

Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta (1980) – *casus belli*

Ines Medić Musa i Tihana Božić*

I. Uvod

Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta iz 1980. godine u Hrvatskoj je, na temelju sukcesije, na snazi već 20 godina.¹ Ova globalno prihvaćena konvencija, o čijoj važnosti nijednom pravniku upućenom u problematiku obiteljskog međunarodnog prava nije potrebno posebno govoriti, nedavno je u Hrvatskoj ponovno postala predmetom rasprave širih razmjera. Raspravu je potaknula recentna sudska odluka koja, nažalost, nije prihvaćena s odobravanjem.² Velika većina komentara javnosti bila je sve samo ne pozitivna, što pokazuje koliko je malo pozornosti zapravo posvećeno prezentiranju ove Konvencije javnosti i edukaciji širih razmjera.³ Stoga i ne čudi nerazumijevanje sudskih odluka koje se donose na temelju ove Konvencije od strane javnosti, a ni golemi pritisak na pravosuđe.

* Dr. sc. Ines Medić Musa, viši asistent i Tihana Božić, studentica, Pravni fakultet u Splitu.

¹ Vidi: Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 1980, Status Table, www.hcch.net

² Kako odluka još nije postala pravomoćnom, suzdržat ćemo se od svakog pozivanja pa čak i aluzija na istu. Spominjemo je isključivo kao poticaj na detaljnije istraživanje navedene Konvencije.

³ Što bi u svakom slučaju trebalo biti jaka poruka našem središnjem tijelu, zaduženom za provedbu Konvencije (Ministarstvo zdravstva i socijalne skrbi, odnosno Odjel za međunarodnu suradnju u području zaštite djece, u okviru navedenog Ministarstva), koje doduše nije posve inertno, ali očito ni dostatno aktivno. Kao dobar uzor u tom smislu mogu poslužiti inozemna središnja tijela, od kojih mnoga preuzimaju aktivnu ulogu u edukaciji sudaca, odvjetnika, djelatnika centara za socijalnu skrb, a također i u osiguravanju medijske pokrivenosti HK 1980, kao sredstva edukacije šire javnosti. Vidi: Bruch (1995), str. 51. i 52.

Istina je da je jedna od uloga države i strukturiranje i uređivanje obiteljskih odnosa, međutim u eri globalizacije kada se obitelji sastoje od državljana različitih država, kada obitelji neometano prelaze granice, ti odnosi i formalno-pravno prelaze državnu granicu i time se izlažu pravnim režimima koji nužno ne korespondiraju s nacionalnim zakonodavcem. Dakle, u transnacionalnom kontekstu gotovo je nemoguće očekivati, pa i u obiteljskim predmetima, da će pri definiranju obiteljske strukture moći biti uzeti u obzir apsolutno isti parametri kao i u situacijama koje ne uključuju međunarodno obilježje. Kao i u mnogim drugim pitanjima s međunarodnim obilježjem i ovdje će u prvi plan doći postizanje rješenja usuglašenog s obvezama preuzetim međunarodnim aktima i/ili princip teritorijalne prilagodbe.

Upravo iz navedenih razloga odlučili smo se detaljnije analizirati odredbe same Konvencije, dakle obveze koje one nameću te svojim zapažanjima eventualno ponuditi neke smjernice za postupanje hrvatskih nadležnih tijela u slučajevima otmice djeteta. Stoga ćemo se u ovom tekstu najprije usmjeriti na analizu odredaba same Konvencije (toč. II.). S obzirom na to da je višedesetljetna primjena Haške konvencije iz 1980. u različitim državama članicama pokazala određene nedostatke, posebno ćemo se osvrnuti na iste (toč. III.), a potom i izvesti određene zaključke te uputiti preporuke hrvatskom pravosuđu (toč. IV.).

II. Haška konvencija iz 1980.

1. Svrha i ciljevi

HK 1980 temeljni je međunarodni instrument kada je u pitanju međunarodna otmica djece. Iako sam pojam „otmica“ asocira ponajprije na otmicu od strane neznanaca, a u svrhu trgovine ljudima i slično, HK 1980 uređuje pitanje međunarodne otmice djece, prije svega, od strane roditelja, ali i od strane skrbnika ili bliskog člana obitelji.⁴ Drugim riječima, HK 1980 usmjerena je na zaštitu prava na roditeljsku skrb te prava na susrete i druženje s djetetom, u transnacionalnim okvirima.⁵

Prema tekstu Preambule konvencije države ugovornice su „čvrsto uvjerenе da su interesi djece od presudne važnosti u predmetima koji se odnose na skrbništvo nad djecom“. Iako nesporno odražava shvaćanje država ugovornica u

⁴ Tako: Beaumont/McEleavy (1999), str. 1.

⁵ Konvencija distingvira „pravo na skrb“ od „prava na susrete i druženje s djetetom“ radi utvrđivanja ima li podnositelj zahtjeva odgovarajući stupanj prava potrebnih za pokretanje mehanizma predviđenog HK 1980, za povratak djeteta u mjesto njegova ili njezina uobičajenog boravišta.

odnosu na navedenu materiju, navedeni tekst ni najmanje ne doprinosi jasnoći funkcije Konvencije. Naime, pitanje „najboljeg interesa djeteta“ temeljno je pitanje svakog postupka o roditeljskoj odgovornosti, a taj postupak HK 1980 za pravo ne normira.⁶ „Najbolji interes djeteta“ u smislu HK 1980 nešto je sasvim različito od „najboljeg interesa djeteta“ u kontekstu nacionalnog postupka.⁷ Interes djeteta koji HK 1980 štiti hitan je povratak u državu u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, osim u slučajevima koje sama Konvencija predviđa kao moguće iznimke.⁸ Dakle, prema HK 1980 sudovi su, uz minimalan angažman u smislu utvrđivanja postojanja iznimki predviđenih Konvencijom (ali ne i upuštanja u meritum spora)⁹ dužni narediti hitan povratak djeteta jer se smatra da se time najbolje štite djetetovi sveukupni (*overall*) interesi.¹⁰

Da bismo uopće razumjeli *modus operandi* HK 1980 potrebno je ponajprije nešto reći o načelima na kojima se HK 1980 temelji. Naime, s obzirom na to da je riječ o otmici djece s transnacionalnim obilježjem, prilično je očekivano da je u pitanju instrument ne samo obiteljskog, nego i međunarodnog privatnog prava.¹¹ Stoga su i načela koja tvore potku ove Konvencije načela obiteljskog i međunarodnog privatnog prava. Iako se najčešće nadopunjuju, nisu uvijek kompatibilna.¹²

⁶ „It is clear that the Convention is not essentially concerned with the merits of the custody rights...“ „...with the exception of the indirect means of protecting custody rights which is implied by the obligation to return the child to the holder of the right of custody, respect for custody rights falls almost entirely outwith the scope of the Convention.“ „...the Convention does not seek to regulate the problem of the award of custody rights. On this matter, the Convention rests implicitly upon the principle that any debate on the merits of the question, i.e. custody rights, should take place before the competent authorities in the State were the child had its habitual residence prior to its removal; ...“ Perez-Vera (1982), str. 428. i 430.

⁷ Vidi: Siehr (2001), str. 218.

⁸ „...Convention ... does not allow courts to consider the child's best interest because it presumes that the best interests of the child are served by returning the child to his or her habitual residence.“ Tako: Beaumont/McElevy (1999), str. 29. i 30.

⁹ Dakle, a praksa često pokazuje da je to potrebno uvijek iznova isticati, smisao postupka normiranog HK 1980 nije utvrđivanje tko ima (i prema kojoj osnovi) pravo na skrb nad djetetom, već je riječ o sumarnom postupku koji ima za cilj hitan povratak djeteta u državu njegova ili njezina uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. To potvrđuje i čl. 19 HK 1980, koji izričito navodi da se odluka donesena na temelju navedene Konvencije „neće smatrati meritornom odlukom o bilo kojem pitanju u vezi s pravom na brigu“.

¹⁰ Greene (2006), str. 108.

¹¹ Vidi: Perez-Vera (1982), str. 427. i 428.; Dyer (1980), str. 237. i 263.

¹² Tako, naprimjer, u situaciji kad je država u koju je dijete nezakonito odvedeno u bližoj vezi sa strankama i meritumom spora nego država u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije

Što se ciljeva tiče, možemo konstatirati da HK 1980 ima višestruki cilj. Nalaganje hitnog povratka djeteta ima za cilj ublažavanje psihološke traume djeteta izazvane otmicom od strane jednog od roditelja.¹³ Uz to, povratkom djeteta u državu njegova uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, dijete se vraća u državu koja raspolaže informacijama o djetetovu dotadašnjem obiteljskom životu i stoga je najmeritornija da utvrdi što je u najboljem interesu djeteta. Napokon, Konvencija ima i preventivnu svrhu jer njezine odredbe jasno poručuju „otmičarima“ da nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta u drugoj državi ugovornici neće dovesti do promjene foruma pred kojim će se odlučivati o roditeljskoj skrbi.¹⁴

2. Mehanizam djelovanja Konvencije

2.1. Zahtjev za povratkom djeteta

Kao što je već spomenuto, Konvencija se odnosi na povrede prava na skrb općenito, dakle, obuhvaća nezakonito odvođenje i nezakonito zadržavanje djece u dobi do 16 godina.¹⁵ Međutim, za razliku od većine drugih Haških konvencija koje njeguju jurisdikcijski pristup materiji koju normiraju,¹⁶ HK 1980 gotovo pa i ne sadrži odredbe o nadležnosti.

Naime, Konvencija naprosto „zahtijeva“ povratak djeteta nezakonito odvedenog ili nezakonito zadržanog u drugoj državi ugovornici. Države ugovornice dužne su poduzeti sve odgovarajuće mjere da se osigura što hitniji povratak djece nezakonito odvedene ili nezakonito zadržane na teritoriju druge države ugovornice.¹⁷ Time se zapravo nastoji uspostaviti *status quo ante*. Podlogu

nezakonitog odvođenja, načelo obiteljskog prava o zaštiti interesa djece općenito odlukom o hitnom povratku otetog djeteta u koliziji je s načelom međunarodnog privatnog prava da se postupak vodi pred *forum conveniensom*. Više o tome vidi u: Schuz (1995), str. 772.

¹³ Različita psihološka, pa i sociološka istraživanja pokazala su da, unatoč tome što roditelj otmičar iskreno vjeruje da postupa u najboljem interesu svog djeteta, djeca zapravo često trpe štetu, uključujući i sociološku i lingvističku štetu, a također i da pate od osjećaja gubitka svog doma. Tako: Hegar/Greif (1993), str. 143. i 144. te Beaumont/McEleavy (1999), str. 7.-13.

¹⁴ Vidi: Silberman (2006), str. 6.

¹⁵ Međutim, treba imati na umu da se odredbe HK 1980 primjenjuju samo u odnosima između država ugovornica. Dakle, da bi došlo do primjene odredaba Konvencije dijete mora imati uobičajeno boravište u državi ugovornici te biti oteto u drugu državu ugovornicu. Ako oba ova kriterija nisu zadovoljena, nije moguće primijeniti odredbe HK 1980. Više o tome vidi u: Starr (1998), str. 797.

¹⁶ Tako, naprimjer, Haška konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, ovrsci i suradnji u odnosu na roditeljsku odgovornost i o mjerama za zaštitu djece, iz 1996.

¹⁷ Vidi čl. 1. toč. a) i čl. 2. HK 1980.

takvom postupanju daje prevladavajući stav da otmica sama po sebi remeti i uznemiruje dijete, a kod drugog roditelja izaziva velike psihološke, pravne i emotivne neugodnosti.¹⁸ Dakle, riječ je o situaciji koju je potrebno što hitnije ispraviti i na takav način uputiti poruku roditeljima da im se otmica djeteta „ne isplati“.¹⁹ Svako drukčije postupanje predstavljalo bi nagradu roditelju „otmičaru“, a i poticalo bi na daljnje otmice djece i uzimanje pravde u svoje ruke. Inače, sam zahtjev za povratkom može se smatrati tek privremenim, uvjetno rečeno, „pravnim lijekom“ jer se njime ne rješava pitanje merituma, već o meritumu spora odlučuje forum u državi uobičajenog boravišta djeteta prije nezakonitog odvođenja, odnosno prije nezakonitog zadržavanja.²⁰

Konvencija se primjenjuje kad god bi došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta u drugoj državi ugovornici. Prema odredbama same Konvencije, odvođenje ili zadržavanje djeteta smatrat će se nezakonitim kad god je povrijeđeno „pravo na skrb“ što ga je dobila osoba, institucija ili bilo koje drugo tijelo, kolektivno ili pojedinačno, prema pravu države djetetova uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.²¹ Pri tom nije od važnosti proizlazi li to pravo na skrb iz samog zakona, sudske ili upravne odluke ili iz sporazuma koji ima pravni učinak prema pravu dotične države.²² Dakle, Konvencija se primjenjuje i onda kada ne postoji formalna sudska odluka. To

¹⁸ U pravilu, roditelj od kojeg je dijete odvedeno suočen je s gotovo nesavladivim zaprekama u cilju da vrati dijete. Roditelji su prisiljeni na borbu s nepoznatim, često i suprotstavljenim pravnim sustavom utemeljenim na stranom jeziku i stranoj kulturi. Više o tome vidi u: Greene (2006), str. 106. Beaumont (1999), str. 3., još je konkretniji, pa spominje sljedeće probleme: prvi, vrlo je teško locirati dijete jednom kad je prešlo granicu; drugi, vođenje spora u inozemstvu skupo je i praćeno komplikacijama; treće, lokalna i strana tijela često nisu u mogućnosti ili ne žele pružiti pomoć; i četvrto: kvalifikacija i imenovanje problema često i za sud predstavlja izazov.

¹⁹ Vidi: Kirby (2010), str. 97.

