

ВОЉА ДЕТЕТА КАО ОСНОВ ЗА ДОНОШЕЊЕ ОДЛУКЕ У СЛУЧАЈЕВИМА НЕЗАКОНИТОГ ОДВОЂЕЊА ДЕТЕТА У ИНОСТРАНСТВО

Сажетак: Предмет овог рада је воља детета, као један од разлога за одбијање захтева за његов повратак у државу сталног места боравка пре незаконитог одвођења или задржавања по Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, те начин утврђивања дететовог мишљења у неколико одабраних законодавстава. Супротстављање детета повратку може бити основ за доношење одлуке којом се одбија захтев за његов повратак у случајевима када поступајући судски или управни орган процени да је дете у годинама у којима је довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир. За свестрано сагледавање овог изузетка од хитног повратка детета, који је циљ наведене конвенције, извршена је анализа 50 одлука надлежних органа различитих држава. Резултати те анализе и статистички подаци Хашке конференције за међународно приватно право показују да је противљење детета све ређи разлог за доношење одлуке којом се одбија захтев за његов повратак. Према последње доступним статистичким подацима за 2015. годину у нашој земљи ниједан захтев није одбијен из овог разлога. Извршена је и анализа начина прибављања дететовог мишљења у нашем и неколико одабраних законодавстава. Њени резултати показују да су у тим државама заступљена два начина утврђивања дететовог мишљења, у директном разговору судије са њим и/или путем лица за то квалификованих.

Кључне речи: воља детета, незаконито одвођење детета, Хашка конвенција

Увод

Прекид заједнице живота родитеља и установљавање нове породичне организације и динамике, само по себи је стресна ситуација како за бивше партнере, тако и за њихову децу која нужно учествују у догађајима новим, непознатим и за њих неразумљивим. У таквим ситуацијама кључан је зрео приступ и добра родитељска комуникација, која у реалности најчешће изостаје. Пред поступајућим органима се појављују бивши партнери као противници у борби

* dzeletovicmirna@gmail.com

за старање над децом и свој део заједничке имовине. Управо жеља да самостално врше родитељско право над заједничком децом, у немалом броју случајева доводи до прекограничног незаконитог одвођења, односно задржавања деце. Последице овог феномена настоји отклонити Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце донета под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право у октобру 1980. године.

У овом раду су приказане главне карактеристике наведене Конвенције, а највећа пажња је посвећена супротстављању детета повратку, случају када судски или управни орган може да одбије захтев за повратак детета. Сама Конвенција ближе не одређује природу и начин изражавања воље детета. Због тога је анализирана судска пракса, тачније 50 одлука различитих држава у којима је испитивано постојање овог изузетка. Судска пракса је разнолика, али се ипак могу извући закључци које су то главне карактеристике и услови које поступајући органи захтевају да буду испуњени за његово постојање. Управо је њима посвећен најзначајнији део рада.

Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце

Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту: Хашка конвенција) је мултилатерални међународни уговор.¹ У међународном смислу је ступила на снагу дана 01.12.1983. године и тренутно има 99 страна уговорница.² Циљеви ове Конвенције су да кроз сарадњу држава уговорница обезбеди што хитнији повратак деце незаконито одведене или задржане у некој од тих држава и да обезбеди да се права на старање и виђење са дететом по закону једне од држава уговорница стварно поштују у другој држави уговорници.³ Иако би оба наведена циља теоретски требало бити смештена на исти ниво, у пракси је превладала жеља за успостављањем *status quo* који је нарушен радњама отмичара (Perez-Vera, 1981: 430). Наведено потврђују и последње доступни подаци из студије спроведене за 2015. годину да је у 76 држава уговорница поднето 2270 захтева за повратак детета и свега 382 захтева за виђење детета (Lowe, Stephens, 2017: 3).

Оно што је карактеристично за ову Конвенцију је да њен циљ није да унифицира правила у случају сукоба закона, нити да успостави правила у погледу сукоба надлежности (Поњавић, Палачковић, 2012: 51). Она не регулише питање коме ће дете бити поверено на чување и васпитавање, не одређује пра-

¹ У преамбули је наведено да је циљ Конвенције да се обезбеди заштита интереса деце, а посебно да се деца заштите на међународном плану од штетних дејстава њиховог незаконитог одвођења или задржавања и да се успостави ефикасан механизам који ће обезбедити хитан повратак деце у државу њиховог редовног боравишта, као и да се осигура право родитеља коме дете није поверено да посећује дете. Преамбула грешком код нас није унета у Закон о ратификацији Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце.

² <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, 15. фебруар 2019.

³ Вид. чл. 1 Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце-ХК, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори* бр. 7/91.

во меродавно за поверавање детета, не садржи норме о међународној надлежности, нити услове за признавање страних одлука о поверавању деце. Ипак, њен ефекат је такав да се органима државе редовног боравишта суштински признаје међународна надлежност да мериторно одлучују о томе коме ће дете бити поверено, по закону који је меродаван на основу колизионих норми те државе, а одлукама о поверавању донетим у земљи редовног боравишта признаје се дејство без посебног преиспитивања (Станивуковић, 2004: 96-97).

Услови за доношење одлуке којом се налаже повратак детета су да је редовно боравиште детета у држави различитој од оне у коју је одведено, да одвођење детета представља повреду права на старање у држави из које је одведено, да је подносилац захтева фактички извршавао право на старање над дететом у тренутку одвођења и да је дете старости испод 16 година. Приликом одлучивања о томе да ли је одвођење, односно задржавање било незаконито, поступајући органи могу непосредно узети у обзир право државе редовног боравишта детета без посебног поступка доказивања страног права, као и судске или административне одлуке донете у тој држави, без обзира да ли су формално признате у држави суда (Станивуковић, 2004: 99). Одлуку о захтеву за повратак детета ипак не доносе ови органи, већ по правном систему држава уговорница за то надлежни судски или управни органи, који су дужни да хитно спроведу поступак за враћање детета. За доношење одлуке је прописан рок од 6 недеља од дана покретања поступка (члан 11 Хашке конвенције).⁴

Дакле, Хашка конвенција враћањем детета у земљу његовог редовног боравишта настоји омогућити да све мериторне одлуке, попут оне о вршењу родитељског права, донесу надлежни органи те државе. Због тога би се могло рећи да је тежња ове Конвенције да отклони правне или судске везе успостављене радњама појединца, а које су мање или више вештачке. Наиме, лице које је одвело или задржало дете у другој држави се у великом броју случајева одлучује на такво поступање у нади да ће од судских или административних органа те државе исходovati одлуку која ће озаконити фактичку ситуацију. На овај начин то лице бира систем који ће одлучивати о конкретном случају, систем за који сматра да ће донети по њега повољнију одлуку, што Конвенција управо покушава да спречи (Perez-Vera, 1981: 429).

Најновија студија показује да је у 2015. години поднето 2270 захтева за повратак детета. Од 2002 захтева (у којима је исход био познат) 45% њих је резултирало повратком детета, 348 добровољним повратком, а 561 повратком на основу судске одлуке. Одлучивање о 48 % захтева је завршило пред судом,

⁴ Студија за 2015. годину показује да се прописани рок за окончање поступка враћања детета ретко када испоштује. Просечно трајање поступка те године је било 164 дана (108 дана за добровољно враћање детета, 158 дана за судско враћање детета и најдуже 245 дана за судску одлуку којом се одбија захтев за повратак детета). Трајање поступка значајно варира посматрано од земље до земље. Тако на пример, узимајући у обзир број поднетих захтева и време у којима су решени, најкраће трајање поступка је било у Данској (82 дана, 14 захтева), Енглеској и Велсу (90 дана, 228 захтева), Норвешкој (89 дана, 15 захтева), Шкотској (87 дана, 20 захтева) и Јужној Африци (77 дана, 10 захтева). С друге стране, захтеви поднети Бразилу (297 дана 23 захтева), Перуу (321 дана 10 захтева) и Украјини (300 дана, 15 захтева) су се много дуже решавали. Вид. у N. Lowe, V. Stephens, *op. cit.*, 20-21.

