

Сања Марјановић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.9(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

УТИЦАЈ ХАШКИХ КОНВЕНЦИЈА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ НА УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ У МАТЕРИЈИ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ**

Апстракт: Променом Статута Хашке конференције за међународно приватно право (2007. године) дозвољено је и регионалним економским организацијама да постану чланице ове престижне светске организације (нови члан 3 Статута). ЕУ је искористила ову могућност и 2007. године постала прва међународна организација, чланица Хашке конференције. Посматрано из угла ЕУ, ова промена је означила нову еру у њеном раду на пољу међународног приватног права. Наиме, процес настанка међународног приватног права ЕУ у одређеној мери је заснован на прилагођеној рецепцији појединих конвенција донетих у окриљу Хашке конференције. У материји заштите деце то се испољава у два вида. Први подразумева директни утицај хашких конвенција јер ЕУ преузима конвенцијска „хашка решења“ или врши њихово прилагођавање (европеизацију) за сопствене потребе. Други вид је индиректни и он се заснива на подстицању држава чланица ЕУ да ратификују оне хашке конвенције којима се ЕУ не може непосредно обавезати. Поред тога, у раду аутор анализира и значај који би за Србију имала ратификација Хашке конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996) и Хашке конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања (2007).

Кључне речи: Хашка конференција за међународно приватно право, међународно приватно право ЕУ, Хашка конвенција 1980, Хашка конвенција 1996, Хашка конвенција 2007, Хашки Протокол, Регулатива Брисел Ibis, Регулатива Издржавање.

* sanja@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

1. Увод

Хашка конференција за међународно приватно право је променом свог Статута (2007. године) дозволила и регионалним економским организацијама да постану чланице ове престижне светске организације (нови члан 3). Европска унија је искористила ову могућност и исте године постала прва међународна организација - чланица Хашке конференције. Тиме су створене претпоставке за будућу сарадњу двеју организација. Посматрано из угла ЕУ, ова промена је означила нову еру у њеном раду на пољу међународног приватног права. Наиме, процес настанка међународног приватног права ЕУ у одређеној мери је заснован на *прилагођеној рецепцији* појединих конвенција донетих у окриљу Хашке конференције. Тај процес се најпре уочава када је реч о хашким конвенцијама из области процесног међународног приватног права.¹ Поред тога, одредбе појединих хашких конвенција послужиле су као инспирација за формулисање одговарајућих одредаба у регулативама ЕУ.²

Међутим, још значајније, специфичан утицај *светског* међународног приватног права (које настаје у оквиру Хашке конференције) на *регионално* (који настаје у ЕУ), најизраженији је управо у материји заштите деце и испољава се у два вида. Први подразумева *директни* утицај хашких конвенција, тако што ЕУ у *неизмењеном виду* преузима конвенцијска „хашка решења“ (у материји издржавања) или врши њихово *прилагођавање*

1 Хашка конвенција о достављању судских и вансудских аката у грађанској и трговачкој материји у иностранству (*Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010 и 13/2013) и Хашка конвенција о извођењу доказа у грађанској и трговачкој материји у иностранству (*Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010 и 13/2013) послужиле су као модел за регулативе ЕУ – Регулотиву о достављању у државама чланицама судских и вансудских аката у грађанској и трговачкој материји (*Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000*, OJ L 324 of 10.12.2007) и Регулотиву о сарадњи судова држава чланица у извођењу доказа у грађанској и трговачкој материји (*Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, OJ L 174, 27.6.2001).

2 Иако до данас није ступила на снагу, одредбе Хашке конвенције о наслеђивању заоставштине умрлих лица (1989) које се односе на уговоре о наслеђивању (чл. 9 и 10), послужиле су као модел за одредбе чл. 25 Регулative о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу веродостојних исправа у материји наслеђивања и стварању Европског сертификата о наслеђивању (*Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, OJ L 201/107).

(европеизацију) за сопствене потребе (отмица деце) (2). Други вид утицаја је *индиректни* и он се заснива на подстицању држава чланица ЕУ да ратификују оне хашке конвенције којима се ЕУ не може непосредно обавезати (родитељска одговорност) (3). Оба ова процеса представљају *делимичну унификацију* или, ако унификација није жељени циљ, *делимичну хармонизацију* међународног приватног права ЕУ са оним створеним у оквиру Хашке конференције. Поред тога, корелација између хашког и европског система заштите деце има утицаја и на стварање система за заштиту деце у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege ferenda* (4).

2. Директни утицај модерног хашког система заштите деце на међународно приватно право ЕУ

Хашке конвенције о заштити деце директно утичу на регулативе ЕУ на два начина - непосредним позивањем на Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања³ (Протокол) и ослањањем на решења Хашке конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања⁴ (Конвенција 2007) у Регулативи 4/2009 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања (Регулатива Издржавање).⁵ С друге стране, европеизација решења Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце⁶ чије су уговорнице све државе ЕУ (даље Конвенција 1980) у Регулативи о надлежности, признању и извршењу пресуда у брачним стварима и материји родитељске одговорности (Брисел *Ibis*)⁷ такође представља директни утицај *хашких решења* на европски систем заштите деце. Тако је ЕУ створила двоструки колосек поводом одлучивања о повратку детета - државе ЕУ између себе примењују *европеизована* решења Брисел *Ibis*, а Конвенцију 1980 (у изворном облику) у односу према свим другим државама уговорницама. У случају Регулативе Издржавање, реч је ономе што је *Beaumont* назвао принципом „обрнуте

3 Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/2013.

