

## BITKA ZA DECU: O HAŠKOJ KONVENCIJI O ZAŠTITI DECE

### Abstract

*This paper assesses the importance of the 1996 Hague Child Protection Convention for the Serbian Private International Law. The Convention, which entered into force in Serbia in November 2016, introduces jurisdictional rules that are based predominantly on the child's habitual residence whereas the statutory rules of the 1982 PIL Code are based primarily on the parents' and the child's nationality. The way in which the Convention rules interact with the statutory rules is explained in detail. Special attention is dedicated to the residual jurisdiction of the divorce court to decide on matters of parental responsibility and the relationship of Brussels IIbis rules and the Convention jurisdictional rules.*

*The Convention conflict rules supersede the statutory conflict rules which were based on the common nationality of the parents and the child, and in the absence of common nationality, on their common permanent residence. If the child had no parents, the applicable law to guardianship used to be based on the child's nationality.*

*The Convention's primary connecting factor for the authorities of a contracting state to exercise their jurisdiction for protective measures is habitual residence of the child. Those authorities are then authorized to apply their domestic law (lex fori). In case of a change of habitual residence of the child, the courts of new habitual residence acquire jurisdiction and the right to apply their own law. The law of the child's habitual residence is applicable to the attribution and extinction of parental responsibility without the intervention of judicial or administrative authorities.*

---

\* Pravni fakultet u Novom Sadu. stanivuk@eunet.rs Rad je primljen 20.01.2019.

*A very important change is also brought in by the Convention rules on recognition and enforcement of judgments, which provide for automatic recognition without conducting a special procedure, and supersede statutory rules on exclusive jurisdiction as an impediment to recognition. An important novelty is also the possibility to recognize provisional measures adopted by a court of the contracting party.*

*The main disadvantage of the new rules lies in their heavy reliance on the unstable and unharmonized standard of habitual residence of the child.*

**Ključne reči:** roditeljsko pravo, nadležnost domaćeg suda, merodavno pravo, Haške konvencije.

### 1. Uvod -- „Deca su ukras sveta“

Deca su naše najveće bogatstvo, kako kaže jedan naš narator i voditelj. Zaštita deteta predstavlja jedan od najvažnijih društvenih interesa koji je proizveden u ustavnu kategoriju odredbama čl. 64-66 Ustava Republike Srbije. Bitan trenutak za zaštitu interesa deteta nastupa kada se dete preseljava u inostranstvo sa svojim roditeljima koji tamo odlaze u potrazi za boljim životom. Roditelji često nisu svesni da voljnom promenom uobičajenog boravišta deteta utiču na nadležnost sudova i na merodavno pravo po kome će se odlučivati o vršenju roditeljskog prava, pravu na viđanje deteta i drugim merama za zaštitu dece u slučaju da se njihovi međusobni odnosi, tokom boravka u inostranstvu, poremete. Sporove o vršenju roditeljskog prava koji se javljaju u ovakvoj situaciji doktrina naziva relokacionim sporovima (*relocation disputes*).<sup>1</sup> Svest o efektima promene uobičajenog boravišta nije razvijena ni kod domaće pravničke javnosti, sudija, advokata, zaposlenih u centrima za socijalni rad i ministarstvima, kao aktera koji bi mogli, eventualno, da posavetuju roditelje koji im se obrate o reperkusijama koje sa sobom nosi čak i kratkotrajno preseljenje sa detetom u stranu zemlju.

Građani Republike Srbije odlaze u pečalbu u države Evropske unije, sve češće u statusu građana Evropske unije, koristeći stečeni pasoš neke od država članica, a u Evropskoj uniji za utvrđivanje međunarodne nadležnosti u sporovima o razvodu braka i vršenju roditeljskog prava na snazi je poseban „unijski“ izvor prava: Uredba br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti.<sup>2</sup> Ova Uredba sadrži

---

<sup>1</sup> Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Brussels IIbis Regulation, European Commentaries on Private International Law, 2012, str. 117.

