

Iskustva njemačkog suca u primjeni Haških konvencija iz 1980. i 1996. godine*

*Rainer Sickerling***

I. Uvodne napomene

Svrha predavanja jest prenijeti sudačka iskustva koja su nastala te nastaju tumačenjem i primjenom Haških konvencija o međunarodnoj otmici djece iz 1980. (dalje: HK 1980.) te o mjerama za zaštitu djece iz 1996. (dalje: HK 1996.). Ujedno je potrebno približiti probleme koji mogu nastati u primjeni navedenih Konvencija u prekograničnim predmetima te objasniti način na koji ih rješavaju njemački suci odnosno institucije. Kratak uvid u njemačko procesno pravo trebao bi omogućiti lakše razumijevanje odnosa njemačke sudske prakse prema Haškim konvencijama. Stoga je izlaganje ograničeno na određena, važna pitanja u praktičnoj primjeni Haških konvencija.

II. Implementacija Haških konvencija iz 1980. i 1996. u Njemačkoj

I. Općenito

HK 1980. koju je potpisalo 87 država potpisnica¹ na snazi je u Njemačkoj od 1. prosinca 1990., a u Hrvatskoj od 1. prosinca 1991. godine, dok je HK 1996. koju je potpisalo 35 država potpisnica na snazi u Hrvatskoj od 1. siječnja 2010., a u Njemačkoj od 1. siječnja 2011.

Za razliku od sudske prakse prema HK 1980., u Njemačkoj nema brojnih odluka donesenih prema HK-u 1996. zbog proteka kratkog vremena od njezina stupanja na snagu. O objema Konvencijama postoje “tumačenja, odnosno komentari” i to od gospođe Perez-Vere za HK 1980. i od gospodina Lagardea za HK 1996. Osim toga, u Haškoj su konferenciji razrađene “Praktične upute i preporuke”

* Predavanje sudca Osnovnog suda Stuttgart, gospodina Rainera Sickerlinga, održanog na Konferenciji o represivnim mjerama za zaštitu osobnih prava djece i Haškoj konvenciji o mjerama za zaštitu djece 1996. u Osijeku (30. svibnja – 1. lipnja 2012.). Ono je bilo izvorno na njemačkom jeziku te je za potrebe objavljivanja u knjizi prevedeno na hrvatski jezik.

* Rainer Sickerling je umirovljeni sudac, koji je od 1979. do 2010. godine sudio najprije na obiteljskom Osnovnom sudu (prvog stupnja) u Stuttgartu, a od 2000. godine do umirovljenja obavljao je dužnosti suca Višeg zemaljskog suda također u Stuttgartu, sudeći na predmetima u vezi s provedbom Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980). Od 2005. godine do umirovljenja Rainer Sickerling bio je jedan od šest sudaca pravosudne mreže EU (EJC).

¹ Stanje zaključno sa svibnjem 2012.

koje se nalaze na mrežnoj stranici Haške konferencije.² Njihovo je poznavanje za tumačenje i primjenu Konvencija ne samo preporučljivo, nego i neizostavno. Za njemački je sud primjena obiju Haških konvencija otežana jer se one preklapaju odnosno nadopunjuju s pravom Europske unije, a posebno s odredbama Uredbe 2201/2003 – pod nazivom “Brisel IIA” – koje su stupile na snagu 1. svibnja 2005. i vrijede u svim državama članicama, i to u vezi s međunarodnom nadležnosti. Međutim, složen i nepregledan odnos HK-a 1980. i HK-a 1996. prema odredbama Brisel IIA neće se razmatrati u ovom radu. Moguće je da će neka pitanja o odnosu navedenih Konvencija i Uredbe Brisel IIA biti riješena odlukama Suda Europske unije u Luxemburgu s obzirom na to da je njegova zadaća tumačenjem poticati i osigurati jedinstvenu primjenu europskog prava unutar država članica EU-a. Sud koji bi bio supranacionalan s usporedivim zadacima i ovlastima ne postoji za Haške konvencije. Jedinstvenu sudsku praksu i tumačenje teško je postići unutar 87 država potpisnica HK-a 1980. te 35 država potpisnica HK-a 1996. izvan Europske unije. Čak i unutar Europske unije nema jamstva u postizanju toga cilja zbog mnogih razloga koji se na ovom mjestu neće iznositi.³

2. Implementacija Haških konvencija iz 1980. i 1996. u njemačko procesno pravo

U svrhu provedbe obiju Haških konvencija, koje u Njemačkoj imaju status zakona, 2005. godine donesen je poseban provedbeni zakon (Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz; dalje: IntFamRVG). IntFamRVG propisana je isključiva stvarna nadležnost obiteljskih sudova za predmete prema HK-u 1980. i 1996. IntFamRVG sadrži odredbe koje odstupaju od općih pravila Zakona o postupku u obiteljskim stvarima i stvarima dobrovoljne sudbenosti (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit dalje: FamFG) te ih nadopunjuju. Te odredbe imaju za cilj prije svega ubrzanje postupka (čl. 2. st. 2. HK-a 1980.; čl. 26. st. 2. HK-a 1996.) i specijalizaciju sudova koji donose odluke. Odredbe IntFamRVG-a slijede preporuke Haške konferencije.⁴

a) Nadležnost suda prema HK-u 1980.

Mjesno je nadležan za postupke prema HK-u 1980., kao i za postupak priznanja i ovrhe prema čl. 24. i čl. 26. HK-a 1996. (§ 12. IntFamRVG-a), osnovni sud u sjedištu višeg zemaljskog suda (tzv. atrakcijski sud odnosno forum *Konzentrationsgericht*).⁵ Također, tzv. atrakcijski sud odnosno forum bit će nadležan u svim ostalim domaćim postupcima koji se tiču djeteta, a koji su inače u nadležnosti sudova koji se bave

² Mrežna stranica: www.hcch.net (posjećeno svibanj 2012).

