

MEĐUNARODNA REGULACIJA OTMICA DJECE

Miro Katić

Uprava za borbu protiv terorizma i ekstremizma, MUP RS Banja Luka, Jug Bogdana br. 108,
78 000 Banja Luka, Bosna i Hercegovina, mirokatic.rs@gmail.com

STRUČNI RAD

ISSN 2637-2150

e-ISSN 2637-2614

UDK 343.433:341.231.14-055.2

DOI 10.7251/STED1901073K

Rad primljen: 18.02.2019.

Rad prihvaćen: 02.04.2019.

Rad publikovan: 13.05.2019.

<http://stedj-univerzitetpim.com>

Korespondencija:

Miro Katić, Uprava za borbu protiv
terorizma i ekstremizma, MUP RS Banja
Luka, Jug Bogdana br. 108, 78 000 Banja
Luka, BiH.

E-mail: mirokatic.rs@gmail.com



Copyright © 2019 Miro Katić;
published by UNIVERSITY PIM. This work
licensed under the Creative Commons
Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0
License.

SAŽETAK

Pojava međunarodnih otmica djece nije novijeg vijeka, iako je termin „otmica“ relativno novijeg datuma. Proučavanjem antičkih pravnih izvora (rimsko pravo, prava u antičkoj Grčkoj, prava u Mesopotamiji, itd.) mogu se pronaći pravni fragmenti koji govore o roditeljima koji svoje dijete „odvedu“, roditeljima koji svoje dijete „zadrže“, roditeljima kojima dijete „pripadne“ i sl. Međunarodne otmice djece, odnosno protivpravno odvođenje djeteta iz jedne države u drugu, predstavlja problem koji

za sobom povlači niz otvorenih pitanja blisko povezanih sa ličnošću djeteta, dok pravno gledano, takva pojava dovodi do sukoba zakona i nadležnosti između različitih država, odnosno države djetetovog uobičajnog boravišta i države u koju je dijete nezakonito odvedeno. Države kroz prizmu instituta međunarodnog privatnog prava, uključujući i dostignuća Haške konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodnih otmica djece, nastoje doći do najboljih rješenja kojima se regulišu sukob zakona i nadležnosti između država.

Ključne riječi: otmica, odvođenje, konvencija, najbolji interes djece.

PREDKONVENCIJSKO STANJE

Prije Haške konvencije o građanskim aspektima međunarodne otmice djece mnoge države nisu imale posebne zakonske odredbe koje regulišu međunarodnu otmicu djece. Tako je primijenjen najbolji interes djeteta kao i u svim odlukama koje se tiču djece. Ova situacija je podstakla otmičare koji su se nadali da će zakon u državi utočišta biti povoljan za njih ili da će moći da stvore stanje u kojem bi najbolji interesi djeteta zahtijevali od njega da ostane u zemlji utočišta (Schuz, 2013).

U Izraelu, odvođenje maloljetnika mlađeg od 16 godina iz starateljstva njegovog zakonitog staratelja bez pristanka staratelja, kao i u slučaju da ga prevede neko drugi izvan granica države bez saglasnosti lica koje je zakonski ovlašćeno da pristane u njegovo ime, predstavlja krivično djelo. U odnosu na oba krivična djela, kazna je do 20 godina zatvora, ali politika tužilaštva je

samo da krivično goni roditelje za otmicu djece u slučajevima kada postoje izuzetne okolnosti. Nedavno je Vrhovni sud Izraela presudio takođe da „Izuzimanje iz starateljstva” predstavlja krivično djelo. Vršiti se kada je „dijete udaljeno iz pravne situacije u kojoj je zamišljeno da bude”, i može biti izvršeno nečinjenjem, kao na primjer propust da se dijete vrati drugom roditelju u skladu sa sudskim nalogom (Schuz, 2013).

Ipak neke države su pokušale da se bore protiv međunarodne otmice djece. Na nacionalnom nivou su počeli da se donose Zakoni koji detaljnije regulišu ovu oblast. Na primjer, u Engleskoj su sudovi sve češće donosili presude da su djeca najvjerojatnije oteta i da se nisu mogla vratiti u svoje domove.

Problem otmice djece bio je posebno izražen u saveznim državama zbog lakoće prelaska granica saveznih država. Tako su u SAD i Kanadi proglašeni jedinstveni zakoni koji su osmišljeni da uklone podsticaj za otmicu. Široko prihvaćeni američki Zakon o nadležnosti za starateljstvo nad djecom 1968. (UCCJA) ograničava nadležnost za donošenje i izmjenu naloga o pritvoru na matičnu državu djeteta u vrijeme početka postupka ili države koja je bila matična država djeteta u šest mjeseci prije otmice, pod uslovom da jedan roditelj nastavi da živi tamo. Štaviše, član 8 (a) dozvoljava nadležnom sudu da odbije da vrši jurisdikciju kada je podnosilac predstavke „nezakonito odveo dijete iz druge države ili se upustio u slično kažnjivo ponašanje“. Slično tome, u Kanadi je u većini provincija usvojen Zakon o izvršenju vanrednih provizornih naloga, koji je usvojen od strane Jedinstvene pravne konferencije Kanade 1974. godine (Schuz, 2013).

Na međunarodnom nivou, postojale su bilateralne i multilateralne inicijative kojima bi se regulisalo ovo pitanje. Neke zemlje su sklopile bilateralne sporazume sa drugim zemljama koje su obezbijedile saradnju u predmetima koji se odnose na otmicu djece ili kršenje prava na staranje ili posjete na međunarodnom nivou. Haška

konvencija o zaštiti djece od 1961. godine takođe je dala određeni stepen zaštite otetoj djeci tako što će se predvidjeti da će se primjenjivati zakon uobičajenog boravka djeteta. Međutim, korisnost ove Konvencije u borbi protiv međunarodne otmice bila je ograničena jer ju je ratifikovalo samo osam zemalja i zato što je uobičajeno boravište određeno na dan postupka. Ovo je značilo da su roditelji koji su oteli dijete mogli da izbjegnu pronalaženje ili da odugovlače postupak dovoljno vremena kako bi se djetetu omogućilo da se aklimatizuje, primjenjivao bi se zakon države utočišta, koji bi ujedno omogućio i puni obim socijalne zaštite (Schuz, 2013).

