољна ситуација може бити и субјективна. У овом смислу, и родитељ који захтева повратак може бити опасност уколико је био насилан према детету. У судској пракси се овај изузетак врло уско тумачи, како не би остао „мртво слово на папиру“, тј. није довољан један, изолован акт насиља, већ континуирано насиље у прошлости и опасност понављања у будућности да би се могао одбити захтев за повраћај детета по овом основу.<sup>28</sup>

У Конвенцији се не дефинише „неповољна ситуација“, односно „неподношљива ситуација“. Међутим, израз „озбиљна опасност“ сугерише да је поље примене прилично уско и да највише подсећа на објективни осећај да би за дете повратак био неповољан.<sup>29</sup> Због тешкоће око тумачења израза „неповољна ситуација“, Швајцарска је међународној заједници предложила усвајање посебног правног акта.<sup>30</sup> Она је 21. децембра 2007. године усвојила Закон о међународном одвођењу деце и хашким конвенцијама о заштити деце и одраслих, којим су одређени неки појмови из Хашке конвенције. Тако се у чл. 5 прецизира критеријум „неповољности“ из чл. 13, ст. 1б, где се каже да она постоји: а) кад смештај код родитеља који тражи повратак очигледно није у интересу детета; б) кад родитељ који тражи повратак детета с обзиром на околности случаја очигледно није у стању да се стара о детету у држави где оно има уобичајено место боравка (или се из оправданих разлога од њега не може захтевати да тако

---

<sup>28</sup> Вид. *Violence conjugale et familiale et l'article 13 „risque grave“ exception dans le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants: document de réflexion*, Hague Conference on Private International Law, <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>, 18.

<sup>29</sup> М. Н. Weiner, “Intolerable situations and counsel for children: Following Switzerland's example in Hague abduction cases“, *American University Law Review*, Vol. 58/2008, <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/58/weiner.pdf>, 375.

<sup>30</sup> Непосредни повод је био „the Wood case“. У овом случају, мајка је одвела своје двоје деце из Аустралије у Швајцарску. Пошто је случај откривен, деца су јој одузета и смештена у институцију на годину дана до повратка у Аустралију. Кад је дошло време за повратак, деца су присилно уведена у авион. По доласку у Аустралију, деца су поново смештена у хранитељску породицу, будући да се отац није могао старати о њима. Мајка се није вратила у Аустралију да не би била кривично гоњена због отмице деце. У међувремену, деца су променила неколико хранитељских породица. Коначно је аустралијски суд одлучио да се мајци повери вршење родитељског права и деца су враћена у Швајцарску. Укратко, деца су била код мајке као и пре отпочињања поступка за повратак, али су преживела велики стрес током трајања поступка.

поступи); или ц) кад смештај код трећих лица није у најбољем интересу детета.<sup>31</sup>

Посебно је питање како третирати ситуацију кад је родитељ који је одвео дете у опасности, а не директно дете. Како, уосталом, разликовати физичку опасност или психичку трауму која се причињава детету од оне која се чини родитељу. Зар не постоји психичко насиље над дететом ако свакодневно посматра како један родитељ физички злоставља другог?<sup>32</sup>

Што се тиче упоредног права, ситуација је врло различита и не постоји увек исти став, чак и у оквирима исте државе. Тако је у случају *Parsons c. Styger* донета одлука о повратку детета из Канаде у Калифорнију (САД), будући да је насиље од стране мужа било уперено према супрузи, а не детету. Истовремено, мајка није пружила довољно уверљиве доказе о насиљу према њој. Међутим, у другом врло познатом случају, *Pollastro c. Pollastro*, суд је одбио повратак детета јер је мајка, која је дете одвела, успела да докаже да је била жртва насиља од стране мужа. Према овој одлуци, насиље једног родитеља према другом може довести дете у ситуацију физичке или психичке опасности чак и у ситуацији кад се насиље не користи директно против њега.<sup>33</sup> Почевши од ове одлуке, судови у Канади све више при-

---

<sup>31</sup> Закон је доступан на The Federal Authorities of the Swiss Confederation website, <http://www.admin.ch/ch/fff/2008/33.pdf>. За време заседања 5. седнице Специјалне комисије Хашке конвенције, швајцарска делегација је предложила овај текст као допуну чл. 13, ст. 1б. Великом већином предлог је одбачен, највише због коришћења израза „најбољи интерес детета“. То је протумачено као први корак ка широком тумачењу наведеног изузетка из чл. 13. САД су сматрале да се управо најбољи интерес детета остварује кроз његов повратак. – Вид. М. Н. Weiner, 339–340.

<sup>32</sup> Очигледно да Виши суд у Ваљеву у наведеној одлуци није узео у обзир насиље које је учињено према родитељу који је дете одвео, иако значајна истраживања у друштвеним наукама показују да „постоји велика повезаност између партнерског насиља и проблема деце чак и онда када она нису директне жртве“. – Вид. М. Hester, L. Radford, *Domestic Violence and Child Contact in England and Denmark*, London 1996; A. E. Appel, G. W. Holden, “The Co-Occurrence of Spouse and Physical Child Abuse: A Review and Appraisal“, *Journal of Family Psychology* 12 (1998), 578–599; J. L. Edleson, “The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering“, *Violence Against Women* Vol. 5, (1999), 134–154. Нав. према: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct201-1pd09f.pdf>.