³ Usp. Kaufhold, A-K., EuR 2012, 408/431.

⁴ Haška konferencija; www.hcch.net; (posjećeno svibanj 2012). Publications: Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25. 10. 1980. on the Civil Aspects of International Child Abduction, 2003.; 5.1; Transfrontier Contact Concerning Children; General Principles and Guide to Good Practice, 2008.; 5.3.

⁵ U cijeloj saveznoj državi ima ukupno 22 viša zemaljska suda.

obiteljskim predmetima te se odnose na isto dijete (§ 13. IntFamRVG-a). Postupci koji se odnose na isto dijete moraju se ustupiti atrakcijskom sudu. Na taj način, među ostalim, treba se onemogućiti donošenje nove odluke o skrbi o djetetu u zemlji u koju su prebjegli za vrijeme postupka povratka nezakonito odvedenog djeteta prema čl. 16. HK-a 1980. Također, koncentracijom predmeta koji se tiču jednog djeteta kod istoga suda treba se spriječiti da više sudova vodi različite postupke u sporu o skrbi o djetetu, a koji se tiču istoga djeteta. Uz to, koncentracijom postupka treba omogućiti specijalizaciju sudova te brzo, kvalificirano i rutinsko rješavanje predmeta. Prema dosadašnjim iskustvima, u Njemačkoj su ovi ciljevi postignuti.⁶

b) Zahtjev prioritnog rješavanja predmeta prema HK-u 1980. (§ 38. I S. 1. IntFamRVG-a)

Budući da odluka o zahtjevu za povratak nezakonito odvedenog djeteta prema HK-u 1980. treba biti donesena u roku od šest tjedana (čl. 11. II HK-a 1980., čl. 12. I HK-a 1980. – “hitni povratak”; § 38. I S. 3. IntFamRVG-a; čl. 11. III S. 2. Brisel IIa), sudac mora, u krajnjem slučaju, odgoditi već zakazana ročišta u drugim postupcima.

c) Pravni lijekovi

Rok za podnošenje pravnog lijeka (§ 40. II IntFamRVG-a) skraćen je na dva tjedna. Žalba se mora odmah obrazložiti. Nije dopuštena daljnja žalba Saveznom sudu.

d) Ovrha

Nalog za povratak nezakonito odvedenog djeteta provodi se po službenoj dužnosti (§ 44. II S. 1. IntFamRVG-a). Stoga nije potrebno da ovlaštena osoba podnese prijedlog za ovrhu. Međutim, njegovo sudjelovanje u postupku redovito je potrebno. Za provedbu ovrhe nadležan je sud koji je donio pravomoćnu odluku. Stoga, u slučaju žalbe protiv prvostupanjske odluke, za provedbu ovrhe nadležan je žalbeni sud – viši zemaljski sud.

e) Nadležnost suda prema HK-u 1996.

Atrakcija sudske nadležnosti propisana je i za postupke prema HK-u 1996., ali samo za postupak priznanja i ovrhe, a ne za sve postupke prema toj Konvenciji (tzv. atrakcijski sud odnosno forum – *Konzentrationsgericht*; čl. 24., čl. 26. HK-a 1996.; § 10. S. 1, § 12. I IntFamRVG-a). Svaki njemački sudac, koji mora donijeti odluku u sporu o skrbi o djetetu s prekograničnim elementom, mora po službenoj dužnosti provjeriti postoje li u odnosu na već donesenu stranu odluku druge zemlje potpisnice Konvencije razlozi za odbijanje priznanja prema čl. 23. II HK-a 1996. Dok takva incidentalna odluka o priznanju djeluje samo *inter partes*, odluka tzv. atrakcijskog suda o zahtjevu za priznanje i ovrhu strane odluke veže sve sudove i institucije (§ 108. II S. 2., § 107. IX FamFG-a). Odluke se prema čl. 24. i čl. 26. HK-a 1996. donose bez prethodnog saslušanja suprotne

⁶ Bundesamt für Justiz; www.bundesjustizamt.de; Bürgerdienste/Internationales Sorgerecht/ StatistikTätigkeitsbericht und Statistik 2011. (posjećeno svibanj 2012).

stranke. Sud po službenoj dužnosti provjerava procesne pretpostavke i razloge za odbijanje priznanja strane odluke prema čl. 23. II HK-a 1996. Suprotna stranka ima mogućnost uložiti prigovor tek u drugostupanjskom, žalbenom postupku. To, međutim, ne vrijedi u slučaju kada jedna stranka prema čl. 24. HK-a 1996. zahtijeva da se strana odluka ne prizna. Dopuštena je revizija (*Rechtsbeschwerde*) Saveznom sudu u postupku prema čl. 24. i čl. 26. HK-a 1996. Odluka o priznanju i ovrši strane odluke djelotvorna je tek kad postane pravomoćna. Stoga nije moguće uvijek postići svrhu ubrzanja postupka.⁷ Sud koji odlučuje u postupku priznanja i ovrhe strane odluke prema HK-u 1996. ima do pravomoćnosti odluke, također, tzv. atrakciju nadležnosti za sve naknadne postupke koji se tiču istog djeteta. Atrakcijski sud, međutim, može otkloniti atrakciju nadležnosti ako smatra da za to postoji bitan razlog, osobito kada nisu ili više nisu potrebna posebna saznanja te ako to ne bi odugovlačilo postupak. U tim se slučajevima postupak u kojem se odlučuje o skrbi, odnosno pravima djeteta ustupa opće nadležnom obiteljskom sudu. Stranke nemaju pravo žalbe protiv odluke o ustupanju predmeta te ta odluka veže sud kojemu je predmet ustupljen (§ 13. III, IV IntFamRVG-a).