HAŠKA KONVENCIJA O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DJECE

Konvencija o otmici djece iz 1980. godine prva je od modernih konvencija u ovoj oblasti (Duncan, 2010). Haška konvencija o građanskim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. godine sada ima 39 godina i ostaje centralna referentna tačka u međunarodnom privatnom pravu, s ciljem da se brzo vrate djeca koja su stalno boravila u inostranstvu (Schuz, 2013). Dakle, prije više od tri decenije, 1980. godine donešena je Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece. Cilj donošenja konvencije (član 2) bio je da se „obezbjedi što hitniji povratak protivpravno odvedene djece ili djece zadržane u nekoj državi ugovornici“, odnosno da „obezbjedi da se prava na staranje i viđenje sa djetetom po zakonu jedne od država ugovornica stvarno poštuju u drugoj državi ugovornici“. Međutim, prilike koje su tada vladale i koje su inicijalno podstakle donošenje Haške konvencije, u posljednjih nekoliko godina su se u mnogome izmijenile. Naime, promijenio se profil lica koja protivpravno odvedu djecu. Na samom početku primjene Haške konvencije moglo bi se reći da je dominantan broj protivpravno odvođenja

djece bio onaj u kojem su očevi (koji nisu imali pravo staranja) odvodili djecu od majki, u sredinu koju su smatrali kulturološki, religijski i sociološki prihvatljivijom. Najčešće je to bila država iz koje oni potiču. Pojedini autori su isticali da se u takvim slučajevima radi o svojevršnom nasilju u porodici, iz razloga što se na taj način želi nanijeti zlo majkama, odnosno djetetu, tako što će mu biti onemogućen život sa licem koje ima pravo staranja (a to je u najvećem broju slučajeva majka) i što će se dijete odvojiti od okruženja na koje je naviklo. U takvoj situaciji, odredbe Haške konvencije imale su za cilj da pomognu majkama u što hitnijem povratku djece (Samardžić, 2013). Danas nema nikakve sumnje da profil roditelja koji dijete odvodi nije isti kao u vrijeme usvajanja Haške konvencije. U vrijeme donošenja Konvencije, to je najčešće bio roditelj koji je izgubio staranje nad djetetom ili smatra da će ga izgubiti. Danas je to u 72 % roditelj koji se stara o djetetu, onaj od koga dijete za sve svoje osnovne potrebe zavisi i onaj koji je glavni izvor sigurnosti za dijete. Statističke studije pokazuju da su to u najvećem broju slučajeva majke. Više od polovine njih bile su žrtve nasilja od strane svog partnera. Prema jednoj studiji, u 69 % slučajeva majke su te koje odvođaju djecu preko granice (Ponjević i Palačković, 2012). Međutim, situacija se vremenom dosta promijenila, te je tako jedno istraživanje koje je sprovedeno još 1993. godine pokazalo da su u 368 slučajeva protivpravnog odvođenja djece, majke činile većinu onih koji su djecu odvodili. Ista studija pokazala je i da je u tim brakovima bilo prisutno nasilje u porodici. Imajući u vidu da se ovaj trend sve više nastavlja, odnosno da veliki broj majki spas traže napuštanjem svojih partnera, odnosno odvođenjem djece, možemo postaviti pitanje da li Haška konvencija i dalje može da pruži onakvu zaštitu kakva je prvobitno zamišljena. Može li se u ovakvim slučajevima zaštititi interes djeteta ako je osnovni cilj Haške konvencije da „obezbjedi što hitniji povratak djece

protivpravno odvedene ili zadržane u nekoj državi ugovornici“? Smatra se da je moguće, ali je neophodno prilagoditi Konvenciju novonastalim okolnostima odnosno tumačiti je u skladu sa konkretnim činjenicama. Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (za države nastale na području SFRJ ostala je na snazi nakon njihove izjave o sukcesiji. Tako je, u odnosu na Bosnu i Hercegovinu, Haška konvencija stupila na snagu dana 06.03.1992. godine. Centralni organ za potrebe primjene ove konvencije je Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine koje saraduje sa entitetskim i kantonalnim/županijskim (u Federaciji BiH) ministarstvima pravde (Šaula, 2012). U Haškoj konvenciji je istaknuto da će države ugovornice preduzeti sve odgovarajuće mjere da obezbijede na svojoj teritoriji sprovođenje ciljeva Konvencije i da će, u tu svrhu, koristiti najefikasnije raspoložive postupke (Samardžić, 2013).

Međunarodne otmice djece su u porastu (Standley, 1990). Haška konvencija, donešena je u cilju da zaštiti djecu od negativnih efekata do kojih bi moglo doći kada jedan roditelj samostalno, bez saglasnosti drugog roditelja, odluči da odvede dijete iz države u kojoj je živjelo, kršeći pri tom pravo na staranje drugog roditelja. Na ovakav korak roditelji se odlučuju, bilo kada su nezadovoljni sudskom odlukom u pogledu prava na staranje ili prava na viđenje koja je donešena u mjestu djetetovog uobičajenog boravišta, bilo kada očekuju bolji ishod u sudskom postupku koji bi se vodio u drugoj državi (najčešće u državi iz koje oni i potiču) (Samardžić, 2013).