<sup>33</sup> Слична одлука је донета и у случају *Kovacs c. Kovacs*. Суд је одбио захтев за повратак детета од три године у Мађарску. По доласку у Канаду, мајка је захтевала да јој се да статус избеглице. Одбијала је да се врати у Мађарску јер јој је муж криминалац који је избегавао кривичну одговорност. Судија је одбио захтев из страха за сигурност детета. Користећи сличне аргументе као у случају *Pollastro*, судија је истакао да у контексту чл. 13, ст. 1б треба узети у обзир могућност физичке или психичке опасности по родитеља који се у потпуности стара о детету. Ово је нарочито случај у ситуацији кад се ради о врло малом детету чији су интереси неодвојиво

хватају идеју да озбиљан ризик по физичко и психичко стање родитеља представља такође озбиљан ризик за дете, што оправдава примену изузетка из чл. 13, ст. 1б.

Иако Хашка конвенција не помиње изричито обавезу органа да приликом доношења одлуке о повратку детета и о примени наведеног изузетка из чл. 13, ст. 1б узме у обзир његово мишљење како би утврдио његов најбољи интерес, таква обавеза проистиче из Конвенције о правима детета.<sup>34</sup> Односно, околности које указују да би повратак довео дете у неповољну ситуацију морају бити процењиване кроз најбољи интерес детета. У супротном, постоји опасност да одлука не прође пред судом у Стразбуру приликом одлучивања. У овом погледу илустративна је пресуда Великог већа у случају *Neulinger & Shuruk c. Suisse*,<sup>35</sup> којом је одбачен захтев за повратак детета у Израел у циљу заштите његовог најбољег интереса. Претходно је вођен дуготрајан поступак пред судом у Швајцарској у оквирима Хашке конвенције, а затим три године пред судом за људска права. Околности су биле нарочито тешке, будући да је отац који је захтевао повратак детета имао само право да дете виђа под надзором. Суд у Стразбуру је нашао, насупрот суду у Лозани, да није у најбољем интересу детета да се врати у Израел. Наиме, повратак би представљао опасност за дете, што не би било могуће без мајке. Ово последње би стога представљало несразмерно мешање у њено право поштовања породичног живота. Суд на крају констатује повреду чл. 8 Конвенције о људским правима, чиме је побијена претходна одлука првог већа Суда, који је донео другачију одлуку (08.01.2009).

Суд подвлачи да његов задатак није да замени надлежне органе у процени питања да ли би се дете суочило са озбиљним ризиком од физичке опасности у смислу чл. 13 Хашке конвенције, у случају повратка у Израел. Напротив, он је надлежан да истражи да ли су национални судови поштовали гаранције из чл. 8 Конвенције водећи нарочито рачуна о најбољем интересу детета.<sup>36</sup>

---

повезани са физичким и психичким здрављем родитеља. – Нав. према: J. Chamberland, (2003).

<sup>34</sup> Премда преамбула ове конвенције (која код нас није преведена) предвиђа да су „Државе потписнице Конвенције, дубоко уверене да је интерес детета од примарне важности за сва питања која се тичу његовог чувања...“, а посебно „на међународном плану заштите од штетних дејстава незаконитог одвођења или задржавања“.

<sup>35</sup> Пресуда бр. 41615/07, од 6. јула 2010. године.

<sup>36</sup> При процени овог најбољег интереса детета Суд је вероватно имао у виду и чињеницу да би у случају повратка у Израел мајка могла бити осуђена на казну затвора од 10 до 20 година, колика је иначе казна према Израелском кривичном зако-

Сличан став је заузео Дом лордова у Великој Британији у случају *Re D.*<sup>37</sup> У одлуци се каже да се не види како би тренутни повратак детета у Румунију могао бити у његовом најбољем интересу. На основу *Human Rights Act-a* 1998, забрањено је енглеским судовима да поступају неконзистентно у односу на права која су гарантована Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Ово се односи и на спор на основу Хашке конвенције, као и на било који други.<sup>38</sup>

#### 4. ПОСТУПАК ПРЕМА ХАШКОЈ КОНВЕНЦИЈИ У ОКОЛНОСТИМА НЕПОСТОЈАЊА РЕГУЛАТИВЕ

У правном систему Србије није регулисан поступак у предметима враћања детета према Конвенцији. Ипак, једна одлука Врховног касационог суда,<sup>39</sup> као и Нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања,<sup>40</sup> (чл. 20/1), упућује на примену правила ванпарничног поступка. При томе, према Одлуци, а и иначе, то, за сада, могу бити само општа правила Закона о ванпарничном поступку Србије,<sup>41</sup> а Нацрт формулише посебну ванпарничну процедуру. Чини се да је оптирање за посебну судску процедуру нужно, а правно-политички разлози одредиће да ли је адекватна ванпарнична или, ипак, парнична.