4 *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.*

5 *Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, OJ L 7, 10.1.2009.

6 Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/91.

7 *Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*, OJ L 338, 23.12.2003.

супсидијарности“ (Beaumont, 2009: 510-513), док је у погледу Брисел *Ibis* приметна специфична *регионализација* Конвенције 1980 (прилагођавање за потребе држава ЕУ). Размотримо ближе ова становишта.

2.1. Регулатива Издржавање и Протокол

Регулатива Издржавање један је од ретких инструмената међународног приватног права ЕУ који обједињује све његове целине – надлежност, меродавно право, признање и извршење одлука. Специфична је по томе што је по први пут као директни извор међународног приватног права ЕУ преузета конвенција Хашке конференције. Реч је о Протоколу, на чију примену упућује члан 15 Регулативе Издржавање. Идеја о оваквој синергији између ЕУ и Хашке конференције није постојала од самог почетка. Својевремено су у Предлогу Регулативе о издржавању⁸ биле садржане и колизионе норме, а уобичајено боравиште повериоца је било доминантна тачка везивања. Будући да је рад на Протоколу и Регулативи Издржавање текао скоро паралелно (Borrás, 2012: 111), унификација колизионих норми у оквиру ЕУ није се чинила посебно корисном будући да се решења нису битно разликовала од оних садржаних у Протоколу. Дакле, од одвојеног регулисања не би било нарочите користи. Поред тога, уколико би се рад на меродавном праву за обавезе издржавања сконцентрисао у оквирима Хашке конференције, онда би таква универзална конвенција могла да привуче и друге државе које имају интереса да унификују своје колизине норме са колизионим нормама ЕУ (Beaumont, 2009: 521).⁹ Стога се ЕУ окренула Протоколу и интензивно учествовала у његовом доношењу (Dechamps, 2011: 803). Као последица тога, уношење одредбе која упућује управо на примену Протокола и успостављање два механизма признања страних одлука (у зависности од тога да ли је држава ЕУ обавезана Протоколом), представља највећу промену након расправе о Предлогу Регулативе Издржавање.¹⁰

8 *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations* {SEC(2005) 1629}, COM/2005/0649 final - CNS 2005/0259.

9 На крају се то и десило, иако су ван ЕУ само малобројне државе биле заинтересоване за унификацију колизионих норми о обавезама издржавања (посебно Јапан, Швајцарска и Кина (Макао)). Ипак, Протокол је, поред ЕУ, ратификовала за сада само Република Србија. Разлог за ратификацију је у нашем случају била управо тежња да своје колизионе норме у овој материји унификујемо са ЕУ. Додуше, ми нисмо једина држава која је преузела Протокол. Наиме, Црна Гора се, уместо ратификације, одлучила да директно преузме његова основна решења у својој новој националној кодификацији међународног приватног права. Видети чл. 90-98 Закона о међународном приватном праву, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2014.

10 Протоколом нису обавезани Уједињено Краљевство и Данска.

Штавише, то је први пут да се у међународном приватном праву ЕУ уводи двоструки колосек признања и извршења одлука између држава чланица ЕУ. Наиме, *европски* систем признања представља камен темељац судске сарадње у европском процесном праву. Међутим, у материји издржавања долази до одступања од уобичајених решења у претходним регулативама.¹¹ У том смислу, Регулатива Идржавање предвиђа да се одлуке о издржавању које потичу из држава обавезаних Протоколом аутоматски признају, док су могућности за одбијање извршења незнатне.¹² Насупрот томе, поступак признања и извршења одлука које потичу из држава које нису обавезане Протоколом враћен је у оквир уведен Регулативом Брисел I,¹³ при чему правило о аутоматском признању остаје да важи и даље. Но, суд може одбити признање одлуке из традиционалних разлога.¹⁴ Поред тога, да би одлука донета у држави чланици, која није обавезана Протоколом, била извршена у другој држави ЕУ, она мора бити проглашена извршном, с тим што постоји и право жалбе.¹⁵ Надлежни суд може поништити или одбити проглашење стране одлуке извршном само из оних истих разлога којима је условљено признање.¹⁶

Удвајање колосека признања и извршења је утолико више необично јер је критеријум *порекло* колизионе норме. Наиме, до сада је укидање егзекватуре било условљено само унификованим нормама о директној надлежности. Другим речима, процесне гаранције у погледу правичности поступка биле су довољне за укидање егзекватуре (Ancel, Muir-Watt, 2010: 479). Међутим, сада је степен слободне циркулације одлука о издржавању унутар ЕУ у директној вези са пореклом колизионе норме. Примера ради, чак и да надлежни орган у Уједињеном Краљевству (које није обавезано Протоколом) примени исто право до кога би се дошло и на основу одговарајуће колизионе норме Протокола, таква одлука ипак мора да прође потпуну контролу приликом признања и извршења у другим државама ЕУ. Овакво решење је изазвало недоумице у европској (посебно француској) доктрини јер је укидање признања увек било везано за процесна питања

11 Печ је о *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council OF THE EUROPEAN of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351/1 of 20.12.2012 и Брисел *Ilbis*.

