

ПРЕКОГРАНИЧНО ОДВОЂЕЊЕ ДЕЦЕ У СЛУЧАЈУ ПОРОДИЧНОГ НАСИЉА

***Апстракт:** 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) захтев за повратак детета у државу где дете има уобичајено место боравка биће изузетно одбијен 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 доказивања околности које указују на постојање насиља у породици на основу којих би се могао одбити захтев за повратак детета, нарочито у контексту заштите његовог најбољег интереса.

***Кључне речи:** прекогранично одвођење, Хашка конвенција, насиље у породици, доказивање.*

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 свога порекла. Овим се крше права детета, а 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.

Према неким истраживањима утврђено је да се већина ових случајева дешава у контексту породичног насиља.¹ 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.1 б 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.² При томе, потребно је изнаћи праву равнотежу између потребе да се оствари основни 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,

1 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; Видети: Lowe, Everall et Nicholls, International Movement of Children, стр.335, Наведено према: John 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; www.hcch.net (La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant).

2 Овој теми, односа насиља у породици и изузетка у примени Хашке конвенције из чл. 13. ст.1б, посвећен је и извештај (бр. 9) Сталног бироа Хашке Конференције од 9. маја 2011. године. Извештај је објављен на сајту: <http://www.hcch.net>

из 2011. године³ пружају основа за закључак да се наведени изузетак крајње рестриктивно тумачи.⁴

Први део излагања тиче се дефиниције насиља у породици у оквирима чл.13. 1.б. Други део се односи проблем доказивања околности које упућују на примену изузетка из овог члана Хашке конвенције.

1. 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 грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту “Хашка конвенција”).⁵

Нема никакве сумње данас 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

3 Одлука Вишег суда у Ваљевоу, Гж2 23/11, објављена на; http://www.visisudva.com/index.php?option=com_content&task=view&id=142&Itemid=75. О овом случају писани медији су данима извештавали. Видети:Лист «Прес»од 30 и 27. децембра 2011. године. Наиме, у овом случају одвођења детета из Републике Хрватске у Републику Србију, Виши суд у Ваљевоу је донео решење којим је наложен повратак детета у Хрватску. У Хрватској је мајка била 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 свога 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.тач.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.

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

5 Објављена у Службеном листу СФРЈ- Међународни уговори, 7/1991, на снази од 01.12.1991. године. У складу са чл.16.ст.2. Устава Републике Србије, потврђени међународни уговори су саставни део унутрашњег правног поретка и примењују се непосредно.

ће га изгубити.⁶ 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.⁷ Статистичке студије показују да је највећи број ових родитеља мајке.⁸ Више од половине између њих су биле жртве насиља од стране свога партнера.

Конвенција се сада примењује у околностима када 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.⁹ Поред овога, у многим земљама формирају се специјални судови за борбу против насиља у породици, 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, физичком развоју. Без обзира што је измењен профил родитеља који дете одводи и без обзира што је породично насиље окидач за бежање преко границе, ниједна промена текста Конвенције од њеног усвајања до данас 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.¹⁰ Наиме, у Конвенцији се инсистира на успостављању 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.¹¹ 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

6 J. Chamberland, Violence conjugale et enlèvement international d'enfants : quelques pistes de réflexion, стр. 70-78. Писма судија, т.Х, јесен 2005. Доступно на: <http://www.hcch.net/upload/autumn2005.pdf>

7 Наведено према: J. Gillen, н.дело, стр.31-36.

8 Према једној студији у 69% случајева мајке су те које одводе децу преко границе. У питању је студија: N. Lowe, S. Armstrong et 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 ». Наведено према: Исто.

9 Савет министара Савета Европе је 11. маја 2011, на 121. заседању у Истанбулу усвојио Конвенција 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.

10 Поред ове Конвенције постоје и друге, регионалне, са готово идентичним циљевима. Као што су Европска конвенција о признању и извршењу одлука у области чувања деце и успостављања чувања деце, од 20 маја 1980. године (Луксембуршка Конвенција). На америчком континенту усвојена је Интер америчка конвенција о повратку деце, 15. јула 1989 (Конвенција из Монтевидеа).