Пре свега, треба рећи да образложење поменуте Одлуке ВКС не делује убедљиво у мери да се, у недостатку регулативе, прихвати примена правила опште ванпарничне процедуре, како то следи из Одлу-

---

нику (чл. 369) за одвођење детета. Суд стога поставља питање (тачка 40) ко би се бринуо о детету у случају затварања мајке.

<sup>37</sup> Abduction: Rights of Custody) [2006] UKHL 51; [2007] 1 AC 619 para 51. – Нав. према: А. Cornec, *Il faut NOMMER l'intérêt supérieur de l'enfant: La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants: un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant*, Défense des Enfants International, [http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc\\_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain\\_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980\\_13p.pdf](http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980_13p.pdf).

<sup>38</sup> Једна чланица Дома лордова (*Hale*) је изнела мишљење већине рекавши да би повратак детета против његове воље представљао веома велику повреду његових права, већу него што би то представљао повреду права оца у случају одбијања његовог захтева за повратак. – Вид. фн. 22.

<sup>39</sup> Вид. Решење Врховног касационог суда (у даљем тексту ВКС), Рев 2239/10, од 24.02.2010, доступно на: <http://www.vk.sud.rs/rev-223910-vanparnicni-postupak-dozv-revizije-protiv-naloga-za-povratak-deteta-po-konvenciji-o-gradjansko-pravnim-aspektima-medjunarodne-otmice-dece.html>, 18. јун 2012.

<sup>40</sup> Вид. на <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html>.

<sup>41</sup> Закон о ванпарничном поступку – ЗВП, *Сл. гласник СР Србије*, бр. 25/82 и 48/88, и *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 46/95 – др. закон и 18/05 – др. закон.

ке. Наиме, у овом образложењу се позива на одредбу чл. 1/2 важећег ЗВП, који омогућава примену ванпарничне процедуре и „у другим правним стварима из судске надлежности за које законом није изричито одређено да се решавају у ванпарничном поступку, ако се не односе на заштиту повређеног или угроженог права нити се због учесника у поступку могу применити одредбе Закона о парничном поступку.“ Формулација упућује, прво, на то да мора бити одређена судска надлежност, и друго, на кумулативно испуњење још два услова.<sup>42</sup>

Проблем настаје већ у односу на услов судске надлежности. Хашка конвенција, која се иначе правно може непосредно применити,<sup>43</sup> прихвата надлежност суда или управног органа. Шта је правни основ одређивања надлежности суда? Наиме, наш централни извршни орган<sup>44</sup> „прослеђује“ овакве предмете суду, а судови се не оглашавају ненадлежним. Истовремено, ово „упућивање“ би могло значити и да су то поступци пружања међународне правне помоћи, али „Информација“ истог Министарства говори супротно.<sup>45</sup> Правила поступка у

---

<sup>42</sup> Вид. о методу тзв. законског разграничења више код: В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010, 571–573, односно одредбу чл. 1/1 ЗВП РС.

<sup>43</sup> Вид. одредбу чл. 16/2 Устава РС, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 98/06.

<sup>44</sup> Одсек за међународну правну помоћ Министарства правде РС у надлежности има и поступање у предметима међународне отмице деце, <http://www.mpravde.gov.rs/cr/artivles/ministarstvo/organizaciona-sema/sektor-za-normativne-poslove-i-medjunarodnu-saradnju/>, 22. јун 2012.

<sup>45</sup> Истовремено, надлежно министарство, као централни извршни орган, издало је „информацију“ за спровођење ове конвенције у циљу уједначавања праксе и ефикасније заштите права детета. У „информацији“ је речено да поступање по овој конвенцији не представља пружање међународне правне помоћи, односно да предмете у суду треба заводити у уписник под „Р“, а не у уписник под „Пом-И“, како је претходно рађено, па и у наведеној одлуци Вишег суда у Ваљево. Текст ове „информације“ није доступан на Интернету, али у литератури наилазимо на став да се и у њој позива на цитирани чл. 1/2 ЗВП, те да је предмет поступања издавање „налога за повратак детета“. – Вид. Б. Николић, „Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце“, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2011, 83 и 84, <http://www.kg.ap.sud.rs/assets/files/Bilten1-2011.pdf>, 22. јун 2012. Поступак је, према овом тексту, као и према Нацрту закона, двостраначки, предлагач је лице у чије име Министарство подноси молбу за враћање, а противник предлагача је лице које је дете противправно одвело из земље последњег пребивалишта, или га је противправно задржало. Поступак је, надаље, хитан, одлука се мора донети у року од шест недеља, мора се поштовати начело контрадикторности, а извођење доказа вештачењем је изузетно допуштено, само ради утврђивања околности из чл. 13 Конвенције, односно у вези сметњи за враћање детета. Одлука је у форми решења које садржи налог за повратак, односно предају детета у року од три дана од пријема решења, а којим се успоставља фактичко стање које је постојало пре отмице, а не конституише никакво право или правни однос. О жалби одлучује Виши суд, а ревизија није дозвољена.