12 Члан 24. Регулативе Издржавање.

13 *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* OJ L 12, 16.1.2001.

14 Очигледна супротност јавном поретку, повреда права на одбрану, *res iudicata* (чл. 24 Регулативе Издржавање).

15 Чл. 32-34 Регулативе Издржавање.

16 Чл. 37 Регулативе Издржавање.

(Ancel, Muir-Watt, 2010: 478-480). У том смислу, сматра се да замењивање процедуралних услова усаглашености у колизионој сфери подразумева да судија по службеној дужности треба да обезбеди поштовање колизионе усаглашености на основу Протокола, као и ваљану примену меродавног права (Ancel, Muir-Watt, 2010: 478-480). Ипак, колизиона усаглашеност није заменила у потпуности усаглашеност на нивоу поступка и надлежности јер је и та материја унификована. Штавише, процесна усаглашеност не обухвата само директну надлежност већ и систем процесних гаранција (испитивање надлежности, члан 10; испитивање прихватљивости, чл. 11; литиспенденција и конексни спорови, чл. 12 и 13). Узимајући све то у обзир, заиста се не би могло тврдити да процесне гаранције немају никаквог утицаја на укидање егзекватуре. Напротив, пре би се можда могло рећи да је у случају издржавања услов за несметану циркулацију судских одлука пооштрен у односу на друге материје. Тако, осим процесне усаглашености, овде је потребно да постоји и усаглашеност меродавног права. Можда је заправо главни циљ оваквог неуобичајеног решења, поред постизања резултата *in favorem creditoris*, уједно и вршење „меког“ притиска на државе обавезане Регулативом Издржавања да прихвате унификацију колизионих норми извршену Протоколом. У прилог томе говори чињеница да је то за сада једина регулатива у материји породичног међународног приватног права која садржи и норме о директној надлежности и унификоване колизионе норме.¹⁷

2.2. Регулатива Издржавања и Конвенција 2007

Други вид директне корелације Регулативе Издржавања и хашког система заштите деце односи се на Конвенцију 2007. Један од најважнијих примера корелације везан је за одредбе Регулативе Издржавања о директној надлежности и Конвенције 2007 о индиректној надлежности. У том смислу, постоји скоро потпуно поклапање критеријума из Регулативе Издржавања

17 Очигледно је да се унутар Уније лакше постижу компромиси око основа директне надлежности него о меродавном праву. Наиме, Брисел *Ibis* уређује само питања надлежности и признања и извршења одлука о разводу и родитељској одговорности. Колизионе норме за развод садржане су у посебној регулативи која није ни успела да окупи све државе ЕУ (*Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, OJ L 343/10), већ тек нешто више од половине (15 држава чланица). То су Аустрија, Белгија, Бугарска, Француска, Немачка, Мађарска, Италија, Латвија, Луксембург, Малта, Португалија, Румунија, Словенија, Шпанија и Литванија (од 21. маја 2014. године), видети European Commission, *Press Release (20 November 2012), Lithuania is the 15th EU Member State to sign up to enhanced cooperation rules to help international couples*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1231_en.htm (12.12.2013).

(уобичајено боравиште туженог, уобичајено боравиште повериоца, атракција надлежности, пророгација надлежности, прећутни пристанак туженог) са онима у Конвенцији 2007. То значи да у погледу индиректне надлежности значај Конвенције 2007 превазилази класични домашaj једне *convention simple*, будући да су њеним решењима о индиректној надлежности истовремено утврђени и (скоро) опште прихватљиви основи директне надлежности у споровима о издржавању. Једина разлика европског решења у односу на Конвенцију 2007 је у примени критеријума *forum nationalis communis* (члан 6 Регулative Издржавање) и *forum necessitatis* (члан 7 Регулative Издржавање). Када је реч о *forum nationalis communis*, заједничко држављанство детета и дужника издржавања није релевантан критеријум индиректне надлежности у Конвенцији 2007, осим у случају атракције надлежности (члан 20 став 1 тач. ф Конвенције 2007). За разлику од конвенцијског решења, овај критеријум у Регулative Издржавање представља још једну прилику за заснивање надлежности суда државе ЕУ када ниједан други основ надлежности (који се поклапа са решењима Конвенције 2007) не доводи до тог резултата. Стога *forum nationalis communis* представља *европску* супсидијарну надлежност, која омогућава да у што већем броју случајева буде надлежан суд државе ЕУ, без посезања за основима (изразито) прекомерне надлежности.¹⁸ Имајући у виду *forum necessitatis* као другу разлику хашких решења и решења ЕУ, треба напоменуто да је овај критеријум значајна новина Регулative Издржавање. Њоме је промењена дотадашња спољна политика ЕУ у односу на треће државе у материји међународног приватног права (В. Ancel, Н. Muir-Watt, 2010: 480) с основним циљем спречавања ускраћивања правде (Retornaz, Volders, 2008: 226-227). Увођењем ове врсте надлежности уједно је избегнута потреба да се врши позивање на националне норме о надлежности држава ЕУ (резидуална надлежност), као што је то до тада био случај са претходним *règlements doubles* (Nuyts, 2007: 1-156). У том смислу, она означава почетак једног новог периода породичног (али и наследног) међународног приватног права који, по правилу, следе и касније донете регулативе.¹⁹