од чега је 43 % окончано у тој години, 65% одлуком којом је наложен повратак детета, 28 % одлуком којом је одбијен дететов повратак и 6% на други начин. Резултати показују пад у броју судских одбијајућих одлука у поређењу са претходним истраживањем за 2008. годину са 15% на 12%, али и пад у броју добровољних повратака детета са 19% на 17% (Lowe, Stephens, 2017: 3, 11-13).⁵

Када говоримо о одлукама којима је одбијен захтев за повратак детета, Хашка конвенција предвиђа неколико изузетака од њеног циља да обезбеди што хитнији повратак детета које је незаконито одведено или задржано.⁶ Инсистира се да њихова примена буде рестриктивна како Конвенција не би постала мртво слово на папиру.⁷ Образложење за наведено је да Конвенција почива на једногласном супротстављању држава уговорница феномену незаконитог одвођења деца и на њиховом убеђењу да је најбољи начин борбе против тог феномена на међународном нивоу да му се одбије правно признање. Практична примена овог убеђења захтева да државе потписнице, без обзира на међусобне разлике, прихвате да припадају истој правној заједници у којој је орган земље дететовог сталног места боравка у принципу најбољи за одлучивање о вршењу родитељског права и виђању са дететом (Perez-Vera, 1981: 434-435).

Што се тиче података за нашу земљу, у којој је ова Конвенција по основу сукцесије на снази од 27.04.1992. године⁸, у току 2015. године Централном извршном органу Републике Србије је поднето укупно 9 захтева за повратак деце која су доведена у Србију. Није поднет ниједан захтев за повратак детета које је одведено из Србије. У 6 од 9 случајева родитељ који је одвео дете је била мајка, док је у преосталих 3 то био отац. Три случаја су окончана судском усвајајућом одлуком, два судском одбијајућом одлуком, један повлачењем захтева, један на други начин, а два нису окончана. Разлог за одбијање повратка детета у оба случаја је била чињеница да подносилац захтева у време одвођења детета није имао право на старање. Што се тиче дужине трајања посту-

⁵ Студија је израђена на основу података добијених од 76 од 93 државе уговорнице колико их је било 2015. године, а који по процени покривају 97% укупног броја поднетих захтева. У поређењу са претходном студијом за 2008. годину, дошло је до пораста броја поднетих захтева за повратак детета за 3%. Мајке су и даље родитељ који чешће одводи дете са 73% у поређењу са 24% очева. Просечан узраст деце која су била предмет отмице је 6,8 година.

⁶ Вид. чл. 3, 12, 13 и 20 ХК.

⁷ У поменутој студији за 2015. годину од укупно 243 захтева која су одлуком суда одбијена, разлог одбијања је био доступан у 185 одлука. Већина одлука је заснована на једном разлогу за изузеће од повратка, док је 16% њих засновано на више од једног разлога. Најчешћи једини разлози за одбијање захтева су били да дете није имало место сталног боравка у земљи из које је одведено (19%) и да постоји озбиљна опасност да би повратак довео дете у неповољан положај (18%). У одлукама које су укључивале више разлога за изузеће од повратка, најчешћи је био постојање озбиљне опасности за дете у случају повратка (21%). У односу на претходне студије приметан је пораст у броју захтева који су одбијени због тога што се родитељ сагласио са одвођењем или задржавањем детета (1999. године 12%, 2003. године 13%, 2008. године 6% и 2015. године 15%), али и значајан пад одлука које су засноване на супротстављању детета повратку (1999. године 21%, 2003. године 18%, 2008. године 22% и 2015. године 15%). Вид. у N. Lowe, V. Stephens, *op. cit.*, 15-16.

⁸ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, 15. фебруар 2019.

пка, просечно трајање од дана подношења захтева Министарству правде до коначне одлуке је било 212 дана (подаци доступни за 6 случајева). Централни извршни орган је захтеве достављао суду у просеку за 9 дана, а поступак пред судом је трајао 203 дана (Lowe, Stephens, 2017: Annex 1 ii-8 ii.). Ваља напоменути да у нашој земљи још није донет посебан закон који би уредио поступак одлучивања о захтевима који се подносе у смислу Хашке конвенције. Сачињен је нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања,⁹ а о захтевима за повратак незаконито одведене-задржане деце се тренутно одлучује у поступцима који се спроводе по општим одредбама Закона о ванпарничном поступку, у складу са Информацијом за спровођење Хашке конвенције коју је издало Министарство правде (Николић, 2011: 83).

Разлози за одбијање захтева за повратак детета

Хашка конвенција предвиђа неколико разлога због којих судски или управни орган државе којој је упућен захтев није дужан да наложи повратак детета које је незаконито одведено, односно задржано. Ради се о следећим случајевима:

- 1) ако је поступак за повратак детета покренут након више од годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања, а дете се у међувремену прилагодило новој средини (члан 12);
- 2) ако се докаже да лице, институција или друго тело које се стара о личности детета није стварно остваривало право на старање у време одвођења или задржавања или да се сагласило, односно накнадно пристало на одвођење или задржавање (члан 13 став 1 тачка а);
- 3) ако се докаже да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај (члан 13 став 1 тачка б);
- 4) ако је дете одговарајућег узраста и зрелости и супротставља се повратку (члан 13 став 2);
- 5) ако би повратак представљао кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је упућен захтев (члан 20).

У наставку раду пажња је посвећена одбијању захтева за повратак детета из разлога што се дете супротставља повратку.

Воља детета

Одредбом члана 13 став 2 Хашке конвенције је прописано да судски или управни орган може да одбије да наложи повратак детета ако утврди да се дете супротставља повратку и да је напунило оне године и стекло степен зрелости при коме је потребно узети у обзир његово мишљење.¹⁰ Одредбом нису преци-

⁹ <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html>, 16. фебруар 2019.

¹⁰ У Смерницама за судије које поступају у породичним споровима у Великој Британији се наглашава да сврха разговора судије са дететом није прикупљање доказа, већ омогућавање детету

зније одређене године које је потребно да је дете напунило да би се његово мишљење узело у обзир, јер су, како Елиса Перез-Вера (Perez-Vera) наводи, приликом доношења Конвенције остали без успеха сви напори да се постигне сагласност о минимуму година у којем се може узети у обзир мишљење детета из разлога што су сви предложени узрасти деловали вештачки, па чак и арбитрарни. Стога се као најбоље решење чинило да се примена ове одредбе препусти дискрецији надлежних органа (Perez-Vera, 1981: 433).¹¹ Ово је са једне стране добро еластично решење, јер не поставља ограничења, али истовремено давање таквих дискреционих овлашћења поступајућим органима отвара врата правној несигурности. Одредбом такође нису прописани ни ближи критеријуми за процену зрелости детета, нити како ће надлежни органи прибавити дететово мишљење.¹² Наравно, ваља напоменути да одбијање захтева из овог разлога представља само могућност, не и обавезу суда.

За потребе писања овог рада је анализирано 50 судских одлука донетих у различитим државама у периоду од 2000. године до 2014. године, које су похрањене у међународној бази података INCADAT оформљеној од стране Хашке конференције за међународно приватно право. Резултати ове анализе показују да је у 21 (42%) одлуци усвојено супротстављање детета. С друге стране, претходно поменута студија за 2015. годину показује да је свега 10 % судских одбијајућих одлука донето због противљења детета као јединог разлога (Lowe, Stephens, 2017: 15). Рона Шуз (Schuz) сматра да су могућа два објашњења за овакву појаву. Први би био да доста судија које поступају у овим предметима у различитим државама делују као да још не схватају концепт права детета. Други би био да и тамо где постоји свесност о правима детета, предност се даје обавезном хитном повратку детета који је циљ Конвенције и изузетак се тумачи уско, без обраћања пажње на однос између обавезног хитног повратка и дететовог права да учествује у поступку, који је нераздвојив у сваком случају у коме дете одбија да се врати (Schuz, 2013: 318).

да разуме шта се дешава и да се увери да га је судија разумео. Наводи се да је потребно да судија објасни детету да не може чувати тајне и да ће са свим што дете каже, сем у неким изузетним околностима, бити упознати његови родитељи и друге странке, да је одлука одговорност судије која је резултат низа фактора и да она никада није одговорност детета. Вид. у Guidelines for Judges Meeting Children who are subject to Family Proceedings, april 2010, доступно на https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf, 16. фебруар 2019.

¹¹ У Објашњењу је наведено и да је уношење конкретне одредбе било апсолутно неопходно јер ће се Конвенција примењивати на децу млађу од 16 година и да је тешко прихватљиво да се наложи повратак детета од на пример 15 година против његове воље.