<sup>2</sup> U toku je razmatranje izmena i dopuna ove uredbe: the Brussels IIbis Regulation Recast, the Proposal COM (2016) 411/2 od 30. jula 2016. godine. Vid. opširnije: Martina Drventić, New Trends in European Family Procedural Law, *EU and Comparative Law Issues and Challenges*, 1/2017, str. 424.

odredbe o nadležnosti sudova država članica Evropske unije koje su najvećim delom inspirisane<sup>3</sup> i veoma slične odredbama o nadležnosti Haške Konvencije o zaštiti dece koju je Srbija ratifikovala pre nekoliko godina.<sup>4</sup> Ako se uzme u obzir da su sve države članice Evropske unije takođe i članice ove Haške konvencije,<sup>5</sup> onda se čini da je ostvarena harmonija rešenja i da nema značajnijih razloga za brigu. Međutim, interakcija normi Uredbe i Konvencije može da dovede do neočekivanih rezultata koji neće uvek biti u najboljem interesu deteta.

Iznećemo primer jednog bračnog para iz Vojvodine koji ima jedno zajedničko dete, maloletnu ćerku od četiri godine. Pre podnošenja tužbe za razvod braka pred domaćim sudom, roditelji su sa detetom boravili u Austriji dve godine i osam meseci. Svo troje su državljani Srbije, s tim da majka ima i državljanstvo Mađarske koje je stekla pre četiri godine u mađarskom konzulatu u Subotici, mada je rođena i odrasla u Srbiji i nema nikakvu suštinsku vezu sa Mađarskom. Dete je za vreme boravka u Austriji preko majke takođe steklo mađarsko državljanstvo. Majka je kao državljanka Evropske unije stekla pravo na boravak u Austriji i radnu dozvolu, pa je naknadno, po sistemu spajanja porodice pravo na boravak stekao i otac. U toku trajanja zajedničkog života u Austriji, otac je preuzeo brigu o detetu, koristeći kod poslodavca pravo na roditeljsko odsustvo. Dete je bar jednom mesečno sa ocem dolazilo u Srbiju da poseti porodicu i sve praznike provodili su u Srbiji. Roditelji inače imaju prijavljeno prebivalište u Srbiji, odnosno nisu nikada odjavili prebivalište u MUP-u. Zbog teškoća oba roditelja sa pronalaženjem stalnog zaposlenja u Austriji i zbog toga što dete nije uspelo da u potpunosti savlada nemački jezik i da ostvari kontakt sa drugom decom u vrtiću, otac je smatrao da bi porodica trebalo da se vrati u Srbiju, a majka se tome protivila. U toku trajanja braka majka je našla i novog partnera, što je uticalo na oca, uz sve ostale probleme vezane za organizaciju života porodice tokom boravka u inostranstvu, da se odluči na razvod. Otac je pred sudom u Srbiji zahtevao da se brak razvede, a dete poveri njemu na samostalno vršenje roditeljskog prava, budući da je dete vezano za njega i da je on u prethodnom periodu primarno brinuo o detetu, te je u najboljem interesu deteta da se vrati u Srbiju. U tužbi podnetoj 7. maja 2018. predložio je sudu da donese privremenu meru kojom bi se dete poverilo njemu na samostalno vršenje roditeljskog prava do pravnosnažnog okončanja postupka razvoda. Postavio je i alternativni zahtev da se uredi njegovo viđanje sa detetom na teritoriji Srbije ukoliko sud ne usvoji

---

<sup>3</sup> Koen Lenaerts. *The Best Interests of the Child Always Come First: The Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice*, *Jurisprudence* 4/2013, str.1307.

<sup>4</sup> Pun naziv je: Konvencija o nadležnost, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece. „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 20/2015.