U prvom članu navodi se da je cilj Konvencije da „obezbjedi što hitniji povratak djece protivpravno odvedene ili zadržane u nekoj državi ugovornici“. Naime, u vrijeme kada je Haška konvencija donešena postojalo je uvjerenje da su očevi ti koji uvijek suprotno zakonu odvođaju djecu. Čak je i u izvještaju Specijalne komisije, koji je donešen uz Nacrt Haške konvencije,

navedeno da otmica ima „bolne posljedice“ i da se porodica time „uništava“, kao i da djeca bivaju „emocionalno uznemirena“ (Perez-Vera, 1980). Odvođenje djece je posmatrano isključivo kao negativna pojava, te su tako bez nekog velikog odijeka ostali navodi koji su bili sadržani u radnim dokumentima Konvencije, a u kojima se isticalo da odvođenje djece može imati i „pozitivne efekte“, naročito kada se dijete „odvodi iz nestabilnog i nesigurnog okruženja“ (Dyer, 1978). Postojalo je uvjerenje da očevi djecu odvođe, jer u zemlji uobičajenog boravišta ne bi uspjeli da dobiju pravo na staranje, ali istovremeno, i zato da bi na taj način opet povrijedili majke koje su u najvećem broju slučajeva već bile žrtve određenog vida nasilja. Upravo zbog ovako jednostranog posmatranja problema protivpravnog odvođenja djece, primjena Haške konvencije, posmatrano sa današnje tačke gledišta, u pojedinim slučajevima može predstavljati veliki problem, pa čak dovesti i do neprihvatljivih posljedica. Haška konvencija ne govori ništa o slučaju kada majka trpi nasilje i kada bi time bila dovedena u opasnost njena bezbjednost. Naime, Konvencija uopšte ne pominje pojam nasilja u porodici, te tako ono ne predstavlja jedan od mogućih razloga zbog kojih bi sud mogao da odbije povratak djeteta. Jedan od mogućih razloga za ovako jednostran pristup je i taj što problem nasilja u porodici nije predstavljao značajnije polje interesovanja nauke i prakse sve do početka osamdesetih godina. Do isticanja ovog fenomena prvi put je došlo na trećem sastanku Specijalne komisije gde se diskutovalo o primjeni Haške konvencije. Učesnici su tada zaključili da majke u većini slučajeva odvođe djecu upravo iz razloga što su one same, ili njihova djeca, bile žrtve nasilja u porodici od strane muževa, odnosno očeva. Imajući u vidu postojeće tendencije, nepходно je prilagoditi tumačenje Haške konvencije tako da pruži zaštitu i majkama koje u odvođenju djece vide jedini spas.

Čini se da član 13 Konvencije pruža mogućnost za tumačenje kojim bi se mogao

postići ovakav cilj. Naime, u slučaju kada je nasilju izložena bilo majka, bilo dijete, tada bi se moglo smatrati da bi povratkom djeteta u državu uobičajenog boravišta ono bilo dovedeno u „ozbiljnu opasnost od izlaganja fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi“. Dosadašnja praksa pokazala je da se član 13 rijetko kada tumačio tako da spriječi povratak djeteta u slučaju nasilja u porodici, a i u situacijama kada jeste, radilo se o zaista ozbiljnom nasilju koje je majka trpila. Jedan sudija je istakla da je Haška konvencija veoma efikasan instrument, osmišljen od strane međunarodne zajednice da odvraća roditelje od protivpravnog odvođenja djece iz jedne zemlje u drugu, ali i da se istovremeno radi o krhkom instrumentu i bilo kakvo tumačenje predviđenih izuzetaka, osim rigoroznog, vrlo brzo bi kompromitovalo njenu efikasnost (Samardžić, 2013). Takvo postupanje sudova, odnosno činjenica da se rijetko kada odbije povratak djeteta primjenom člana 13, ne bi se moglo smatrati opravdanim. Iako su prilike u vrijeme kada je Haška konvencija donesena bile drugačije, prevashodan cilj, a to je najbolji interes djeteta, koji se želio postići donošenjem ove Konvencije, morao bi biti glavni putokaz prilikom njene primjene i tumačenja. Činjenica da nasilje u porodici nije uopšte uneseno u Hašku konvenciju, ne znači da sudovi ne bi morali tu činjenicu uzimati u obzir prilikom odlučivanja, naročito ako se ima u vidu koliko je hrabrosti bilo potrebno majkama koje su se odlučile da pobjegnu od sredine u kojoj su trpjele nasilje i da pri tom izlože opasnosti i sebe i dijete (Samardžić, 2013). Još jedna odredba Haške konvencije je od izuzetnog značaja i mogla bi biti od koristi u rješavanju ovakvih situacija. Naime, neki autori smatraju da bi se odvajanje djeteta od majke i njegov povratak u državu gde je dolazilo do nasilja u porodici moglo posmatrati kao kršenje ljudskih prava u smislu člana 20. ove Konvencije (Weiner, 2004). Ono što još više otežava položaj majki u ovakvim slučajevima jeste činjenica da one dokaze o pretrpljenom nasilju moraju

da nabave u zemlji iz koje su dijete odvele. Naime, prilikom razmatranja okolnosti pomenutih u členu 13, sudski i upravni organ će uzeti u obzir podatke koji se odnose na socijalno porijeklo djeteta dobijene od centralnog izvršnog organa ili nekog drugog nadležnog organa države u kojoj se nalazi mjesto uobičajenog boravišta djeteta (Samardžić, 2013). Haška konvencija o građanskim aspektima međunarodne otmice djece je veoma dobro sredstvo za rješavanje problema djece koja su oteta iz svoje zemlje ili neopravdano zadržana u zemlji koja nije njihovo uobičajeno prebivalište (Nah et al., 2016).