III. Primjena Haških konvencija u Njemačkoj, osobito Konvencije iz 1980.

1. Statistički podaci

Prema statistici njemačkog središnjeg tijela (Saveznog ureda za pravdu; *Bundesamt für Justiz*), u 2011. pristiglo je 146 inozemnih zahtjeva za povratak nezakonito odvedenog djeteta, kao i 17 zahtjeva za uređenje prava na susrete i druženja u skladu s HK-om 1980., koji su se uputili nadležnim sudovima. U 2011. godini u Njemačkoj je izravno predan 51 zahtjev na 22 osnovna suda. Na području Višeg zemaljskog suda u Stuttgartu na godinu ima između pet do deset postupaka za povratak nezakonito odvedenog djeteta u skladu s HK-om 1980. Godine 2007. rješavanje predmeta prema HK-u 1980. do pravomoćnosti odluke prosječno je trajalo 42 dana; dakle, rok od šest tjedana (čl. 11. I HK-a 1980.) redovito se poštovao.

Preko njemačkog Središnjeg tijela, u 2011. godini, predana su dva zahtjeva u skladu s čl. 24. i čl. 26. HK-a 1996. za priznanje i ovrhu strane odluke. Broj zahtjeva za priznanje i ovrhu strane odluke, koji su predani neposredno na sudovima, nije poznat. Na Osnovnom sudu u Stuttgartu predan je samo jedan takav zahtjev.

2. Problemi oko tumačenja i primjene Haških konvencija u praksi

a) Pojam “uobičajenog boravišta”

Pojam “uobičajeno boravišta” (*gewöhnlicher Aufenthalt*) od velikog je značenja za obje Haške konvencije (čl. 3., čl. 4. HK-a 1980.; čl. 5. I HK-a 1996.). To ta-

⁷ Bundesgerichtshof; www.bundesgerichtshof.de; B. v. 9. 11. 2011 –XII ZB 182/08. Žalba protiv odluke Višeg zemaljskog suda (OLG) Stuttgart, 22. 9. 2008.; jedna i pol godina trajanja postupka. (posjećeno svibanj 2012).

kođer vrijedi za domaće, njemačko procesno i kolizijsko pravo budući da je u posljednjih 20 godina preuzelo haški koncept “uobičajenog boravišta”. Uobičajeno boravište, koje je mjerodavno za nadležnost suda, kao i za materijalno pravo koje se primjenjuje, neodređen je pravni pojam. On nije definiran niti opisan ni u Haškim konvencijama ni od strane nacionalnog, njemačkog zakonodavca. Stoga, svaka država potpisnica Haških konvencija nejedinstveno i prema svojoj pravnoj tradiciji tumači taj pojam, što pogoduje različitim odlukama u pojedinačnim slučajevima. Jedinstveno tumačenje pojma uobičajenog boravišta u državama potpisnicama Haških konvencija koje nisu članice Europske unije teško je postići jer nedostaje nadređena supranacionalna sudska instanica, stoga je važno poznavanje pravne prakse u pojedinim državama potpisnicama. Samo je na taj način moguće ujednačiti praksu i shvaćanja u odnosu na pojam uobičajenog boravišta, što uopće omogućava međunarodni diskurs. Tomu doprinos daje Zbirka odluka Haške konferencije⁸ koja je u nastanku te sadrži pretežno odluke iz anglosaksonskog pravnog kruga koji, različito od njemačkog kontinentalnog pravnog kruga, naglašava voluntativne elemente u shvaćanju pojma uobičajenog prebivališta.⁹

Sudac koji vodi postupak prema obje Haške konvencije iz pragmatičnih razloga većinom će uvažavati shvaćanje o uobičajenom boravištu nacionalnog vrhovnog suda. Osim toga, Hrvatska kao članica Europske unije morat će preuzeti shvaćanje Europskog suda o pojmu uobičajenog boravišta.¹⁰ U skladu s time, pod pojmom uobičajeno boravište smatra se “mjesto na kojem se može prepoznati određena integracija djeteta u socijalno i obiteljsko okruženje”. Pritom to mjesto nacionalni sud mora utvrditi u svakom pojedinačnom slučaju. Kriteriji, među ostalim, mogu biti okolnosti i razlozi boravka djeteta, njegovo državljanstvo, trajanje i postojanost boravka, očitovana namjera roditelja za trajnim boravkom, dob djeteta; dakle, potrebna je cjelokupna procjena svih okolnosti. Citirano shvaćanje Europskog suda jednako je onom njemačkog Saveznog suda.¹¹ Međutim, zbog sve veće mobilnosti članova obitelji u današnje vrijeme i promjene načina života, kao i prakticiranja izmjeničnog modela vezano uz skrb o djetetu, u pojedinom slučaju nije lako odrediti prebivalište, što također vrijedi za pojam uobičajeno boravište koji se mora ravnati prema odgovarajućem cilju Haških konvencija (teleološko tumačenje). To može dovesti do pridavanja različite težine pojedinom kriteriju u određenom slučaju, a time i ugroziti jedinstveno razumijevanje uobičajenog boravišta u kontekstu Haških konvencija.

Primjerice, Viši zemaljski sud u Stuttgartu u slučaju je otmice djeteta (čl. 12. HK-a 1980.), u kojem je prvostupanjski sud prihvatio dvojno uobičajeno prebivalište i zbog toga HK 1980. smatrao neprimjenjivom, prihvatio alternativno uobičajeno prebivalište. To je shvaćanje Višeg zemaljskog suda omogućilo bolje postizanje svrhe HK-a 1980., iako su oba shvaćanja sporna.¹²

⁸ Vidi www.incadat.com. (posjećeno svibanj 2012).

⁹ Ingenda, M., *Auslegung von Einheitsrecht am Beispiel internationaler Kindesentführungen*; Studien zum Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht sowie zum UN-Kaufrecht, Band 16, 2006, str. 161.