²⁰ Prema čl. 16 HK 1980 sudska ili upravna tijela države u koju je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, nakon dobivanja obavijesti o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju u smislu HK 1980, neće donositi meritornu odluku o pravu na skrb sve dok se ne utvrdi da se dijete neće vratiti na temelju odredaba Konvencije, ili ako nije podnesena molba, na temelju ove Konvencije, u razumnom roku nakon prispijeća obavijesti. Vidi i: Schuz (1995), str. 774.

Isto je rješenje sadržano i u HK 1996 koja također normira da su tijela države uobičajenog boravišta djeteta nadležna za odlučivanje o svim pitanjima u vezi s djetetom. Dodatni razlog za ovakvo rješenje u HK 1996 bila je i neumoljivost država *common lawa* u pogledu nadležnosti zasnovane na državljanstvu. Više o tome vidi u: Nygh (1997), str. 345. i Clive (1998), str. 172.-174.

²¹ Čl. 3. st. 1. toč. a) HK 1980.

²² Čl. 3. st. 2. HK 1980.

omogućava njezinu primjenu i u onim situacijama, koje su ujedno i najčešće, kada raspad braka potakne jednog od roditelja da otme dijete iz države dotadašnjeg uobičajenog boravišta i odvede ga u drugu državu, najčešće onu čije državljanstvo sam ima.²³ To praktično znači da se svaka osoba, institucija ili bilo koje drugo tijelo koje tvrdi da je odvođenjem ili zadržavanjem djeteta povrijeđeno njezino pravo na skrb, može obratiti središnjem tijelu države u kojoj je mjesto uobičajenog boravišta djeteta ili središnjem tijelu bilo koje države ugovornice za pomoć u osiguravanju povratka djeteta.²⁴

Stoga je jedan od prvih zadataka nadležnog tijela u državi u kojoj je zatražen povratak djeteta utvrditi je li osoba, institucija ili drugo tijelo koje je imalo pravo na skrb, u smislu odredaba HK 1980, u vrijeme odvođenja to svoje pravo faktično i ostvarivala ili bi ga bila ostvarivala da nije došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.²⁵ U pravilu se presumira da je podnositelj zahtjeva faktično ostvarivao pravo na skrb, ali, ako se utvrdi (*onus probandi* je na otmičaru) da dotična osoba to svoje pravo nije faktično ostvarivala, nadležno tijelo nije dužno narediti povratak djeteta.

Nadalje, prema čl. 12. HK 1980, ako je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, a na dan početka postupka pred sudskim ili upravnim tijelom države ugovornice u kojoj se dijete nalazi proteklo je manje od jedne godine od dana nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, dotično tijelo naredit će hitan povratak djeteta. Rok od godine dana nije prekluzivan (iako ga nadležna tijela u određenim državama ugovornicama doslovno tako shvaćaju),²⁶ što znači da će nadležno tijelo biti obvezno narediti povratak djeteta čak i nakon proteka tog roka, osim „ako se dokaže da se dijete prilagodilo novoj okolini“.²⁷ Međutim, ni to nije apsolutna zaštita od moguće odluke o povratku djeteta. Prema Memorandumu s objašnjenjima uz Konvenciju,²⁸ čak i u slučaju kad se dokaže da se dijete prilagodilo novoj okolini, nadležno tijelo i dalje ima diskrecijsko ovlaštenje narediti povratak djeteta.²⁹ Naime, ovakav stav uzima u obzir da je

²³ Vidi: Mackie (1996), str. 445. Kao razloge navodi: želju za isključivim pravom na skrb nad djetetom, pogrešan (neumjestan) pokušaj ujedinjenja obitelji ili bijes u odnosu na drugog roditelja.

²⁴ Čl. 8. st. 1. HK 1980.

²⁵ Čl. 3. st. 1. toč. b) HK 1980.

²⁶ Siehr (2001), str. 216. i 217.

²⁷ Čl. 12. st. 2 HK 1980.

²⁸ Vidi: Perez-Vera (1982), str. 460.

²⁹ S obzirom na to da se hrvatska praksa u ovoj materiji ne objavljuje (vidi: INCA-DAT!), pa nije ni moguće dobiti uvid u istu, interesantno je vidjeti koje to faktore

„vremenski okvir“ zadan Konvencijom gotovo nemoguće zadovoljiti u situacijama kada otmičar učestalo potajno mijenja mjesto boravka.³⁰ Navedeno potvrđuje i čl. 18. HK 1980, prema kojemu ni iznimke predviđene čl. 13. HK 1980 ne ograničavaju ovlaštenja sudskog ili upravnog tijela da naredi povratak djeteta u bilo koje vrijeme.

2.2. Iznimke koje omogućuju donošenje odluke o ne-povratku djeteta

Dakle, kao što je već spomenuto, HK 1980 predviđa i određene iznimke, sadržane u čl. 13. i 20. Konvencije, a koje nadležnom tijelu omogućuju (ali ga ne obvezuju!) da izbjegne donošenje odluke o povratku djeteta.³¹ To su: naknadni pristanak ili prihvata nositelja prava na skrb, ozbiljna opasnost po dijete, protivljenje djeteta te ako bi to predstavljalo kršenje osnovnih načela zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda države kojoj je zahtjev poslan.

neki strani sudovi uzimaju u obzir pri ostvarivanju svog diskrecijskog ovlaštenja. Konkretno engleski sudovi (na temelju odluke *W v W (Child Abduction: Acquiescence)*(2 FLR 1993), naknadno potvrđene od strane prizivnog suda u *H v H (Abduction: Acquiescence)*(2 FLR 1996)) uzimaju u obzir sljedeće faktore:

- komparativnu podobnost nadležnog tijela konkurentske jurisdikcije za odlučivanje o djetetovoj budućnosti u postupku o meritumu;
- vjerojatan ishod (u kojem god da se forumu postupak vodi) postupka o meritumu;
- posljedice prihvata (kada prihvata postoji), s osobitim osvrtom na opseg u kojem se dijete prilagodilo na novu okolinu;
- situaciju u kojoj bi se našli roditelj otmičar i dijete ako bi se naredio njihov povratak;
- pretpostavljeni emocionalni učinak na dijete ako bi se naredio hitan povratak (faktor koji se tretira kao vrlo bitan, ali ne i presudan);
- te opseg u kojem bi bili ugroženi svrha i smisao HK 1980 ako bi se odbio povratak djeteta.

Više o tome vidi u: Murphy (2005), str. 231. i 232. Vidi još i odluke: *Re S (Child Abduction: Delay)*(1 Fam. 1993) gdje je, osim *supra* navedenog, uzeto još u obzir i kašnjenje na strani oštećenog roditelja u traženju povratka na temelju HK 1980; te *Re D (Abduction: Discretionary Return)*(1 FLR 2000), gdje je majka koja je imala pravo na skrb najprije pristala da djeca žive s ocem, a naknadno se predomislila, što je sud također uzeo u obzir.

³⁰ Vidi: Bodenheimer (1981), str. 109.

³¹ Sama Konvencija nigdje ne navodi koliki teret dokaza snosi osoba koja se protivi povratku djeteta u odnosu na spomenute iznimke. Međutim, prava nekih država ugovornica izrijekom rješavaju to pitanje. Tako, npr. američko federalno implementacijsko zakonodavstvo (poznato kao ICARA – International Civil Abduction Remedies Act) navodi da za najmanje dvije od navedenih iznimki, osoba koja se na njih poziva mora afirmirati najviši civilni teret dokaza, tj. jasne i uvjerljive dokaze (*clear and convincing evidence*), a ne samo pretežitost dokaza (*preponderance of the evidence*). Vidi: Pfund (1998), str. 219.

a) *Naknadni pristanak ili prihvata nositelja prava na skrb*

Iako na prvi pogled nesporna, **iznimka utemeljena na naknadnom pristanku ili prihvatu nositelja prava na skrb** zapravo je kompleksan i slojevit temelj za otklanjanje pravila o povratku djeteta. U njoj su stvarno utkane tri različite i samostalne osnove: da osoba, institucija ili drugo tijelo koje je imalo pravo na skrb u vrijeme odvođenja djeteta to svoje pravo nije faktično i ostvarivala, da je osoba koja traži povratak djeteta pristala na njegovo odvođenje te da je osoba koja traži povratak djeteta, naknadno prihvatila njegovo odvođenje ili zadržavanje.³²

Vežano uz faktično ostvarivanje prava na skrb, HK 1980 ne sadrži ama baš nikakvu definiciju kada će se smatrati da je pravo na skrb faktično ostvarivano. Stoga je to pitanje prepušteno praksi. Određene smjernice daje Memorandum s objašnjenjima, koji ovo pitanje logično vezuje uz čl. 5. HK 1980 kojim se navodi da „pravo na skrb“ u smislu Konvencije uključuje prava koja se odnose na brigu o osobi djeteta, osobito pravo na određivanje mjesta boravka djeteta.³³ Stoga navodi da bi trebalo smatrati da je pravo na skrb faktično ostvarivano uvijek kada je osoba vodila brigu o osobi djeteta, pa i onda kada, zbog valjanih razloga (npr. bolest, školovanje itd.) ta osoba i dijete ne žive zajedno.³⁴ Drugim riječima, je li pravo na skrb faktično ostvarivano utvrđuje se s obzirom na okolnosti u svakom konkretnom slučaju. S tim u vezi treba spomenuti i da faktično ostvarivanje prava na skrb treba prosuđivati i u vezi s čl. 3. HK 1980, koji navodi da će se odvođenje ili zadržavanje smatrati nezakonitim i kada bi se pravo na skrb bilo faktično ostvarivalo da nije došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Stoga se, prema Memorandumu s objašnjenjima, ova iznimka ne može koristiti za otklanjanje donošenja odluka o povratku djeteta pa ni kada je dokazano da pravo na skrb nije faktično ostvarivano, ako je njegovo faktično neostvarivanje posljedica otmice djeteta.³⁵

U pogledu pristanka na odvođenje djeteta, kao i u pogledu naknadnog prihvata, Memorandum s objašnjenjima navodi da i ponašanje nositelja prava na skrb može izmijeniti kvalifikaciju otmičareva čina, u smislu da nadležnom tijelu otvara prostor za donošenje eventualne odluke o ne-povratku djeteta.

³² Vidi: Murphy (2005), str. 223.

³³ Perez-Vera (1982), str. 460. i 461.

³⁴ Vidi: Murphy (2005), str. 223. i 224; predmet S v S (*Child Abduction: Custody Rights: Acquiescence*) u kojemu je škotski sud ispravno utvrdio da otac koji je bio prisilno hospitaliziran zbog mentalne bolesti nije prestao faktično ostvarivati pravo na skrb u smislu HK 1980, jer bi takav zaključak bio protivan duhu i ciljevima Konvencije.

³⁵ Perez-Vera (1982), str. 461.

Uvidom u dostupne predmete (ponajviše engleskog pravosuđa) zaključujemo da relevantan može biti ne samo izričiti već i prešutni pristanak.

U prvom slučaju traži se da je pristanak „stvaran, jasan i nedvosmislen“.³⁶ Nesporno je da se stvarnim pristankom može smatrati samo onaj pristanak koji je dan na temelju stvarnih činjenica, a ne pristanak dobiven prijevarom. Nasuprot tome, sporno je kakav pristanak mora biti da bi se smatrao jasnim i nedvosmislenim. Evidentne su dvije struje: rigidnija koja se zalaže da se pristanak smatra jasnim i nespornim samo u slučaju kada otmičar može priložiti pisani pristanak, te liberalnija koja se zalaže za druge vrste dokaza a u prilog tome ističe da HK 1980 ne postavlja tako stroge uvjete.³⁷ U svakom slučaju, jednom dan pristanak nakon kojeg je uslijedilo odvođenje djeteta nije moguće opozvati samo zato što je dotična osoba u međuvremenu promijenila mišljenje.³⁸

Prešutnim pristankom u praksi se smatra situacija kada je cjelokupno ponašanje dotične osobe takvo da se iz njega može zaključiti o stvarnom pristanku. U takvom slučaju nije nužno zahtijevati dokaz da je ta osoba dala faktičnu nedvosmisleni izjavu o pristanku.³⁹

Naknadni prihvat svakako je najrjeđi u praksi. Za nadležno tijelo podjednako je zahtjevan za utvrđivanje kao i prešutni pristanak. Naime, potrebno je utvrditi da je osoba jasno i nedvosmisleno pokazala da ne namjerava tražiti povratak djeteta na temelju HK 1980.⁴⁰ Kao i u slučaju pristanka, naknadno

³⁶ Vidi: *Re K (Abduction: Consent)*, 2 FLR 1997. Riječ je o situaciji gdje je majka napustila Grčku i otišla u Englesku na tečaj engleskog jezika. Sa sobom je pvela i sina, uz pristanak njegova oca. Međutim, prešutjela je činjenicu da je započela vezu s drugim čovjekom te da namjerava ostati u Engleskoj. Sud je ispravno smatrao da takav pristanak nije „stvaran“ jer je postignut prijevarom.

³⁷ Više o tome vidi u: Murphy (2005), str. 224. i 225.

³⁸ Vidi: Murphy (2005), str. 225.