¹² Лаура Ланди установљава 4 стуба за слушање и разумевање деце, односно њихово учешће у поступку. Први је простор-деца би требало да буду у простору у којем се осећају пријатно. Други је глас-потребно је децу слушати и постављати им питања на која они могу да одговоре на свој начин. Трећи је публика-слушач мора бити одговарајућа публика за конкретно дете. Дете ће одговорити ономе за кога осећа да га разуме и да га у потпуности слуша. Четврти је утицај-деца морају знати да ће оно што кажу имати утицај. Иако је ова методологија развијена у сврху примене члана 12 Конвенције УН о правима детета, сасвим је применљива и у свим другим поступцима који захтевају прибављање мишљења детета. Нав. према Mark Henaghan „The voice of the child in international child abduction cases-Do judges have a hearing problem?“, *The Judges' Newsletter on International Child Protection* Volume XXII Summer-Fall 2018, 15.

Како произлази у поступцима по Хашкој конвенцији мишљењу детета се не поклања довољно пажње, иако је оно њихов централни субјект. Наведено има још већу тежину када се узму у обзир последице које незаконито одвођење-задржавање и догађаји који томе следе остављају на дете. Студија коју је спровела Мерилин Фриман (Freeman) 2014. године је показала да је 91,17 % испитаника потврдило да су осетили последице отмице, од чега 73,53 % веома значајне последице (посете саветнику, терапеуту, психологу или психијатру, посттрауматски стрес, нервни слом, покушај убиства, смештај у болницу или другу здравствену установу због психичких проблема и депресије) и 17,64% последице у виду проблема са поверењем у везама, мањка самопоуздања, страха од напуштања и напада панике. Резултати су добијени на основу разговора који су обављени са 34. одраслих људи који су као деца били жртве отмице од стране родитеља. Неколико њих је указало да су имали осећај да се њихово мишљење није довољно чуло у току судског поступка. Једна од испитаних је објаснила да само зато што се догодила отмица не значи да је исправно вратити дете другом родитељу без предузимања додатних корака који би томе уследили. Детету су потребни подршка и надзор. Остављени родитељ се често осећа напуштеним од стране детета које му се накнадно враћа „другачије“ од оног које му је одведено, што изазива различите реакције у новој породичној динамици. У конкретном случају она наводи да нико није знао да је мајка злоставља и да контакт детета и родитеља-отмичара не би требало прекинути, јер је тај родитељ најчешће једина особа која има сазнања шта се догађа детету након повратка. Још један испитаник је скренуо пажњу да поступајуће судије морају имати више свести о утицају...да нико не схвата колико се сви они осећају отуђенима (Freeman, 2014: 7, 18, 24-25, 35).¹³

У погледу супротстављања детета повратку у смислу Хашке конвенције, баронеса Хејл од Ричмонда (Hale of Richmond) истиче да правилна примена овог изузетка подразумева два стадијума. Први обухвата давање одговора на питања: 1) да ли се дете противи? 2) да ли је достигло узраст и степен зрелости у коме је потребно узети у обзир његово мишљење? Други обухвата доношење одлуке о захтеву за повратак на основу дискреционог овлашћења. Баронеса истиче да је за децу отежавајућа околност што снажно исказане речи са једне стране јасно указују на противљење, али са друге стране могу указивати и на мањак зрелости, што је нарочито изражено код тинејџера који своје мишљење износе снажно. Међутим, промишљеније исказано мишљење детета да се не врати, указујући на зрело схватање да ситуација није црно-бела, отвара врата томе да буде окарактерисано као обична жеља, не противљење. Указује и да деца неће нужно користити језичке термине који означавају противљење, же-

¹³ Иако је циљ Хашке конвенције повратак детета, његовим враћањем се проблеми не завршавају. Мерилин Фриман указује да деца често осећају конфликт лојалности након повратка родитељу којег се понекад једва сећају, а који често очекује враћање истог детета, не старијег и „другачијег“. Дете са једне стране може кривити тог родитеља што га је напустио и што га није раније пронашао, а слична осећања се могу јавити и на страни самог родитеља. Поред тога породична структура се може изменити у поређењу на ону у време отмице, дете може наићи на очуха/маћеху, новог брата или сестру, што све представља отежавајуће околности.

љу или једноставно незадовољство са оном прецизношћу коју захтевају судови у тумачењу одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције, иако ће одлука којом се не уважава њихово мишљење најчешће бити заснована управо на стриктној анализи речи које су употребили (Baroness Hale of Richmond, 2018: 43).

У образложењима одлука које су анализирани, навођени су различити тестови које судови примењују приликом испитивања постојања дететовог супротстављања повратку. Један такав тест садржан од четири корака приказан је у одлуци суда на Новом Зеланду. Тест обухвата давање одговора на следећа питања: да ли се дете противи повратку, уколико да, да ли је достигло узраст и степен зрелости у коме је потребно узети у обзир његово мишљење, уколико да, какав значај треба поклонити његовом мишљењу и најзад како искористити дискрециона овлашћења. У одлуци је наведено и да је потребно узети у обзир не само степен развоја, зрелост и способност расуђивања детета, већ и снагу противљења и разлоге за противљење које је само дете дало. У конкретном случају суд је нашао да су разлози због којих дете не жели да се врати суштински и да би им се требала поклонити значајна пажња, али и да је његов снажан отпор повратку био углавном заснован на мишљењу о мајци. Будући да у поступку није доказано злостављање које је он тврдио да је трпео од мајке, суд је наложио повратак.¹⁴

Још детаљнији тест наведен је у одлуци Апелационог суда Велике Британије који обухвата давање одговора на следећа питања: да ли се дете противи повратку у земљу редовног боравишта (понекад ће ово противљење бити неодвојиво повезано са противљењем животу са другим родитељом, који тражи његов повратак), које су године и степен зрелости детета, да ли његов степен зрелости кореспондира са животним добом (суд је указао да је у неким случајевима дете довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир и онда када није достигло потпуну зрелост да доноси самосталне одлуке),¹⁵ да ли је прихватљиво узети у обзир мишљење детета и у склопу овога: какво је схватање детета о томе шта је у његовом интересу, краткорочно, средњорочно и дугорочно посматрано, у којој мери противљење има основа у реалности, у којој мери је дететово мишљење било под нечијим утицајем, те у којој мери ће се противљење ублажити по повратку или одвајању од отмицара?¹⁶

Оно што се свакако намеће као прво питање приликом анализе одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције је у ком узрасту се дете сматра довољно

¹⁴ M v. M (2012) NZFLR 429, INCADAT reference HC/E/NZ 1229.

¹⁵ У одлуци Re F. (A Child) (2009) EWCA Civ 416 INCADAT reference HC/E/UKe 1020 је утврђено да дечак, узраста 8 година у време незаконитог одвођења, има виши степен зрелости од оног који је очекиван за његове године. Суд је проценио да је његово противљење у складу са његовим најбољим интересом посматрано краткорочно. Дечак је до доношења одлуке већ 18 месеци живео у Велсу, где се у међувремену преселила цела мајчина породица. Навикао се на средину и стекао пријатеље, па је суд без обзира на циљ Конвенције одбио његов повратак у Пољску. С друге стране у одлуци Court of Appeal of Helsinki No 2933 INCADAT reference HC/E/FI 863 суд је одбио да узме у обзир противљење девојчице узраста 14 година, налазећи да је мање зрела од оног степена зрелости који се очекује за њен узраст.

¹⁶ Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) (2000) 2 F.L.R. 192, INCADAT reference HC/E/UKe 270.