стварима међународне правне помоћи многоструко су ограничавајућа, па се чини оправданим став Министарства, без обзира што је и то, суштински, ванпарнични поступак, а на тај начин резонује и ВКС у споменутој Одлуци. Наиме, пружање међународне правне помоћи има сасвим друге циљеве у односу на прекогранично враћање детета.<sup>46</sup>

Други услов јесте да поступку не сме претходити повреда или угрожавање субјективног права, тј. не сме постојати актуелни спор<sup>47</sup> између учесника једног правног односа. Уколико је поступку враћања детета претходила одлука надлежног органа којом је решено о питању вршења родитељског права, актуелног спора о томе заиста нема, и тада је овај услов задовољен. Ако то није случај, Конвенција у чл. 3/1б такође допушта постојање незаконитог одвођења или задржавања „ако су се у време одвођења или задржавања та права (старање, прим. аутора) остваривала, колективно или појединачно, или би се остваривала да није дошло до одвођења или задржавања“. Но, и у овом случају, с обзиром на одредбу чл. 19 Конвенције, односно да се одлука о враћању неће сматрати мериторном одлуком о било ком питању у вези са правом на старање, закључак би био да је поменути услов испуњен. Или, и ако има спора о праву на старање, тј. ако о њему није одлучено, неће се решавати у овом поступку. Спор о праву искључује ванпарницу, а укључује парницу у оквиру ових разматрања. Став теорије процесног права, пак, јесте да „несумњиво ванпарнично подручје представљају ствари статуса физичких и правних лица у случају да међу учесницима датог правног односа нема спора, а да постоји потреба да се однос уреди на сигуран и ауторитативан начин, од стране суда“.<sup>48</sup>

Трећи услов јесте да немогућност вођења парничног поступка следи из одређених карактеристика учесника у поступку, који се у теорији тумачи у корист одређења да је немогуће обезбедити двостраначку конструкцију поступка.<sup>49</sup> Ипак, поменути Нацрт закона говори о предлагачу и противнику предлагача (чл. 34), што асоцира управу на овакву конструкцију. Сам ванпарнични поступак може бити и двостраначки, а парница је увек двостраначка, па само овај елеменат не може бити одлучујући за одређивање модела поступка.

---

<sup>46</sup> О међународној правној помоћи, односно предмету помоћи и циљевима, вид. више код: S. Triva, M. Dika, *Grđansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004, 101, 102.

<sup>47</sup> Могућ је, међутим, тзв. латентни спор. – Вид. код Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 571, и литературу на коју се аутори позивају.

<sup>48</sup> Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 573.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 572.

Анализа наведених услова из чл. 1 ЗВП упућује нас на закључак да ће бити тешко одредити се између примене правила ванпарничне и парничне процедуре. Стога ће одлука о томе зависити од оцене законодавца шта је најцелисходније, а у складу са циљевима Конвенције. У том светлу треба коментарисати и наведену одлуку ВКС по ревизији, односно одлуке нижих судова.<sup>50</sup> ВКС је, наиме, изоловао из одредбе чл. 1/2 ЗВП само део којим се омогућава да се поступак спроводи по правилима ванпарничне процедуре ако се предмет не односи на заштиту повређеног или угроженог права, занемаривши, при томе, други кумулативни услов који се односи на учеснике у поступку.

Неусклађеност и дилеме праксе упућује на закључак да је неопходно што пре правно нормирати поступак у предметима прекограничног одвођења деце према Конвенцији.

## **5. ВАНПАРНИЧНИ ПОСТУПАК КАО МОГУЋИ МОДЕЛ ЗАШТИТЕ – НАЧЕЛА ПОСТУПКА И ДОКАЗИВАЊЕ**

Процесноправни проблем, који се препознаје већ из претходних напомена, јесте да ли је ванпарница адекватан модел заштите у овим стварима. Разлог у прилог ванпарнице је, свакако, наглашена примена истражног начела у односу на парницу. Наиме, одредбом чл. 8, ст. 2 ЗВП, предвиђено је да суд „може“ да утврђује и чињенице које учесници нису изнели или које нису међу њима спорне, ако су важне за доношење одлуке. Ово је од посебног значаја у контексту примене чл. 13, ст. 1б Конвенције, односно доказивања постојања „озбиљне опасности да би повратак изложио дете физичкој или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај“. Наиме, мада терет доказивања ових чињеница јесте на ономе ко такво шта тврди, морамо узети у обзир неопходност утврђивања најбољег интереса детета.<sup>51</sup> То је обавеза суда и сваког другог органа у свим активностима које се тичу деце (чл. 6, ст. 1 и 2 ПЗ РС), па је овде реч о примени истражног начела, о чему би и будућа регулатива морала водити

---

<sup>50</sup> Вид. напомену бр. 3 у овом раду.

<sup>51</sup> Уз ова разматрања везано је и питање сазнања мишљења детета, али и претходно, права детета да самостално или преко заступника изрази такво мишљење. И у овом поступку право да буде саслушано има дете старије од десет година, за које се претпоставља да има способност да формира мишљење, иначе се може покренути поступак за заштиту права детета према чл. 261–273 ПЗ РС. Уколико се утврди да је дете испод тог узраста способно да формира мишљење, такође има право да га слободно изрази (чл. 65 ПЗ РС). Конвенција управо одредбом чл. 13/2 обавезује суд да о враћању саслуша дете које је напунило оне године и стекло степен зрелости при коме је потребно узети у обзир његово мишљење уважавајући национални нормативни оквир.