³⁹ Vidi: *Re M (A Minor)(Abduction: Consent or Acquiescence)*, 1 FLR 1999. „(H)is overall attitude – that the mother could do what she wished and that she could go to England with (the child) if she wished – combined with his conduct in standing by whilst she openly made preparations to leave, and the statements he made ... are sufficient to demonstrate a course of conduct from which his consent can properly be inferred.“

⁴⁰ Vidi: *Re S (A Minor)(Abduction: Acquiescence)*, 1 FLR 1994. „Where the words or actions of the wronged parent clearly and unequivocally show and have led the other parent to believe that the wronged parent is not asserting or going to assert his right to the summary return of the child and are inconsistent with such return, justice requires that the wronged parent be held to have acquiesced.“ Ali jednom kad je pristao, „the wronged parent ... cannot be heard to go back on what he has done and seek to persuade the judge that all along he has secretly intended to claim the summary return of the children.“

odustajanje nije dopušteno. Katkad utvrđivanje prihvata neće biti sporno,⁴¹ no u većem broju slučajeva uobičajeni pristup može biti neadekvatan. Tako, naprimjer, u situaciji u kojoj osoba koja traži povratak djeteta negodujući prihvaća ostanak djeteta u državi u koju je nezakonito odvedeno ili zadržano, ali samo uz uvjet da zadrži redovite susrete s djetetom, neće biti moguće potvrditi nedvosmisleni prihvrat. Isto tako, to neće biti moguće ni u situacijama kada postupci koji navodno potvrđuju prihvrat imaju u podlozi neki konkretan i relevantan razlog. Tako, naprimjer, oklijevanje u pokretanju postupka na temelju HK 1980 ne upućuje nužno na prihvrat, naprimjer, u slučaju neadekvatnog pravnog savjeta ili dugotrajne bolesti, ili nemogućnosti utvrđivanja djetetova boravišta itd.⁴² Stoga je nadležno tijelo i u ovom segmentu dužno odlučivati imajući u vidu činjenice svakog pojedinog slučaja. Dakle, određena činjenica može imati posve drukčije značenje i posve različitu „težinu“ od slučaja do slučaja.

b) Ozbiljna opasnost

Svakako, jedna od najčešće korištenih iznimki jest „**ozbiljna opasnost**“ (*grave risk*).⁴³ Riječ je o ozbiljnoj opasnosti da bi povratak djeteta izložio fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili na drugi način doveo djeteta u nepovoljan položaj.

Prema Memorandumu s objašnjenjima,⁴⁴ iznimke, uključujući i ovu, moraju se tumačiti usko⁴⁵ ili se gubi svaki smisao Konvencije. To je osobito važno u vezi s iznimkom „ozbiljna opasnost“ jer je (kao što je već spomenuto) jedna od najčešće korištenih iznimki, a i jer je otmičari najčešće ističu pozivajući se na nasilje u obitelji. U navedenom kontekstu tijelo kojem je podnesen zahtjev za povratkom djeteta trebalo bi se usredotočiti na utvrđivanje može li nadležno tijelo u mjestu djetetova uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili

⁴¹ Vidi: *Re AZ (A Minor)(Abduction: Acquiescence)*, 1 FLR 1993. Majka je dijete (na kojeg se odnosio zahtjev za povratkom) odvela iz Njemačke u Englesku. U Njemačkoj je, zbog posla, ostao djetetov otac, američki državljanin. Otac je pristao na djetetov odlazak u Englesku te naknadno i na to da o njemu skrbi majčina sestra (kod koje ga je majka ostavila). Nakon nekog vremena, teta je zatražila skrbništvo nad djetetom te je zahtjev prosljeđen ocu. Otac je jasno naveo da ne namjerava osporavati taj zahtjev. Međutim, nakon proteka tri mjeseca, otac je iskazao namjeru za povratkom djeteta njemu. Nadležno tijelo smatralo je da je njegova nedvosmislena izjava dana ranije bila dostatna da se dokaže prihvrat te da se njegov zahtjev ne može uzeti u obzir.

⁴² Više o tome vidi u: Murphy (2005), str. 227.

⁴³ Sadržana u čl. 13. st. 1. toč. b) HK 1980.

⁴⁴ Vidi: Perez-Vera (1982), str. 434. i 435.

⁴⁵ I u materijalnom i u postupovnom smislu. Više o tome vidi u: Beaumont/McEleavy (1999), str. 138.-156.

nezakonitog zadržavanja osigurati zaštitu za tog roditelja i djetete.⁴⁶ Međutim, praksa pokazuje da tijelo od kojeg se traži povratak djeteta često „upadne u zamku“ utvrđivanja nasilja u obitelji, čime se neopravdano produljuje postupak te inicijalno predviđeni sumarni postupak postaje postupak o meritumu spora (a koji HK 1980 izrijeком zadržava u nadležnosti tijela države uobičajenog boravišta djeteta prije nezakonitog odvođenja ili nezakonitog preseljenja).⁴⁷

Kakav bi, zapravo, trebao biti pristup svakog suda države ugovornice HK 1980 ovom pitanju, možda najbolje sažima odluka jednog od prizivnih sudova SAD-a: „Vjerujemo da ozbiljna opasnost u smislu odredaba Konvencije može postojati samo u dvije situacije. Prva, može se smatrati da ozbiljna opasnost za djetete postoji kada povratak dovodi djetete u izravnu opasnost *prije* donošenja odluke o pravu na skrb – npr. povratak djeteta u ratnu zonu, u zonu oskudice (gladovanja) ili bolesti. Druga, može se smatrati da ozbiljna opasnost za djetete postoji u slučaju ozbiljnog zlostavljanja ili zanemarivanja djeteta, ili iznimne emocionalne ovisnosti, kada nadležno tijelo u državi uobičajenog boravišta, iz bilo kojeg razloga, nije u mogućnosti ili ne želi pružiti djetetu odgovarajuću zaštitu.“⁴⁸

Unatoč, ili možda baš zbog, široke primjene ove iznimke mnogi je komentatori oštro kritiziraju. Međutim, dok jedni kritiziraju njezino usko tumačenje,⁴⁹ drugi se zalažu za još uže tumačenje s ciljem sprječavanja negativnog utjecaja širokog tumačenja ove iznimke na temeljne ciljeve Konvencije.⁵⁰

c) *Protivljenje djeteta*

Protivljenje djeteta također predstavlja jednu od iznimki predviđenih HK 1980, a koje omogućavaju tijelu države kojoj je podnesen zahtjev da odbije povratak djeteta. Naime, na temelju čl. 13. st. 2. HK 1980, sudsko ili upravno tijelo države kojoj je podnesen zahtjev za povratkom djeteta može odbiti narediti povratak, ako utvrdi da se djetete suprotstavlja povratku i da je napunilo

⁴⁶ To dakako ne znači da je odluka o povratku apsolutno uvijek ispravno rješenje. Upravo zato su tijelu koje odlučuje o zahtjevu za povratkom djeteta ostavljena široka diskrecijska ovlaštenja. Vidi na primjer: *Walsh v. Walsh*, 221 F.3d 204 (1st Cir. 2000), *Turner v. Frowein*, 752 A.2d 955 (Conn. 2000); *Blondin II (Blondin v. Dubois)*, 189 F.3d 240 (2nd Cir. 1999); *Matter of LL. Children*, N. Y. L. J., May 22, 2006., str. 26.

⁴⁷ Više o tome vidi u: Silberman (2001), str. 234.-242.

⁴⁸ United States Court of Appela for the Sixt Circuit, in *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996).

⁴⁹ Vidi: Nelson (2001) i Weiner (2002).

⁵⁰ Vidi: Zalkin (1999), str. 298.

one godine i steklo stupanj zrelosti pri kojemu je potrebno uzeti u obzir njegovo mišljenje.⁵¹

Dakle, sama Konvencija ne postavlja dobnu granicu od koje bi bilo prikladno uzeti u obzir djetetovo mišljenje,⁵² već to ostavlja diskrecijskoj ocjeni suca u svakom pojedinom slučaju.⁵³ Tako sud ima ovlaštenje da sam procijeni je li dijete u dobi koja bi bila dostatna da se uzme u obzir njegovo mišljenje te je li dostatno zrelo da se uzme u obzir njegovo mišljenje. K tome, djetetovo protivljenje ne obvezuje suca na donošenje odluke o ne-povratku djeteta.⁵⁴ Doduše, takva se odredba, donekle, odnosi na mogućnost neprikladnog (*undue*) utjecaja roditelja na djetetove

⁵¹ Unošenje ove iznimke u tekst HK 1980 u velikoj je mjeri uvjetovano njezinom strukturom i svrhom. Naime, kako Konvencija ima za cilj zaštitu sveukupnog (*overall*) interesa djeteta koji se ostvaruje preveniranjem otmice djeteta te u tu svrhu predviđa hitan postupak u slučaju zahtjeva za povratkom djeteta, bilo je potrebno stvoriti odgovarajuću protutežu i uključiti u njezine odredbe i određenu dozu fleksibilnosti. Vidi: Beaumont (1999), str. 30. Naime, takav pristup kreirao je moguće tenzije između zaštite djetetovih individualnih interesa i konvencijskog generalnog pristupa interesu djeteta. Te su tenzije s vremenom samo postajale vidljivije, posebice usvajanjem Konvencije o pravima djeteta (koja inzistira na priznavanju djetetovih temeljnih prava, uključujući i pravo da bude saslušano u postupku u povodu ostvarivanja prava na skrb nad djetetom) te usvajanjem nacionalnog zakonodavstva vezanog uz obiteljsko nasilje. Više o tome vidi u: Weiner (2000), str. 662. i 663. Međutim, razmimoilaženja koja su se, u vezi s ovom iznimkom, javila još tijekom izrade teksta Konvencije, poslije su se samo pojačavala jer je jedna grupa komentatora pozivala na njezino šire tumačenje (vidi: Kenworthy (2002)), dok je druga pozivala na njezino ukidanje (vidi: Shirman (1991), str. 219.).

⁵² Gornja dobna granica određena je odredbama same Konvencije. Tako se Konvencija ne primjenjuje na djecu iznad 16 godina jer se smatra da su stariji adolescenti već prilično samostalni i prilično svojeglavi, što u velikoj mjeri onemogućava njihovu relokaciju protivno njihovoj volji. Međutim, i adolescenti mlađi od 16 godina mogu biti prilično isključivi u svojim stavovima, pa je ovom iznimkom omogućeno da se i takve situacije uzmu u obzir, odnosno da se izbjegnju prisilne repatrijacije djece koje bi umnogome naštetile javnoj percepciji HK 1980. Vidi: Beaumont (1999), str. 178. Uz to, veliki broj država dopušta djeci i mlađoj od 16 godina da u postupku odlučivanja o pravu na skrb odlučuju o svom boravištu, a ova iznimka daje mogućnost sudu da takve slučajeve uzme u obzir. Iako su postojali prijedlozi da u takvim slučajevima djetetovo mišljenje bude presudno u donošenju odluke o ne-povratku, takva mogućnost nije unesena u odredbe HK 1980 jer nije postignut konsenzus oko toga koje bi pravo bilo mjerodavno za odlučivanje o tome ima li dijete pravo na odlučivanje o svom boravištu (*lex patriae, lex firme habitationis* ili *lex fori*). Vidi: Perez-Vera (1982), str. 450.

⁵³ Što vrlo često dovodi do veoma različite prakse i to ne samo u različitim državama ugovornicama, nego i u okviru jedne te iste države.

⁵⁴ O tome kolika je vrijednost diskrecijskog ovlaštenja suca u pogledu ove iznimke najbolje govori sljedeći citat: „As a parent, I don't understand how a five year old can appreciate the long term consequences of what continent and culture he lives in, when he can't appreciate the long term consequences of eating his vegetables.“ To su riječi novinarke Washington Posta koja je pisala članak o otmici djeteta, a *propos* odluka nekih sudova koji su poštovali želje petogodišnjaka. Vidi: Roberts (1998).

stavove, stoga, ako sudac posumnja da je djetetovo protivljenje povratku rezultat neprikladnog utjecaja roditelja otmičara (*brainwashing*), može odlučiti da, unatoč djetetovoj zrelosti, njegovu mišljenju ne prida veliku važnost.⁵⁵

Mnogi smatraju da ovako široka ovlaštenja ostavljaju mnogo mjesta arbitrarnom odlučivanju suda jer nema objektivnih kriterija za postupanje suda u ovom pitanju. Stoga ne čudi da se sve više postavlja pitanje „prirode ove iznimke“, odnosno pitanje kada ovu iznimku prihvatiti kao valjanu. Treba li uzeti u obzir protivljenje djeteta u odnosu na državu ili samo u odnosu na roditelja koji traži povratak? Treba li uzeti u obzir samo žestoko protivljenje ili je dovoljno i manje snažno protivljenje itd. Nažalost, ne postoji generalno prihvaćen stav. U praksi nailazimo i na slučajeve u kojima je odluka o ne-povratku donesena na temelju protivljenja državi, ali i one gdje se protivljenje odnosilo na povratak drugom roditelju.⁵⁶ U pogledu jačine protivljenja, situacija je nešto jasnija, jer se u najvećem broju slučajeva traži žestoko protivljenje (u pravilu udruženo s drugim relevantnim činjenicama), a ne samo preferencija o tome s kojim bi roditeljem dijete radije živjelo.⁵⁷

Uvid u praksu sudova SAD-a pokazuje da protivljenje djeteta povratku, samo za sebe, gotovo nikad ne dovodi do donošenja odluke o ne-povratku djeteta.⁵⁸ Protivljenje djeteta gotovo nikad ne mijenja ishod predmeta, eventualno može biti drugi ili treći razlog za donošenje odluke o ne-povratku. Uz to, s obzirom na to da SAD nije ugovornicom Konvencije o pravima djeteta a da nacionalna prava ne predviđaju obvezu saslušanja djeteta, sudovi često i ne koriste tu mogućnost, pozivajući

⁵⁵ Tako je američki sud u predmetu *Robinson v. Robinson* (983 F. Supp. 1339 (D.Colo. 1997)) odlučio ne uzeti u obzir protivljenje povratku od strane 10-godišnjeg djeteta jer je smatrao da je na njega izvršen neprikladan utjecaj od strane roditelja otmičara. Naime, sudac je smatrao da je utjecaj roditelja koji se skrbi za dijete neizbježan, a činjenica da je dijete pri izražavanju svojeg protivljenja povratku koristilo pravni izraz „prilagođeno“ (*settled*). Tekst cijele odluke dostupan je na INCADAT-u (INCADAT cite, HC/E/Usf 128).

⁵⁶ Vidi: Greene (2006), str. 137.