<sup>5</sup> Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ENG/TXT/?uri=LEGISSUM:jl0046>

primarno postavljen tužbeni zahtev. Majka je sa svoje strane u Austriji 22. maja 2018. godine podnela dve odvojene tužbe, jednu za razvod braka i drugu u kojoj je zahtevala da joj se poveri vršenje roditeljskog prava. U drugoj tužbi je navela da ona faktički vrši roditeljsko pravo i da dete živi sa njom u Austriji. Dana 16. avgusta 2018. godine, austrijski sud je odbio prigovor nenadležnosti koji je podneo otac i zasnovao je nadležnost u postupku za vršenje roditeljskog prava, s obzirom na činjenicu da dete ima uobičajeno boravište u Austriji. Navedena odluka je potvrđena po žalbi od strane apelacionog suda u Austriji. U predmetu razvoda braka, austrijski sud je doneo odluku o prekidu postupka do okončanja brakorazvodne parnice pred srpskim sudom.

## 2. Nadležnost domaćeg suda

Kome od roditelja će pripasti vršenje roditeljskog prava najčešće se pojavljuje kao akcesorno pitanje u brakorazvodnim parnicama, uključujući i one sa inostranim elementom. Da li u tom slučaju međunarodna nadležnost za bračni spor obuhvata i nadležnost za odlučivanje o vršenju roditeljskog prava? Da li se na ova dva pitanja (razvod braka i vršenje roditeljskog prava) primenjuje isto pravo?

### 2.1. Zakonske norme o nadležnosti domaćeg suda

Najpre treba reći da pojam bračnih sporova, onako kako je definisan u Zakonu o rešavanju sukoba zakona, ne obuhvata sporove o vršenju roditeljskog prava, izdržavanju, deobi zajedničke imovine, povraćaju poklona i slično. Međunarodna nadležnost se posebno utvrđuje za svaki od ovih zahteva. Međutim, nadležnost za bračni spor se po našem pravu automatski proširuje i na spor o vršenju roditeljskog prava, zato što je sud, po imperativnoj normi Porodičnog zakona, u bračnom sporu dužan da odluči i o sudbini dece.<sup>6</sup>

Odlučivanje o vršenju roditeljskog prava može se pojaviti ne samo kao akcesorno pitanje u brakorazvodnoj parnici nego i kao samostalan predmet spora. U tom slučaju važi pravilo o opštoj nadležnosti po prebivalištu tuženog (lat. *forum rei*) i pravila o posebnoj nadležnosti iz čl. 66 i 69 Zakona o rešavanju sukoba zakona, na osnovu kojih će srpski sud biti nadležan za sporove o vršenju roditeljskog prava **ako su oba roditelja srpski državljani**, a za sporove o lišenju i vraćanju roditeljskog prava, stavljanju roditelja u položaj staraoca u pogledu upravljanja dečjom imovinom i drugim stvarima koje se odnose na lično stanje deteta i odnose između roditelja i deteta, **ako su podnosilac zahteva i lice prema kome se podnosi zahtev srpski državljani**, ili ako u postupku učestvuje samo jedno lice, **ako je to lice srpski državljanin**. Osnov posebne nadležnosti, kao što vidimo, u oba slučaja je domaće državljanstvo stranaka u sporu. Norme o

---

<sup>6</sup> Porodični zakon „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 18/2005 i 72/2011, čl. 226. st. 1.

nadležnosti srpskih sudova iz Zakona o rešavanju sukoba zakona koje se odnose na vršenje roditeljskog prava ne primenjuju se ako postoje uslovi za primenu dvostranog ugovora o pravnoj pomoći koji uređuje ovu materiju. Takve dvostrane ugovore imamo sa Mađarskom, Mongolijom, Poljskom, Rumunijom Rusijom, Slovačkom, Ukrajinom, Francuskom i Češkom.