рачуна.<sup>52</sup> Да ли је то супротно забрани да се не сме одлучивати о праву на старање? Чини нам се да је одговор негативан, стога што одлука мора бити одговор на питање да ли постоји један од конвенцијских разлога за одбијање, укључујући и разлог чл. 13, ст. 1б. При одлучивању о постојању чињеница које омогућавају одбијање захтева према овој одредби Конвенције потенцирана је управо оцена најбољег интереса детета. Односно, постојање „озбиљне опасности“ мора се ценити у контексту најбољег интереса детета. Такође, чл. 13, ст. 3 Конвенције обавезује надлежни орган да „узме у обзир“ податке који се односе на „социјално порекло“ детета до којих долази сарадњом са централним органом државе у којој дете стално борави, што упућује и на истражну максиму, али и на утврђивање најбољег интереса. Надаље, формулација „није дужан“ да наложи враћање из чл. 13, ст. 1б мора значити да суд процењује степен доказаности чињеница које упућују на поменуту опасност, а о степенима доказаности се у теорији грађанског процесног права говори у два вида – уверење или извесност, које елиминира сваку „разумну сумњу“, и вероватноћа, у смислу да је претежан утисак суда, да постоји више аргумената који говоре у прилог постојања одређене чињенице.<sup>53</sup> Чини се да је виши степен доказаности у односу на чињенице из чл. 13, ст. 1б неопходан стога што је став теорије, такође, да се он захтева за све оне чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева.

Поред овога, питање је и како се врши доказивање, односно да ли је неопходно да чињенице које указују на „озбиљну опасност“ буду утврђиване од стране суда у поступку оцене доказа, или је довољно да постоје полицијски или медицински извештаји које суд узима у подлогу одлуке без оцене. Експерти су, тако, подељени око степена и природе доказа који су неопходни да би се доказало насиље у породици. Једни указују да постоји обавеза родитеља који је дете одвео да докаже постојање насиља у породици, док други узимају да је дужност органа надлежног за доношење одлуке о враћању детета да истражи чињенице и осигура заштиту детета. Ипак, према одредби чл. 13, ст. 1б Конвенције, одговор је јасан. Терет доказивања је на лицу, институцији или организацији која се супротставља повратку. У контексту наше теме, то је углавном родитељ детета који га је одвео, најчешће у земљу свога порекла.

---

<sup>52</sup> Вид. и чл. 22 Нацрта закона, који истражном начелу даје примат у односу на чињенице које ни једна странка није навела.

<sup>53</sup> Вид. више код S. Triva, M. Dika, 480, 481, као и код B. Познић, В. Ракић-Водинелић, 310, 311.

У погледу стандарда доказивања, Конвенција једино предвиђа да се чињенице које указују на постојање неповољних околности морају доказати.<sup>54</sup> У нашој пракси, односно како произлази из навођене одлуке Вишег суда у Ваљевоу, оцена о испуњености услова за одступање од обавезног враћање детета је изузетна и „мора бити заснована на недвосмисленим и чврстим доказима“. Судови у Великој Британији, Аустралији, Канади, Н. Зеланду и САД оклевају да одбију повратак детета у случају насиља у породици. Традиционално, судови веома уско тумаче одредбу чл. 13, ст. 1б, на начин да она може бити примењена само у изузетним околностима. Основни циљ је да онај ко је дете одвео не извуче никакву „корист“ из свог незаконитог акта и да не може рачунати да ће последица тога одвођења бити стварање озбиљног ризика или неповољне ситуације у случају повратка. Имајући ово у виду, и стандард доказивања који се тражи у овим земљама је врло висок. У судској пракси САД тражи се да тврдње из чл. 13, ст. 1б буду доказане на „јасан и убедљив“ начин, сагласно законским правилима. При томе, судови игноришу израз „неповољна ситуација“ из чл. 13, ст. 1б, и своје одлуке базирају углавном на доказивању постојања „озбиљне опасности од физичких и психичких повреда“, или је подводе под израз „озбиљна опасност од физичких или психичких повреда“.<sup>55</sup> Судови у Великој Британији (Енглеска и Велс) врло рестриктивно интерпретирају изузетак из чл. 13, ст. 1б. Они захтевају да докази буду „јасни и необориви“.<sup>56</sup> Судови у другим државама захтевају да се за постојање наведеног изузетка пруже јасни и необориви докази, или захтевају висок степен доказаности.

Очигледно је да поједине земље кроз високе стандарде доказивања насиља у породици теже што рестриктивнијој примени изузетка из чл. 13. Неке од њих, као што то раде аустралијски судови, такав став правдавају тврдњом „да се врши повратак у земљу уобичајеног бора-вишта, а не једном лицу или посебном региону“.<sup>57</sup> Истовремено, судови у Н. Зеланду сматрају да наредба за повратак детета у једну земљу није наредба за враћање детета родитељу и да оно остаје под одговорношћу централног органа у тој другој земљи.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> У судској пракси САД тражи се да тврдње из чл. 13, ст. 1б буду доказане на „јасан и убедљив“ начин сагласно законским правилима. – International Child Abduction Remedies Act (ICARA), 42 U.S.C. S. 11603(e)(2)(A), [http://travel.state.gov/pdf/International\\_Child\\_Abduction\\_Remedies\\_Act.pdf](http://travel.state.gov/pdf/International_Child_Abduction_Remedies_Act.pdf).