зрелим да би се његово мишљење узело у обзир. Посматрана судска пракса је у том погледу крајње шаролика. У предмету пред Врховним судом Француске деца узраста 9,5 и 6 година су процењена да немају потребно разумевање да би пред судом износили своје мишљење у погледу повратка у Мексико.¹⁷ Канадски суд је децу још старијег узраста, 10 и 12 година, оценио као незрелу и са очигледним недостатком разумевања због чега њихово противљење повратку није узео у обзир.¹⁸ Исто је поступљено и одлуци суда у Перуу која се тичала дечака узраста 7 година чије супротстављање повратку у Аргентину из разлога што је Перу занимљивији и што има пријатеље тамо, иако природно за његове године, није усвојено због недостатка довољног степена зрелости.¹⁹ С друге стране најмлађи узраст у којем је супротстављање детета узето у обзир у случајевима који су анализирани је 6 година. Реч је о предметима Врховног суда Грчке²⁰ и Апелационог суда Велике Британије. Значајно је образложење последњег поводом приговора оца да се изузетак из одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције не може применити на средње дете које је интервјуисано 2 недеље пре свог 6. рођендана. Суд наводи да у том аргументу има снаге и да супротстављање тако малог детета свакако није било намера оних који су сачињавали Конвенцију, али и да је у последњих 30 година превладала потреба да се доносе одлуке о деци тог узраста, не увек у складу са њиховим жељама, али бар у њиховом светлу, при чему узраст средњег детета сам по себи не искључује могућност примене предметног изузетка. Иако је поступајући судија изразио забринутост да ће снижавање старосне границе у којој се противљење детета може узети у обзир можда поступно еродирати циљ Конвенције у виду хитног повратка деце, одређену дозу сигурности је пронашао у очекивању да ће се приликом одлучивања већа тежина увек поклањати противљењу старијег, не млађег детета. У конкретном случају је донета одлука којом је одбијен захтев за повратак све троје деце, узраста 8, 6 и 3 године, уз образложење да и поред младог узраста, двоје старије деце има потребну зрелост, с тим да њиховој процени ситуације недостаје софистицираност.²¹

Друго питање које се намеће је степен зрелости који је потребно да је дете стекло. Будући да Конвенција не прописује критеријуме за одређивање да ли је дете достигло одговарајући степен зрелости да би се његово мишљење узело у обзир, пракса изузетно варира. У одсуству објективних критеријума, процена зрелости, поготово када је врше судије, зависи од схватања тих појединачних шта је то довољан степен зрелости због чега се установљавање одређених критеријума чини неопходним. Сликвит је приступ садржан у једној од испитиваних одлука у којем је наведено да узраст и степен зрелости у коме је потребно да се узме у обзир дететово противљење у смислу одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције не подразумева испитивање које је ограничено

¹⁷ Cass Civ 1ere 12 avril 2012 No de pourvoi 11-20.357, INCADAT reference HC/E/FR 1155.

¹⁸ 2008 QCSC 5320 Superior Court of Quebec (District of Hull) INCADAT reference HC/E/CA 926.

¹⁹ File No 2004-0276-0-2702-JM-FA-01 INCADAT Reference HC/E/PE 873.

²⁰ Supreme Court of Greece decision 1482 12 October 2012, INCADAT reference HC/E/GR 1241.

²¹ Re W. (Children) (2010) EWCA Civ 520 (2010) 2 F.L.R. 1165, INCADAT reference HC/E/UKe 1324.

само на уопштену способност детета да формира и изрази своје мишљење које носи обележја зрелости. Дозвољено је (и како је наглашено, често ће бити потребно) да се испитује да ли је дете достигло онај степен развоја у коме када је упитано „Да ли се противиш повратку у земљу редовног боравишта?“ може дати одговор који није заснован само на осећају, већ је резултат разлучивања зрелог детета шта је у његовом најбољем интересу, гледано дугорочно и краткорочно.²²

Оно што је у пракси још уочено је да судови, поред узраста и степена зрелости, захтевају и да супротстављање повратку буде снажно, јако, убедљиво, искрено, непопустљиво, одлучно.²³ Тако је у одлуци суда на Новом Зеланду наведено да се права деце, поготово оне довољно зреле да изразе своје мишљење, морају чути, поштовати и спроводити уколико је могуће, при чему је потребно да жеља детета буде снажна, јасна, чврста и зрела, те да представља противљење у смислу уобичајеног значења речи.²⁴ Још један добар пример је одлука суда у Великој Британији која се тичала осмогодишње девојчице рођене у ванбрачној заједници држављанке Велике Британије и држављанина Републике Србије. Након прекида ванбрачне заједнице у јануару 2005. године, односи бивших партнера у погледу детета су били лоши и испуњени тензијом. Неправноснажном одлуком суда у Београду у марту те године дете је поверено мајци на самостално вршење родитељског права, уз редовно одржавање личних односа детета са оцем. Након тога, мајка је у два наврата дете одводила у Велику Британију, први пут у августу 2005. године и други пут у октобру 2006. године. Отац је оба пута иницирао хитан повратак детета по Хашкој конвенцији. Први пут се мајка пред судом сагласила да се са дететом врати у Србију, док је други пут поступак окончан одбијањем захтева због снажног противљења детета повратку у Србију. У поступку пред судом је утврђено да је реч о паметној осмогодишњакињи, способној да разуме питања која су јој постављена и да на њих да образложене одговоре. Њено супротстављање повратку је делом било узроковано жељом да остане са мајком и да се не врати оцу, а делом на искуству са српском полицијом, страху да ће се такво искуство поновити у случају повратка и да ће бити одвојена од мајке. Наиме, полиција је по повратку мајке са дететом у Србију, након њиховог првог одласка у Велику Британију, у више наврата претресала аутомобил и стан мајке, те проналазила одређене количине наркотика. Дете је присуствовало овим догађајима, укључујући и хапшењу мајке, што је код детета узроковало интензиван страх.

²² Re S. (Minors) (Abduction: Acquiescence) (1994) 1 FLR 819, INCADAT reference HC/E/UKe 47.

²³ Такво становиште је изражено у одлуци *Walley v. Walley* (2005) EWCA Civ 910 (2005) 3 FCR 35, INCADAT reference HC/E/Uke826, којом је захтев за повратак одбијен јер се девојчица снажно противила повратку у Јужну Африку; одлуци *CA Nimes* 18.02.2009. No. de RG 08/04984, INCADAT reference HC/E/FR 1135, којом је захтев одбијен јер се обоје деце снажно противило повратку; одлуци *De directie Preventie optredend voor zichzelf en namens Y (the father) against X (the mother)* (07.02.2001. ELRO nr. AA9851 Zaaknr:813-H-00) INCADAT reference HC/E/NL 314, којом је одбијен повратак дечака који се снажно противио повратку у Канаду и јасно изразио жељу да остане са мајком у Холандији.

²⁴ *Secretary for Justice v. Penney, ex parte Calabro* (1995) NZFLR 827, INCADAT reference HC/E/NZ 67.

Имајући у виду претходно, суд је у одлуци заузео становиште да мајка јесте одвела дете за време трајања судских поступака у Републици Србији, земљи дететовог редовног боравишта, али да нема места усвајању захтева за повратак детета у ситуацији када се оно снажно томе супротставља.²⁵

Рона Шуз оправдано истиче да ће заступање оваквог становишта дискриминисати децу чије се личности разликују, оне који се по природи снажније изражавају и оне који су смиренијег темперамента. Указује да и када је дете у потпуности сигурно да не жели да се врати, оно може да показује знакове да му недостаје други родитељ, остатак породице и пријатељи у земљи из које је одведено, што се не може аутоматски протумачити као знак његове неодлучности или да његово мишљење није довољно чврсто. Дете има право да се одговарајућа тежина поклони сваком његовом мишљењу, не само оном које је доминантно и изражено снажно (Schuz, 2013: 328).²⁶

Осим тога да је снажно, противљење детета би према анализираној судској пракси требало да буде и аутентично и израз његове слободне воље, а не резултат утицаја другог родитеља, односно неког од чланова породице. Наведено ипак не би требало да одврати родитеља који је незаконито одвео или задржао дете од указивања да се дете противи повратку из страха да ће бити оптужен да је припремио дете или на њега вршио притисак да се супротставља повратку, како се образлаже у одлуци суда у Великој Британији *Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return)* (2004) EWCA CIV 428.²⁷ У истој је наведено да би, када год постоји противљење детета, требало учинити сваки напор да се оно изнесе пред поступајућег судију, а да су судије и социјални радници довољно обучени да могу да процене она супротстављања која су вештачка. Тако је на пример суд у Шкотској одбио захтев за повратак због супротстављања дечака узраста 12 година за чије је мишљење проценио да није формирано под утицајем мајке, иако је сагласно са њим.²⁸ С друге стране противљење детета није уважено из разлога што није формирано његовом слободном вољом, већ под утицајем родитеља који га је одвео и то: у одлуци шпанског суда којом је наложен повратак дечака од 14 година, одлуци финског суда којом је наложен повратак девојчице истог узраста и одлуци канадског суда којом је наложен повратак девојчице узраста 10 година.²⁹ Дакле, правилан

²⁵ *Re. M. (A Child) (Abduction: Child's Objections to Return)* (2007) EWCA Civ 260, INCADAT reference HC/E/Uke 901

²⁶ Снажно, убедљиво и одлучно противљење, са последицом да ће повратак дете изложити озбиљној опасности или неповољном положају, захтевано је у одлуци суда у Аргентини *E.S.s/ Reintegro de hijo*, INCADAT reference HC/E/AR 1305. У конкретном случају суд је усвојио захтев за повратак детета, јер се дете противило повратку зато што се навикло на нову средину, што по процени суда није било довољно. У још једној одлуци аргентинског суда *G, P. C. s. H., S. M. s/ reintegro de hijos* INCADAT reference HC/E/AR 1315 изражено је исто мишљење да противљење повратку мора бити искрено и непопустљиво, а не представљати само жељу.