## 2.2. Haška konvencija o zaštiti dece iz 1996. godine

Od 1. novembra 2016. godine, na snazi je novi izvor prava koji uređuje nadležnost, merodavno pravo, priznanje i izvršenje odluka i saradnju u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece – Haška konvencija iz 1996. godine (u daljem tekstu: Konvencija o zaštiti dece ili Konvencija).<sup>7</sup> Pristupanjem ovom instrumentu, na zahtev Evropske komisije,<sup>8</sup> Srbija je kompletirala trio haških konvencija posvećen zaštiti dece: prvo, Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece (1980),<sup>9</sup> zatim, Konvencija o zaštiti dece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (1993)<sup>10</sup> i na posletku, već pomenuta Konvencija o zaštiti dece (1996). Važno je napomenuti da ova Konvencija ima četrdeset devet država članica među kojima su sve države Evropske unije, kao i Ruska Federacija, Ukrajina, Crna Gora, Švajcarska i druge zemlje u pravcu kojih se odvija intenzivna međunarodna mobilnost naših građana.<sup>11</sup>

Konvencija između ostalog sadrži uniformna pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova i organa uprave država članica da „odrede mere za zaštitu ličnosti i imovine deteta“. Pod merama za zaštitu ličnosti i imovine deteta podrazumeva se veoma širok krug ovlašćenja sudova i organa uprave. Te mere mogu se odnositi ne samo na odnose roditelja i dece (sticanje, vršenje i prestanak roditeljskog prava, ograničenje roditeljskog prava, pravo na staranje o detetu, kao jedno od prava koje spada u sadržinu roditeljskog prava, pravo na određivanje uobičajenog i stalnog boravišta deteta, pravo na viđanje deteta i pravo da se dete određeno vreme odvede van mesta svog uobičajenog boravišta, pravo roditelja

---

<sup>7</sup> Videti član 1 Konvencije o zaštiti dece.

<sup>8</sup> Commission WP Enlargement + Countries Negotiating Accession to EU MD 46/14 15.5.14. Serbia: chapter 24 – Justice, freedom and security Screening report <http://www.europa.rs/upload/2014/Screening-report-chapter-24-serbia.pdf> , p. 23: „Serbia still needs to ratify the Hague Convention on private international law on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children (1996).“

<sup>9</sup> „Službeni list SFRJ“ br. 7/91. Na snazi u Srbiji na osnovu sukcesije bivše SFRJ, SRJ i Srbije i Crne Gore.

<sup>10</sup> „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 12/2013. Na snazi u Srbiji od 1. aprila 2014.

<sup>11</sup> Status konvencije proveren 25. januara 2019. godine na sajtu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>

da zastupaju dete), već i na šira pitanja zaštite dece.<sup>12</sup> Tako, pojam „mere“ obuhvata i određivanje staratelja deci bez roditeljskog staranja i određivanje njegovih funkcija. Dalje, ovaj pojam odnosi se i na smeštaj deteta u hraniteljsku porodicu ili ustanovu za zaštitu dece. Odnosi se i na nadzor državnih organa nad licima kojima je povereno staranje o detetu i na kraju, na upravljanje i raspolaganje imovinom deteta.<sup>13</sup> Konvencijski pojam „roditeljske odgovornosti“ je širi od pojma roditeljskog prava<sup>14</sup> jer obuhvata i „svaki drugi sličan odnos kojim se određuju prava, ovlašćenja i odgovornosti roditelja, staratelja ili drugih zakonskih zastupnika prema ličnosti i imovini deteta.“<sup>15</sup> Detetom se smatra devojčica ili dečak od rođenja do navršanih 18 godina.<sup>16</sup>

Iz svega navedenog zaključujemo da je polje primene Konvencije izuzetno široko – da obuhvata većinu pitanja koja se mogu pojaviti u vezi sa zaštitom dece sa prekograničnim elementom. Neka pitanja koja se odnose na zaštitu dece su ipak isključena iz njenog polja primene: lično ime deteta, priznanje, utvrđivanje i osporavanje očinstva i materinstva, pozakonjenje, usvojenje, obaveze izdržavanja, nasleđivanje, krivična odgovornost maloletnika itd.<sup>17</sup>

Najvažnija novina u oblasti međunarodne nadležnosti koju Konvencija uvodi sastoji se u novim osnovima nadležnosti domaćih sudova i u delimičnom isključenju starih osnova. U odnosu na decu čije je uobičajeno boravište u našoj ili u drugoj državi članici, primenjuju se norme o međunarodnoj nadležnosti sadržane u Konvenciji uz neke minimalne izuzetke o kojima će još biti reči.