18 Не треба заборавити да и заједничко држављанство представља основ благе прекомерне надлежности који се у случају издржавања ипак толерише.

19 Изузетну надлежност предвиђају оба већ поменута предлога регулатива о брачноимовинском режиму (чл. 7) односно имовинским последицама регистрованог партнерства (чл. 7), као и нова Регулative Наслеђивање (чл. 11), али овог основа надлежности нема у новој Регулative Брисел Ibis (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351/1) у којој је остало позивање на националне норме о надлежности држава Уније (чл. 6).

2.3. Регулатива Брисел IIbis и Конвенција 1980

Када је реч о односу Регулативе *Брисел IIbis* и Конвенције 1980, требало би одмах напоменути да се чланом 11 *Брисел IIbis* уређује поступак за повратак детета чиме се модификују поједине одредбе Конвенције 1980 за потребе држава ЕУ. Ова могућност регионализације једног глобалног инструмента има свој правни основ у члану 60 тач. е) *Брисел IIbis* и члану 36 Конвенције 1980 (који дозвољава закључивање споразума о пооштравању услова за одбијање повратка детета).

2.3.1. Опште карактеристике европеизоване Конвенције 1980

Када је реч о Конвенцији 1980, хашки механизам за одбијање повратка детета у оквиру *Брисел IIbis* је значајно пооштрен. Као што је познато, Конвенција 1980 и даље се примењује између држава ЕУ, али је њен режим донекле прилагођен спречицифичним односима држава чланица заснованим на *принципу међусобног поверења*. Ово „неуобичајено партнерство међународног и регионалног инструмента“, како га сликовито описује *McEleavy* (McEleavy, 2005: 6), резултат је, с једне стране, чињенице да су све државе ЕУ уједно и уговорнице Конвенције 1980, а, с друге стране, околности да и Конвенција 1980 допушта могућност закључивања споразума о ограничавању изузетака за повратак детета (члан 36). У том смислу, према *Брисел IIbis* и даље остаје могућност покретања поступка сходно Конвенцији 1980, али у измењеном виду. Реч је о четири ограничења: 1) прибављање мишљења детета је обавезно, сем ако би то било непримерено његовом узрасту и зрелости (члан 11 став 2), 2) одбијање повратка на основу *изузетка опасности* није дозвољено ако су предузете мере за његову заштиту (члан 11 став 4), 3) одбијање повратка детета је могуће ако је подносиоцу захтева пружена могућност да буде саслушан (члан 11 став 5), (Schulz, 2004: 25) и 4) задржавање надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета, као и аутоматско признање одлуке о повратку, без могућности одбијања признања (члан 11 став 8 у вези члана 42). С друге стране, аутономни појмови незаконитог одвођења и задржавања (члан 2 тач. 11) идентични су онима у Конвенцији 1980. Једина разлика је у томе што *Брисел IIbis* додаје аутономни појам заједничког вршења права на старање, које, у складу са схватањима у случају из америчке судске праксе *Abbott Vs Abbott*,²⁰ подразумева да се уобичајено боравиште детета не може променити без сагласности оба титулара права на старање (члан 2 тач. 11(б) *Брисел IIbis*). У погледу квалификације права на старање и права на виђање, европеизоване одредбе Конвенције 1980 у оквиру *Брисел IIbis* остале су верне хашком оригиналу (члан 2 тач. 9 и 10 *Брисел IIbis*).

²⁰ *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010).

Иако је *Брисел IIbis* постао „допуна“ Конвенције 1980 (Pataut, 2012: 128; Lowe, 2012: 49), режим који је њоме успостављен у погледу повратка детета знатно је строжи него онај који предвиђа Конвенција 1980. То се може сагледати из угла сукоба принципа најбољег интереса детета (на коме почива примена Конвенције 1980) и принципа међусобног поверења и сарадње (на коме почива *Брисел IIbis*). У том смислу, илустративна је пракса Европског суда за људска права (*ECtHR*).