UREDBA BRISEL II BIS

Amsterdamski ugovor o osnivanju Evropske zajednice postavio je temelje Međunarodnog privatnog prava Evropske unije propisujući pravni osnov stvaranja prava Unije u ovoj oblasti. Prema odredbama čl. 65 u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posljedice legislativni organi EZ usvajaju mjere koje su neophodne za osiguranje dobrog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta, a između ostalih mjera obuhvataju: poboljšanje i pojednostavljenje priznanja i izvršenja presuda u građanskim i komercijalnim stvarima i unapređenje usklađenosti pravila država članica koja se primjenjuju na sukob zakona i na sukob sudskih nadležnosti. Oslanjajući se na ovu formulaciju omogućeno je da tadašnja EZ (danas EU) reguliše odgovarajuća pitanja iz oblasti ne samo građanskih i komercijalnih stvari, već i porodičnih, i tako usklađuje pravo država članica, a u interesu ostvarivanja ciljeva EZ. Prvi izvor prava Unije u porodično-pravnim stvarima usvojen je 2000. godine u formi uredbe kao sekundarnog izvora koji obavezuje države članice, i neposredno se primjenjuje od strane nacionalnih sudova bila je Uredba br. 1347/2000 o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za

zajedničku djecu oba bračna partnera. Uredba je poznata kao Uredba Brisel II. (Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses. (2000). Službeni list EZ 160/19) „Bračne stvari“ obuhvataju razvod braka, zakonsku rastavu i poništenje braka, a „roditeljska odgovornost“ je ograničena na zajedničku djecu oba bračna partnera iz razloga što Uredba obuhvata samo one slučajeve roditeljske odgovornosti o kojima se raspravlja u postupku rješavanja bračnog spora: roditeljska odgovornost za djecu koja su djeca braka koji se razvodi, rastavlja ili poništava. Uredba Brisel II stupila je na snagu 1. marta 2001. godine.

Ograničeno polje primjene Uredbe Brisel II u pogledu roditeljske odgovornosti izazvalo je kritike koje su se odnosile na nepravičan tretman vanbračne djece i na mogućnost raspravljanja samo onih pitanja roditeljske odgovornosti koja su se postavljala u kontekstu rješavanja bračnog spora. Francuska je već 2000. godine pokrenula inicijativu za usvajanje uredbe o uzajamnom izvršavanju presuda o pravu na viđanje djece. Stoga su zakonodavni organi EZ predložili donošenje uredbe o roditeljskoj odgovornosti, a kasnije je prihvaćen stav da se sva pitanja obuhvate u jednom aktu koji bi zamijenio Uredbu Brisel II. (Proposal for a Council Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility repealing Regulation (EC) (2000)).

Na sastanku Savjeta za pravosuđe i unutrašnje poslove (PZS) u Briselu 2. i 3. oktobra 2003. godine postignut je konačni politički sporazum o novoj i proširenoj verziji Briselske uredbe II, teksta koji je obično postao poznat kao Brisel II bis. Institucija koju su ministri pravosuđa i unutrašnjih poslova usvojili 27. novembra sada je dobila formalnu klasifikaciju kao

Uredba Vijeća br. 2201/2003 o nadležnosti i priznavanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i pitanjima koja se odnose na roditeljsku odgovornost. Ukidanje Uredbe (EZ) br. 1347/2000 kao rezultat ove ubrzane reforme je da Brisel II prestaje da važi od 1. maja 2005. godine, samo 4 godine i 2 mjeseca nakon što je stupio na snagu. Od tada će postojati jedinstveni, integrisani instrument koji će, između ostalog, obuhvatiti slobodno kretanje presuda u pitanjima roditeljske odgovornosti, kao i bračne presude, te uvesti odredbe o saradnji između država članica. Za razliku od Brisela II, koji je nastao kao Konvencija, revidirani instrument je evoluirao isključivo kao dio zakonodavstva Zajednice i stoga nema izvještaja o objašnjenjima koji bi olakšali razumijevanje njegovih odredbi ili pratili istoriju izrade nacrtu. Bez obzira na to, procjene nove inicijative i pozadine na kojoj je elaborirana, snažno sugerise da porijeklo projekta u cjelini i motivacija koja ga je dovela do višegodišnjih teških pregovora ne leži u toliko hitnoj potrebi za odvojenim instrumentom evropskog porodičnog prava u ovoj oblasti, ali leži u političko-pravnim aspiracijama Komisije i pojedinih država članica u oblasti građanskog prava uopšte. Tako je usvojena Uredba Savjeta (EZ) br 2201/2003 od 27. novembra 2003. godine o nadležnosti i o priznavanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti kojom se stavlja van snage Uredba (EZ) br 1347/2000, poznata kao Uredba Brisel II bis. stupila je na snagu 1. avgusta 2004. godine, a njena primjena je počela 1. marta 2005. godine. Primjenjuje se u svim državama članicama, osim u Danskoj. Naravno, moguće je ukazati na pravna pitanja koja zahtijevaju pažnju, odnosno nedostatke koji se manifestuju u Briselu II u pogledu pitanja roditeljske odgovornosti. Međutim, ne treba zanemariti činjenicu da odgovornost za ovo leži na državama članicama koje su agitovale za uključivanje određenih pitanja u vezi sa roditeljskom odgovornošću u okviru Konvencije iz 1998. godine. U članu 1 (b) je