¹⁰ Europski sud; www.curia.europa.eu; B.v. 22. 12. 2010; C-497/10, Rd. Nr. 56. (posjećeno svibanj 2012).

¹¹ BGH, FamRZ 1997, 1070 ff; NJW 1981, 520; NJW 1993, 2047.

¹² OLG Karlsruhe, FamRZ 2003, 955; OLG Stuttgart, FamRZ 2003, 959; OLG Rostock, FamRZ 2001, 642.

Daljnji primjer iz prakse: Roditelji koji žive razdvojeno u Australiji i Njemačkoj, a koji su prije živjeli zajedno u Australiji, usuglasili su se da će zajedničko dijete nakon godine dana boravka kod jednog roditelja, prijeći kod drugog roditelja. Prema njemačkom tumačenju, unatoč dogovorenom roku boravka djeteta u Njemačkoj te zbog dugog boravka te integracije djeteta prihvaćeno je uobičajeno boravište u Njemačkoj. Prema australskom tumačenju, nema osnove za uobičajeno boravište u Njemačkoj, unatoč faktičnom dugom boravku, zbog dogovorenog roka boravka u Njemačkoj. U ovom je postupku pitanje utjecaja dogovorenog roka boravka na faktički boravak bilo odlučujuće.

Različita shvaćanja uobičajenog boravišta u području međunarodne nadležnosti suda i mjerodavnog prava koje se primjenjuje dovode do suradnje odgovarajućih službi ili sudova. Komunikacija među sudovima, neposredna ili preko Središnjeg tijela, međutim, nije još zajamčena. Dosadašnja iskustva na ovom području upozoravaju da suradnja sudova različitih država, neovisno o tome je li propisana ili je faktična, često izostaje zbog s time povezanih praktičnih problema.

Primjer iz prakse: Španjolski sud svoju međunarodnu nadležnost u slučaju postupka o skrbi o desetomjesečnom djetetu temeljio je samo na njegovu španjolskom državljanstvu i postojećoj prijavi u policiji u Španjolskoj. Dijete koje je imalo i njemačko i španjolsko državljanstvo živjelo je u vrijeme pokretanja ovog postupka u Španjolskoj već četiri mjeseca. Majka se rastala od svog supruga, koji je i dalje živio u Njemačkoj te imao skrb o djetetu. Pokušaj njemačkog sudca da neposredno stupi u kontakt sa španjolskim sudom, nažalost, ostao je bez odgovora. Shvaćanje španjolskog suda o uobičajenom boravištu djeteta, koje se zaustavlja samo na državljanstvu i prijavi u policiji, proturječilo je praksi i shvaćanju Suda Europske unije.

b) Mjerodavno pravo

U praksi se često javljaju problemi oko utvrđivanja, tumačenja i primjene stranog prava, npr., kod provjere protupravnosti zadržavanja djeteta (čl. 3. HK-a 1980.). Sudac može i mora neposredno primjenjivati strano pravo, iako postoje teškoće pri utvrđivanju njegova sadržaja zbog nemogućnost pristupa stranim zakonima, nejasnih i neaktualnih izvora, upitne kvalitete prijevoda, ali i samog zakona i, djelomice, nerazumijevanja teksta zakona. Osim toga, važno je i poznavanje konteksta iz kojeg je proizašao zakon kao i sudska praksa koja je bitna za tumačenje i primjenu zakona.

Zahtjev da se donese odluka unutar roka od šest tjedana kojom će se završiti postupak (čl. 11. II HK-a 1980.) nameće poduzimanje određenih mjera.

Potvrda o protupravnosti zadržavanja djeteta, prema čl. 14. HK-a 1980., čije podnošenje podnositelju zahtjeva može olakšati dokazivanje u postupku, u sudskoj praksi ima nikakav ili samo nedovoljan ili zakašnjeli učinak. Mnoge države ne poznaju poseban postupak za izdavanje takve potvrde, zahtjevi u vezi sa sadržajem potvrde su nejasni, njihova obvezatnost sporna, a pouzdanost često upitna. U Njemačkoj su opće nadležni obiteljski sudovi – ne atrakcijski sudovi – nadležni za izdavanje potvrde. Pri izdavanju potvrde potrebno je obrazložiti odluku; ipak, sudovi često ne

znaju što se od njih sadržajno zahtijeva i u kojem opsegu moraju utvrditi činjenice.

Primjer iz prakse: Nije uzeta u obzir potvrda o protupravnosti koju je izdalo strano ministarstvo pravosuđa jer je potvrda izdana bez navođenja činjeničnog stanja i obrazloženja protupravnosti zadržavanja djeteta.

Bolji uspjeh obećavaju neformalni kontakti sa stručnim osobama ili ustanovama koji mogu dati pouzdane informacije. Ovdje pripadaju, među ostalim, njemačko Središnje tijelo (Savezni ured za pravdu), Međunarodna Haška mreža, ali i institucionalizirane "Europske pravne mreže" Europske unije. Aktualno stanje sudaca Haške mreže može se pronaći na mrežnoj stranici Haške konferencije pod rubrikom *The Judges Newsletter*. Nažalost, nije svaka država imenovala kontakt suca. To vrijedi i za Hrvatsku.¹³

Primjeri iz prakse: U postupku prema HK-u 1980. bilo je nejasnoća o opsegu odluke francuskog suda, kojom je zajednička roditeljska skrbi dana nevjenčanim roditeljima koji su živjeli odvojeno te je istodobno određeno mjesto stanovanja djeteta kod majke. Majka, Njemica, preselila se s djetetom bez očeve suglasnosti u Njemačku. Ona je odluku francuskog suda shvatila u smislu njemačke sudske prakse. Nakon tog francuskog slučaja, usvojeno je rješenje prema kojem se pravo na određivanje boravka prenosi jednom roditelju, a da sud sam ne određuje mjesto boravka djeteta. U tom smislu, ako bi majka imala pravo na određivanje boravka, ona bi imala pravo odseliti se s djetetom u inozemstvo. (Međutim, ta se praksa u posljednje vrijeme relativizira i diferencira. Razlikuje se, npr., želi li netko ići u europsku zemlju koja je u blizini ili u daleko inozemstvo). Francuska pravna rješenja u svakom slučaju ne odobravaju preseljenje majke s djetetom u Njemačku bez očeve suglasnosti.