⁵⁷ Vrlo interesantnu odluku na tu temu donio je američki sud u slučaju *Norden-Powers v. Beveridge* (125 F. Supp. 2d 634 (E.D.N.Y. 2000)), kada je mišljenje djece odbio uzeti kao relevantno, uz obrazloženje da nije imalo dostatnu težinu da se donese odluka o ne-povratku. Naime, u razgovoru sa sućem sve troje djece izrazilo je želju da ostanu zajedno i da žive s majkom (koja ih je otela). Sud je zaključio da, unatoč tome što suosjeća sa zabrinutošću djece, isključivo njihove želje ne predstavljaju dostatnu osnovu za donošenje odluke o ne-povratku. Tekst cijele odluke dostupan je na INCADAT-u (INCADAT cite, HC/E/Usf 464).

⁵⁸ Postoji samo jedan slučaj u kojemu je tome tako. Riječ je o predmetu u kojem je protivljenje povratku izrazio 15-godišnjak. *In the Matter of L.L. (Children)* (N.Y. Fa., Ct. May 22, 2000). Cjeloviti tekst odluke nalazi se na INCADAT-u, <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0271.htm>, INCADAT cite, HC/E/IE 271.

se na nedovoljnu dob i zrelost djeteta. U tom smislu, za predmete pred američkim sudom ova iznimka praktično ne postoji.⁵⁹

Nasuprot tome, njemački, austrijski i švedski sudovi vrlo široko primjenjuju ovu iznimku,⁶⁰ što je opet, na svoj način, u koliziji sa svrhom i ciljem HK 1980. U tome su najdalje otišli njemački sudovi, koji odluku o ne-povratku donose kad god se dijete protivi, neovisno o djetetovoj dobi, zrelosti ili razlozima protivljenja.⁶¹

Jedini uzor, zapravo, možemo potražiti u engleskoj praksi, čiji sudovi primjenjuju „test uravnoteženja“ (*balancing test*) koji im omogućava da dosljedno važu i analiziraju ova pitanja.⁶² Prvo, sudovi uzimaju u obzir da je riječ o iznimci koju treba prosuđivati samostalno te da ona predstavlja neovisan razlog za eventualno donošenje odluke o ne-povratku djeteta. Dalje, pitanje protivi li se dijete ili je li dostatno zrelo da se njegovo mišljenje uzme u obzir, pitanje je o kojem treba odlučiti sud u konkretnom slučaju.⁶³ U svakom slučaju, dijete uvijek mora biti saslušano. Međutim, od suda se očekuje, ne samo da utvrdi protivi li se dijete, nego i razloge tom protivljenju. Napokon, nakon što utvrdi da je dijete dostatno zrelo da izjavi relevantno protivljenje, sud mora odlučiti o povratku ili ne-povratku djeteta.

Engleska praksa razvila je i praksu utvrđivanja valjanosti (relevantnosti) djetetova protivljenja.⁶⁴ Tako sud najprije ispituje kako dijete doživljava samo sebe. Potom ispituje u kojoj su mjeri djetetovi razlozi za protivljenje utemeljeni u realnosti ili se djetetu objektivno čini da su utemeljeni u realnosti. Sud nadalje ispituje u kojoj su mjeri djetetova razmišljanja pod utjecajem ili pritiskom roditelja otmičara. Napokon, sud ispituje može li takvo protivljenje utjecati na odluku o povratku.⁶⁵ Dakle, o diskrecijskoj odluci suda ovisit će konačna odluka. Ovakva sistematična analiza

⁵⁹ Vidi: Greene (2006), str. 153.-155.

⁶⁰ Vidi: Johnson (2001), str. 147.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Vidi: Kenworthy (2002), str. 355.-362. Pionirski predmet engleske prakse vezan uz iznimku protivljenja djeteta jest *In re S* (1993). Cjeloviti tekst odluke dostupan je na INCADAT-u, INCADAT cite, HC/E/Uke 87, <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0078.htm>.

⁶³ Pri odlučivanju je li dijete dovoljno staro i dovoljno zrelo, engleski sudovi oslanjaju se na socijalne radnike. Vidi: Kenworthy (2002), str. 359.

⁶⁴ Vidi: *Re T* (Abduction: Child's Objection to Return) 2000, 2 FLR 192. Cjeloviti tekst odluke dostupan je na INCADAT-u, <http://www.hcch.net/fullcase/0270.htm>, INCADAT cite HC/E/UK 270.

⁶⁵ Ovakav pristup svakako ima velike prednosti. Prvo, primjenjuje unificirani postupak utvrđivanja djetetova mišljenja preko socijalnog radnika. Drugo, daje odgovarajući okvir za analizu i razmatranje djetetova protivljenja. Taj okvir omogućava sudu da razmotri i uzme u obzir mnoge faktore koji moraju biti uzeti u obzir u jednoj takvoj odluci. Vidi: Kenworthy (2002), str. 359.

svakako će utjecati i na to da sudovi bolje opravdaju i objasne svoju odluku, a također i u stvaranju presedana za buduće slučajeve.

d) Temeljna načela države od koje se zahtijeva povratak djeteta

Iznimka „temeljna načela“ (*fundamental principles*), odnosno pozivanje na osnovna načela zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda države kojoj je zahtjev poslan, od početka je najkontroverznija iznimka.⁶⁶ Primjena ove iznimke teška je zbog više razloga. Prvi i najvažniji jest taj što nigdje nije objašnjeno koje bi to točno situacije bile, a ne postoji ni presedan u nekom drugom međunarodnom ugovoru koji bi poslužio kao uzor. Drugi je razlog što se mnoge situacije koje se mogu podvesti pod iznimku „temeljnih načela“ mogu istodobno podvesti i pod iznimku „ozbiljan rizik“, pa je katkad teško razlučiti to dvoje.⁶⁷ U svakom slučaju ovu iznimku treba tumačiti vrlo usko, i to s osvrtom na temeljna načela zaštite ljudskih prava države kojoj je zahtjev poslan,⁶⁸ a ne s osvrtom na stupanj razvoja zaštite ljudskih prava u globalnom smislu.

⁶⁶ Brojne države protivile su se uvođenju klauzule javnog poretka kroz iznimku „temeljna načela“, zbog straha da bi njezino uključivanje u tekst Konvencije moglo oslabiti Konvenciju u cjelini, a također i da će analiza „temeljnih načela“ omogućiti sudu da ulazi u meritum spora, umjesto da odlučuje o zahtjevu o povratku. Nasuprot tome, druge su države podržavale uključivanje iznimke „temeljnih načela“ u tekst Konvencije, uz obrazloženje da se mogu javiti neke ekstremne okolnosti koje nisu pokrivenne iznimkom „ozbiljna opasnost“, a koje bi opravdavale donošenje odluke o ne-povratku djeteta. Međutim, i ove su države smatrale da bi ciljevi Konvencije mogli biti ugroženi ako bi se iznimka „temeljnih načela“ tumačila preširoko pa je usvojeno njezino restriktivno tumačenje. Više o tome vidi u: Smetzer Mast (2003), str. 249. i 250.

⁶⁷ Istina je da kršenje „temeljnih načela“ u vezi s „ljudskim pravima“ najčešće uključuje situacije koje ujedno mogu predstavljati „ozbiljnu opasnost“, međutim to je „najčešće“ ali ne i uvijek. Detaljnije: Smetzer Mast (2003), str. 251., 284. i 285.

⁶⁸ S obzirom na to da smo, u ovom segmentu, imali dostupne podatke samo o praksi američkih sudova, iznijet ćemo neka njihova iskustva. Ona pokazuju vrlo šaroliko postupanje sudova. Ono se kreće od toga da je u određenom broju slučajeva praksa pokazala samo površan interes u odnosu na iznimku „temeljna načela“ i bez obrazloženja odbila njezinu primjenu; preko slučaja u kojima je praksa fokusirana na postupovne garancije odbila primjenu navedene iznimke isključivo na temelju činjenice da je strani sud voljan sudjelovati u rješavanju problema i pronalasku rješenja; pa do slučajeva u kojima je sud odbio uopće razmatrati iznimku „temeljna načela“, smatrajući je suvišnom s obzirom na postojanje iznimke „ozbiljne opasnosti“. S obzirom na limitirani opseg ovog rada, ovdje ćemo iznijeti samo nekoliko najzanimljivijih predmeta.

U predmetu *Ciotola v. Fiocca* majka se pozivala na ugrožavanje prava na jednaku zaštitu (*equal protection rights*). Činjenice slučaja su sljedeće: majka je otela devetnaestomjesečnu kćer iz Italije u Ohio. Majka je svjedočila da ja otac imao „eksplozivnu narav“ te da je i ona sama bila žrtvom fizičkog zlostavljanja tijekom braka. Međutim, sud je konstatirao da ona nikad nije prijavila navodne nasilne situacije nadležnim tijelima, a ni zatražila

2.3. Središnja tijela

liječničku pomoć. Činjenice nisu opravdavale konstatiranje ozbiljne opasnosti s obzirom na to da su činjenice vezane uz optužbe u odnosu na očevu narav i njegovu sklonost k nasilju u obitelji bile vrlo sporne (upitne). Sud nije primijenio standard „najbolji interes djeteta“. Majka se žalila da taj propust u postupanju ugrožava djetetovo ustavno pravo na zakonitost postupanja (*due process*) i jednaku zaštitu a time i djetetova temeljna prava. Međutim, sud je smatrao da bi ispitivanje najboljeg interesa djeteta (kao standarda obiteljskog prava) ugrozilo ciljeve i duh HK 1980, s obzirom da je to, prema odredbama Konvencije, zadaća tijela države uobičajenog boravišta djeteta prije nezakonitog odvođenja. <http://caselaw.findlaw.com/oh-court-of-common-pleas/1077425.html>

U predmetu *March v. Levine* baka i djed po majci oteli su svojih dvoje unučadi iz Meksika, gdje su živjeli pod skrbništvom oca, koji je navodno ubio svoju ženu, majku otete djece, i odveli ih u New York. Baka i djed su tvrdili da djeca ne smiju biti vraćena u Meksiko jer bi povratak ugrozio njihova ljudska prava i temeljne slobode. Tvrđili su da je otac ubio majku njihove unučadi, a da je prijelio i njima, zbog čega je nesigurno odlučivati o ovom predmetu u Meksiku. Sud je smatrao da iznimku „temeljna načela“ u ovom slučaju nije moguće primijeniti jer baka i djed nisu istaknuli nijedan postupak meksičke Vlade ili sudova koji bi pokazao da neće dobiti pošten i zakonit postupak (*due process of law and fair trial*) ako djeca budu vraćena u Meksiko. <http://caselaw.findlaw.com/us-6thcircuit/1375104.html>

U predmetu *Janakakis-Kostun v. Janakakis* riječ je o suprugu i supruzi koji su se vjenčali i živjeli u Grčkoj zajedno sa svojom kćeri. Majka i kći jedanput na godinu putovale su u Ameriku u posjet majčinoj rodbini. Kad se brak počeo raspadati, majka je s kćeri otišla na aerodrom s ciljem odlaska i trajnog ostanka u Americi. Otac je podnio kaznenu prijavu, tvrdeći da majka ugrožava njegovo pravo na skrb. Sud je donio odluku kojom se majci zabranjuje odvođenje djeteta iz Grčke. Stoga su majka i kći spriječene u odlasku s aerodroma. Međutim, godinu dana poslije, uz pomoć oca, pripadnika zelenih beretki s brojnim europskim kontaktima, majka je uspjela dijete izvesti iz Grčke i odvesti u Kentucky. Majka je u postupku tvrdila da su, u prvom pokušaju da s kćeri napusti Grčku, i ona i kći bile zlostavljane od strane grčkih sudova i policije („...izveli su ih iz aviona, a nju držali u izolaciji u postaji nekoliko dana bez hrane, vode i toaleta te je podvrgnuli fizičkom i verbalnom zlostavljanju...“). Sud je odbio uvažiti iznimku „temeljnih načela“, budući da ponašanje grčkih tijela nije smatrao problematičnim, posebice jer su grčki sudovi bili voljni surađivati. Zapravo je konstatirao da je takvo ponašanje od strane sudova i policije uobičajeno i u Americi?!

<http://caselaw.findlaw.com/ky-court-of-appeals/1342231.html>

U dosadašnjoj američkoj praksi uvažavanje iznimke „temeljna prava“ zasad je nesporno samo u vezi s predmetima koji se odnose na povratak ženskog djeteta u državu u kojoj se još prakticira spolno sakaćenje ženske djece (*female genital mutilation*). Tako u: In re Fauziya Kasinga, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bb00782.html>; te Abankwah v. INS, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b74b10.html>.

“... to be able to refuse to return a child on the basis of this article, it will be necessary to show that the fundamental principles of the requested State concerning the subject matter of the Convention do not permit it; it will not be sufficient to show merely that its return would be incompatible, even manifestly incompatible, with these principles ... A study of the case law of different countries shows that the application by ordinary judges of the laws on human rights and fundamental freedoms is undertaken with a care which

Da bi zaštitni mehanizam ustanovljen Konvencijom uopće mogao funkcionirati, države ugovornice moraju odrediti središnje tijelo,⁶⁹ zaduženo za provedbu obveza nametnutih odredbama Konvencije.⁷⁰ Zadaća je središnjih tijela da, *inter alia*, surađuju sa središnjim tijelima drugih država ugovornica i promoviraju međusobnu suradnju, da daju opće informacije o svom nacionalnom pravu, da pokreću ili olakšavaju pokretanje postupaka na temelju HK 1980 te da poduzimaju dodatne mjere u pojedinačnim slučajevima.⁷¹

Za razliku od mehanizama usvojenih za potrebe nekih drugih konvencija,⁷² HK 1980, umjesto „jednosmjernog“ (usmjerenog samo na primanje zahtjeva), usvojila je tzv. „dvosmjerni“ model središnjeg tijela, u kojem je ono zaduženo i za iniciranje i za zaprimanje zahtjeva.⁷³

Sama Konvencija, međutim, ne traži da stranka čije je dijete oteto traži pomoć od središnjeg tijela, ni onog u državi iz koje je dijete nezakonito odvedeno, a ni onog u državi u koju je dijete nezakonito odvedeno. U svakom slučaju, obraćanje središnjem tijelu može biti od velike koristi, u smislu dobivanja informacija i prije aktualne otmice,⁷⁴ hitne pravne pomoći u slučajevima izvan redovnog radnog vremena,⁷⁵ dobivanja informacija vezanih za pomoć INTERPOL-a, in-

one must expect to see maintained in the international situations which the Convention has in view.“ Perez-Vera (1980), str. 462.