²⁷ INCADAT reference HC/E/UKe 579.

²⁸ *M. Petitioner 2005 S.L.T. 2 OH*, INCADAT reference HC/E/UKs 804.

²⁹ *Auto Audiencia Provincial No 133/2006 Pontevedra (Seccion 1) Recurso de apelacion No 473/2006* INCADAT reference HC/E/ES 887, *Court of Appeal of Helsinki No 2933* INCADAT reference HC/E/FI 863, *J.E.A. v. C.L.M. (2002) 220 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.)* INCADAT reference HC/E/CA 754.

приступ би подразумевао да суд прво утврди да ли је дететово мишљење заиста било под нечијим утицајем и уколико је одговор позитиван, да ли тај утицај у потпуности анулира дететово противљење (Schuz, 2013: 329).

Коначно, последњи критеријум који су судови захтевали у погледу противљења детета је да би оно требало бити усмерено на повратак у конкретну државу. Како се наводи у одлуци G.P.C. c. H.S.M. s/reintegratio de hijos,³⁰ супротстављање би требало да буде усмерено на живот у држави редовног боравишта, не на старање или виђање са родитељем, па узимање у обзир мишљења детета није изједначено са анализирањем са којим родитељем оно жели да живи. Мишљења деце која су у посматраним одлукама усвојена била су поткрепљена аргументима и оценом услова живота у обе државе. Тако је на пример амерички суд навео да је противљење девојчице узраста 15 година валидно, јер је као разлоге навела да не жели да се врати да живи са оцем, да су професори у Америци предусретљивији од оних у Мексику, да је свесна да ће јој статус имигранта у Америци створити одређене проблеме, нарочито приликом запошљавања, те да разуме да је потребно да нађе начин како да их преброди.³¹ Оно што ће у пракси отежавати оцену испуњености овог услова је да ће дететово противљење повратку често бити неразмрсиво повезано са противљењем повратку да живи са другим родитељем, из ког разлога ће бити тешко (немогуће) повући јасну црту докле је противљење узроковано животом у конкретnoj држави, а докле животом са другим родитељем. Управо је такав случај био предмет одлучивања суда у Великој Британији у коме је повратак двојице дечака у Грчку био неразмрсиво повезан са повратком у породицу оца, што ниједан од њих двојице није могао да поднесе, из ког разлога је захтев за њихов повратак одбијен.³²

Најзад, чак и у ситуацијама када је утврђено да је дете довољног узраста и степена зрелости, да је његово супротстављање снажно, аутентично и усмерено ка конкретnoj држави његовог редовног боравишта, суд се у појединим случајевима одлучивао да га не уважи и ипак наложи повратак детета. Образложење за овакве одлуке је углавном било да дететово противљење није једини и одлучујући фактор за доношење одлуке и да у тим случајевима није превадало политику Конвенције. Тако је амерички суд наложио повратак дечака узраста 9 година, сматрајући да његово противљење повратку из разлога што се плаши свог оца, којег сматра злим, није довољно да превлада политику Конвенције.³³ По становишту суда супротстављање детета није превадало дух Конвенције и право оца по одредби члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и у случају који је разматран пред судом у Ирској. Суд је у том

³⁰ INCADAT reference HC/E/AR 1315. Ово становиште је заузето и у одлуци суда у Аустралији којом је наложен повратак дванаестогодишњег детета у Немачку, јер се он противио животу са оцем, а не животу у Немачкој. У одлуци је наведено и да у конкретном случају противљење детета животу са оцем није неразмрсиво повезано са противљењем животу у Немачкој. Вид. у Barry Eldon Matthews (Commissioner Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001, INCADAT reference HC/E/AU 345.

³¹ Broca v. Giron 2013 WL 867276 (E.D.N.Y.) INCADAT reference HC/E/US 1264.

³² Re M. (Abduction: Psychological Harm) (1997) 2 FLR 690, INCADAT reference HC/E/UKe 86.

³³ Foster v. Foster 654 F. Supp. 2d. 348 (W.D. Pennsylvania 2009) INCADAT reference HC/E/US 1110.

предмету одбио противљење деце иако је нашао да су напунили године и стекли степен зрелости у коме је потребно узети у обзир њихово мишљење, те да је њихова жеља да остану у Северној Ирској искрена.³⁴

Воља детета код захтева за повратак који се односи на више деце

Када се захтева повратак двоје или више деце, а неко од њих се супротставља повратку у смислу одредбе члана 13 став 2 Хашке конвенције, поставља се као питање какав утицај има то противљење на одлуку о захтеву за повратак друге деце. Приликом давања одговора на ово питање је потребно правити разлику између ситуације када су друга деца млађа и у добу када још немају довољан степен зрелости да би се њихово мишљење узело у обзир и ситуације када се повратку супротставља двоје или више деце која су напунила године и стекла степен зрелости у ком је потребно узети у обзир њихово мишљење.

У првом случају би се могло рећи да су могућа три решења. Прво, да суд не уважи противљење старијег детета и наложи повратак обоје деце. Друго, да усвоји противљење старијег детета и одбије повратак у односу на њега и треће, да одбије повратак у односу на обоје деце. Ниједна од ових опција није идеална. Са једне стране, јасно је да ће одвајање браће и сестара, у ситуацији када су већ довољно осетили одвајање од других чланова породице, по свој прилици њима проузроковати штету или их довести у неподношљиву ситуацију. Са друге стране, одбијање повратка у односу на млађе дете само из разлога што се старије дете противи повратку није у сагласности са циљевима Конвенције и правима тог детета да контактира са остављеним родитељем. Слично томе, налагање повратка старијег детета противно његовој вољи само зато што има млађег брата/сестру није у сагласности са његовим правом да учествује у поступку (Schuz, 2013: 338-339).

У посматраним случајевима суд се у оваквим ситуацијама одлучивао да децу не раздвоји, већ да одбије захтев за повратак у односу на све њих. Најчешће образложење за овакву одлуку је било то што би повратак само млађег детета/деце по њега/њих представљао озбиљну опасност у смислу одредбе члана 13 став 1 тачка б Хашке конвенције. Такво становиште је заступао и грчки суд у одлуци Court of First Instance of Amaliada decision 248 13 March 2007. У наведеном поступку се двоје старије деце узраста 14 и 12 година валидно супротстављало повратку у Аустралију. Сматрајући да је потребно усвојити њихово противљење, суд је захтев одбио не само у односу на њих, већ и у односу на близанце узраста 8 година, уз образложење да постоји озбиљна опасност да би раздвајање браћу и сестре изложило психичкој трауми.³⁵ Исто становиште је заузето и у одлуци суда Велике Британије која се тичала двоје деце, девојчице узраста 11 година и дечака узраста 6,5 година. Образложење је гласило да би у ситуацији када је захтев за повратак старије девојчице одбијен

³⁴ JR v. SIR (2007) NICA 50 (2008) N.I. 252 INCADAT reference HC/E/SK 1190.

³⁵ INCADAT reference HC/E/GR 680.