11 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

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 и 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 конвенција у односу на све друге 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 са 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.¹² Поред тога, она се може критиковати и стога што се примењује само на децу млађу од 16 година, због постојања изузетака у примени Конвенције, због неодређености појма уобичајеног боравишта детета, итд.¹³

Конвенција се примењује између држава потписница,¹⁴ тј, сваки пут када 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 када 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.¹⁵

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 постоје изузеци. Има их укупно

12 О тешкоћама примене Конвенције у неким исламским земљама видети: С. Gosselain, *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: convention bilaterales et etats de tradition islamique*, http://www.hcch.net/upload/abd2002_pd7f.pdf

13 О појму редовног боравишта детета видети: П. Ђунтић, *Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима отмице деце од 25. октобра 1980. године*, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 2/ 2004, стр. 551-570. Према чл.3.ст.1. Нацрта Закона о грађанскоправној заштити од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања који је израдило Министарство правде РС «под уобичајеном боравиштем детета, у смислу овог закона, подразумева се место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину».

14 До сада је 87 држава приступило овој Конвенцији.

15 Код нас је то Министарство правде.

шест¹⁶ и изричито су набројани у Конвенцији. Како се то често наглашава они морају бити рестриктивно тумачени, да не би били доведени у питање принципи саме Конвенције.^{17/18}

2. Неповољан положај (неподношљива ситуација), као разлог одбијања

У раду ћемо се бавити само са четвртим изузетком, који се иначе у пракси највише користи.¹⁹ 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).²⁰ У одбрану одвођења родитељ покушава да другог родитеља (који захтева повратак) представи као неподобног по дете. Родитељ који тражи повратак детета говори о “киднаповану” 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

16 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 по-вратку 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 од-вођење 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.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).

17 Видети: 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.

18 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 дече у другу државу. Тако: пресуда од 8.01.2009, у случају Neulinger и Shuruk против Швајцарске, представка бр. 41615/07.

19 Који је у пракси најчешћи. Видети: F. Collenne, P. Wautelet, Enlèvement international d'enfants — La pratique des juridictions belges, наведено према: <http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/12865/1/Collienne%20Wautelet%20Enlevement%20Enfants.pdf>.

20 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 Univeristy Press, 2001, стр. 682.

представити дете као “озбиљну” жртву насиља чији је положај “неподношљив” за шта оптужује другог родитеља. При овоме се поставља питање води ли заиста родитељи рачуна о интересима детета.

Очигледно је да су све околности из чл.13. ст.1б), или бар већина њих, упућује на радње које би се могле сврстати у акте насиља у породици.²¹ Питања која се тичу насиља у породици све су чешћа преокупација судске праксе, тема су тзв. Писма судија²², али и у научној литератури у контексту Хашке Конвенције. И на седницама Специјалне комисија 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.²³

Број одбијених захтева услед насиља у породици је значајан са тенденцијом повећања.²⁴ Истовремено Стални биро Хашке Конференције указује да насиље у породици представља стварни изазов у функционисању Хашке Конвенције.

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

22 У питању су радови судија који се баве овим проблемом у пракси и који се објављују на сајту Хашке конференције (www.hcch.net) за међународно приватно право. Видети: J. Chamberland, «L'article 13 para. 1 b) et la violence conjugale : la situation canadienne », p. 17 à 21, ; L. Silberman, « Une décision américaine récente : Danaipour c. McLarey », p. 21 à 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 », p. 25 à 29 ; J. Chamberland, « Violence conjugale et enlèvement international d'enfants : quelques pistes de réflexion », p. 70 à 78 ; J. Gillen, « Le retour sans danger de l'enfant : la Convention de La Haye et les violences familiales – Amies ou ennemies ? », p. 31 à 36 ; J. Chamberland, « Présentation générale : la Commission spéciale 2006 : un point de vue canadien », au para. 8, p. 28 ; S. Fisher, « 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) ? », p. 54 à 60 ; A. Moylan, « L'expérience d'un juge d'Angleterre et du pays de Galles », p. 17 à 20. Сви ови чланци су објављени на интернет сајту Хашке Конференције www.hcch.net, у рубрици: « Espaces spécialisés », а потом: « Espace Enlèvement d'enfants », и « La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant ».