⁶⁹ Čl. 6. HK 1980.

⁷⁰ Više o ulozi središnjih tijela vidi u: Schulz (2009), str. 1.

⁷¹ Čl. 7. HK 1980.

⁷² Convention of 20 June 1956 on the Recovery Abroad of Maintenance (New York Convention), Convention of 15 November 1956 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters, Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters.

⁷³ Više o tom vidi u: Bruch (1995), str. 37. i 38.

⁷⁴ Praksa pokazuje da je obraćanje lokalnom središnjem tijelu katkad od velike koristi za stranku. U jednom australskom slučaju (*Gazi v. Gazi*), majka (Francuskinja) zatražila je pojašnjenje gdje u Australiji može zatražiti pravnu pomoć u slučaju otmice svoje djece. Naknadno, kad je njezin suprug doista i oteo djecu, sud je njezine napore uzeo u obzir i protumačio kao da nije naknadno pristala na odvođenje djece, kao što je to tvrdio suprug. Vidi: Bruch (1995), str. 41.

⁷⁵ Tako, naprimjer, švicarska središnja tijela imaju razvijene protokole za hitne slučajeve, uključujući i one koji se događaju izvan redovnog radnog vremena. Njihova učinkovitost najbolje je demonstrirana u konkretnom slučaju, u kojem je oteto dijete koje je putovalo avionom iz Australije u Izrael, zaustavljeno u Švicarskoj. Vidi: Cherrie (1987), str. 927. i dalje. Isto tako, i Velika Britanija osigurava mogućnost traženja pravne pomoći u bilo koje vrijeme, uključujući i pristup sudu ako je to potrebno,

formacija o vrsti pomoći koju mogu dobiti u veleposlanstvima i konzulatima u inozemstvu itd.

S druge strane funkcije su središnjeg tijela kada mu je podnesen zahtjev za povratkom djeteta. Utvrđi li da je zahtjev utemeljen, može pomoći u lociranju djeteta, nastojat će osigurati dobrovoljan povratak djeteta (ako je to ikako moguće), ako je potrebno može inicirati privremene mjere s ciljem sprječavanja buduće štete za dijete itd. Ako to stranka želi, središnje tijelo ovlašteno je i na pokretanje ili olakšanje pokretanja postupka za povratak djeteta pred nadležnim tijelima države u kojoj se dijete nalazi. Svi ti koraci, na koje je ovlašteno središnje tijelo, prethode sudskom ili upravnom postupku u kojem se odlučuje o povratku djeteta. Međutim, to ne znači da pokretanjem postupka uloga središnjeg tijela prestaje. Naprotiv, ono i dalje ostaje aktivno u smislu pružanja informacija, pomoći sudu u prikupljanju relevantnih socijalnih studija, utvrđivanja nezakonitosti odvođenja djeteta itd.

Napokon, središnje tijelo i njegove aktivnosti nisu limitirani isključivo na postupanje vezano uz konkretan slučaj, već bi trebalo biti angažirano u educiranju i sudstva i javnosti o svrsi i ciljevima te mehanizmu djelovanja HK 1980.⁷⁶

3. *Autonomni koncepti*

Iz *supra* navedenog razvidno je koji su to ciljevi i kakva je struktura konvencijskih odredaba kojima se ti ciljevi nastoje ostvariti. S obzirom na pretpostavljenu, štoviše očekivanu, globalnu primjenu HK 1980, ne čudi što se Konvencija samo u tehničkom smislu naslanja na odredbe nacionalnih prava, a u svemu ostalom inzistira na autonomnom pristupu. Tako Konvencija sadrži cijeli niz autonomnih konceptata koje je onda potrebno tumačiti autonomno. To pretjerano i ne čudi ako imamo u vidu da je riječ o konceptima s kojima se nacionalni sudac u pravilu susreće u sporovima vezanima uz roditeljsku odgovornost, a koji se u kontekstu HK 1980 koriste na jedan posve nov način. Naime, postupak pokrenut u povodu zahtjeva za povratkom nezakonito odvedenog ili zadržanog djeteta, nije klasični postupak o roditeljskoj odgovornosti jer se u navedenom postupku ne odlučuje o meritumu već samo o povratku ili ne-povratku djeteta. Stoga je razumljivo da se određeni koncepti ne mogu tumačiti na isti način u postupku o roditeljskoj odgovornosti i u postupku pokrenutom na temelju HK 1980.

S aspekta tijela država ugovornica to je otegotna okolnost jer i praksa često pokazuje da je iznimno teško (iako ne i nemoguće) ignorirati stečenu pravnu naobrazbu i prevladavajuće nacionalne koncepte. Stoga su od osobite važnosti

⁷⁶ Vidi: Bruch (1995), str. 51.

različiti instrumenti koji tijelima država članica olakšavaju postizanje ciljeva HK 1980. To svakako uključuje: načela tumačenja međunarodnih ugovora, strukturu same Konvencije i funkciju autonomnih koncepata inkorporiranih u odredbe Konvencije, opsežne pripremne materijale (*travaux préparatoires*) i Memorandum s objašnjenjima uz Konvenciju,⁷⁷ novu tehnologiju koja omogućava uvid u odluke drugih sudova⁷⁸ te Hašku konferenciju kao tijelo zaduženo za nadzor primjene Konvencije.⁷⁹

Dakle o kojim je to autonomnim konceptima riječ?! Riječ je o „nezakonitom odvođenju ili nezakonitom zadržavanju djeteta“, „uobičajenom boravištu djeteta“, „pravu na skrb“, „najboljem interesu djeteta“ te „ozbiljnoj opasnosti“. S obzirom na to da smo neke od navedenih koncepata već predstavili, u daljnjem tekstu osvrnut ćemo se na uobičajeno boravište djeteta i pravo na skrb.

3.1. Uobičajeno boravište djeteta

Jedan od ključnih koncepata HK 1980 jest i uobičajeno boravište djeteta. Naime, prema odredbama HK 1980 tijela u državi uobičajenog boravište djeteta prije nezakonitog odvođenja nadležna su za odlučivanje o najboljem interesu djeteta.⁸⁰ Tumačenje navedenog pojma izazvalo je dosta nedoumica, a nerijetko i razilaženja, u različitim državama članicama. Naime, HK 1980 ne definira sadržaj pojma „uobičajeno boravište“, s ciljem „da ga ne optereti rigidnim tehničkim pravilima koja bi mogla uzrokovati nedosljednosti među različitim pravnim sustavima“.⁸¹ Međutim, upravo taj liberalizam u konačnici je doveo do različitih tumačenja navedenog koncepta.

U osnovi, postojao je konsenzus da pojam „uobičajeno boravište“ treba tumačiti u skladu s uobičajenim i prirodnim značenjem ovih dviju riječi. Kako pojam „boravište“ implicira nešto više od puke prisutnosti u određenoj državi, a pojam „uobičajeno“ upućuje na to da je trajanje jedini relevantni faktor, to

⁷⁷ Vidi bilj. 1.

⁷⁸ Zahvaljujući Stalnom uredu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo (*Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law*), koji je zadužen za nadzor nad provedbom Konvencije, utemeljena je i permanentno se nadopunjava baza podataka u kojoj su sadržani pregledi (zapravo sažeci) i analize važnijih predmeta iz različitih jurisdikcija te uz to i linkovi na cjelovite odluke. Vidi: www.incadat.com

Više o tome vidi u: Duncan (2001), str. 105.-107.

⁷⁹ Tako: Silberman (2006), str. 13. i 14.

⁸⁰ Vidi: Nygh (1997), str. 344. i 345.

⁸¹ Tako: Winter (2010), str. 355., i ondje navedeni autori.

znači da bi uobičajeno boravište trebalo označavati „redovnu fizičku prisutnost koja mora trajati određeno vrijeme“.⁸²

U međuvremenu, desetljeća primjene odredaba HK 1980 pokazala su da su sudovi diljem svijeta muku mučili s ovim konceptom te da se temeljna dilema svela na pitanje: trebaju li sudovi pri utvrđivanju uobičajenog boravišta djeteta uzimati u obzir isključivo objektivne faktore, ili je potrebno uključiti i subjektivne namjere.⁸³ Imajući u vidu *supra* navedeno, odgovor se čini očitim. Ipak, međunarodna jurisprudencija pokazala je da jurisdikcije engleskog govornog područja pri utvrđivanju djetetova uobičajenog boravišta, u pravilu, uzimaju u obzir i objektivne okolnosti ali i utvrđene namjere djetetovih skrbnika, s osobitim naglaskom na objektivnim činjenicama vezanim uz djetetove okolnosti.⁸⁴ Dakle, sudovi *common law* država, unatoč svojim nastojanjima, uglavnom ne uspijevaju odvojiti koncept uobičajenog boravišta od koncepta domicila. Nasuprot tome, europski sudovi uglavnom pokazuju više discipline u limitiranju svoje analize na objektivne faktore, a vezano uz aklimatizaciju djeteta.⁸⁵

3.2. Pravo na skrb

Pravo na skrb predstavlja jedan od najkritičnijih koncepata u praktičnoj primjeni konvencijskih odredaba. S obzirom na to da sama Konvencija za utvrđivanje tko ima pravo na skrb upućuje na pravo uobičajenog boravišta a da je istodobno riječ o autonomnom konceptu koji treba tumačiti u skladu sa svrhom i ciljevima konvencije, ta veza može izazvati određenu konfuziju.

Naime, kako je već spomenuto, prema odredbama same Konvencije, dijete je nezakonito odvedeno ili zadržano samo kada je došlo do „povrede prava na skrb“ prema pravu države u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja; i kada ... je to pravo faktično ostvarivano, kolektivno ili pojedinačno, ili bi bilo ostvarivano da nije

⁸² Dicey & Morris (2000), paragraf 6.-124. Korištenje uobičajenog boravišta kao pravnog standarda rezultat je, među ostalim, i činjenice da bi primjena bilo kojeg drugog standarda koji uključuje namjeru i utvrđivanje namjere bila gotovo neizvediva kada su u pitanju djeca; a također i činjenice da zbog svoje fleksibilnosti, u odnosu na državljanstvo i prebivalište, bolje odgovara potrebama suvremenog društva. Vidi: Beaumont/McEleavy (1999), str. 89.

⁸³ Iako praksa pokazuje i očiti utjecaj određenih političkih razloga, često neizrečenih, pri utvrđivanju uobičajenog boravišta djeteta, zbog preglednosti ovog materijala nismo se upuštali u detaljniju analizu. O tome vidi u: Schuz (2002), str. 101.-161.

⁸⁴ Vidi: Davis (2007), str. 324.-332; Murphy (2005), str. 215.-218; i Winter (2010), str. 358.-374.

⁸⁵ Vidi: Vivatvaraphol (2009), str. 3358.-3360.

došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.⁸⁶ Dakle, pitanje je li došlo do povrede prava na skrb ovisit će o tome koja prava stranke imaju po pravu države u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.⁸⁷

Sama Konvencija, u čl. 5., „pravo na skrb“ izrijeком definira kao „prava koja se odnose na brigu o osobi djeteta, **osobito** pravo na određivanje mjesta boravka djeteta“ (istaknula Medić Musa). U tom smislu, a u skladu s odredbama Konvencije, zajedničko pravo na skrb (*joint custody*), zajednička odgovornost (*joint responsibility*) i zajedničko skrbništvo (*joint guardianship*), potpadaju pod definiciju „prava na skrb“. Odatle bi slijedilo da, u slučaju nepostojanja formalne odluke o pravu na skrb, nijedan od roditelja pri raspadu braka nema pravo odvesti dijete bez pristanka drugog roditelja. Iz čega bi se mogao izvesti zaključak da odluka o pravu na skrb u potpunosti rješava takvu situaciju, no to često nije tako.

Naime, HK 1980 pravi razliku između prava na skrb i prava na susrete i druženje s djetetom, u smislu da samo povreda prava na skrb dovodi do aktiviranja konvencijskog mehanizma za povratak djeteta. Onaj roditelj koji ima samo pravo na susrete i druženje s djetetom, u pravilu, od Konvencije zapravo nema nikakve koristi. Iznimku od pravila čine oni slučajevi gdje je nacionalni sud u odluku uključio i tzv. *ne exeat* klauzulu, odnosno izričitu zabranu preseljenja djeteta u drugu državu.⁸⁸

Upravo u vezi s *ne exeat* klauzulom u praksi su se javile brojne nedosljednosti u primjeni Konvencije. Naime, iako je učinak navedene klauzule bio predmetom opsežnih diskusija tijekom donošenja HK 1980,⁸⁹ a i poslije tijekom sesija Posebne komisije za nadzor primjene Konvencije,⁹⁰ gdje je zaključeno da takva mjera (s obzirom na čl. 5. HK 1980) predstavlja pravo na skrb u smislu odre-

⁸⁶ Čl. 3. HK 1980.

⁸⁷ U tom smislu, vrlo je važno da sudovi uvijek imaju na umu da se „pravo na skrb“ prema pravu neke druge države može bitno razlikovati od domaćeg prava te da te koncepte treba tumačiti prema smislu i sadržaju tog prava. Nakon toga, treba utvrditi u kojoj se mjeri tako utvrđeno pravo na skrb može smatrati „pravom na skrb“ u smislu HK 1980.

⁸⁸ Riječ je o uglavku u odluci o pravu na susrete i druženje, a koji se odnosi na roditelja kojemu je dodijeljena roditeljska skrb. Roditelju kojem je dodijeljena roditeljska skrb zabranjuje se da s djetetom napušta područje nadležnosti tog suda. Više o tome vidi u: Terry et al. (2000).