због тога што се супротставила враћању у Шпанију, враћање млађег дечака самог, њега довело у неповољан положај.³⁶

Међутим, како поступити онда када се двоје деце довољног узраста и степена зрелости супротставља повратку? Рона Шуз оправдано критикује приступ да се прво испита да ли противљење сваког од детета испуњава услове прописане одредбом члана 13 став 2 Хашке конвенције, након чега се доноси одлука третирајући децу као део породичне заједнице, не појединачно. Указује да чињеница да има двоје или више деце чија се супротстављања процењују истовремено може утицати на процену степена зрелости или јачине противљења сваког од њих. Млађе дете ће несумњиво деловати мање зрело од старијег и његови разлози мање убедљиви. Поред тога, могућа је и сумња да је на његово мишљење утицало старије дете, поготово онда када су интервјуисани заједно. Није јасно ни како ће суд истовремено донети одлуку о противљењу два зрела детета, јер судбина сваког од њих има утицаја на одлуку. Уколико суд одлучи да не врати старије дете, то утиче на млађе исто као у случају млађег детета које још није напунило године и стекло степен зрелости да би се његово мишљење узело у обзир. Слично, уколико суд одлучи да врати млађе дете, то може бити од утицаја на одлуку у погледу старијег детета. Стога се чини најисправнијим приступ који би подразумевао прво одлучивање у односу на старије дете (Schuz, 2013: 340). Дobar пример за наведене дилеме је одлука суда Велике Британије о захтеву за повратак дечака узраста 13 година и девојчице узраста 11,5 година, који су се обоје супротстављали повратку. Суд је нашао да снага и разлози супротстављања девојчице нису довољни да превладају циљ Хашке конвенције, док је у погледу противљења дечака нашао да је он старији, зрелији, те да је његово супротстављање снажно и рационално. Резултат је била одлука којом је наложен повратак обоје деце. Оно је што је уследило је да се дечак добровољно укрцао на авион, док је девојчица то одбијала, што је напослетку условило да је суд дозволио да она изјави жалбу против првостепене одлуке, која је тим поводом укинута и предмет је враћен на поновно одлучивање.³⁷

Начин утврђивања воље детета

Супротстављање детета повратку отвара многа комплексна социолошка, психолошка и правна питања и пред судије ставља задатак да одмере фино избалансирану мешавину за и против овог противљења (Greene, 2005: 155).

Давање могућности детету да изнесе своје мишљење не значи нужно конфликт са циљем Хашке конвенције да се обезбеди што хитнији повратак детета. Суштина је додати мишљење детета, мишљењу родитеља и других (Elrod, 2011: 690-691).³⁸ Наведено је у складу са Конвенцијом Уједињених на-

³⁶ Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) (2000) 2 F.L.R. 192 INCADAT reference HC/E/UKe 270. За још примера видети Re J. Children (Abduction: Child's Objections to Return) (2004) EWCA CIV 428 INCADAT reference HC/E/UKe 579.

³⁷ Re H.B. (Abduction: Children's Objections) (1997) 1 FLR 392, INCADAT reference HC/E/UKe 18.

³⁸ Ауторка сматра да би се дететово мишљење требало утврдити кад год његов интерес није у сагласности са интересом родитеља-када је дете доведено у опасност, када родитељи не могу да се договоре и када се мишљење детета разликује од мишљења родитеља.

ција о правима детета која у члану 12 прописује да државе чланице обезбеђују детету, које је способно да формира своје сопствено мишљење, право слободног изражавања тог мишљења о свим питањима која се тичу детета, с тим што се мишљењу детета посвећује дужна пажња у складу са годинама живота и зрелошћу детета. У ту сврху детету се посебно даје прилика да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се односе на њега, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процедуралним правилима националног закона.³⁹ У погледу примене ове одредбе Комитет Уједињених нација за права детета, као надзорно тело, одвраћа државе уговорнице да било законом или праксом пропишу старосну границу и на тај начин лимитирају право детета да изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу. Државе уговорнице би требало да крену од претпоставке да је дете способно да формира своје мишљење и да поштују његово право да га изнесе, јер није на детету да доказује своју способност. Пуно поштовање одредби члана 12 подразумева узимање у обзир не само вербалне, већ и невербалне комуникације која укључује игру, говор тела, изразе лица и цртање, кроз које веома мало дете може да изрази своје разумевање, изборе и жеље.⁴⁰

У делу рада који следе приказан је начин утврђивања воље детета за потребе доношења одлуке о захтеву за његов повратак у смислу Хашке конвенције у неколико одабраних иностраних законодавстава. Такође, приказан је начин утврђивања дететовог мишљења у породичним споровима у нашој земљи у складу са одредбама Породичног закона и решења која су у том погледу предложена у нацрту Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања.

Тако на пример, судије у Јапану долазе до дететовог мишљења на основу стручне анализе коју даје судски службеник специјализован за интеракцију са децом (Elrod, 2014: 351-352). Овај службеник пре самог разговора са дететом, ради што боље припреме за интервју, обично позива учеснике у поступку да доставе у писаном облику информације о детету. Припреме иду дотле да службеник бира која је одећа прикладнија за разговор (да ли одело или нешто неформалније) и у којој соби да се разговор обави (у породичним судовима у Јапану постоје посебне просторије за те сврхе, обичне које се користе за разговоре са тинејџерима и оне уређене попут играоница за разговоре са млађом децом). На почетку разговора службеник адекватним језиком детету објашњава своју улогу, поступак који суд спроводи и предмет тог поступка. Након тога приступа испитивању детета, постављајући питања отвореног и затвореног типа у зависности од узраста и зрелости детета. У току интервјуа службеник користи топао глас, упућује речи подршке и парафразира оно што је дете рекло, све време показујући поштовање и пажњу. У обзир се узима не само оно

³⁹ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ-Међународни уговори* бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ-Међународни уговори* бр. 4/96 и 2/97.

⁴⁰ General Comment No. 12 (2009) The Right of the Child to be Heard, Committee on the Rights of the Child, Geneva, 2009, 6-7.

што је дете рекло, већ и тон којим је нешто рекло, поглед и изрази лица. Поред тога, оно што је речено се анализира у ширем контексту, имајући у виду дететов степен зрелости, породицу и невербалне знаке. На основу онога што је дете рекло и стручне анализе прикупљених података, судски службеник израђује писани извештај који подноси судији. Будући да се овај извештај третира као доказ, странке могу поднети писане приговоре на његову садржину (Sawamura, 2018: 25).

С друге стране, у Грчкој мишљење детета прибавља судија појединац пред којим се води поступак, а који у згради суда у својим одајама обавља разговор са дететом (углавном се деца узраста 6-7 година сматрају довољно зрелом). У згради суда не постоје просторије посебно опремљене за разговоре са децом. Судије претходно не пролазе обуку како спровести разговор са децом, нити суд издаје посебне приручнике и упутства на ту тему. Последишно, сваки судија обавља интервју на начин који он сматра одговарајућим у циљу процене да ли је дете довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир, да ли је било под нечијим утицајем или евентуално добило припремљене одговоре и да ли је у могућности да схвати шта је у његовом најбољем интересу. Интервјуима не присуствује нико други сем судије и детета, укључујући ни дечјег психијатра, дечјег психолога или социјалног радника. Истиче се да се на овај начин омогућава детету да у разговору један на један изнесе мишљење о ситуацији која има велики утицај на њега и његову будућност, а пошто мишљење не износи у судници нема осећај да је приморан да се определи за једног од родитеља који су у конфликту (Andriakopoulou, Andriakopoulou, 2018: 35-37).

Занимљива решења нуди такозвани „холандски метод“. У Холандији се саслушавају деца почев од 6. године живота. Суд поставља привременог старатеља сваком детету који је са једне стране дететова особа од поверења, а са друге стране интерпретатор дететовог мишљења судији који доноси одлуку о његовом повратку. Бира се из реда стручњака за прекограничну медијацију и у поступку, након два обављена разговора са дететом изван зграде суда, израђује писани извештај који садржи податке прикупљене током интервјуа и одговоре на потребна питања.⁴¹ Уколико дете то жели, старатељ може присуствовати његовом разговору са првостепеним и другостепеним судијом. Привремени старатељ ће у сваком случају присуствовати судским рочиштима, првостепеним и другостепеним, како би уколико буде било потребно пружио додатне информације и одговорио на питања родитеља или њихових адвоката. Поред тога, старатељ ће дете, у зависности од његовог узраста и степена зрелости, информисати о садржају судске одлуке и евентуално могућности и последицама изјављивања жалбе (Olland, 2018: 54-55).