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

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

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 је тешко утврдити. Ипак, прва и основна тешкоћа у вези овога проистиче из чињенице да није јасно када постоји насиље у породици, будући да државе имају врло различиту дефиницију овог појма што онемогућава јединствену примену наведеног изузетка. С тога, за конципирања 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. Када 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 када ће бити оцењено као насиље у породици?

Породични закон Републике Србије²⁵ једном врло уопштеном и широком формулацијом одређује појам насиља као “ свако дрско, безобзирно 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.²⁶

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.²⁷

²⁵ Породични закон Републике Србије (у даљем тексту ПЗ РС), «Службени гласник Републике Србије», 18/2005.

²⁶ 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»

²⁷ Више о овоме: С. Панов, Насиље у породици-аспект детета, Зборник радова:Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 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,

Када 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, нпр, 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 Конвенција не би постала “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.²⁸

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.²⁹ Због тешкоће око тумачења изрази “неповољна ситуација” Швајцарска је међународној заједници предложила усвајање једног посебног правног акта.³⁰ Она је 21. децембра 2007. године усвојила Закон о

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». Видети: М. Драшкић, Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2008, стр. 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». Овако: М. Шкулић, Основни елементи нормативне конструкције кривичног дела насиља у породици - нека спорна питања и дилеме, *Зборник радова «Насиље у породици»*, М. Шкулић, [и др.], Београд : Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2009, стр.17. Врховни суд Републике Србије у предмету КЗЗ 46/06 од 15. јуна 2006. године је поред осталог закључио да је „За постојање кривичног дела насиље у породици из члана 118-а КЗРС није неопходан елемент трајност или вишекратност радњи извршења.“ Наведено према: Н. Милошевић, *Насиље у породици (са становишта кривичног законодавства и праксе)*, *Зборник радова «Насиље у породици»*, н. дело, стр. 30.

28 Видети: *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 reflection*, стр.18; <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>

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

30 Непосредни повод је био “the Wood case”. У овом случају мајка је своје двоје деце одвела из Аустралије у Швајцарску. Пошто је случај откривен деца су јој одузета и смештена у институцију на годину дана до повратка у Аустралију. Када 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

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) када смештај код родитеља који тражи повратак очигледно није у интересу детета, б) када 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 поступи), или ц) када смештај код трећих лица није у најбољем интересу детета.³¹

Посебно је питање како третирати ситуацију када 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?³²

Што се тиче упоредног права ситуација је врло различита и не постоји увек исти став, чак и у оквирима исте државе. Тако је у једном 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 једном 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

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.

31 Закон је доступан на: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2008/33.pdf>. За време заседања 5. седнице Специјалне Комисије Хашке конвенције швајцарска делегација је предложила овај текст као допуну чл.13.ст.б. 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. Видети: М. Н. Weiner, н.дело, стр.339-340.

32 Очигледно да Виши суд у Ваљеу, 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». Видети: Hester et Radford, *Domestic Violence and Child Contact in England and Denmark*, Polity Press, 1996 ; A.E. Appel et G.W. Holden, “The Co-Occurrence of Spouse and Physical Child Abuse: A Review and Appraisal”, *Journal of Family Psychology*, 12 (1998), p. 578 à 599 ; Jeffrey L. Edleson, “The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering”, *Violence Against Women*, Vol. 5. 134-154 (1999). Наведено према: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>