⁸⁹ Hague Conference on Private International Law, Acts and Documents, III Actes et Documents de la Quatorzième Session, Oct. 6-25 (1980), str. 266.

⁹⁰ Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Jan. 18-21), reprinted in 33 I.L.M. 225 (1994), str. 233. i 234.

daba Konvencije, to nigdje u tekstu Konvencije nije izričito navedeno. Dakle, iako čl. 21. ne daje osnovu za nadležnost u postupcima za zaštitu prava na susrete i druženje, ranija sudska odluka kojom je roditelju izričito (dakle, mora biti *express restriction*) dano pravo na susrete i druženje uz istodobnu zabranu roditelju kojemu je dodijeljena roditeljska skrb da s djetetom napušta područje nadležnosti tog suda daje efektivno pravo na skrb u smislu HK 1980,⁹¹ iz čega onda slijedi da i nositelj prava na susrete i druženje s djetetom može tražiti povratak djeteta na temelju Konvencije.⁹² Kao što je već rečeno, ovakav pristup podržavaju i Haška konferencija, a i neki poznavatelji HK 1980,⁹³ dok praksa (pa čak i u okvirima jedne države ugovornice) nije po tom pitanju postigla konsenzus.⁹⁴

III. Problemi u primjeni konvencijskih odredaba

Vežano uz razumijevanje i tumačenje odredaba HK 1980, sad već iznimno obimna praksa pokazala je brojne nedostatke. Jedan od osnovnih, čini nam se, jest nepostojanje supranacionalnog tijela ili suda koji bi bio zadužen za autentično tumačenje odredaba Konvencije. Ovako je učinkovitost Konvencije izravno vezana uz nacionalna središnja tijela i sudove, koji su, unatoč svim naporima na ostvarivanju ciljeva Konvencije, često pod utjecajem nacionalne politike i nacionalnih pravnih koncepata. Time je izravno ugrožen zahtjev za unificiranom primjenom odredaba Konvencije, što u bitnome utječe i na njezinu učinkovitost.

Nepostojanje supranacionalnog autoriteta nameće sudovima obvezu konzultacije pripremljenih materijala (*travaux préparatoires*) za donošenje Konvencije,

⁹¹ Logika u podlozi ovakvog stava jest da je *ne exeat* klauzula mjera kojom se kontrolira boravište djeteta, pa predstavlja vrstu prava na skrb.

⁹² Vidi: Walter (2004), str. 2386.-2388. Isto i: Weiner (2000) – „The Courts of various States which have interpreted this provision have concluded, almost unanimously, that if a person having access (or visitation) rights with a child, also has the legal right to be consulted and to give or withhold consent before the child's residence may be moved to a different jurisdiction he or she has 'custody rights' within the meaning of the Convention, even if these rights are not viewed as being 'custody' rights under the law of the child's place of habitual residence.“

⁹³ Vidi: Duncan Report (2002), str. 20. „... preponderance of the case law supports the view that the existence of a *ne exeat* order is capable of elevating 'rights of access' in effect to the status of 'rights of custody'...“ Također i: Silberman (2003), str. 46. te Silberman (2006), str. 19.-22.

⁹⁴ Vidi: Gupte (2010), str. 195.; Jackson (2010), str. 201.-204; Silberman (2001), str. 227.-234. i Silberman (2003), str. 46.-47.

a također i praćenje odluka stranih sudova, što je utopija s obzirom na gotovo generalnu pretrpanost sudova diljem svijeta. Stoga ne čudi relativno šarolika praksa u primjeni odredaba Konvencije u različitim državama ugovornicama.

U pogledu utvrđivanja prava na skrb, najčešći problem u praksi vezan je uz dugotrajnost postupka. Sudovi su često dosta inertni, pa postupci traju neopravdano dugo. U tom smislu, već je više puta intervenirao i Europski sud za ljudska prava u Strasbourghu, što je jaka poruka državama ugovornicama.⁹⁵

95 Svakako, jedan od predmeta koji je hrvatskom pravosuđu najzanimljiviji jest predmet *Karadžić v. Croatia*, koji je presuđen 1. prosinca 2005. godine. Riječ je bila o majci, inače bosanskoj državljanki, koja je rođena i živi u Njemačkoj, a koja je, u skladu s njemačkim pravom, imala isključivo skrbništvo nad malodobnim sinom. U svibnju 2000. godine, za vrijeme jednog od posjeta majke i djeteta djetetovu izvanbračnom ocu, otac nije dopustio da podnositeljica odvede njihova sina natrag u Njemačku. Dana 8. rujna 2001. godine majka je uspjela vratiti dijete u Njemačku, međutim, već 15. rujna 2001. godine otac je oteo sina na ulici u Kehl i odveo ga u Hrvatsku. Nakon toga, majka se 25. travnja 2001. (a nakon što je ishodila pravomoćnu odluku njemačkog suda da je odvođenje djeteta bilo nezakonito) obratila njemačkom središnjem tijelu sa zahtjevom za povratkom djeteta. Dana 21. listopada 2001. godine Centar za socijalnu skrb u Poreču pokrenuo je postupak za vraćanje djeteta podnositeljici pred Općinskim sudom u Poreču, a koji je tek 6. svibnja 2002. godine naredio povratak djeteta u Njemačku. Odluku je 18. svibnja 2003. godine potvrdio i Županijski sud u Puli, nakon čega je na zahtjev podnositeljice (29. rujna 2003.) Općinski sud u Poreču izdao rješenje o ovrsi određujući žurno izvršenje presude, po sudskom izvršitelju uz pomoć policije. Tada je uslijedilo više neuspješnih pokušaja izvršenja navedene presude sve dok 2. veljače 2005. godine odvjetnik koji je zastupao majku nije obavijestio prvostupanjski sud da je dijete vraćeno majci, nakon čega je sud proglasio ovršni postupak dovršenim. Podnositeljica nikad nije podnijela žalbu protiv navedene odluke, iako je tvrdila da je odvjetnikova izjava sudu bila lažna i da mu nije dala nikakav naputak da izjavi da joj je dijete vraćeno. Podnositeljica je tvrdila da joj dijete nikada nije vraćeno te da ono i dalje živi s ocem u Hrvatskoj. <http://www.echr.coe.int/echr>, INCADAT cite, HC/E/819.

Europski sud za ljudska prava usredotočio se na vrijeme prije 2. veljače 2005. godine, jer se na odluku koja je tada donesena majka nije žalila. Konstatirao je više zastoja od strane hrvatskih tijela u postupku u povodu zahtjeva za povratkom djeteta, te poslije u postupku po žalbi. Potom je konstatirao da hrvatska tijela nisu iznijela „uvjerljivo obrazloženje“ za bilo koji od navedenih razdoblja neaktivnosti, u ukupnom trajanju od 17 mjeseci. Sud je razmatrao i trajanje žalbenog postupka, iako bi se gramatičkim tumačenjem čl. 11. HK 1980 moglo zaključiti da se on (tj. zahtjev za hitnim postupanjem) odnosi samo na postupak u povodu zahtjeva za povratkom djeteta. Sud je, međutim, smatrao da u kontekstu svrhe i cilja Konvencije čl. 11. treba tumačiti tako da obuhvaća sve postupke koji su poduzeti s ciljem osiguranja brzog povratka djeteta, dakle i postupak po žalbi. Analizirajući učinkovitost i napore poduzete od strane hrvatskih nadležnih tijela, Sud je zaključio da „nisu pokazala zalaganje u lociranju djeteta“ te da su generalno „propustila uložiti odgovarajuće i učinkovite napore da ponovno spoje podnositeljicu zahtjeva s njezinim sinom kao što to nalažu pozitivne obveze sadržane u čl. 8. Konvencije“. Više o tome i drugim sličnim slučajevima vidi u: Beaumont (2009), str. 40.-50.

Vezano uz iznimke predviđene Konvencijom, najspornijima su se pokazale iznimka „ozbiljna opasnost“ i „protivljenje djeteta“. Naime, u međuvremenu su se dogodile brojne promjene u društvu i u međunarodnom pravnom poretku koje su, u vezi s navedenim iznimkama, otvorile neka nova pitanja koja tvorci HK 1980 nisu (niti su i mogli) anticipirali u trenutku donošenja Konvencije.

Tako se iznimka „ozbiljna opasnost“ često tumači preširoko, ne uzimajući u obzir da su i tijela drugih država ugovornica voljna i sposobna osigurati zaštitu djetetu te da opasnost mora biti nepodnošljiva, da mora biti vrlo vjerojatna te da mora biti usmjerena prema djetetu, a ne prema roditelju otmičaru. Poseban problem predstavlja pozivanje na nasilje u obitelji koje nigdje nije evidentirano, pa nije ni sigurno je li ga uistinu i bilo.

U novije vrijeme sve je više zamjerki iznimki „protivljenje djeteta“. Jedni joj zamjeraju da je u koliziji s čl. 12. Konvencije o pravima djeteta koji „djetetu sposobnom za formiranje vlastita mišljenja daje pravo da to mišljenje slobodno izrazi u svim predmetima koji ga se tiču“. Time se djetetu koje je sposobno za formiranje vlastita mišljenja uvijek daje mogućnost da izrazi svoje mišljenje u postupku koji se na njega odnosi. Za razliku od Konvencije o pravima djeteta koja traži uvažavanje mišljenja sve djece osim one najmlađe, HK 1980 najčešće se svodi isključivo na uvažavanje mišljenja „zrelih“ adolescenata.⁹⁶ Druga je velika zamjerka HK 1980 da ne uvažava situacije u kojima je otmičar djeteta ujedno i žrtva obiteljskog nasilja zbog čega i bježi u drugu državu.⁹⁷ Iako sudovi nekih država to pitanje tradicionalno nisu uzimali u obzir, ni pri razmatranju ozbiljne opasnosti ili protivljenja djeteta,⁹⁸ u novije vrijeme takva se praksa mijenja.⁹⁹

Iznimke „ozbiljna opasnost“ i „protivljenje djeteta“ trpe vrlo velike kritike i s aspekta psihologije. Naime, mnogi psiholozi smatraju da subjektivnost haških standarda nije od pomoći (baš naprotiv!)¹⁰⁰ te da takvo međunarodno pravo u

⁹⁶ Vidi: Greene (2006), str. 144. i 145.

⁹⁷ Tako: Weiner (2000), str. 559.

⁹⁸ Vidi: *Tabacchi v. Harrison*, [http://www.missingkids.com/en_US/training-manual/Tabacchi\(2000\).pdf](http://www.missingkids.com/en_US/training-manual/Tabacchi(2000).pdf)

⁹⁹ Vidi: Greene (2006), str. 149.-153. U prilog tome vidi: Glass (2001), a protiv Weiner (2002).

¹⁰⁰ The subjectivity of the Hague standard does not help, for it makes no specific reference to the following crucial factors: (1) the age of the child; (2) the emotional, cognitive and developmental level of the child; (3) the psychological control of the abducting parent over the child; (4) the child's stage of cultural identity; (5) an analysis of the parent to whom the child is primarily emotionally bonded; (6) an analysis parental alienation syndrome (of how the abducted child may have been emotionally poisoned by the

sporovima s međunarodnim elementom kreira veliku pozivnicu upravo osvetoljubivim i poremećenim (*disturbed*) roditeljima, da se uključe u očito ispiranje dječjeg mozga te otuđivanje djeteta od drugog roditelja.¹⁰¹

Vezano uz iznimku „temeljna načela“, čest izvor problema vezuje se uz obvezu povratka djeteta u državu koja ima bitno različite kulturološke i pravne norme od države od koje je povratak djeteta zatražen. To se posebno odnosi na države u kojima su i dan-danas prava žena podređena pravima muškaraca, a također i na one države koje su pod jakim utjecajem religije.¹⁰²

Još jedan od problema u funkcioniranju HK 1980 vezan je uz *ne exeat* klauzulu i njezino nejednako tumačenje u različitim državama ugovornicama.

Iako tome dosad nije pridana veća pozornost, HK 1980, osim hitnog povratka djeteta u državu iz koje je nezakonito odvedeno, ima za cilj i „osigurati da se pravo na susrete i druženje s djetetom prema pravu jedne države ugovornice poštuje u drugoj državi ugovornici“.¹⁰³ Međutim, riječ je o *lex imperfecta*, jer takvo pravo ne predstavlja povredu prava na skrb u smislu čl. 3. i čl. 5. HK 1980, pa stoga i ne iziskuje povratak djeteta.¹⁰⁴ Stoga, barem što se HK 1980 tiče, roditelji i sudovi uključeni u preseljavanje djeteta nemaju nikakvo osiguranje da će odluke o pravu na susrete i druženje s djetetom i drugi oblici kontakata roditelja s djetetom biti u cijelosti priznati i poštovani i nakon preseljenja.¹⁰⁵ To potvrđuje i čl. 21. HK 1980 koji, iako očito priznaje pravo na susrete i druženje s djetetom te propisuje postupak s ciljem ostvarivanja tog prava u drugoj državi ugovornici, apsolutno ne predviđa nikakav mehanizam ovrhe u cilju ostvarivanja navedenih prava.¹⁰⁶

abductor towards the other parent); or (7) an analysis of how the act of abduction itself may have changed the child's perceptions of and emotional dependency upon each parent. Vidi: Skoler (1999), str. 561. i 562.

¹⁰¹ Vidi: Clawar/Rivlin (1991). Međutim, psiholozi ističu i opasnost od zlorabe ovih iznimki i od strane sudova, najčešće pod utjecajem „nacionalnog šovinizma ili narcizma“, ali i zbog svjesne ili nesvjesne identifikacije suca s predmetom. Vidi: Skoler (1999), str. 563. i 593.-597.

¹⁰² Za konkretan slučaj u kojem su razmatrane takve dileme vidi: LK v. Director General, Department of Community Services (NSW), 83 ALJR, 2009, str. 525.

¹⁰³ Čl. 1. toč. b) HK 1980.

¹⁰⁴ Vidi: Fraidstern (2005), str. 641. i 642.

¹⁰⁵ Za vrlo iscrpnu analizu tog problema vidi: Walter (2004), str. 2381.-2416.