2.3.2. Сукоб принципа најбољег интереса детета и принципа међусобног поверења и сарадње

Принцип најбољег интереса детета део је европског јавног поретка, будући да је садржан у члану 24 став у 1 Европске повеље о основним правима ЕУ (Европска повеља)²¹ и да се у знатној мери ослања на члан 3 Конвенције о правима детета. У том смислу, Европска повеља предвиђа да:

„Деца имају право на онакву заштиту и бригу која је неопходна за њихову добробит. Она могу да изразе своје мишљење слободно. Ова мишљења се узимају у обзир у погледу питања која се на односе на њих, у складу са њиховим узрастом и зрелашћу.“

Поред овог принципа, у ЕУ, као што је познато, доминира и принцип међусобног поверења и сарадње који је у материји међународног приватног права ЕУ највише изражен у погледу аутоматског признања одлука. У том смислу, ни *Брисел IIbis* није изузетак, али ће то у овом случају довести до сукоба ова два принципа.

Наиме, мишљење детета представља један од разлога за одбијање повратка детета према Конвенцији 1980 (члан 13 став 3), при чему је процена његовог значаја препуштена дискреционом овлашћењу суда државе уточишта. С друге стране, *Брисел IIbis* не придаје никакав значај чињеници да се дете противи повратку ако су у држави његовог уобичајеног боравишта предузете мере за заштиту (члан 11 став 4). То значи да мишљење детета нема никакав утицај у овој ситуацији, чак и када је достигло одређени узраст и степен зрелости и, самим тим, стекло право да одлучује са којим родитељем ће живети. Томе у прилог говори и једна од најновијих одлука *ECtHR*. У случају *Raw et autres c. France*,²² мајка и отац су након развода брака заједнички вршили родитељско право, с тим што су, на основу одлуке

21 *Charter of Fundamental Rights of European Union* (2010/C 83/02), OJ L C 83/389 of 30.03.2010.

22 *Affaire Raw et autres c. France*, Requête no. 10131/11, arrêt du 07/06/2013. Одлука је тренутно доступна само на француском, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116955> (21.05.2014). Даље Arrêt.

суда у Француској (*La Roche-sur-Yon*), оба детета живела са мајком у УК. Деца су рођена 1995. односно 1997. године, и у тренутку када је њихова животна прича почела да добија драматични обрт имала су 14 односно 12 година. Тада, приликом редовне посете оцу Француској, деца одбијају да се врате мајци, а старије дете је чак претило да ће наудити себи и напасти мајку ако се то догоди. Суд у Француској (*La Roche-sur-Yon*), јануара 2009. године, након што је прибавио мишљење оба детета, изриче привремену (хитну) меру сходно члану 20 *Брисел IIbis* којом отац добија право боравка са децом и налаже сачињавање извештаја о околностима под којим су деца живела у УК. На одређивање ове мере посебно је утицало мишљење оба детета која су категорично одбијала повратак. Након изрицања мере, суд је издао наредбу специјализованој установи да психолог и социјални радник сачине извештај о условима под којима деца живе у УК. Експерти су у извештају препоручили да се о деци стара отац, заснивајући своје мишљење на утврђеној чињеници да оба детета одрастају у атмосфери страха коју стварају мајка и деда деце, при чему је посебно старије дете било изложено константном насиљу. Деца су навела да је мајка склона употреби алкохола, да им свакодневно недостаје мајчинска брига и да живе у лошим хигијенским условима јер су занемарена. Услед тога, експерти су у свом извештају навели, између осталог, и да „ако су наводи о злостављању тачни, [повратак њиховој мајци] створиће неразумевање, збуњеност и психички колапс код деце; штавише, било би могуће да би деца учинила оно што су навела: (напад, С.М.) на њихову мајку (...) (претње да ће наудити, С.М.) сами себи (...), или бекства од куће (...).“²³ Но, месец дана пре овог извештаја, мајка је на основу *Child Abduction and Custody Act 1985* и *Брисел IIbis* поднела захтев суду УК да задржавање деце прогласи незаконитим, што је суд и учинио, да би убрзо након тога покренула поступак за повратак деце у УК. Суд у Француској, у првом степену и по правним лековима, одлучује да се деца врате јер је у УК предузета мера за њихову заштиту (члан 11 *Брисел IIbis*), стављањем под старатељство суда. Међутим, одлука о повратку никада није извршена, упркос покушајима и ангажовању француског централног органа.²⁴ Један од кључних разлога за то је психичко стање деце која су чак два дана хоспитализована због напада панике. Одлучујући о представци, *ECtHR* је сматрао да недовољно ангажовање француских

23 Arrêt ad 14.

24 На крају, млађе дете је контактирало пријатеља на друштвеној мрежи с молбом да пренесе мајци да дође по њега код оца наредне суботе. Потом је мајка тајно дошла у Француску и одвела дете у УК, како је договорено. Старије дете (чији је отпор повратку био драматичнији) остало је, пак, да живи са оцем у Француској јер је у међувремену напунило 16 година, те се Конвенција 1980 на њега више не може применити.