U slučaju nejasnoća oko sadržaja stranog (poljskog) prava u predmetu bio je uključen njemački sveučilišni profesor međunarodnog privatnog prava koji je dao svoje kratko, ali stručno mišljenje u kratkom roku.

Protupravna povreda prava na roditeljsku skrb (*Sorgerecht*) (čl. 3., čl. 12. HK-a 1980.) može se utvrditi samo kada je ono uređeno, odnosno kada su uređeni roditeljski odnosi. Oni nisu, međutim, zbog čl. 16. III i IV HK-a 1996. uvijek jasni i očiti. Prema citiranoj odredbi HK-a 1996., jedan roditelj zadržava pravo na roditeljsku skrb, koja mu pripada u prijašnjoj zemlji boravka djeteta, čak i ako u novoj zemlji boravka ne bi imao pravo na nju. Pri višestrukoj promjeni uobičajenog boravišta u različitim državama to može dovesti do iznenađujućih rezultata.

Primjer iz prakse: Roditelji koji nisu vjenčani a žive zajedno, dobili su zajedničko dijete za vrijeme života u Francuskoj u kojoj, prema zakonu, oba roditelja imaju zajedničku roditeljsku skrb (*das gemeinsame Sorgerecht*). Obitelj se poslije seli u Njemačku i ondje stječe novo uobičajeno boravište. U Njemačkoj otac nema pravo na roditeljsku skrb prema zakonu, nego samo ako majka dade suglasnost na izjavu oca djeteta o roditeljskoj skrbi. U predmetu, otac djeteta nije dao izjavu o roditeljskoj skrbi. Majka djeteta, Francuskinja, nakon godinu dana razdvojila se od svog životnog partnera i protiv njegove volje vratila se s djetetom u Francusku. Otac

¹³ Stanje zaključno sa svibnjem 2012.

djeteta zatim zatražio je povratak djeteta u Njemačku. Prema čl. 16. IV HK-a 1996., ocu djeteta priznaje se pravo na zajedničku roditeljsku skrb stečeno prema francuskom zakonu, unatoč njemačkom pravu. Budući da čl. 3. Ia HK-a 1980. ne ukazuje samo na domaće, materijalno pravo, već i na kolizijske odredbe države, promjena je uobičajenog boravišta djeteta (odlazak u Francusku) protiv volje oca koji i dalje ima pravo na zajedničku roditeljsku skrb – protupravna (čl. 16. HK-a 1996.). Ishod bi bio isti da su roditelji prvo živjeli u Njemačkoj bez prava na zajedničku roditeljsku skrb, a zatim se preselili u Francusku te da se majka s djetetom vratila u Njemačku. Otac djeteta bi u Francuskoj dobio pravo na zajedničku roditeljsku skrb (čl. 16. IV HK-a 1996.); pritom povratkom majke s djetetom u Njemačku, otac ne bi izgubio svoje pravo na zajedničku roditeljsku skrb (čl. 16. III HK-a 1996.). Promjena mjesta boravka majke s djetetom u Njemačku protiv volje oca djeteta isto bi bila protupravna.¹⁴

c) Odbijanje povratka djeteta

Za primjenu HK-a 1980. važno je razumjeti čl. 13 Ib HK-a 1980. Prema toj odredbi, može se odbiti povratak djeteta ako je s njim povezana “velika opasnost tjelesne ili duševne ozljede” (*grave harm*). Taj se pojam prema općem shvaćanju mora usko tumačiti. Konvencija 1980. polazi od pretpostavke da očuvanje dotadašnjeg života djeteta služi djetetovoj dobrobiti te da se zbog toga što brže treba ponovno uspostaviti prijašnje stanje. Ona istodobno slijedi generalno preventivnu svrhu – želi po mogućnosti spriječiti što je više moguće da roditelju iz njegova protupravnog djela proizađu faktične i pravne prednosti. Dobrobit djeteta i općenita prevencija mogu u pojedinačnom slučaju kolidirati i moraju biti uravnoteženi. Također, u različitim zemljama potpisnicama zbog različitog odmjeravanja pojedinačnih aspekata primjena Konvencije nije jedinstvena. Stoga, prema mišljenju Posebne komisije Haške konferencije, postoji hitna potreba za boljom “konzistencijom tumačenja i primjene”.

Njemački savezni ustavni sud u više je odluka u svrhu osiguranja ustavnosti razvio kriterije za tumačenje i primjenu HK-a, prema kojima se ravna njemačka sudska praksa.¹⁵ U tom smislu se “samo neobično teške povrede dobrobiti djeteta, koje su posebno izražajne, konkretne i aktualno prikazane” prihvaćaju u svrhu odbijanja povratka djeteta prema čl. 13. Ib HK-a 1980. Roditelj koji je oteo dijete mora prihvatiti državne sankcije koje mu prijete pri povratku u matičnu zemlju kao posljedica njegova protupravnog ponašanja. Stoga, kazneni postupak i prijeteći pritvor roditelja otmičara u matičnoj zemlji u pravilu nisu razlozi za odbijanje povratka djeteta prema čl. 13. Ib HK-a 1980. Oklijevanje roditelja otmičara da se s djetetom vrati u matičnu zemlju nije samo za sebe razlog za odbijanje povratka djeteta, iako je s njim povezana odvojenost djeteta od tog roditelja. Kod male djece koja zahtijevaju posebnu skrb od strane roditelja otmičara potrebno je temeljito ispitivanje o tome mogu li se

¹⁴ Ovakvo njemačko rješenje o roditeljskoj skrbi nevjenčanih roditelja protivno je odluci Europskog suda za ljudska prava i Saveznog ustavnog suda za ljudska prava i Ustav.