¹⁰⁶ Navedeni članak predviđa jedino da „središnja tijela mogu, neposredno ili preko posrednika, inicirati ili pomoći pri pokretanju postupka radi organiziranja i zaštite tih prava i osiguravanja uvjeta o kojima može ovisiti ostvarivanje tih prava“ (istaknula Medić Musa).

Jedan od razloga za neprimjenu konvencijskih odredaba o hitnom povratku djeteta sadržan je i u odredbama same Konvencije, a odnosi se na države ugovornice koje su naknadno pristupile Konvenciji.¹⁰⁷ Naime, u odnosu na države ugovornice koje su naknadno pristupile Konvenciji, „pristup će biti pravovajan samo u odnosima između države pristupnice i onih država ugovornica koje budu izjavile da prihvaćaju pristupanje. Takvu će izjavu, također, morati dati bilo koja država članica koja ratificira, prihvaća ili odobrava Konvenciju nakon pristupa.“¹⁰⁸ To znači da Konvencija ne mora, nužno, biti na snazi između svih država ugovornica Konvencije, jer države ugovornice nisu obvezne prihvatiti sve ostale države ugovornice. To je vrlo važan podatak za praksu, koja često predstavlja velik izvor stresa za sve uključene, jer je najčešće riječ o „otmičarima“ djece koji su državljanima države foruma od kojeg se traži povratak djeteta pa stoga, razumljivo, i očekuju zaštitu od „svoje“ države. U takvoj situaciji suci koji odlučuju o povratku često su u vrlo teškom položaju jer su, uz to što i sami nerijetko imaju teških i pravnih i moralnih dilema, također stigmatizirani od strane (najčešće neinformirane ili nedovoljno informirane) javnosti pa im svaki eventualni „izlaz“ može poslužiti da barem u nekoj mjeri opravdaju očekivanja stranaka (najčešće vlastitih državljana).

Prema preporuci Specijalne komisije za nadzor primjene HK 1980 iz 2001. godine,¹⁰⁹ veliki broj država uveo je i kaznene sankcije za roditelje „otmičare“. Kao argument u prilog kaznenom sankcioniranju otmice djeteta istaknuto je da takvo postupanje zahtijeva dugotrajnije planiranje, da u najvećem broju slučajeva dijete trpi dugoročnu psihološku štetu te da izravno ugrožava pravo djeteta na održavanje kontinuiranog odnosa s oba roditelja (što je jedan od temeljnih postulata obiteljskog prava općenito).¹¹⁰ Međutim, neke države ugovornice HK 1980 nisu uvele kaznene sankcije za otmicu djeteta,¹¹¹ što također može utjecati i na odluku tijela nadležnog za odlučivanje o povratku djeteta, ali i na ponašanje roditelja otmičara. Međutim, katkad ni mjere specijalne prevencije ne postižu očekivani učinak.¹¹² Unatoč tome, Specijalna komisija je i

¹⁰⁷ Vidi: čl. 38. HK 1980.

¹⁰⁸ Čl. 83. st. 3. HK 1980.

¹⁰⁹ Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (2001), www.hcch.net

¹¹⁰ Tako: Kirby (2010), str. 98.

¹¹¹ Tako, naprimjer, Australija.

¹¹² Jedan od najboljih primjera u tom smislu, a koji pokazuje kako ni takve sankcije katkad ne postižu očekivani učinak, jest slučaj *United States v. Amer* (prema Kirby (2010), str. 98.), u kojem je otac, egipatski državljanin, oteo svoju djecu iz SAD-a i odveo ih

2006. godine ustrajala na potrebi kaznenog sankcioniranja otmice djeteta, a u svrhu postizanja povratka otetog djeteta¹¹³ pa u svojoj preporuci navodi da „utjecaj kaznenog progona u slučaju otmice djeteta na mogućnost povratka djeteta jest pitanje koje treba uzeti u obzir pri vršenju diskrecijskih ovlaštenja od strane tijela koja taj progon vrše u smislu pokretanja, obustavljanja ili povlačenja optužbi“.

IV. Zaključak

In fine, dosad je već posve očito da je upravo globalizacija jedan od glavnih uzročnika ekspozicije vrlo velikog broja djece novim oblicima opasnosti i zlostavljanja. U modernom svijetu nema ničeg neobičnog ni neočekivanog u činjenici da deseci tisuća djece na dan prelaze međudržavne granice. Modaliteti prelaska su, također, vrlo šaroliki. Mnoga djeca su izbjeglice, mnoga su oteta od strane njima nepoznatih osoba radi seksualnog iskorištavanja ili trgovine ljudima, ali sve je veći i broj djece koja su žrtve međunarodne otmice od strane jednog ili obaju roditelja ili od strane skrbnika ili bliskog člana obitelji.

Upravo takvi sporovi, o djeci ili u vezi s djecom, u transnacionalnom kontekstu otvaraju i najteža pitanja i zahtijevaju adekvatnu pravnu reakciju. Naime, pitanje roditeljske skrbi ulazi u samu srž nečijeg obiteljskog života i stoga, razumljivo, izaziva vrlo emotivne reakcije često popraćene neočekivanim i nekontroliranim ponašanjem. Uz to, klasični sudski postupak sa svojim strogim pravilima, za razliku od izvansudskih metoda rješavanja sporova, najblaže rečeno nije prilagođen takvoj vrsti sporova. Stjecanje stvarnog uvida u obiteljsku dinamiku te ulogu kulture i vrijednosnih stavova, iznimno je teško, kada su u pitanju sporovi s međunarodnim obilježjem.

Stoga ne čudi što je Haška konferencija za međunarodno privatno pravo uložila izniman napor na kreiranju sustava međunarodne suradnje s ciljem zaštite djece te što je kao temeljno načelo funkcioniranja HK 1980, a i jedan od temeljnih razloga koji su pridonijeli globalnom uspjehu Konvencije, odabra na jednostavnost te svrhovito izbjegavanje raspravljanja o teškim pitanjima u

u Egiptu. S obzirom na to da je u Egiptu za otmicu djece predviđena zatvorska kazna, očekivalo se da će otac djecu vratiti u SAD, međutim, otac je radije otišao u zatvor nego da dobrovoljno vrati djecu u SAD.

¹¹³ Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (2006), www.hcch.net

podlozi Konvencije, kao što je raspravljano o meritumu spora. To je ujedno i razlog vrlo visokom postotku vraćene djece.¹¹⁴

HK 1980 samo je jedan od instrumenata, koji je, doduše, daleko od savršenstva,¹¹⁵ ali zbog globalne prihvaćenosti i dalje znatno izvan konkurencije. Kao što je već prije spomenuto, cilj Konvencije jest „međunarodna zaštita djece od štetnih učinaka njihova nezakonitog odvođenja ili nezakonitog zadržavanja i uspostavljanje mehanizma njihova brzog povratka u državu njihova uobičajenog boravišta“. Konvencija nije usmjerena na odlučivanje o meritumu u vezi s pravom na skrb, već na očuvanje *statusa quo* i sprječavanje roditelja u izbjegavanju poštovanja odluka o pravu na skrb odvođenjem djeteta preko granice u potrazi za povoljnijim forumom. Argumentacija u podlozi ovakvog djelovanja Konvencije jest da je forum djetetova uobičajenog boravišta svakako najbolji forum za odlučivanje o najboljem interesu djeteta. Prihvaćajući HK 1980 države ugovornice prihvatile su obvezu donošenja odluke o povratku djeteta u državu njegova ili njezina uobičajenog boravišta (osim u slučaju postojanja unaprijed predviđenih iznimki), čime se osigurava da će prava država ugovornica koja se odnose na pravo na skrb nad djetetom biti uzajamno poštovana od strane drugih država ugovornica. Stoga, ustrajno inzistiranje (nekih) nacionalnih sudova na ignoriranju načela reciprociteta kao temeljnog načela izravno podrija uzajamnost na kojoj se Konvencija temelji. Dakle, do današnjeg dana, ostaje isto temeljno pitanje u kojoj mjeri međunarodna zajednica može očekivati od nacionalnih sudaca da ispunjavaju ciljeve HK 1980.

U svakom slučaju, iz dosadašnje višedesetljetne globalne prakse u primjeni HK 1980 hrvatsko pravosuđe može izvući brojne važne pouke. S obzirom na to da se dosta toga može iščitati i iz dosadašnjeg teksta, u nastavku ćemo se usredotočiti na one najbitnije.

Vezano uz samo pokretanje postupka ponajprije je potrebno utvrditi je li riječ, u konkretnom slučaju, uopće o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju djeteta. Da bi se moglo govoriti o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju djeteta, potrebno je da je došlo do povrede prava na skrb u smislu odredaba HK 1980. U pogledu utvrđivanja prava na skrb mjerodavno je pravo države uobičajenog boravišta djeteta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Ovlaštenja koja podnositelju zahtjeva daje to pravo treba potom provući kroz „konvencijski filter“ (čl. 5. HK 1980) te u skladu s time vidjeti je li podnositelj zahtjeva aktivno legitimiran i je li podneseni zahtjev osnovan. Istina je da je s obzirom na

¹¹⁴ Vidi: Dyer (2000), str. 7. i 8.

¹¹⁵ Vidi: Johnson (2000), str. 125. i dalje; te Weiner (2002), str. 275. i dalje.

hitnost koju HK 1980 traži od tijela države kojoj je podnesen zahtjev¹¹⁶ ovo prilično zahtjevan zadatak, ali svakako je od velike koristi to što sama Konvencija¹¹⁷ daje vrlo široka ovlaštenja pri utvrđivanju sadržaja stranog prava.¹¹⁸ Stoga je vrlo bitno da tijelo koje odlučuje o zahtjevu ovo ima na umu te da koristi sva raspoloživa sredstva.

Nadalje, tijekom cijelog postupka tijelo koje odlučuje o zahtjevu za povratkom djeteta trebalo bi imati na umu svrhu i ciljeve Konvencije te biti svjesno da je u postupku u povodu zahtjeva za povratkom djeteta zapravo riječ o jednom sumarnom postupku u kojem se odlučuje samo o povratku ili ne-povratku djeteta te da se treba suzdržavati od ulaženja u meritum spora. Odlučivanje o meritumu spora, tj. o tome tko ima pravo na skrb nad djetetom, a tko pravo na susrete i druženje s djetetom, u isključivoj je nadležnosti foruma uobičajenog boravišta djeteta neposredno prije nezakonitog odvođenja, odnosno zadržavanja.

U pogledu utvrđivanja postojanja eventualnih iznimki (protek jedne godine i djetetova prilagodba novoj okolini, pristanak ili naknadno prihvaćanje odvođenja djeteta od strane podnositelja zahtjeva, postojanje ozbiljne opasnosti, protivljenje djeteta, kršenje temeljnih načela države od koje se zahtijeva povratak djeteta) koje bi tijelu koje odlučuju o zahtjevu za povratkom djeteta omogućile donošenje odluke o ne-povratku, također je potrebna mudrost i oprez. Bitno je imati na umu (posebno u pogledu ovih triju posljednjih) da ih je potrebno tumačiti usko, imajući u vidu svrhu i ciljeve Konvencije.

Najosjetljivija je iznimka „ozbiljna opasnost“ jer vrlo često ima tendenciju da usmjeri postupak u pravcu raspravljanja o meritumu, što je upravo ono što se

¹¹⁶ Ukupno šest tjedana (od dana pokretanja postupka) za donošenje odluke (čl. 11. st. 2. HK 1980).

¹¹⁷ Imajući upravo tu hitnost u vidu.

¹¹⁸ Konvencija dopušta strankama da nezakonitost postupanja dokazuju sudskom praksom, zakonskim propisima ili sporazumom koji ima pravnu snagu, a također i relevantnom sudskom odlukom u konkretnom slučaju. Ne traži se nikakva legalizacija ili slična formalnost (čl. 23. HK 1980). Isto tako, i središnja tijela u mnogim državama imaju već pripremljene materijale za podnositelje zahtjeva iz svoje države, a ti materijali objašnjavaju pravo na skrb u pravnom sustavu te države, čime se izbjegavaju i troškovi i kašnjenja prouzročena prikupljanjem tih informacija. Vidi: Bruch (1995), str. 43. Nadalje, i sama tijela koja odlučuju o zahtjevu imaju velik dijapazon mogućnosti za utvrđivanje sadržaja stranog prava. Vidi: ZRSZ, čl. 13. Uz to, u predmetima prema HK 1980 nije neuobičajeno ni izravno kontaktiranje s nadležnim tijelima u državama ugovornicama, a radi koordiniranja postupanja u najboljem interesu djeteta i svih ostalih sudionika. Taj vid postupanja hrvatskoj je praksi zasad posve nepoznat, no to će se uskoro promijeniti jer europsko pravo tu opciju široko primjenjuje. Za primjer vidi: Medić Musa (2005), str. 335. i 336.

Konvencijom htjelo izbjeći, iz već navedenih razloga. Osim konkretnih materijalnih dokaza,¹¹⁹ u slučaju pozivanja na ozbiljnu opasnost, za donošenje konačne odluke bitno je uzeti u obzir i ponašanje nadležnih tijela u državi u koju se povratak traži. Praksa velikog broja država ugovornica¹²⁰ pokazuje da, u slučaju da su navedena tijela pokazala spremnost da naprave sve što bi uklonilo tu opasnost, treba pokazati povjerenje u kompetentnost navedenih tijela i donijeti odluku o povratku.¹²¹

I u pogledu iznimke „protivljenje djeteta“ moguće su raznorazne dileme, osobito uzimajući u obzir konvencijske zahtjeve i nepostojanje donje dobne granice. S obzirom na to da u našem Obiteljskom zakonu¹²² nije navedena jedinstvena dobna granica od koje bi se djetetovo mišljenje trebalo uzimati u obzir, već je ona različita za pojedina pitanja,¹²³ i hrvatski su sudovi prepušteni vlastitoj prosudbi o potrebi saslušanja djeteta i uzimanja njegova mišljenja u obzir.