### 2.3. Nadležnost sudova i organa uprave uobičajenog boravišta deteta

Nadležnost za sve mere za zaštitu ličnosti i imovine deteta data je primarno sudovima i organima uprave *države ugovornice u kojoj dete ima uobičajeno boravište*.<sup>18</sup> Tako, ako dete ima uobičajeno boravište u Srbiji, nadležni su sudovi i drugi organi (npr. centri za socijalni rad) Srbije. Ako se uobičajeno boravište deteta promeni, menja se i međunarodna nadležnost – stiču je sudovi i organi uprave novog uobičajenog boravišta, a gube organi prethodnog uobičajenog

---

<sup>12</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 3.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Sanja Marjanović, Nadležnost u materiji roditeljske odgovornosti i zaštita najboljeg interesa deteta u međunarodnom privatnom pravu Srbije, *Zbornik Liber Amicorum Gašo Knežević*, str. 124.

<sup>15</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 1, stav 2.

<sup>16</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 2.

<sup>17</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 4.

<sup>18</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 5, stav 1.

boravišta.<sup>19</sup> Ipak, mere određene u državi prethodnog uobičajenog boravišta ostaju na snazi u granicama onoga što je njima predviđeno, sve dok ih organi nadležni prema novom uobičajenom boravištu ne izmene, zamene ili ukinu.<sup>20</sup> Na primer, odluka o tome da roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo doneta u Srbiji dok je tu bilo uobičajeno boravište deteta ostaje na snazi sve dok je sud novog uobičajenog boravišta na zahtev jednog od roditelja ne izmeni i ne dodeli vršenje roditeljskog prava samo tom roditelju.

*Promena uobičajenog boravišta deteta mora biti zakonita* da bi nadležnost prešla sa organa jedne na organe druge države članice. Kada je uobičajeno boravište deteta promenjeno nezakonitim odvođenjem deteta u drugu državu članicu ili nezakonitim zadržavanjem deteta u drugoj državi članici, sudovi i organi uprave u državi članici u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište do trenutka odvođenja odnosno zadržavanja, ne gube nadležnost da odlučuju o merama za zaštitu ličnosti i imovine deteta. Drugim rečima, organi Srbije ostaju i dalje nadležni za odlučivanje o merama za zaštitu deteta ako dete bude nezakonito zadržano u drugoj državi članici. Oni će izgubiti nadležnost tek po proteku godinu dana, ako u međuvremenu nije pokrenut postupak za povratak deteta, i uz ispunjenje nekih dodatnih uslova.<sup>21</sup>

Na ovaj način, uvodi se i alternativni instrument kojim se može obezbediti povratak deteta ukoliko su tangirane države obe države članice Konvencije o zaštiti dece i Konvencije o otmici dece. Ako je dete nezakonito odvedeno iz Srbije ili nezakonito zadržano u državi članici ovih konvencija, domaći sud je na osnovu odredaba Konvencije o zaštiti dece nadležan da donese odluku kojom se naređuje hitan povratak deteta u Srbiju kao zemlju njegovog redovnog boravišta i ta odluka mora da bude priznata u zemlji članici Konvencije u koju je dete odvedeno, odnosno u kojoj je zadržano.<sup>22</sup> Ova odluka bi bila analogna onoj odluci koju sud države ugovornice u zemlji u koju je dete odvedeno može da donese na osnovu Konvencije o otmici dece. Ona po svojoj prirodi nije meritorna u smislu određivanja prava na staranje o detetu. Ništa ne sprečava lice koje traži povratak deteta da se istovremeno obrati i nadležnim organima države u koju je dete odvedeno na osnovu Konvencije o otmici dece, sa istim zahtevom, da se