jasno navedeno da se radi samo o parničnom postupku koji se odnosi na roditeljsku odgovornost u odnosu na djecu oba supružnika u slučaju da djeca imaju stalno prebivalište u državi članici i koja nastaju povodom parničnog postupka vezanog za razvod braka. Prvo ograničenje može dovesti do najvećih komplikacija s obzirom na to da se primjenjuju posebna pravila na djecu oba supružnika u odnosu na bilo koju drugu djecu. Posebna teškoća se takođe pripisuje odvojenim režimima priznavanja i izvršenja koji se odnose na različite naloge. Dok se nalog za starateljstvo ili pristup koji se odnosi na djecu oba supružnika koristi od povoljnog režima koji je uspostavljen Uredbom, naredbe koje se odnose na drugu „djecu u porodici“, moraju se osloniti na manje zadovoljavajuća pravila sa svojim širokim osnovama ne priznavanja. To bi, na primjer, moglo dovesti do nesretne situacije u kojoj se primarni staratelj premiješta unutar Evropske unije i može postići priznanje u toj državi za nalog za skrbništvo u njenu korist u odnosu na jedno njeno dijete, ali ne i drugo (McEleavy, 2004). Primjena Uredbe Brisel II bis od strane nacionalnih sudova država članica u proteklih deset godina pokazala je koje su odredbe u praksi izazvale potrebu tumačenja radi uniformne i pravilne primjene i donošenja presuda u konkretnim slučajevima. Prema internet pretraživaču prakse Evropskog suda pravde, od početka primjene Uredbe, nadležni nacionalni sudovi država članica podnijeli su dvadeset prijedloga za odlučivanje o prethodnim pitanjima, a podnesen je i jedan zahtjev za davanje mišljenja, o kojima je Sud EU odlučio na osnovu čl. 68 st. 1 i čl. 234 Ugovora o osnivanju EZ, odnosno čl. 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Sud EU je isključivo nadležan da daje autentično tumačenje pravnih akata EU, u ovom slučaju Uredbe Brisel II bis. Sud u presudi o prethodnom pitanju odlučuje o tumačenju određenog pitanja i takvo tumačenje obavezuje nacionalni sud i stranke u sporu povodom kojeg je podnesen

prijedlog Sudu EU. Iako presuda Suda ne obavezuje druge stranke u drugim sporovima, ona, prema riječima uticajnih njemačkih profesora Magnusa i Mankovskog, „ima veliki faktički uticaj i nacionalni sudovi država članica po pravilu slijede tumačenje izraženo u presudi“. Prilikom tumačenja, Sud EU se drži sljedećih postavki: pravne akte EU i njegove odredbe treba tumačiti autonomno, istinski evropski i bez pozivanja na shvatanja nacionalnog prava ili nacionalnu sudsku praksu, ma koliko se ovi posljednji čine sličnim u poređenju sa pojmovima akata EU; pojedine odredbe nekog akta ne mogu da se tumače izolovano, već u kontekstu samog akta kao cjeline i u svjetlu ciljeva akta, koji su često izraženi u uvodnom dijelu akta, ciljno tumačenje je obavezno naspram slijepog pridržavanja slova akta; sistematsko tumačenje svakog akta u okviru prava EU kao cjeline; pripremni akti, dokumenti, obrazloženja akata koja prethode usvajanju nekog akta, istorijat nastanka akta predstavljaju vrijedna sredstva prilikom tumačenja.

Bordaš izlaže neke od važnih stavova Suda EU izraženih u njegovim presudama o prethodnim pitanjima koja su upućena radi tumačenja Uredbe Brisel II bis. Značaj tih stavova vidimo u perspektivi punopravnog članstva Bosne i Hercegovine u EU koje nosi sa sobom harmonizaciju domaćeg prava sa pravom EU. Uredba Brisel II bis dio je tekovina prava Unije i ona će na dan kada Bosna i Hercegovina postane država članica EU postati dio domaćeg prava, koji će se neposredno primjenjivati u rješavanju sporova u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti sa inostranim elementom u pitanjima koja Uredba *ratione materiae* obuhvata. Uprkos tome da taj dan nije blizu, svakako bi trebalo voditi računa o harmonizaciji domaćeg međunarodnog privatnog prava sa pravom EU već sada, a radi upoznavanja sa pojmovima i praktičnom primjenom ovog izvora prava Unije koje će u domaće međunarodno privatno pravo, onakvo kakvo je danas, uvesti značajne

promjene. Najprije će biti izloženi stavovi Suda EU koji se odnose na bračne odnose, a zatim na predmet roditeljske odgovornosti. Posebno će se dati osvrt na eventualnu reviziju (izmjene i dopune) Uredbe Brisel II bis o kojoj se govori povodom izvještaja o njoj primjeni u skladu sa čl. 65. Dakle, odredba čl. 65 Uredbe Brisel II bis propisuje obavezu Komisije da najkasnije do 1. januara 2012.godine podnese Evropskom parlamentu, Savjetu i Ekonomsko-socijalnom odboru izvještaj o primjeni Uredbe na osnovu informacija država članica; nakon tog datuma Komisija ima istu obavezu svakih pet godina. Takođe je propisano da izvještaj, po potrebi, prate prijedlozi za izmjene. Komisija je na osnovu ove obaveze sastavila izvještaj koji nosi oznaku COM (2014) 225 final od 15. aprila 2014. godine. Komisija je u maju 2015.godine publikovala detaljnu studiju o ocjeni Uredbe Brisel II bis i o mogućim opcijama za njenu izmjenu, uz uobičajenu napomenu da stavovi autora izneseni u studiji nisu nužno i ujedno i stavovi Komisije. Ova dva dokumenta, Izveštaj Komisije iz 2014. godine i Ekspertska studija iz 2015. godine, zajedno daju sliku o desetogodišnjoj primjeni Uredbe u državama članicama EU, odnosno od strane njihovih sudova kroz čiju praksu se jedino može ocijeniti da li se ostvaruju oni ciljevi ovog sekundarnog izvora prava Unije kojima je pravdano njeno donošenje. Na tu praksu nacionalnih sudova nadovezuje se praksa Suda EU po prijedlozima za odlučivanje o prethodnim pitanjima. U Ekspertskoj studiji razlikuju se generalni, specifični i operativni ciljevi Uredbe. Generalni su obezbjeđivanje pravilnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta i slobode kretanja lica u državama članicama kao i obezbjeđivanje da građani Unije u potpunosti uživaju prednosti postojanja oblasti slobode, sigurnosti i pravde; specifični ciljevi su obezbjeđivanje zaštite osnovnih prava (garantovanje pristupa sudovima u odgovarajućoj državi članici sa kojom imaju blisku vezu; povećanje predvidljivosti i jasnoće za građane u