<sup>55</sup> Нав. према: М. Н. Weiner, 345.

<sup>56</sup> Апелациони суд UK, 12/02/1999.

<sup>57</sup> J. Kay, *Australian journal of family law*, novembre 2005, volume 19; Нав. према: J. Gillen, 34–35.

<sup>58</sup> J. Gillen, 34–35.

Неке друге земље, као што је Француска, наклоњене су ширем тумачењу наведених изузетака из чл. 13, ст. 1б. Овакав став проистиче највише из чињенице да судови, као што је речено, наведене изузетке из чл. 13, ст. 1б тумаче из угла најбољег интереса детета.<sup>59</sup> С обзиром на нашу националну регулативу и обавезе у односу на заштиту најбољег интереса детета, чини нам се да је овакво, шире схватање изузетака из чл. 13, ст. 1б, и за нас прихватљивије.

Од посебних начела ванпарничне процедуре треба, свакако, у контексту претходних излагања, поменути и начело посебне бриге о правима лица под специфичном друштвеном заштитом. Оно је типично управо за статусне ванпарничне поступке, а свакако је шире прихваћено у ванпарничном него у парничном поступку. Даље, кад је реч о начелу контрадикторности, поменимо да оно општим одредбама ЗВП није регулисано на генералан начин. Ипак, то је опште начело модерних судских поступака и као такво гарантовано и на међународном нивоу. Уз то, поступци према Конвенцији имају „предмет“ посебно осетљиве природе, па и примена овог начела мора бити гарантована процесним инструментаријем. У оквиру ових разматрања треба укључити и потребу заказивања и одржавања расправних рочишта у ванпарничном поступку. Опште одредбе ЗВП обавезују суд да их одржава ако је то посебним законом наложено, кад сам оцени да је то потребно ради разјашњења или утврђивања одлучних чињеница, или кад из других разлога то сматра целисходним. На овај начин, генерално, дата могућност ванпарничном суду у посебним поступцима се конкретизује, односно може конкретизовати у складу са природом правне ствари. Уз то мора бити потенцирана потреба нарочите хитности и у заказивању и одржавању рочишта, с обзиром на одредбу чл. 11 Конвенције, а супсидијарна примена Закона о парничном поступку, или посебне одредбе у закону којим би се поступак враћања регулисао су начин да се „временским оквиром“ поступак сведе на шест недеља према Конвенцији. Али, свакако се чини неопходним да се рочиште(а) организује и спроведе с обзиром на потребу извођења доказа, посебно у примени чл. 13.<sup>60</sup>

Искључење јавности је у статусним ванпарничним поступцима такође опција која се не противи примени оваквог модела процедуре

---

<sup>59</sup> Вид. В. Vassallo, *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance : conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale, Bruxelles II bis*, <http://www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html>.

<sup>60</sup> У том смислу, и одредба чл. 43 Нацрта закона. Истовремено, и поменута Информација Министарства „допушта“ вештачење управо у односу на примену чл. 13 Конвенције.

и на поступак према Конвенцији, без обзира што је предмет успостављање пређашњег стања,<sup>61</sup> стога што ће се, сасвим сигурно, у поступку износити чињенице повезане уз личне и породичне прилике. Неопходно је, такође, да судије буду посебно едуковане за вођење ових поступака, али се овај захтев не противи примени правила посебне ванпарничне процедуре.

И овако сумарна анализа могла би водити ставу да ванпарница може бити адекватан метод заштите, свакако уз регулисање низа специфичности примерених оваквим правним стварима.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Хашка конвенција која је донета још 1980. године инсистира на брзом повратку детета у уобичајено место боравка, без прејудуцирања питања вршења родитељског права. Конвенција о правима детета која је донета девет година касније инсистира на принципу заштите најбољег интереса детета у свим поступцима кад се одлучује о правима детета, према томе и у овом који се води за његов повратак. У контексту овога, у раду је сагледано питање да ли је у интересу детета да буде враћено у државу где има уобичајено место боравка ако је оно или родитељ било жртва насиља у породици и постоји вероватноћа да ће се оно наставити по повратку. Ако већ нема спремности да се Хашка конвенција мења и прилагоди захтевима из Конвенције о правима детета, онда је у пракси потребно изнаћи праву равнотежу између циљева Конвенције за брзим повратком детета и интереса детета које ризикује да буде враћено у средину у којој ће оно или његов