Напослетку, у Италији је опште правило да дете саслушава председавајући судија и судија-психолог (у оним судовима у којима нема судије-психолога, председавајућем судији се препоручује да постави психолога или

⁴¹ Питања на која би требало да пружи одговор су: 1. Које је дететово мишљење о потенцијалном животу у држави Х и потенцијалном животу у Холандији? 2. Колико се дете осећа слободним да изрази своје мишљење? 3. Колико је дете свесно последица живота у држави Х и Холандији? и 4. Да ли су у току разговора искрсли неки детаљи који су битни за доношење одлуке?

психијатра). Саслушавају се деца узраста 12 година и старија. Дете млађег узраста се може испитати ако постоје озбиљни разлози који то налажу, ако постоји сагласност странака и у одсуству те сагласности процена судије да дете има потребно разумевање поступка који се води. Дете се саслушава по хитном поступку како би се избегло интензивирање постојећег сукоба на релацији родитељ-дете и родитељ-родитељ. Разговор се обавља по завршетку школе у приватној просторији чије уређење олакшава комуникацију и интеракцију између детета и судије. У току целог поступка је забрањена комуникација између родитељевих адвоката и детета, с што им се омогућава да судији пре саслушања предложе питања о којима је потребно испитати дете. На захтев детета, судија може дозволити да разговору присуствују један или оба родитеља или неко ван породице, узимајући у обзир дететов узраст и његову потребу за психолошком подршком током саслушања. Браћа и сестре се углавном саслушавају одвојено, иако их судија може испитати и заједно уколико нађе да је то оправдано. О саслушању се сачињава записник који дете мора да прочита и да га потпише. Поред овог такозваног директног начина испитивања, постоји и индиректни начин када разговор са дететом обавља стручњак ван зграде суда (Ghigliazza, Luzzati, 2018: 32-33).

Начин утврђивања воље детета у Републици Србији

Имајући у виду да према последње доступним подацима за нашу земљу ниједан захтев за повратак детета поднет по Хашкој конвенцији није одбијен због супротстављања детета повратку, у делу рада који следи је приказан начин утврђивања мишљења детета у породичним споровима у складу са одредбама важећег Породичног закона. Најчешћи начин утврђивања воље детета у овим поступцима је путем надлежног органа старатељства (Центра за социјални рад) чији стручни тим, углавном састављен од психолога, педагога или социјалног радника, након обављеног разговора са дететом даје свој налаз и стручно мишљење.

Тако је на пример у поступку који је вођен пред Основним судом у Лозници под бројем 1 ПЗ. 184/17, а чији је предмет била измена раније пресуде о самосталном вршењу родитељског права које је било поверено мајци, суд у два наврата прибавио налаз и стручно мишљење надлежног Центра за социјални рад.⁴² У оба налаза и стручна мишљења радници Центра за социјални рад су, након обављеног разговора са малолетном децом, дали процену да је у њиховом најбољем интересу да у даљем буду поверена оцу на самостално вршење родитељског права. У конкретном случају се радило о деци која су у узрасту да самостално одлучују са којим ће родитељем да живе (15 и 17 година)⁴³, а њихову истрајну жељу да убудуће буду поверена оцу на самостално вршење родитељског права, стручна лица органа старатељства су проценила као аутентичну. У коначном, ранија одлука је измењена и малолетна деца су поверена на самостално вршење родитељског права оцу.⁴⁴

⁴² Вид. чл. 270 Породичног закона-ПЗ, *Службени гласник РС* бр. 18/2005 и 6/2015.

⁴³ Вид. чл. 60 ст. 4 ПЗ.

⁴⁴ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.61/18 од 08.02.2018. године.

Дужна пажња је посвећена и мишљењу 12-огодишњег дечака у поступку који је вођен пред Основним судом у Новом Саду под бројем П2.2042/15, а чији је предмет била такође измена раније одлуке о поверавању самостално вршења родитељског права мајци. Дечак је своју жељу да убудуће живи са оцем изнео пред радницима Центра за социјални рад, у разговору који је обављен ради давања налаза и стручног мишљења органа старатељства. Као и у претходно наведеном, и у овом случају промењена је ранија одлука и дете је у даљем поверено оцу.⁴⁵

Наравно, независно од наведеног, нема сметњи да судија обави директан разговор са дететом када процени да је то у складу са његовим годинама и зрелошћу.⁴⁶ Тако је на пример у породичном спору вођеном пред Основним судом у Старој Пазови под бројем П2. 453/16, а чији је предмет била измена раније одлуке тог суда о самосталном вршењу родитељског права, поступајући судија-председник већа одлучио да обави насамом разговор са дететом, девојчицом узраста 13 година, како би сазнао њено мишљење о томе којем родитељу жели да убудуће буде поверена на самостално вршење родитељског права. Претходно је прибавио налаз и стручно мишљење Центра за социјални рад, чија је процена између осталог била да је девојчица одличан ученик, високо интелигентна и натпросечне психолошке и социјалне зрелости у односу на свој календарски узраст. Првостепена одлука у конкретном случају је била да дете и даље буде поверено мајци на самостално вршење родитељског права, што је уједно била и девојчицина жеља. Предмет жалбеног побијања оца, чији је захтев у првом степену одбијен, била је управо околност да је судија сам обавио разговор са дететом. Поводом оваквих навода, другостепени суд се изјаснио да имајући у виду узраст девојчице (13 година) и њену натпросечну зрелост, одлука поступајуће судије да у просторијама суда насамом обави разговор са њом у циљу утврђивања њеног мишљења није противна одредби члана 266 став 3 тачка 3 Породичног закона, којом је суду остављена могућност да у сваком конкретном случају начин и место прибављања мишљења детета способног да формира своје мишљење прилагоди његовим годинама и зрелошћу.⁴⁷ Жалба оца је одбијена.

Напоследку, регулатива нацрта Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања у погледу мишљења детета је да је суд дужан да детету које је способно да формира своје мишљење, независно од узраста, на примерен начин пружи сва неопходна обавештења и да му омогући да то мишљење изрази уз присуство или без присуства других лица, зависно од жеље детета, на начин и на месту који су у складу са његовим узрастом и зрелошћу, осим ако је то у супротности са најбољим интересом детета. Суд је дужан да детету које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање омогући да слободно и непосредно изнесе своје мишљење о захтеву за враћање, осим ако оцени да је то у супротности са нај-

⁴⁵ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.548/16 од 22.09.2016. године.

⁴⁶ Вид. чл. 65 и 266 ст. 3 ПЗ.

⁴⁷ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2.15/19 од 17.01.2019. године.

бољим интересом детета. Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о повратку и о одржавању личних односа са родитељем односно другим лицем са којим га веже нарочита блискост, у складу са законом (чл. 48).⁴⁸ Старосни лимит је у складу са духом Породичног закона.⁴⁹

Закључак

Хашка конвенција предвиђа више разлога због којих поступајући судски или управни орган може да одбије захтев за повратак детета. У овом раду је пажња посвећена супротстављању детета, као једном од тих разлога. Резултати анализе судске праксе која је спроведена за потребе писања овог рада и статистички подаци Хашке конференције за међународно приватно право показују да установљивање постојања овог изузетка у пракси има тенденцију опадања, односно да је противљење детета све ређи разлог за одбијање захтева за његов повратак. У посматраним случајевима је уочљиво да судови често више пажње поклањају начину на који је изнето, него суштини дететовог мишљења, те да постоје значајне разлике у схватањима судова које су то године и степен зрелости при коме је потребно узети у обзир мишљење детета. Хашка конвенција оправдано не прописује старосни минимум, на тај начин остављајући могућност да у сваком појединачном случају поступајући орган процењује да ли је дете у годинама у којима је довољно зрело да се његово мишљење узме у обзир, али се ипак чини потребним установљивање објективнијих критеријума за ту процену.

Мишљење детета у неколико приказаних законодавстава се прибавља на два начина, у директном разговору судије са њим или путем лица за то квалификованих. У нашој земљи оба начина су дозвољена, али у пракси претеже друга опција, која ипак делује адекватнија због посебних знања којима та лица располажу.

Литература:

1. Andriakopoulou, Karolina Zoi, Andriakopoulou, Maria Louiza (2018): *The Voice of the Child in Hague Convention Proceedings in Greece*, The Judges' Newsletter on International Child Protection Volume XXII, Hague Conference on Private International Law, Hague.
2. Baroness Hale of Richmond (2018): *Child Abduction from the Child's Point of View*, The Judges' Newsletter on International Child Protection Volume XXII, Hague Conference on Private International Law, Hague.