¹⁵ Bundesverfassungsgericht; www.bverfg.de; B.v. 29. 10. 1998 – 2 BvR 98; B.v. 9. 3. 1999, – 2 BvR 420/99. (posjećeno svibanj 2012).

i moraju li se donijeti zaštitne mjere kako bi se osigurao povratak djeteta bez bitnog ugrožavanja djeteta.

d) Položaj djeteta u sudskom postupku

Prema njemačkom pravu, dijete s navršениh 14 godina života stječe pravo na samostalni položaj u postupku na temelju kojeg, npr., može sam podnijeti zahtjev ili uložiti pravni lijek (postupovna sposobnost). Za razliku od većine ostalih pravnih sustava, prema njemačkom pravu, sud mora saslušati dijete ako njegove težnje, povezanost ili volja mogu biti od značenja za odluku (§ 159. FamFG-a). To će biti u pravilu slučaj kada je potrebno, prema čl. 13. Ib i II HK-a 1980., ispitati razloge za odbijanje povratka djeteta. Međutim, neće se saslušavati dijete koje se zbog svoje dobi ne može izraziti. Sudska praksa u vezi je s ovim pitanjem dosta neujednačena i ovisi o slučaju; minimalna dob djeteta koje se saslušava seže od četiri do osam godina.

e) Savjetnik djeteta

Prema shvaćanju Saveznog ustavnog suda, poželjno je pozivanje savjetnika (*Verfahrensbeistand*) u postupak za dijete čija dob i zrelost ne dopušta shvaćanje njegovih postupovnih prava u slučaju suprotnog zahtjeva za povratak djeteta. U drugim postupcima, poziva se savjetnik djeteta u postupak ako u pojedinom slučaju na temelju konkretnih okolnosti postoji osnovana sumnja da roditelji zanemaruju interese djeteta.¹⁶ Okolnost da je pokrenut postupak za povratak djeteta kao takva nije dovoljna za postavljanje savjetnika djeteta jer je potrebno poći od pretpostavke da svaki roditelj ponajprije djeluje ili će djelovati u interesu svog djeteta. Samostalni interesi djeteta u određenim postupcima za povratak djeteta ne mogu biti zastupani od ureda za mladež (*Jugendamt*) niti od suda iako oni moraju svoje djelovanje usmjeriti prema dobrobiti djeteta, međutim, ne mogu biti isključivi zastupnici interesa djeteta.

e) Položaj ureda za mladež

Ured za mladež (*Jugendamt*) nužno ne sudjeluje u postupku povratka djeteta jer se u tom postupku ne mora donijeti odluka o roditeljskoj skrbi (čl. 16. HK-a 1980.). Njegovo formalno sudjelovanje u postupku ovisi o ocjeni suca. Neovisno o tome, on ima zadatak pomagati sudu, npr., s pomoću obavijesti o socijalnom stanju djeteta, osiguranjem boravka tijekom postupka ili provedbe odluke o povratku djeteta (§ 9. IntFamRVG-a).

Mjesno nadležni uredi za mladež često podnose izvješća, mišljenja i prijedloge, bez poznavanja posebnih pravila HK-a 1980. Nadležni mjesni uredi za mladež postupaju u predmetu najčešće u smislu dobrobiti djeteta; dakle, vodeći se kriterijem odluke koja će biti za dijete najpodobnija, a ne kriterijem ugrožavanja djeteta (*grave*

¹⁶ Bundesverfassungsgericht; www.bverfg.de; B.v.18. 7. 2006 – 1 BvR 1465/05; B.v. 22. 7. 2005 – 1 BvR 1465/05. (posjećeno svibanj 2012).

harm) zbog vraćanja u državu iz koje dolazi. Uredi, stoga, najčešće ne razumiju da prema čl. 19. HK-a 1980. ne treba donijeti odluku o roditeljskoj skrbi. Mali broj predmeta, kao i atrakcija sudske nadležnosti prema HK-u 1980., također su mogući uzroci za navedeno nerazumijevanje odredaba Konvencije, ne samo od strane ureda za mladež, već i savjetnika djeteta te odvjetnika.

f) Načelo inkvizitornosti

Sud mora po službenoj dužnosti utvrditi činjenice potrebne za odluku. U postupku je često potrebno stručno, psihološko vještačenje. Međutim, ono se provodi samo u iznimnim slučajevima jer znatno usporava postupak koji je i tako vremenski ograničen. Iscrpna se provjera odluke o roditeljskoj skrbi stoga prepušta nadležnom sudu države potpisnice. Osim toga, u pravilu nema vještaka koji u kratkom roku može sastaviti obrazloženo stručno mišljenje. S druge strane, i roditelj koji je podnio zahtjev, ako uopće doputuje na zakazano ročište, u pravilu rijetko kada može biti podvrgnut vještačenju prije ili nakon ročišta. U kontekstu najnovije presude Europskog suda za ljudska prava u Straßburgu, takva je praksa u najmanju ruku dvojben. Naime Sud zahtijeva, npr., u odluci donesenoj 13. prosinca 2011. (br. 27853/09) da unatoč hitnosti postupka prema HK-u 1980. “obiteljska situacija mora biti detaljno ispitana na sudu”. Stručna psihološka procjena neke stranke mora se barem toliko uzeti u obzir kako bi se uvidjela potreba za zaštitom pri povratku djeteta. Ako se proširi istražna djelatnost suda, može doći do ugrožavanja cilja Konvencije – “hitnog” povratka djeteta (čl. 12. I HK-a 1980.) zbog vremenski znatnog usporavanja postupka.¹⁷

g) Pravo na susrete i druženja tijekom postupka

Sud mora po službenoj dužnosti u svakom postupku provjeriti jesu li dopušteni susreti i druženja s djetetom (§ 38. II IntFamRVG-a). Sud može privremeno urediti susrete i druženja tijekom postupka ako nije moguće postići sporazum. Ipak, u praksi sporazumi većinom uspijevaju (§ 15. IntFamRVG-a).