---

<sup>61</sup> Тако резонује и ВКС у наведеној Одлуци, говорећи о „привременој одлуци посебне врсте“. Но, занимљива је у овом контексту ситуација у којој се из једног од конвенцијских разлога одбије захтев за враћање, а затим страна која није успела у поступку покрене поступак за признање стране судске одлуке којом је решено о праву на старање, а којом се дете управо поверава тој страни. У случају да се одлука страног суверенитета призна, заправо се изигравају одредбе Конвенције. Наиме, формалноправно се одлучује о различитим правним стварима с обзиром на то да се одлука на основу Конвенције не сме односити на право на старање. Која одлука се тада има извршити? Резонујући о одлуци којом се захтев одбија као и када се усваја, као о привременој одлуци посебне врсте, она би имала значај само док се не затражи, односно оствари, признање и извршење одлуке о праву на старање. – О томе, вид. *Изазови у примени Конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице дјетета, презентација Босне и Херцеговине*, <http://www.mpravde.gov.rs/PREZENTACIJA-%20BOSNA.doc>, 18. јун 2012. Такође, ни Конвенција не помиње поновљено одвођење или ситуацију када, на пример, други родитељ, друго лице, то доцније учини. Или, увек се примењује иста процедура, што, такође, упућује на привременост одлуке, али и поменути могућност изигравања одредаба Конвенције и тиме њених циљева, као и много драстичније последице већег броја сукцесивних различитих одлука.

родитељ, најчешће мајка, бити малтретирани. Линија између ово двоје је често деликатна и понекад контроверзна.

И као што се не може захтевати ни од једне земље у којој се налази дете да га врати у окружење које за њега представља озбиљан ризик, тако се не може допустити да овај изузетак функционише као замена за утврђивање најбољег интереса детета, што је у надлежности судова земље где дете има уобичајено место боравишта. Од органа који одлучује о повратку детета захтева се да у процени ризика повратка мора поћи од тога да ли је родитељ који је дете одвео предузео све разумне мере да га заштити и да се одвођење не може сматрати фактором сталног ризика. Овај принцип обавезује одрасле да заштиту захтевају, пре свега, од судова у земљи где дете има уобичајено место боравишта.

У недостатку законске регулативе, низ специфичности поступка доношења одлуке о враћању детета у случају незаконитог прекограничног одвођења упућује на примену правила посебног ванпарничног поступка. Ова процедура може чинити садржину посебног закона, али се у оквиру реформе ванпарничне процедуре, о чијој неопходности се већ дуже време говори, могу у оквире новог закона о ванпарничном поступку укључити и ова посебна правила. И једно и друго решење подразумевају свестрану анализу и, сходно томе, уношење низа специфичности које овај поступак захтева. Посебно је битно поштовати оквире, односно међународне стандарде, које у том смислу даје сама Конвенција, али и националне, посебно о заштити дечјих права и обавезе изналажења и заштите најбољег интереса детета.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Appel, Anne E., Holden, George W., “The Co-Occurrence of Spouse and Physical Child Abuse: A Review and Appraisal“, *Journal of Family Psychology* 12 (1998);
2. Vassallo, Bénédicte, *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance : conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale, Bruxelles II bis*, <http://www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html>;
3. *Violence conjugale et familiale et l'article 13 „risque grave“ exeption dans le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur less aspects civils de l'enlevement international d'enfants: document de reflection*, Hague Conference on Private International Law, <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>;
4. Gillen, John, “Le retour sans danger de l'enfant: La Convention de la Haye et les violences familiales – amies ou ennemies ? – un point de vue de common law sur les interpretation de l'article 13(1) b) de la Conventio de la Haye dans le contexte de violence familiales“, *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, [www.hcch.net](http://www.hcch.net);
5. Gosselain, Caroline, *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: convention bilaterales et etats de tradition islamique*, Hague Conference on Private International Law, [http://www.hcch.net/upload/abd2002\\_pd7f.pdf](http://www.hcch.net/upload/abd2002_pd7f.pdf);
6. Драшкић, Марија, „Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008;
7. Ђундић, Петар, „Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима отмице деце од 25. октобра 1980. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004;
8. Edleson, Jeffrey L., “The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering“, *Violence Against Women*, Vol. 5, (1999);
9. *Изазови у примени Конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице дјеце, презентација Босне и Херцеговине*, <http://www.mpravde.gov.rs/PREZENTACIJA%20BOSNA.doc>;
10. Lowe, Nigel, Everall, Mark, Nicholls, Michael, *International Movement of Children*, London 2004;
11. Lowe, Nigel, Armstrong, Sarah, Mathias, Anest, *Analyse statistique des demandes déposées en 1999 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, [www.hcch.net](http://www.hcch.net);
12. L'Heureux-Dubé, Claire, “Chérir nos enfants: le rôle de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants“,