чак и у ситуацији када се насиље не користи директно против њега.³³ Почевши од ове одлуке судови у Канади све више прихватају 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.³⁴ Односно, околности које указују да би повратак дете довео у неповољну ситуацију морају бити процењиване кроз најбољи интерес детета. У супротном постоји опасност да одлука не прође пред судом у Стразбуру приликом одлучивања о повреди права на поштовање приватног и породичног живота. У овом погледу илустративна је пресуда Великог већа у случају *Neulinger & Shuruk c. Suisse*³⁵ којом је одбачен захтев за повратак детета у Израел у циљу заштите његовог најбољег интереса. Претходно је вођен један дуготрајни поступак пред судом у Швајцарској у оквирима Хашке конвенције, а затим три године пред Судом за људска права у Стразбуру. Околности су биле нарочито тешке будући да је отац који је захтевао повратак детета имао само право да га виђа под надзором. Суд у Стразбуру је нашао, насупрот суда у Лозани, да није у најбољем интересу детета да се врати у Израел, јер би то за њега представљало опасност, односно, довело би га у неповољан положај. Истовремено, то би представљало несразмерно мешање у право мајке на поштовања породичног живота, будући повратак не би био могућ без ње. 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).

³³ 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 нарочито у ситуацији када се ради о врло малом детету чији су интереси неодвојиво повезани са физичким и психичким здрављем родитеља. Наведено према: J. Chamberland, *L'article 13 paragraphe 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; Објављено на: http://www.hcch.net/index_fr.php

³⁴ 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».

³⁵ Пресуда бр. 41615/07, од 06. јула 2010.

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.³⁶

Сличан став је заузео Дом Лордова у Великој Британији у случају *Re D.*³⁷ 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 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.³⁸

3. Доказивање

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 сматрају да је дужност органа надлежног за доношење одлуке о враћању детета да истражи чињенице и осигура заштиту детета. Ипак, према одредби чл.13. ст.16 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.

36 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 закону (чл. 369) за одвођење детета. Суд с тога поставља питање (тачка 40) ко би се бринуо о детету у случају затварања мајке.

37 *Abduction : Rights of Custody* [2006] UKHL 51 ; [2007] 1 AC 619 para 51. Наведено према: A. 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*. Објављен на: http://www.dei-france.org/journees-etude/jc2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980_13p.pdf

38 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. Наведено према: Исто, ф.н. 22.

У погледу стандарда доказивања Конвенција једино предвиђа да се чињенице које указују на постојање неповољних околности морају доказати.³⁹ У нашој пракси, односно како произлази из навођене одлуке Вишег суда у Ваљево, 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, 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 само у изузетним околностима примењена. 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 или 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”.⁴⁰ Судови у Великој Британији (Енглеска и Велс) врло рестриктивно интерпретирају изузетак из чл.13. ст. 1б. Они захтевају да докази буду “јасни и необориви”.⁴¹ Судови у другим државама захтевају да се за постојање наведеног изузетка пруже јасне и необориви докази, или захтевају висок степен доказаности.

Очигледно је да поједине земље кроз високе стандарде доказивања насиља у породици теже ка што рестриктивнијој примени изузетка из чл.13. Неке од њих, као што то раде аустралијски судови, такав став правдају тврдњом „да се врши повратак у земљу уобичајеног боравишта, а не једном лицу или посебном региону“.⁴² 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.⁴³

Неке друге земље, као што је Француска, наклоњене су ширем тумачењу наведених изузетака из чл.13. ст. 1.б. Овакав став проистиче највише из чињенице да судови, као што је речено, наведене изузетке из чл.13.ст.1б тумаче из угла

³⁹ 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). Доступан на : http://travel.state.gov/pdf/International_Child_Abduction_Remedies_Act.pdf

⁴⁰ Наведено према: М.Н. Weiner, н.дело, стр.345.

⁴¹ Апелациони суд UK, 12/02/1999.

⁴² J. Kay, Australian journal of family law, novembre 2005, volume 19; Наведено према: J. Gillen, н.дело, стр. 34-35.

⁴³ J. Gillen, н.дело, стр. 34-35.

најбољег интереса детета.⁴⁴ 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.

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

И као што се 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 првенствено 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.

⁴⁴ Видети: B. 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*. Доступно на: <http://www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html>

Prof. Zoran Ponjavić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, Kragujevac

The international child abduction in cases of 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 parents. According to some research, it has been concluded that most of the cases of unlawful child taking, that is 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.

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, the Hague Convention, family violence, proving.*