porodičnim odnosima sa prekograničnim dejstvima); smanjenje nepotrebnog stresa povezanog sa slučajevima sa prekograničnim dejstvima (obezbjeđivanje da građani ne moraju podnositi dodatne dokumente administrativnog karaktera i da se ne moraju podvrgavati dodatnim postupcima radi priznanja i izvršenja presuda i javnih isprava); smanjenje vremenskog odlaganja povezanog sa slučajevima sa prekograničnim dejstvima (obezbjeđivanje zaštite ekonomski slabijeg supružnika; zaštita dobrobiti djeteta i odnosa djeteta-roditelj); operativni ciljevi su obezbjeđivanje jasnih i sveobuhvatnih pravila o nadležnosti koja su zasnovana na bliskoj vezi supružnika ili djeteta sa dotičnim sudom; obezbjeđivanje prava djeteta da bude saslušano, kao i njegovog zastupanja pred sudom; obezbjeđivanje brzog priznanja i izvršenja presuda i izbjegavanje neopravdanog odbijanja priznanja (posebno obezbjeđivanje automatskog priznanja presuda i svođenjem osnova za ne priznavanje na minimum u bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti; obezbjeđivanje da izvršenje presuda, javnih isprava i sporazuma teče glatko i funkcionise bez egzekviture u pogledu specifičnih presuda u materiji roditeljske odgovornosti); određivanje vremenskog okvira da bi se obezbjedilo hitno postupanje slučajeva otmice djece i ograničavanje mogućnosti da se odbije povratak djece; obezbjeđivanje podrške građanima u slučajevima prekograničnih postupaka, naročito putem aktivnog i efikasnog učešća centralnih organa, kao i putem medijacije.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA I DRUGI MODALITETI REGULISANJA MEĐUNARODNIH OTMICA DJECE

U nekim državama ugovornicama, međunarodne konvencije su samoizvršavajuće i stoga nema potrebe za donošenjem provedbenih zakona. U onim zemljama u kojima postoji potreba da se donese domaće zakonodavstvo kako bi se primjenili međunarodni ugovori, postoje

dvije vrste provedbenih zakona. Prva vrsta jednostavno predviđa da Konvencija o otmici ima snagu zakona i da je Konvencija priložena kao plan, preveden na lokalni jezik gdje je to potrebno. Drugu vrstu zakonodavstva predstavljaju odredbe Konvencije prenesene u domaći statut. Pri tome se ponekad prave male promjene koje mogu imati uticaja na tumačenje Konvencije. Na primjer, američko zakonodavstvo nalaže veći teret dokazivanja u odnosu na izuzeća iz člana 13 (l)(b) i člana 2060, a novozelandsko zakonodavstvo zamjenjuje izraz „pravo na posjedovanje i brigu o djetetu“ u članu 5 Konvencije za izraz „prava koja se odnose na brigu o ličnosti djeteta“ (Schuz, 2013). U nekim državama, izvršni propisi izričito predviđaju da Konvencija o otmici ima prioritet nad drugim nacionalnim zakonima. Međutim, čak i tamo gdje to nije slučaj, član 16 Konvencije o otmici obavezuje države ugovornice da se suzdrže od odlučivanja o ocjeni prava na staranje, nakon što je primila obavještenje o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju. Ovo zapravo znači da Konvencija o otmici ima prednost nad nacionalnim zakonodavstvom u vezi sa određivanjem prava na starateljstvo. Bez obzira na to, kada primjena Konvencije o otmici nije u skladu sa ustavnim načelima zamoljene države, moguće je pozvati se na odbranu iz člana 20 koja sudovima omogućava odbijanje povratka tamo gdje to ne bi bilo dozvoljeno osnovnim principima zamoljene države, te u vezi s tim zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda. Međutim, čak i tamo gdje se čini da postoji sukob sa ustavnim načelima, odbrana se rijetko uspostavlja u praksi (Schuz, 2013). Konačno, treba naglasiti da se Konvencija o otmici ne primjenjuje na otmice između različitih teritorijalnih jedinica unutar država ugovornica. Takve situacije i dalje su regulisane nacionalnim zakonodavstvom (Schuz, 2013).

Postoji značajna razlika između pristupa krivičnog prava u različitim zemljama prema fenomenu roditeljske

otmice djece. Ova razlika se ne odnosi samo na pitanje da li se, i u kojim okolnostima, takvo ponašanje tretira kao krivično, već i u odnosu na to da li su roditelji procesuirani u praksi i na nivou kažnjavanja. Nekoliko primjera ilustruje neke od razlika (Schuz, 2013).

U nekim ekstremnim situacijama, roditeljska otmica djeteta uopšte nije krivično djelo, kao npr. u Australiji. U Belgiji, djelo otmice djece je počinjeno samo kada postoji sudska presuda kojom se određuje dogovor o boravku i kontaktu s djetetom. Krivično djelo otmice djece u Engleskoj koje se odnosi na djecu mlađu od 16 godina bliže se definiše kada je otmičar roditelj djeteta. Dakle, roditelj će počiniti djelo samo ako odvede ili pošalje dijete iz Ujedinjenog Kraljevstva bez odgovarajućeg pristanka (Schuz, 2013).