- La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant : A) tome V*, Printemps 2003;
13. Moylan, Andrew, “L’expérience d’un juge d’Angleterre et du pays de Galles“, [www.hcch.net](http://www.hcch.net);
  14. Милошевић, Никола, „Насиље у породици (са становишта кривичног законодавства и праксе)“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић *et al.*) Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009;
  15. Николић, Биљана, „Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце“, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2011, <http://www.kg.ap.sud.rs/assets/files/Bilten12011.pdf>;
  16. *Oxford Dictionary Thesaurus & Worldpower Guide*, Oxford 2001;
  17. Панов, Слободан, „Насиље у породици – аспект детета“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Правни факултет, Крагујевац 2006;
  18. Познић, Боривоје, Ракић-Водинелић, Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 2010;
  19. Silberman, Linda, “Une décision américaine récente: Danaipour c. McLarey“, *La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant : A) tome V*, Printemps 2003;
  20. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Zagreb 2004;
  21. Fisher, Shireen, “La sécurité de l’enfant lors de son retour: dans quelle mesure les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale ont-elles fait progresser l’interprétation du risque grave prévu à l’article 13 (1) b) ?“, [www.hcch.net](http://www.hcch.net);
  22. Hester, Marianne, Radford, Lorraine, *Domestic Violence and Child Contact in England and Denmark*, Jessica Kingsley Publishers, London 1996;
  23. Chamberland, Jacques, “L’article 13 para. 1 b) et la violence conjugale : la situation canadienne“, *La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant : A) tome V*, Printemps 2003;
  24. Chamberland, Jacques, “Violence conjugale et enlèvement international d’enfants : quelques pistes de réflexion“, *The Judges' Newsletter*, Volume X, Autumn 2005, <http://www.hcch.net/upload/autumn2005.pdf>;
  25. Chamberland, Jacques, “Présentation générale: la Commission spéciale 2006: un point de vue canadien“, [www.hcch.net](http://www.hcch.net);
  26. Collienne, Fleur, Wautelet, Patrick, *Enlèvement international d’enfants — La pratique des juridictions belges*, Open Repository and Bibliography, <http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/12865/1/Collienne%20Wautelet%20Enlevement%20Enfants.pdf>;
  27. Cornec, Alain, *Il faut NOMMER l’intérêt supérieur de l’enfant: La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants: un exemple d’intérêt supérieur de l’enfant*, Défense des Enfants International, [69](http://www.dei-fran-ce.org/journees-</a></li></ol></div><div data-bbox=)

*etude/je2010/doc\_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain\_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980\_13p.pdf*;

28. Шаула, Валерија, „Примјена норми међународног права у пракси судова у Босни и Херцеговини – један позитиван примјер“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци* 34/2012;
29. Шкулић, Шкулић, „Основни елементи нормативне конструкције кривичног дела насиља у породици – нека спорна питања и дилеме“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић *et al.*) Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009;
30. Weiner, Merle H., “Intolerable situations and counsel for children: Following Switzerland's example in Hague abduction cases“, *American University Law Review*, Vol. 58/2008, <http://www.wcl.american.-edu/journal/lawrev/58/weiner.pdf>.

#### Правни извори

1. International Child Abduction Remedies Act (ICARA), 42 U.S.C. S. 11603(e)(2)(A), [http://travel.state.gov/pdf/International\\_Child\\_Abduction\\_Remedies\\_Act.pdf](http://travel.state.gov/pdf/International_Child_Abduction_Remedies_Act.pdf);
2. Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/91;
3. Одлука Вишег суда у Ваљеву, Гж2 23/11, [http://www.visisudva.-com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=142&Itemid=75](http://www.visisudva.-com/index.php?option=com_content&task=view&id=142&Itemid=75);
4. Породични закон, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 18/05;
5. Решење Врховног касационог суда, Рев 2239/10, од 24.02.2010, <http://www.vk.sud.rs/rev-223910-vanparnicni-postupak-dozv.-revizije-protiv-naloga-za-povratak-deteta-po-konvenciji-o-gradjansko-pravnim-aspektima-medjunarodne-otmice-dece.html>;
6. Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СР Србије*, бр. 25/82 и 48/88, и *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 46/95 – др. закон и 18/05 – др. закон.

*Professor Zoran Ponjavić, LL.D.*

*Professor Dušica Palačković, LL.D.*

Faculty of Law,  
University of Kragujevac

## INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AND DOMESTIC VIOLENCE

### *Summary*

Separated or divorced parents in some extreme situations, resort to the child abduction which violates the rights of the custodial or visitation parent, not to mention the child's right to maintain contacts with both par-



ents. According to some research, it has been concluded that most of the cases of unlawful child taking, i.e. abduction, occurs in the context of family violence. Thus, the international child abduction can be viewed at the same time as a response to the partner's violence and the partner's violence itself.

In this work the authors analyze the issue of family violence in the context of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (The Hague Convention). The adopted principles of territorial jurisdiction, that is the obligation to return the child to the place of residence, should discourage all those who consider taking the child abroad without the consent of the other parent. Special attention is given to the exception stated in Art. 13 (1) b of this Convention: “ there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation”. The relevant court will refuse to order the child's return if the parent can prove that such circumstances exist. This poses a difficult task before court since it is usually located far away from the place where the act of violence in the family allegedly occurred, as well as to establish whether it actually was the act of family violence, and not just the parent's claim used as an excuse to abduct the child. Also, the court procedure should respect all other rights guaranteed to the child by the Convention of the Rights of the Child, before all the child's right to express his opinion in order to determine the best interest of the child. This raises the question related to a number of procedural issues, before all related to the character of the court procedure.

Also, special difficulty lies in the fact that this exception should be interpreted in a very narrow context in order not to jeopardize the principles of the Hague Convention, while the concept of family violence is very broadly defined in the Republic of Serbia legislation. This underlines the need that the content of the provision from Art. 13 (1) b should not be identified with the term family violence.

**Key words:** *International child abduction; Hague Convention; Family violence; Procedural rules.*