HK 1996. u čl. 11. sadrži odredbu o konkurentnoj nadležnosti za hitne mjere, i to onda kada taj sud za uređenje prava na roditeljsku skrb uopće nije međunarodno nadležan. Hitne mjere u postupku prema HK-u 1980., mogu biti, npr., odluke o susretima i druženju s djetetom koje su bitne za povratak djeteta i koje su pogodne za priznanje i ovrhu u zemlji porijekla.

Odluke o susretima i druženju s djetetom ovršne su i nakon povratka djeteta u zemlju porijekla ako su te mjere određene, doduše, nakon saslušanja roditelja, ali bez saslušanja djeteta. Prema čl. 23. IIB HK-a 1996., ne postoji razlog za odbijanje priznanja strane odluke ako je riječ o “hitnoj mjeri” prema čl. 11. HK-a 1996. Hitnost u postupku prema HK-u 1980. redovito nije problematična budući da je cijeli postupak određen prema načelu hitnosti kako bi se osigurao “hitan po-

¹⁷ Europski sud za ljudska prava; www.echr.coe.int; br. 4161507; kritika: Silberman, L.; www.hcch.net; The Judges Newsletter, Volume XVIII., str. 18-19. (posjećeno svibanj 2012).

vratak” djeteta (čl. 12. I HK-a 1980.). Hitna mjera mora se, među ostalim, odnositi na područje primjene HK-a 1996. Tako se ne smiju donositi mjere iz pravnih područja koja su prema čl. 4. HK-a 1996. isključena. Stoga se prema čl. 11. HK-a 1996. ne smiju donositi odluke o uzdržavanju. S druge strane dopuštene su, primjerice, odluke o susretima i druženju, zabrani kontakta, modalitetima smještaja djeteta. Potrebne informacije za određivanje hitnih mjera u svakom pojedinom slučaju mogu se dobiti neposredno ili uz pomoć Središnjeg tijela (čl. 34. HK-a 1996.). Ako je prije povratka djeteta potrebno osigurati da će određene odluke o hitnim mjerama u zemlji porijekla zaista biti priznate i ovršne, moguće je ispuniti prijevremeni zahtjev za priznanje i ovrhu prema čl. 24. i čl. 26. HK-a 1996.

h) Sporazum

Sporazum stranaka (*gütliche Einigung*) prioritetan je cilj tijekom cijelog postupka (čl. 7. IIc, čl. 10. HK-a 1980.; § 9. I S. 2 IntFamRVG-a; § 156. FamFG-a). Tome služi, među ostalim, medijacija. Ona ipak ne smije ugroziti cilj postupka – unutar kratkog vremena donijeti odluku o hitnom povratku djeteta. Medijacija zahtijeva organizacijske strukture na koje se sud i stranke u slučaju potrebe mogu osloniti, stoga su u tu svrhu tiskani i dostupni formulari s informacijama te kontakt podacima, koji se neposredno prije početka postupka daju strankama s poticajem da potraže pomoć medijatora, ako je paralelno sa sudskim postupkom moguće provesti medijaciju. Sudjelovanje u medijaciji, međutim, nije obvezatno.

Prema podacima pojedinih njemačkih sudaca, niti jedna od rijetkih medijacija nije tijekom postupka dovela do sporazuma među strankama. Redovito se do sporazuma dolazi bez medijacije u postupku pred sudom. Čini se da su okvirni uvjeti za uspješnu medijaciju prema HK-a 1980. nepovoljni, iako se u medijaciji redovito mogu dogovoriti primjerenija, opsežnija i trajnija rješenja, nego što su ona moguća sudskom odlukom. S druge strane, ima podataka iz njemačke sudske prakse o pozitivnim iskustvima u izvansudskoj medijaciji.

Sporazum stranaka u pravilu je najsvrhovitije i najtrajnije rješenje njihova spora. Djelotvorni odnosno ovršni su oni sporazumi koje je sud odobrio i koji su sastavni dio sudske odluke.

Povreda sudskog naloga kažnjava se novčanim plaćanjem u smislu *contempt of court* koja je preuzeta iz anglosaksonskog prava. Primarna je svrha sankcioniranje odnosno kažnjavanje prošle protupravne radnje, a ne prisila na buduću radnju. Prisilna provedba naloga za povratkom s djetetom u zemlju porijekla prihvatljiva je kao posljednje moguće sredstvo i samo uz izričitu sudsku naredbu (§ 90. II FamFG-a).