власти у поступку извршења²⁵ представља кршење члана 8 Европске конвенције, а да одбијање деце, чак и у адолесцентском добу, да се врате и успоставе било какав контакт са мајком није нужно препрека њиховом повратку ни по Конвенцији 1980 ни по Регулативи *Брисел IIbis*.²⁶

С тим у вези, могло би се поставити питање и да ли суд државе уточишта може процењивати адекватност мере за заштиту којом се гарантује безбедан повратак детета посебно у светлу принципа међусобног поверења и сарадње. Уколико је одговор потврдан, онда суд државе уточишта постаје нека врста контролног органа који просуђује о адекватности мере која треба да се примени у страниој држави. У супротном, суд би морао да нареди повратак детета и у ситуацијама када не би био уверен да су предузете мере довољне за заштиту детета. Из Коментара *Брисел IIbis* (Pataut, 2012:137) и Водича за добру праксу²⁷ може се закључити да је суд државе уточишта ипак овлашћен да размотри адекватност мере за заштиту одређене у држави уобичајеног боравишта детета.²⁸ На тај начин, принцип међусобног поверења, који је у основи члана 11 става 4 *Брисел IIbis* (Pataut, 2012: 137), ипак је, у одређеном обиму, релативизован овлашењима суда државе уточишта да процени ефикасност мере за заштиту у односу на чињеничне околности које је он сам утврдио приликом одлучивања о повратку. За разлику од материје признања и извршења у којој се међусобно поверење између судова држава ЕУ *претпоставља*, могло би се рећи да *европеизација* Конвенције 1980 захтева да се суд државе уточишта у сваком конкретном случају *увери* у подобност правосудног система друге државе ЕУ да ваљано заштити дете по његовом повратку. При томе, треба имати у виду да државе ЕУ у материји признања и извршења под веома либералним условима дозвољавају да страна одлука (друге државе ЕУ) произведе дејство у њиховом правном систему (чак и када је реч о принудном извршењу). Насупрот томе, у случају када се разматра повратак детета, суд мора да *провери* адекватност мере за заштиту која чак и не производи дејство у држави уточишта. То показује

25 Гдину дана након доношења одлуке којом је и Апелациони суд наредио повратак детета, јавни правобранилац (*le procureur général de la cour d'appel de Poitiers*) на састанку са мајком деце навео је да он неће тражити извршење одлуке с обзиром на узраст деце и њихово психичко стање. Arrêt ad 32.

26 Arrêt ad 94.

27 European Commission, *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, June 2005, pp. 32-33, доступно на http://europa.eu.int/justice_home/fsj/civil/parents/fsj_civil_recognition_parents.en.htm. Даље *Brussels IIbis Practice Guide*.

28 То потврђује и судска пракса, видети, на пример, *CA Paris, 15 février 2007, No de RG 06/17206*, INCADAT HC/E/FR 979; *CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739*, INCADAT HC/E/FR 947; *D.T. v. L.B.T.* (2010) EWHC 3177 (Fam.), INCADAT HC/E/UKe 1042.

да је по овом питању принцип најбољег интереса детета однео превагу над принципом међусобног поверења држава ЕУ. Међутим, то није довољно да би се могло закључити о коначној победи принципа најбољег интереса детета. Напротив, чињеница да се повратак не може одбити ни онда када се дете недвосмислено, упорно и озбољно противи зато што је у држави уобичајеног боравишта детета предузета мера за његову заштиту доводи нас до закључка да је *европизацијом* Конвенције 1980 коначно победио управо принцип поверења између држава ЕУ (на уштрб најбољег интереса детета). Чини се парадоксалним да цео механизам који је иначе успостављен ради заштите најбољег интереса детета у случајевима међународне отмице не оставља довољно простора за индивидуализацију овог принципа, чак ни онда када је став тог истог детета потпуно јасан. Другим речима, принцип сарадње и поверења подигнут је на изузетно висок ниво. При томе, смисао Конвенције 1980 није усмерен ка игнорисању воље детета. Напротив, изузетак мишљења детета је управо и установљен ради индивидуализације најбољег интереса детета у случајевима када се његово мишљење не може занемарити. Као што истиче *Pérez-Vera* у свом Извештају:

*„Међутим, таква одредба је апсолутно неопходна с обзиром на чињеницу да се Конвенција примењује, *ratione personae*, на сву децу млађу од шеснаест година; чињеница је да се мора признати да би било веома тешко прихватити да дете од, на пример, петнаест година, треба да се врати против своје воље.“* (*Pérez-Vera*, 1980: 433)

Другим речима, парафразирајући француског аутора *Dutoita*, може се поставити питање „оправданости ампутације када се пацијент сасвим добро држи на своје две ноге.“ (*Dutoit*, 2013: 155).

3. Индиректни утицај - Конвенција 1996 и Регулатива Брисел IIbis

Када је реч о индиректном утицају хашких конвенција о заштити деце, има се у виду корелација Конвенције 1996 и *Брисел IIbis*, која је, између осталог, условљена непостојањем колизионих норми за родитељску одговорност у *Брисел IIbis*. Ваљало би одмах напоменути да је однос ова два инструмента првобитно био ривалски (*McEleavey*, 2013: 372), с обзиром да је ЕУ у време рада на овој регулативи била окренута себи и тражењу решења „код куће“. Почетак односа ова два инструмента може се пратити још од Конвенције о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима (1998) (*Borrás*, 2008: 351; *Francq*, 2003: 54-72). Позитивни преокрет који је уследио непосредно након доношења *Брисел IIbis* донео је једну од новина у односу ЕУ према Конвенцији 1996 која се у литератури описује