I u slučaju nepostojanja iznimki, moguće je da se tijelo koje odlučuje o zahtjevu nađe u nezavidnoj situaciji ponajprije kada su u pitanju dojenčad i izrazito mala djeca. Naime, sudovi se umnogome oslanjaju na izvješća stručnih službi, prije svega, centara za socijalnu skrb. Jasno je da će u navedenim slučajevima ta izvješća konstatirati da je odvajanje tako malog djeteta od roditelja s kojim je dijete ostvarilo primarnu vezu (*parent of primary bonding*) nadasve štetno, posebice ako je riječ o djetetu od 0 do 4 godine. Vodeći autoriteti u području emocionalnog razvoja djeteta ističu da je iznenadni prekid odnosa između djeteta i roditelja s kojim je primarno povezano, osobito kad su posrijedi djeca mlađa od pet godina, izrazito štetan.¹²⁴ Stoga će, ako je riječ o roditelju otmičaru s kojim je dijete primarno povezano, i izvješće stručnih službi ići u tom pravcu.

¹¹⁹ Koje je dužna podastrijeti stranka.

¹²⁰ Osobito SAD-a i Velike Britanije.

¹²¹ Što je, u krajnjoj liniji, posve u skladu s rješenjem sadržanim u BU II bis (odnosno, Uredbom Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju te ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, koja ukida Uredbu Vijeća (EZ) br. 1347/2000), prema kojem je sud „dužan donijeti odluku o povratku djeteta uvijek kada utvrdi da su ostvarene pretpostavke da će, nakon povratka, djetetov interes biti zaštićen“ (istaknula Medić Musa) (čl. 11. st. 4. BU II bis). Više o tome vidi u: Medić Musa (2008), str. 351.-356. Vidi i: Lowe (2004), str. 205.

¹²² Obiteljski zakon, NN RH 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11.

¹²³ Tako se, naprimjer, za pristanak na priznanje očinstva traži 14 godina starosti djeteta, ako je ono sposobno shvatiti značenje priznanja (čl. 62 st. 1. ObZ-a); a za pristanak na posvojenje 12 godina starosti djeteta, ako je ono sposobno shvatiti značenje posvojenja.

¹²⁴ Više o tome vidi u: Skoler (1999), str. 584.

Međutim, tijelo koje odlučuje o zahtjevu za povratkom djeteta mora imati na umu da se zapravo traži povratak djeteta u državu uobičajenog boravišta djeteta s ciljem da tijela koja su u najboljem položaju da ispravno procijene najbolji interes djeteta mogu donijeti meritornu odluku u vezi s pravom na skrb. Dakle, zahtjev za povratkom na temelju HK 1980 nije zahtjev za povratkom djeteta drugom roditelju, već je riječ o zahtjevu za povratkom djeteta u državu iz koje je nezakonito odvedeno, a koja je u najboljoj poziciji do odlučuje o meritumu.

U tom smislu, tijela nijedne države ugovornice ne bi smjela odlučiti o ne-povratku isključivo na temelju djetetove dobi, već bi trebala imati povjerenja da će i tijela države u koju se povratak traži, pri odlučivanju o pravu na skrb, donijeti odgovarajuću odluku o pravu na skrb, upravo imajući u vidu djetetovu dob i s kojim je roditeljem dijete ostvarilo primarnu vezu. Iskazivanjem nepovjerenja u nadležna tijela drugih država ugovornica HK 1980, zapravo se u potpunosti gubi svaki smisao Konvencije.

S druge strane takvo razmišljanje nužno vodi k zaključku da je besmisleno donositi odluku o povratku djeteta kad će tijelo nadležno za odlučivanje o meritumu najvjerojatnije odlučiti u korist roditelja otmičara. U tom smislu, a s obzirom na izrazito veliku fleksibilnost konvencijskog mehanizma, trebalo bi fleksibilizirati i hrvatska nadležna tijela u smislu da pokušaju ostvariti kontakt s nadležnim tijelom druge države ugovornice te se eventualno pokušaju dogovoriti da dijete ostane s majkom u Hrvatskoj dok nadležno tijelo ne donese odluku o pravu na skrb a da se tek potom donese odluka u povodu zahtjeva za povratkom djeteta.¹²⁵ Ovakvo postupanje u međunarodnim okvirima, a na temelju HK 1980, nije neuobičajeno. Time bi se svakako umnogome olakšalo roditelju otmičaru, poštjedelo i roditelja i dijete raznoraznih trauma vezanih uz povratak i uključivanje u postupak o meritumu spora te iskazalo uvažavanje i tijela drugih država ugovornica te njihovih odluka. U krajnjoj liniji bio bi to i pokazatelj stupnja poštovanja preuzetih međunarodnih obveza, a time i zrelosti hrvatskog pravosuđa.

¹²⁵ Mogućnosti se ovime, naravno, ne iscrpljuju. Uvidom u različita inozemna zakonodavstva lako je utvrditi da postoje brojne druge mogućnosti koje naši sudovi, iz ovih ili onih razloga, nisu u mogućnosti koristiti. Svakako bi bilo vrlo korisno iscrpno ih sve navesti i u tom smislu dati neke prijedloge za reforme, ali to znatno nadmašuje opseg ovog rada. Stoga smo se i ograničili na davanje primjedbi i prijedloga koji mogu poboljšati kvalitetu i ujednačenost dosadašnje prakse.

Literatura:▶ **Barone 1995**

Barone, S. L.: International Parental Child Abduction: A Global Dilemma With Limited Relief – Can Something More Be Done?, 8 N.Y. Int'l L. Rev. 95, 1995.

▶ **Beaumont 2009**

Beaumont, P. R.: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 335, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

▶ **Beaumont/McEleavy 1999**

Beaumont, P. R./McEleavy, P. E.: The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1999.

▶ **Beaumont 2009**

Beaumont, P. R.: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 335, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

▶ **Bodenheimer 1981**

Bodenheimer, B. M.: The Hague Draft Convention on International Child Abduction, 14 FAM. L. Q. 99, 1980-1981.

▶ **Bruch 1995**

Bruch, C. S.: The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: A Friend Indeed, 28 Fam. L.Q. 35, 1994-1995.

▶ **Cherie 1987**

Cherie, D.: Kidnapped, 61 Law. Inst. J. 927, 1987.

▶ **Clawar/Rivlin 1991**

Clawar, S. S./Rivlin, B. V.: Children held hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children, 1991.

▶ **Clive 1998**

Clive, E.: The New Hague Convention on Children, 3 Juridical Review, 1998.

▶ **Davis 2007**

Davis, C. D.: The Gitter Standard: Creating a Uniform Definition of Habitual Residence under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 7 Chi. J. Int'l L. 321, 2006-2007.

► **Dacey & Morris 2000**

Dacey, A. V. & Morris, J. H. C.: *Dacey & Morris on the Conflict of Laws*, Lawrence Collins ed., 13th ed., 2000.

► **Duncan 2001**

Duncan, W.: *Action in Support of the Hague Child Abduction Convention: A View from the Permanent Bureau*, *International Law and Politics*, Vol. 33, 2001.

► **Duncan Report 2002**

Duncan, W.: *Hague Convention on Private International Law, Transfrontier Access/Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* 9, 2002, www.hcch.net/doc/pd_05e.doc

► **Dyer 2000**

Dyer, A.: *To Celebrate a Score of Years*, 33 *N.Y.U Journal of International Law & Politics* 1, 2000.

► **Fraidstern 2005**

Fraidstern, D. M.: *Croll v. Croll and the Unfortunate Irony of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction; Parents with „Rights of Access“ Get No Rights to Access Courts*, 30 *Brook. J. Int'l L.* 641, 2005.

► **Glass 2001**

Glass, P.: *Blondin v. DuBois: A Closer Step to Safeguarding the Welfare of Children?*, 26 *Brook. J. Int'l L.* 723, 2000-2001.

► **Greene 2006**

Greene, A. M.: *Seen and Not Heard?: Children's Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction*, 13 *U. Miami Int'l & Comp.L. Rev.* 105, 2005-2006.

► **Gupte 2010**

Gupte, A.: *Rights Of Access With Ne Exeat Clause Do Not Create Toughts of Custody Under Hague Convention – Abbot v. Abbot*, 542 *F.3d !081 (5th Cir. 2008)*, 33 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 187, 2010.

► **Hegar/Greif 1993**

Hegar, R. L./Greif, G. L.: *Parental Assesment of the Adjustment of Children Following Abduction by the Other Parent*, 2 *J. Child & Fam. Stud.*, 1993.

► **Jackson 2010**

Jackson, J. A.: Interpreting Ne Exeat Rights as Rights of Custody: The United States Supreme Court's Chance to Advance the Purposes of the Hague Convention on International Child Abduction, 84 Tul. L. Rev. 195, 2009-2010.

► **Johnson 2000**

Johnson, T. A.: The Hague Child Abduction Convention: Diminishing Returns and Little to Celebrate for Americans, 33 N. Y. U. J. Int'l L. & Com. Reg. 137, 2000.

► **Kenworthy 2002**

Kenworthy, B. S.: The Un-Common Law: Emerging Differences between the United States and the United Kingdom on the Children's Rights Aspects of the Hague Convention on International Child Abduction, 12 Ind. Int'l & Comp. L. Rv. 329, 2002.

► **Kirby (2010)**

Kirby, M.: Children caught in conflict – the Child Abduction Convention and Australia, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 24, No. 1, April, 2010.

► **Lowe 2004**

Lowe, N.: Negotiating the Revised Brussels II Regulation, IFL, 2004.

► **Mackie 1996**

Mackie, S.: Comment: Procedural Problems in the Adjudication of International Parental Child Abduction, 10 Temp. Int'l & Comp. L.J., 1996.

► **Medić Musa 2005**

Medić Musa, I.: Uredba Vijeća (EZ) br. 1206/2001 o suradnji između sudova država članica na području izvođenja dokaza u građanskim ili trgovačkim predmetima, Zbornik radova s trećeg međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2005.

► **Medić Musa 2008**

Medić Musa, I.: Skrbništvo u međunarodnom privatnom i procesnom pravu, doktorska disertacija, Split, 2008.

► **Murphy 2005**

Murphy, J.: International Dimensions in Family Law, Manchester University Press, Manchester, 2005.

► **Nelson 2001**

Nelson, S.: Turning Our Backs on the Children: Implications of Recent Decisions Regarding the Hague Convention on International Child Abduction, 20 U. Ill. L. Rev. 696, 2001.

► **Nygh 1997**

Nygh, P.: The New Hague Child Protection Convention, 11 International Journal of Law, Policy & Family, 1997.

► **Perez- Vera 1982**

Perez-Vera, E.: Explanatory Report, III Hague Conference on Private International Law, in Acts and Documents of the 14th Session 429 (1982).

► **Pfund 1998**

Pfund, P. H.: Protecting Children's Rights Through the Hague Conventions, 4 Loy. Poverty L. J. 217, 1998.

► **Roberts 1998**

Roberts, R.: Two Boys and a Border, Washington Post, June 29, 1998 (at 1, „Style“ section).

► **Schulz 2009**

Schulz, A.: The Role of a Central Authority, Special Focus, Teme 6, The Judges' Newsletter on International Child Protection, vol. XV, autumn, 2009.

► **Schuz 1995**

Schuz, R.: The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law, 44 International and Comparative Law Quarterly, 1995.

► **Schuz 2002**

Schuz, R.: Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context, 11 J. Transnat'l L. Pol'y 101, 2001-2002.

► **Shirman 1991**

Shirman, B. J.: International Treatment of Child Abduction and the 1980 Hague Convention, 15 Suffolk Transnat'l L. Rev. 188, 1991.

► **Siehr 2001**

Siehr, K.: The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and Successes in German Practice, 33 N.Y.U Journal of International Law & Politics, 2000-2001.

► **Silberman 2001**

Silberman, L.: The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics and Other Issues, *International Law and Politics*, Vol. 33, 2001.

► **Silberman 2003**

Silberman, L.: Patching up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA, 38 *Texas International Law Journal* 41, 2003.

► **Silberman 2006**

Silberman, L. J.: Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence, *International Law and Justice Working Papers*, IILJ Working Paper 2005/5, www.iilj.org, preuzeto 15. 3. 2008.

► **Skoler (1999)**

Skoler, G.: A psychological Critique of International Child Custody and Abduction, 32 *Fam. L. Q.* 557, 1998-1999.

► **Smetzer Mast 2003**

Smetzer Mast, K.: The Application of the Fundamental Principles Exception of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 17 *Emory Int'l L. Rev.* 241, 2003.

► **Starr 1998**

Starr, J.: The Global Battlefield: Culture and International Child Custody Disputes at the Century's End, 15 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* 791, 1998.

► **Terry et al. 2000**

Terry, E. J./Proctor, K.K./Phelan, C.P./Womack, J.: Moving Forward or Moving Backward?, 31 *Tex. Tech L. Rev.* 983, 2000.

► **Vivatvaraphol 2009**

Vivatvaraphol, T.: Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases under the Hague Convention, 77 *Fordham L. Rev.* 3325, 2009.

► **Walter 2004**

Walter, M. C.: Toward the recognition and enforcement of decisions concerning transnational parent-child contact, *New York University Law Review*, Vol. 79, No. 6, 2004.

► **Weiner 2000**

Weiner, M. H.: International Child Abduction and the Escape From Domestic Violence, 69 *Fordham L. Rev.* 593, 2000.

► **Weiner 2002**

Weiner, M. H.: Navigating the Road Between Uniformity and Progress: The Need for Purposive Analysis of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 33 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 275, 2002.

► **Winter 2010**

Winter, S. I.: Home is where the Heart is: Determining „Habitual Residence“ under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 33 Wash. U.J.L. & Pol’y 351, 2010.

► **Zalkin 1999**

Zalkin, G.: The Increasing Incidence of American Courts Allowing Abducting Parent to Use the Article 13(b) Exception to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 23 Suffolk Transnat’l L. Rev. 165, 1999.