⁴⁸ <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html>, 17. фебруар 2019.

⁴⁹ Вид. чл. 65 и 60 ст. 4 ПЗ.

3. General Comment No. 12 (2009) The Right of the Child to be Heard, Committee on the Rights of the Child, Geneva.
4. Greene, M. Anastacia (2005): *Seen And Not Heard? Children's Objections Under The Hague Convention On International Child Abduction*, University of Miami International and Comparative Law Review Volume 13.
5. Guidelines for Judges Meeting Children who are subject to Family Proceedings (2010), dostupno na https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf
6. Ghigliazza, Marzia, Luzzati, Sara (2018): *The hearing of the child in civil proceedings in Italy-Rules and practice*, The Judges' Newsletter on International Child Protection Volume XXII, Hague Conference on Private International Law, Hague.
7. Elrod, D. Linda (2014): *Japan Joins Hague Abduction Convention: England Returns Child*, Family Law Quarterly Volume 48 Number 2, Chicago.
8. Elrod, Linda (2011): *Please Let Me Stay: Hearing the Voice of the Child in Hague Abduction Cases*, Oklahoma Law Review Volume 63 Number 4.
9. Lowe, Nigel, Stephens, Victoria (2017): *Part I-A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Global report-provisional edition, pending the completion of the French version*, The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, International Centre for missing and exploited children, Hague Conference on Private International Law, Hague.
10. Nikolić, Biljana (2011): *Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece*, Bilten sudske prakse Apelacioni sud u Kragujevcu broj 1.
11. Olland, Annette (2018): *The voice of the child in 1980 Hague return procedures in the Netherlands*, The Judges Newsletter on International Child Protection Volume XXII, Hague Conference on Private International Law, Hague.
12. Perez-Vera Elisa (1981): Explanatory Report.
13. Ponjavić, Zoran, Palačković, Dušica (2012): *Prekogranično odvođenje dece i porodično nasilje*, Zbornik radova Prava djeteta i ravnopravnost polova-između normativnog i stvarnog, Istočno Sarajevo.
14. Sawamura, Tomoko (2018): *Child's view in return proceedings-Practice od Japanese court*, The Judges' Newsletter on International Child Protection Volume XXII, Hague Conference on Private International Law, Hague.
15. Stanivuković, Maja (2004): *O potrebi da se naš Zakon o braku i porodičnim odnosima uskladi sa Haškom konvencijom o odvođenju dece*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine Časopis za pravnu teoriju i praksu 3-4, Novi Sad.
16. Schuz, Rhona (2013): *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford.
17. Freeman, Marilyn (2014), *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, Bushey Heat Herts.
18. Henaghan, Mark (2018): *The voice of the child in international child abduction cases-Do judges have a hearing problem?*, The Judges' Newsletter on International Child Protection Volume XXII, Hague Conference on Private International Law, Hague.
19. Zakon o ratifikaciji Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, *Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori* br. 7/91.
20. Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori* br. 15/90 i *Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori* br. 4/96 i 2/97.

21. Zakon o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja, dostupan na <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html>
22. Porodični zakon, *Službeni glasnik RS* br. 18/2005 i 6/2015.
23. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2.15/19 od 17.01.2019. godine.
24. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2.61/18 od 08.02.2018. godine.
25. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2.548/16 od 22.09.2016. godine.
26. *M v. M* (2012) NZFLR 429, INCADAT reference HC/E/NZ 1229.
27. *Re F. (A Child)* (2009) EWCA Civ 416, INCADAT reference HC/E/UKe 1020.
28. Court of Appeal of Helsinki No 2933, INCADAT reference HC/E/FI 863.
29. *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* (2000) 2 F.L.R. 192, INCADAT reference HC/E/UKe 270.
30. Cass Civ Iere 12 avril 2012 No de pourvoi 11-20.357, INCADAT reference HC/E/FR 1155.
31. 2008 QCSC 5320 Superior Court of Quebec (District of Hull) INCADAT reference HC/E/CA 926.
32. File No 2004-0276-0-2702-JM-FA-01 INCADAT Reference HC/E/PE 873.
33. *Re W. (Children)* (2010) EWCA Civ 520 (2010) 2 F.L.R. 1165, INCADAT reference HC/E/UKe 1324.
34. *Re S. (Minors) (Abduction: Acquiescence)* (1994) 1 FLR 819, INCADAT reference HC/E/UKe 47.
35. *Walley v. Walley* (2005) EWCA Civ 910 (2005) 3 FCR 35, INCADAT reference HC/E/UKe 826.
36. CA Nimes 18.02.2009. No. de RG 08/04984, INCADAT reference HC/E/FR 1135.
37. *Re. M. (A Child) (Abduction: Child's Objections to Return)* (2007) EWCA Civ 260, INCADAT reference HC/E/UKe 901.
38. De directie Preventie optredend voor zichzelf en namens Y (the father) against X (the mother) (07.02.2001. ELRO nr. AA9851 Zaaknr:813-H-00) INCADAT reference HC/E/NL 314.
39. *Secretary for Justice v. Penney, ex parte Calabro* (1995) NZFLR 827, INCADAT reference HC/E/NZ 67.
40. *E.S.s/ Reintegro de hijo*, INCADAT reference HC/E/AR 1305.
41. *G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos* INCADAT reference HC/E/AR 1315.
42. *Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return)* (2004) EWCA CIV 428, INCADAT reference HC/E/UKe 579.
43. *M. Petitioner* 2005 S.L.T. 2 OH, INCADAT reference HC/E/UKs 804.
44. Auto Audiencia Provincial No 133/2006 Pontevedra (Seccion 1) Recurso de apelacion No 473/2006 INCADAT reference HC/E/ES 887.
45. *J.E.A. v. C.L.M.* (2002) 220 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.) INCADAT reference HC/E/CA 754.
46. *Foster v. Foster* 654 F. Supp. 2d. 348 (W.D. Pennsylvania 2009) INCADAT reference HC/E/US 1110.
47. *JR v. SIR* (2007) NICA 50 (2008) N.I. 252 INCADAT reference HC/E/SK 1190.
48. Supreme Court of Greece decision 1482 12 October 2012, INCADAT reference HC/E/GR 1241.
49. Court of First Instance of Amaliada decision 248 13 March 2007 INCADAT reference HC/E/GR 680.
50. *Re H.B. (Abduction: Children's Objections)* (1997) 1 FLR 392, INCADAT reference HC/E/UKe 18.

51. Barry Eldon Matthews (Commissioner Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001, INCADAT reference HC/E/AU 345.
52. Broca v. Giron 2013 WL 867276 (E.D.N.Y.) INCADAT reference HC/E/US 1264.
53. Re M. (Abduction: Psychological Harm) (1997) 2 FLR 690, INCADAT reference HC/E/UKe 86.
54. <https://www.hcch.net/>
55. <https://www.incadat.com/en/>

CHILD'S WILL AS THE BASIS FOR DECISIONS IN CASES OF UNLAWFUL REMOVAL OF A CHILD FROM HOMECOUNTRY

Summary: This paper focuses on the child's will as one of the reasons for rejection of a request for his/her return to the country of residence prior to unlawful removal or retention according to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, and the manner of determining child's attitude in several selected legislations. Child's rejection to return may be taken as the grounds for rejecting the request for his/her return in cases when judicial or administrative bodies conclude that the child has reached an age when he/she is mature enough to have his/her opinion taken into consideration. With the aim of making a comprehensive consideration of this exceptin to the urgent return of a child, which is the objective of the mentioned convention, an analysis of 50 court decisions from different countries was made. The results of the analysis as well as the statistical data from the Hague Conference on International Private Law showed that the child's oppositon has rarely been the reason for the court to reject the request for child's return. According to the latest statistical data from 2015, there have been no requests in our country that were rejected for the said reason. Furthermore, the methods applied in accordance with national legislation and several other legislations for obtaining child's opinion were also analyzed. The results indicated that there are two kinds of methods in the included countries applied in the process of obtaining child's opinion, and those are either direct conversation between judge and the child, or the child and a qualified professional.

Key words: child's will, unlawful child's removal, Hague Convention