Nasuprot tome, lice koje nije povezano sa djetetom je krivo za krivično djelo ako on “oduzme ili zadrži” dijete kako bi ga uklonio iz zakonite kontrole nad bilo kojim licem koje ima zakonitu kontrolu nad djetetom ili koje bi zadržalo dijete van zakonite kontrole bilo kog lica koje ima pravo na zakonitu kontrolu djeteta. Osim toga, krivično gonjenje roditelja može se pokrenuti samo od strane ili uz pristanak glavnih tužilaca javnih tužilaštava. Maksimalna kazna je sedam godina zatvora (Schuz, 2013).

U nekim zemljama statut definiše otmicu na takav način da ona jasno uključuje zadržavanje djeteta. Na primjer, u SAD-u, jedan roditelj koji nezakonito uklanja ili zadržava svoje dijete izvan Sjedinjenih Država s namjerom da ometa zakonito ostvarivanje roditeljskih prava bi bio osuđen za povredu saveznog krivičnog zakona. Ipak, maksimalna kazna je samo tri godine zatvora. Istina, ponekad ekstremni slučajevi otmice djeteta imaju bliski privid otmice. To

je očigledno u slučajevima kada je odnos između roditelja i djece nepovratno narušen zbog dugotrajnog trajanja otmice. Uprkos ovoj korelaciji, maksimalna kazna koja je na raspolaganju osuđenom otmičaru je sedam godina zatvora. Sud uzima u obzir da je ovo neslaganje nelogično i da sudija za izricanje kazne otmičara djeteta ne pruža odgovarajuće opcije za izricanje kazne koje odražavaju istinsku pravdu u konkretnom slučaju, krivicu počinioca i štetu koju je počinio otmicom. Ovo nije problem koji je jedinstven za sadašnje žalbe obzirom na sve veći broj slučajeva otmica djece i odvođenja u zemlje koje nisu potpisnice Haške konvencije o građanskim aspektima međunarodne otmice djece (Bettinson, 2012). Prema jednoj studiji, 84% otmica u zemlje gdje su pravila Haške konvencije bila na snazi rezultirala su oporavkom, u poređenju sa stopom oporavka od 43% za međunarodne otmice u zemlje koje nisu ugovornice Haške konvencije (Winterbottom, 1996).

Konvencija o otmicama, naravno, reguliše samo civilne aspekte međunarodne otmice djece. Stoga, pitanje koje se postavlja samo po sebi o tome da li određena otmica predstavlja krivično djelo u određenoj zemlji nije relevantno za rad Konvencije o otmici i jednako tako Konvencija o otmici nema nikakvog uticaja na krivične sankcije vezane za otmicu. Ipak, u praksi postoje brojni načini na koje će ova dva područja uticati jedni na druge (Schuz, 2013). Prvo, disparitet između krivičnog zakona i građanskog prava može izazvati zabunu. Kada određeno odvođenje ili zadržavanje nije krivično djelo, pojedinci mogu smatrati da je djelo zakonito i da ne znaju da je odvođenje ili zadržavanje nezakonito. Slično tome, ovo može dovesti do toga da roditelji koji su ostavili iza sebe dijete odlaskom u drugu zemlju dobijaju pogrešne i obmanjujuće savjete od strane agencija za sprovođenje zakona, kao što je policija, kada prijavljuju oduzimanje ili zadržavanje (Schuz, 2013). Drugo, činjenica da roditelj koji otima može biti podvrgnut krivičnim

sankcijama u državi moliteljici može biti prepreka tom roditelju koji se vraća s djetetom. Kao što će se vidjeti u nastavku, u takvim slučajevima, barem tamo gdje je otmičar bio primarni staratelj djetetu, povratak djeteta može biti uslovljen time da roditelj koji je napustio rod povuče bilo koju tužbu upućenu policiji ili da od organa tužilaštva preuzme obavezu da krivični postupak neće biti pokrenut ili nastavljen. Međutim, postoje slučajevi u kojima je rizik od krivičnog gonjenja doveo do stalnog razdvajanja između djeteta i njegovog primarnog staratelja (Schuz, 2013). Konvencija Savjeta Evrope o priznavanju i sprovođenju pritvora za djecu i obnovu pritvora za djecu („Evropska konvencija o pritvoru“) potpisana je 1980. godine, iste godine kada i Haška konvencija o otmici. Ciljevi Evropske konvencije o starateljstvu su izuzetno slični ciljevima Konvencije o otmici. Preambula posebno priznaje priznanje da je blagostanje djeteta od presudne važnosti za donošenje odluka koje se tiču njegovog starateljstva “i izražava mišljenje da je” donošenje odluka koje će osigurati da se odluke koje se tiču starateljstva nad djetetom mogu šire priznati i primijeniti kada pružaju veću zaštitu za dobrobit djece. Pored toga, preambula navodi “sve veći broj slučajeva u kojima su djeca nepravilno prebačena preko međunarodne granice” i upućuje na poželjnost da se “osigura odgovarajuća odredba koja će omogućiti da se pritvor koji je proizvoljno prekinut, vrati”. Dakle, može se vidjeti da se Evropska konvencija također bavi borbom protiv međunarodne otmice djece. Pored toga, Evropska konvencija zabranjuje preispitivanje suštine stranih odluka o starateljstvu. Nadalje, Evropska konvencija predviđa imenovanje centralnih organa u državama ugovornicama koje će biti odgovorne za administrativne aspekte Konvencije i sarađivaće jedna sa drugom (Schuz, 2013). Bez obzira na to, mehanizam Evropske konvencije o starateljstvu je sasvim drugačiji od mehanizma Konvencije o otmici. Evropska konvencija o starateljstvu

je prije svega priznavanje i izvršenje presuda Konvencije, koja predviđa uzajamno priznavanje između država ugovornica, podložno izuzecima iz Konvencije. U skladu s tim, primjenjuje se samo tamo gdje je došlo do kršenja naloga o stranom pritvoru. Međutim, naredba dobijena nakon odvođenja djeteta, koja se često naziva “naredbom za lov”, biće dovoljna za ovu svrhu (Schuz, 2013).