као скромна (Borrás, 2008: 373), али која, чини се, има и скривени значај који се не може занемарити. Наиме, одлуком Савета из 2003. године,²⁹ државе чланице ЕУ су овлашћене да заједно потпишу Конвенцију 1996 до 1. априла 2003. године, а одлуком из 2008. године³⁰ и да, у свом интересу и интересу ЕУ, заједно ратификују Конвенцију 1996. Тиме је изузетно дозвољено приступање државама ЕУ међународним конвенцијама у области која је већ уређена законодавством ЕУ. Међутим, како до истека рока државе чланице нису заједнички ратификовале Конвенцију 1996, толерисала се појединачна ратификација.³¹ То показује колики значај Конвенција 1996 има у односу на заштиту деце у оквиру ЕУ – на основу већ помињаног принципа обрнуте супсидијарности, уместо да решава питање меродавног права (које регулативе не уређују) на домаћем терену, она се окреће међународном. Наиме, у оквиру међународног приватног права ЕУ, усвајање колизионих норми у материји породичних односа је знатно тежи проблем у поређењу са надлежношћу и признањем и извршењем. Разлог за то су значајне разлике у супстанцијалном праву, које ни *CEFL* принципи (Boele-Woelki, 2005: 160-168; Boele-Woelki, Ferrand, González Beilfuss, Jänterä-Jareborg, Lowe, Martiny, Pintens: 2007:1-288) нису успели да помире, чак ни на нивоу хармонизације.³² Ратификација Конвенције 1996, стога, има два аспекта. С једне стране, Конвенцијом 1996 се директно (на основу овлашћења) унификује колизиона сфера *Брисел IIbis*. С друге стране, колизионе норме за родитељску одговорност истовремено се у потпуности унификују јер државе ЕУ, услед принципа универзалне примене, примењују ове одредбе Конвенције 1996 у односу на све друге државе света.

29 *Council Decision 2003/93/EC of 19 December 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children*, OJ L 48 of 21.2.2003.

30 *Council Decision 2008/431/EC of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify, or accede to, in the interests of the European Community, the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children and authorising certain Member States to make a declaration on the application of the relevant internal rules of Community law*, OJ L 151 of 11.6.2008.

31 Није је ратификовала до данас само Италија. Белгија је последња држава чланица ЕУ која је ратификовала Конвенцију 1996 – то је учинила недавно, 28. маја 2014. године.

32 То су принципи Комисије за европско породично право (*CEFL*, основана 1. септембра 2001. године) која окупља 25 еминентних стручњака из области породичног права из ЕУ али и ван држава ЕУ. Ови принципи полазе од идеје да је хармонизација неопходна за слободан проток одлука, добара и људи.

4. Значај корелације хашког и европског система за заштиту деце у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*

Унификација односно хармонизација европског система за заштиту деце са оним који је створен под окриљем Хашке конференције има утицаја и на међународно приватно право Србије које се тренутно налази у специфичној ситуацији. С једне стране, како је познато, и даље важи Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ),³³ док се, с друге, ствара нови систем будући да је Радна група Министарства правде Србије за израду Нацрта новог Закона о међународном приватном праву (Нацрт)³⁴ окончала свој посао и коначну верзију предала Министарству. У међувремену, Србија је већ ратификовала Протокол чије су колизионе норме ставиле *ad acta* колизионе норме ЗРСЗ-а. На тај начин преузет је хашки инструмент који представља *acquis communautaire* и, у исто време, извршена је унификација колизионих решења са онима која важе у ЕУ (Живковић, 2013: 79-91; Марјановић, 2013: 399-413). Када је реч о надлежности за спорове о издржавању, Нацрт уводи оне критеријуме који су у Конвенцији 2007 наведени као основи индиректне надлежности, али преузима и *forum necessitatis* (додуше, као општу одредбу) и *forum nationalis communis* (члан 109 Нацрта) из Регулative Издржавања. Међутим, преузимање решења из хашких конвенција или регулатива ЕУ није довољно да би се обезбедила заштита деце у прекограничним случајевима. Оно што недостаје је ратификација Конвенције 2007 и Конвенције 1996 од стране Србије. У случају Конвенције 2007 то је неопходно јер је њеним одобрењем од стране ЕУ она постала саставни део *acquis communautaire* који морамо преузети. Поред тога, Конвенција 2007 може да реши проблеме непостојања дипломатске узајамности у погледу признања и извршења одлука о издржавању са појединим државама (нпр. Норвешка, Permanent Bureau, 1999: 35-42). У односу на Конвенцију 1996, значај који ова конвенција има за међународно приватно право Србије, показује и захтев Европске комисије да Србија као држава кандидат ратификује Конвенцију 1996. Од тога, између осталог, зависи наш даљи статус у евроинтеграцијама. Међутим, поред тога што ратификација ових конвенција представља начин унификације међународног приватног права Србије са оним које се ствара у ЕУ, не треба заборавити њен значај с аспекта заштите деце. У том погледу, обавезивање Србије овим конвенцијама је неопходно јер се деца не могу ефикасно штитити националним изворима међународног приватног

33 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 - испр., *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 - др. закон.