i) Slučajevi tzv. *undertakinga*

Katkad je moguće, prema čl. 13. Ib HK-a 1980., ako su ispunjeni određeni uvjeti, naložiti povratak djeteta u zemlju porijekla unatoč postojanju razloga za njegovo odbijanje. Pri tome se misli na tzv. *undertaking* – jednostrana, sudu dana obvezujuća suglasnost da će se nakon povratka djeteta u zemlju porijekla, npr. pobrinuti

za djetetovo i majčino uzdržavanje, traženje stana te, ako je moguće, zahtjev za kažnjavanjem povući. Taj pravni koncept proizlazi iz anglosaksonskog prava i stoga njegova obvezatnost i prisilna provedba u zemlji porijekla nije uvijek sigurna te se razlikuje od zemlje do zemlje. Manje problematični su mirror order ili safe harbour order mjerodavnih tijela zemlje porijekla. Uz neizvjesnost o obvezatnosti i ovršnosti obveza undertakinga ili mirror ili safe harbour naloga u zemlji porijekla, problem je i kašnjenje pri pokušaju uspostavljanja kontakta s odgovornim inozemnim sudom ili upravnim tijelom u kontekstu vremenskog ograničenja za donošenje sudske odluke prema HK-a 1980. Za navedeno je potreban angažman sudaca i rutina u praksi. Pritom Središnja tijela ili kontakt sudac mogu biti velika potpora. U slučajevima tzv. undertakinga, sud se može zadovoljiti i samom suglasnošću podnositelja zahtjeva ili pak zahtijevati obvezujuću i ovršnu suglasnost u zemlji porijekla, a u krajnjem slučaju, time uvjetovati povratak djeteta.

j) Primjer uspješne neposredne suradnje sudova iz prakse

Dvoje djece, u dobi od sedam i dvanaest godina, razvedenog bračnog para sa zajedničkom roditeljskom skrbi, ostaju s majkom u Nizozemskoj, dok se otac odselio u Njemačku. Bile su dogovorene redovite posjete u Njemačkoj. Nakon jedne posjete, otac nije vratio djecu majci, nakon što je kći optužila majku da je seksualno zlostavljala sina te da je sa svojim novim partnerom otvoreno održavala seksualne odnose. Majka je od njemačkog suda zahtijevala povrat oba djeteta prema HK-u 1980. te je opovrgnula istinitost optužbi. Istodobno je na nizozemskom sudu pokrenula postupak radi izmjene odluke o roditeljskoj skrbi u cilju dobivanja samostalne roditeljske skrbi. Nizozemsko skrbničko tijelo za mlade provelo je ispitivanje, bez sudjelovanja djece u postupku koja nisu bila prisutna te se optužbe protiv majke nisu potvrdile. U sudskom postupku naloženo je psihološko vještačenje u cilju provjera optužbe protiv majke, međutim, ono nije bilo moguće provesti zbog neprisutnosti djece. Budući da je istinitost optužbi od strane kćeri bilo odlučujuće za postupak radi izmjene odluke o roditeljskoj skrbi, ali i za postupak povrata djeteta u Nizozemsku, njemački sudac stupio je u neposredni kontakt s nizozemskim sudom. Nizozemski sud izjavio je da će naložiti da se zatraženo vještačenje provede odmah nakon povratka djece u Nizozemsku te da se djeca u međuvremenu povjere udomiteljskoj obitelji. U skladu s time, njemački sudac naredio je povrat djece u Nizozemsku. Osim toga, njemački sudac, uz potvrđenu izjavu međunarodno nadležnog nizozemskog suda, elektroničkim je putem svoju odluku o povratu djece u Nizozemsku vezao za daljnje uvjete, što je u pojedinom slučaju moguće.

k) Primjer neuspjele suradnje iz prakse

Supra je već naveden slučaj iz prakse njemačkog suda u kojem se španjolski sud oglušio na neposredan upit njemačkog sudca o predmetu i stanju tamošnjeg postupka. Vjerojatno bi uključivanje Središnjih tijela u komunikaciju, umjesto neposrednog kontakta, bilo uspješnije, ali je taj put i dugotrajniji.

I) Nužnost suradnje sudova

Primjer: Roditelj s podijeljenom roditeljskom skrbi mijenja s djetetom uobičajeno boravište iz države A u državu B. Taj roditelj u državi B zatraži samostalno ostvarenje roditeljske skrbi prije nego što drugi roditelj isto zatraži u državi A. Zahtjev za povratom djeteta u državu A prema HK-u 1980. nije još podnesen.

U oba je postupka sporno je li promjenu boravišta odobrio drugi roditelj, odnosno je li ona provedena protupravno. Ako je promjena boravišta provedena uz suglasnost drugog roditelja, mjerodavan je sud u državi A prema čl. 7. HK-a 1996., a ako to ne bi bio slučaj, mjerodavan je sud u državi B prema čl. 5. HK-a 1996. U predmetu se oba suda smatraju nadležnima (pozitivan sukob nadležnosti). Ako sud u državi B odluči u korist podnositeljice prijedloga, može doći do problema kod priznanja te odluke u državi A, budući da se u toj državi sud države B smatra nenadležnim (čl. 23. IIa HK-a 1996.).

Slični se problemi mogu pojaviti vezano za ustaljivanje nadležnosti (*perpetuatio fori*) u slučaju različitog shvaćanja HK-a 1996. Prema odluci Njemačkog saveznog suda, princip ustaljivanja nadležnosti (*perpetuatio fori*) ne vrijedi u okviru HK-a 1996.; dakle različito od rješenja Uredbe 2201/2203 (Uredbe Brisel IIa) Europske unije.

IV. Zaključne napomene

Kod tumačenja i primjene Haških konvencija iz 1980. i 1996. godine, nacionalni sudci ne smiju previdjeti njihov cilj – pojednostavnjenje i standardizacija postupovnih i materijalno-pravnih pitanja u kontekstu međunarodne mobilnosti obitelji i odraslih. Trebali bi se premostiti suzdržanost i odbijanje za neposrednu ili posrednu komunikaciju s inozemnim službama ili sudovima u pojedinim predmetima. Naravno da to nije moguće postići u kratkom razdoblju, ali bi to trebao biti dugoročan cilj. U svakom trenutku trebala bi biti glavna briga zaštita dobrobiti djeteta. Konačno, mrežna stranica Haške konferencije nudi gotovo sve potrebne i odgovarajuće informacije u vezi s primjenom Haških konvencija kojima se ponajprije štiti dobrobit djece u prekograničnim slučajevima.