Kada je došlo do protivpravnog odvođenja djeteta, priznavanje strane odluke podrazumijeva vraćanje starateljstva, podložno izuzecima navedenim u Konvenciji. Širina izuzetaka zavisi od toga da li je stavljena rezerva na član 8, a kada se primjenjuje ovaj član država kojoj se upućuje je dužna da „odmah preduzme korake za vraćanje starateljstva djetetu “pod uslovom da se zahtjev za vraćanje pritvora podnosi u roku od šest mjeseci od protivpravnog udaljenja; dijete ima stalno prebivalište u državi koja je donijela odluku o starateljstvu; a dijete i njegovi roditelji imaju isključivo državljanstvo te države (Schuz, 2013).

Kada se primjenjuje član 8 i ako su ispunjeni uslovi, jedini izuzetak koji se može primijeniti su uski proceduralni izuzeci u članu 9. Nasuprot tome, u slučajevima kada se ovi uslovi ne primjenjuju, ili je jedna od država ugovornica unijela rezervu, ne postoji obaveza da se dijete odmah vrati i priznanje se može odbiti ne samo na osnovu člana 9, već i na širem osnovu utvrđenom u članu 10. To uključuje zaključak da zbog promjene okolnosti, uključujući i proteklo vrijeme, ali ne uključujući samo promjenu prebivališta djeteta nakon nepravilnog udaljenja, posljedice prvobitne odluke očigledno više nisu u skladu sa dobrobiti djeteta (Schuz, 2013).

LITERATURA

Bettinson, V. (2012). *Calling for a Higher Maximum Sentence in Child Abduction Cases: R v Kayani; R v Solliman* [2011] EWCA Crim

2871. *The Journal of Criminal Law*. 76, Tom. 2.
- Duncan, W. (2010). Transcript: Globalisation of the Hague Children's Conventions with Emphasis on the Child Abduction Convention. *Okla. L. Rev.* Denn Hague.
- Dyer, A. (1978). *Report on International Child Abduction by One Parent*. s.l. : Hague Conference on Private International Law: III Actes et documents de la Quatorzieme Session. Denn Hague
- McEleavy, P. (2004). Current developments: I. Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition. *International & Comparative Law Quarterly*. 52, Tom. 3.
- Perez-Vera, E. (1980). *Report of the Special Commission, Preliminary Doc.* s.l. : Hague Conference on Private International Law: III Actes et documents de la Quatorzieme Session. Denn Hague
- Ponjević, Z., Palačković, D. (2012). Prekogranično odvođenje dece i porodično nasilje. *Zbornik radova "Prava deteta i ravnopravnost polova - između normativnog i stvarnog"*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.
- Samardžić, S. (2013). Potrebe i mogućnosti adekvatnijeg tumačenja haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece u slučaju nasilja u porodici. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. Novi Sad, Srbija
- Šaula, V. (2012). Primjena normi međunarodnog prava u praksi sudova u Bosni i Hercegovini - jedan pozitivan primjer. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci*.
- Schuz, R. (2013). *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Oxford and Portland: Hart Publishing, Denn Hague.
- Standley, K. (1990). International Child Abduction: The Hague and European Conventions. *J. Child L.* Tom. 3, Denn Hague
- Weiner, M. (2004). Strengthening Article 20. *University of San Francisco Law Review*.
- Winterbottom, M. 1996. The Nightmare of International Child Abduction: Facing the Legal Labyrinth. *J. Int'l L. & Prac.* 5. San Francisco, USA
- Nah, Y., Lee, S. & Buhm, Su. (2016). The Hague Abduction Convention and its implications for multicultural families in Korea. *Asian and Pacific Migration Journal*, Vol. 25., No3, Scalabrini Migration Centre, Quezon City, p.p. 320-341
2000. Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses.
2000. Proposal for a Council Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility repealing Regulation (EC). 2000.

INTERNATIONAL REGULATION OF THE CHILD ABDUCTIONS

Miro Katić

Headquarters for Fight and against Terrorism and Extremism, Ministry of Internal Affairs of RS, Banja Luka, Jug Bogdana br. 108, 78 000 Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, mirokatic.rs@gmail.com

PROFESIONAL PAPER

ISSN 2637-2150

e-ISSN 2637-2614

UDC 343.433:341.231.14-055.2

DOI 10.7251/STED1901073K

Paper received: 18.02.2019.

Paper accepted: 02.04.2019.

Paper published: 13.05.2019.

<http://stedj-univerzitetpim.com>

Corresponding Author:

Miro Katić, Headquarters for Fight and against Terrorism and Extremism, Ministry of Internal Affairs of RS, Banja Luka, Jug Bogdana br. 108, 78 000 Banja Luka, Bosnia and Herzegovina.

E-mail: mirokatic.rs@gmail.com

SUMMARY

The occurrence of international child abductions is not of a recent age, although the term “abduction” is of a relatively recent date. By studying ancient legal sources (Roman law, rights in ancient Greece, rights

in Mesopotamia etc.) legal fragments are found that refer to parents who “take their child”, parents who “keep their child”, parents to whom the child “belongs” or similar. International abduction, or illegal removal of a child from one country to another, is a problem which entails a series of open questions closely related to the child's personality, while legally speaking, such a phenomenon leads to the conflict of laws and jurisdictions between different states, or the state of the child's usual residence and state in which the child is taken unlawfully. States tend to come up with the best solutions regulating the conflict of laws and jurisdictions between states, through the prism of the international law, including the achievements of the Hague Convention on the civil rights aspects of international child abductions.

Keywords: abduction, convention, best interest of child.