34 Коначна верзија је доступна на <http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrt-a-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>.

права, чак ни онда када се преузимају конвенцијска решења. Наиме, заштита деце, поред метода унификације, захтева и међународну сарадњу коју гарантују управо Конвенција 2007 и Конвенција 1996 (посредством система централних органа које су државе уговорнице дужне да формирају, а који олакшава примену унификованих решења).

Литература

Ancel, B., Muir-Watt, H. (2010). *Aliments sans frontières. Le règlement CE no 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.* *Revue critique de droit international privé.* 3 (2010). 457-484.

Beaumont, P. (2009). *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of the Reverse Subsidiarity.* *RabelsZeitschrift.* 3 (2009).509-546

Boele-Woelki, K. (2005). *The principles of European family law: its aims and prospects.* *Utrecht Law Review.* 1/2 (2005).160-168

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W. (2007). *Principles of Family Law Regarding Parental Responsibilities, Netherlands: Intersentia.*

Borrás, A., (2008). *Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation.* U Basedow, J., Baum, H., Nishitani, Y. (eds). *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective.* Hamburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. 345-364

Borrás, A. (2011). *The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention.* *International Family Law.* (2011). 110-114

Dechamps, M. (2011). *Le règlement européen 4/2009 relatif aux aliments: Tentative de simplification de la résolution des litiges transfrontières en matière d'obligations alimentaires.* *Revue trimestrielle de droit familial.* 4 (2011).801-833

Dutoit, B. (2013). *Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant.* У Permanent Bureau of HccH (ed). *A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon.* Netherlands: Intersentia.143-157

Francq, S. (2003). Parental Responsibility under 'Brussels II'. ERA Forum, Special Issue: European Family Law. 1(2003).54-72

Gragl, P. (2013). The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. United Kingdom: Hart Publishing.

Живковић, М. (2013). О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Србије. Зборник Правног факултета у Нишу. 65(2013). 79-91

Lowe, N. (2012). A supra-national approach to interpretation the 1980 Hague Child Abduction Convention – a tale of two European courts: Part 1: setting the scene. International Family Law. March (2012).48-52

Марјановић, С. (2013). Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије, Зборник Правног факултета у Нишу. 65(2013). 399-413

McEleavy, P. (2005). The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? Journal of Private International Law. 1(2005). 5-34

McEleavy, P. (2013). The 1996 Hague Convention and the European Union. У Permanent Bureau of HcCH (ed). A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon. Netherlands: Intersentia.371-381

Nuyts A., Szychowska, K. (2007). Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations), General Report (Final Version Dated 3 September 2007), (Electronic Version). Преузето 20.02.2014. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf.

Pataut, É. (2012). Brussels IIbis Regulation. У Magnus, U., Mankowski, P. (eds). European Commentaries on Private International Law. Munich: Sellier.119-175

Pérez-Vera, E. (1980). Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. Netherlands: HcCH.

Permanent Bureau of HcCH (1999). Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations (Prel. Doc. No 3 of April 1999). Преузето 27.01.2014. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>

Retornaz, V., Volders, B. (2008). Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif. Revue critique de droit international privé. 2(2008).225-261

Tenreiro, M. (2005). L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau règlement „Bruxelles II“. У Fulchiron H., Nourissat, C. (2005). Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale. France: Dalloz.39-53

Fulchiron, H. (2005). La lutte contre les enlèvements d'enfants. У Fulchiron, H., Nourissat, C (eds). Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale. France: Dalloz. 1-62

Walker, L., Beaumont, P. (2011). Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. *Journal of Private International Law*. 2 (2011).231-251

Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/91

Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања, Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/2013

Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance

Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10.1.2009

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23.12.2003

Нацрт Закона о међународном приватном праву <http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestenje/6274/konasna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-php>

Закон о решавању сукоба закона са прописаима других земаља Сл. лист СФРЈ, бр. 43/82 и 72/82 - испр., Сл. лист СРЈ, бр. 46/96 и Сл. гласник РС, бр. 46/2006 – др. закон

Sanja Marjanović, LL.B

Teaching assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**The Influence of the Hague Conventions on Private
International Law on Harmonization of Serbian Law
with the EU Law in the Child Protection Matter**

Summary

The emergence and development of cross-border protection of children in the EU indicate that only the ratification of the conventions that occur under the auspices of the Hague Conference can create an effective system of children in Private International Law. In the same time, the author considers that, following the legislative activity of the EU in the framework of the Hague Conference and the ratification of the Hague conventions which has acceded to the EU, can substantially achieve unification and harmonization of our PIL with EU PIL in matters of child protection. Thus, taking into account the efforts made towards creating new Serbian Private International Law Act, inspired by the Hague and European experience, our state can create a new and modern national system of PIL.

Key words: Hague Conference on Private International Law, EU Private International Law, the 1980 Hague Convention, the 1996 Hague Convention, the 2007 Hague Convention, Hague Protocol, Regulation Brussels IIbis, Maintenance Regulation.