---

<sup>19</sup> Odbijen je predlog delegacije SAD da organi države u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište zadrže isključivu nadležnost još dve godine po preseljenju deteta, ukoliko su doneli odluku o staranju o detetu ili o pravu na viđanje deteta, pod uslovom da je jedan od roditelja ostao da živi u toj državi. Paul Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, tome II, *Protection of children* (u daljem tekstu: Izveštaj Lagarda), pasus 41.

<sup>20</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 14.

<sup>21</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 7.

<sup>22</sup> Peter McEleavy, *The 1996 Hague Convention Practice Guide*, February 2013, str. 12.

donese odluka o hitnom povratku deteta u našu zemlju kao zemlju uobičajenog boravišta.

Konvencija o zaštiti dece polazi od pretpostavke da će dete uvek imati samo *jedno uobičajeno boravište*, ali ne daje parametre za pravno definisanje ove tačke vezivanja. Po mišljenju izvestioca,<sup>23</sup> *privremeno odsustvo deteta iz mesta njegovog uobičajenog boravišta* čak i duže vreme, na primer zbog školovanja, ili radi posete drugom roditelju koji ima pravo na viđanje, ne dovodi do promene njegovog uobičajenog boravišta.<sup>24</sup> S druge strane, za sticanje novog uobičajenog boravišta nije potrebno da protekne dug vremenski period. Ponekad se ono stiče trenutno, na primer u trenutku kada se cela porodica preseli iz jedne zemlje u drugu, ili kada se jedan roditelj preseli sa detetom u drugu zemlju uz saglasnost drugog roditelja.<sup>25</sup> Organ koji treba da odgovori na pitanje da li je nadležan po odredbama Konvencije, sam ocenjuje da li postoji uobičajeno boravište na njegovoj teritoriji, na osnovu svih okolnosti slučaja. Kasnije, prilikom priznanja odluke, organ u drugoj državi članici vezan je njegovom ocenom činjenica. Naime, pošto je pravna definicija uobičajenog boravišta svesno izostavljena iz Konvencije, utvrđivanje uobičajenog boravišta se smatra činjeničnim, a ne pravnim pitanjem.

Uobičajeno boravište se ne koristi kao tačka vezivanja u Zakonu o rešavanju sukoba zakona i do sada je bilo prisutno u našem pravnom poretku samo preko međunarodnih ugovora, kao što su haške i neke druge konvencije. Za sada ne postoji domaća sudska praksa koja bi poslužila za bolje razumevanje ovog pravnog standarda. Ako se uporedi sa tačkama vezivanja koje Zakon o rešavanju sukoba zakona koristi – državljanstvo i prebivalište, može se reći da uobičajeno boravište uvodi veću nesigurnost. Ovo je nestabilnija tačka vezivanja koja se ne može utvrditi na osnovu isprava već sud mora da pristupi analizi činjenica koje se, po pravilu, mogu različito tumačiti.<sup>26</sup> Pravni standard uobičajenog boravišta se još uvek nije harmonizovao ni u stranoj sudskoj praksi, a trebalo bi da služi za utvrđivanje nadležnosti i merodavnog prava u veoma važnim pitanjima

---

<sup>23</sup> Uz tekst haških konvencija uvek se objavljuje Izveštaj sa objašnjenjima – *Explanatory Report*. Za Konvenciju o roditeljskoj odgovornosti i zaštiti dece izveštaj je sačinio Pol Lagard, poznati francuski pravnik i profesor Međunarodnog privatnog prava na Sorboni. Vid. prethodnu fusnotu br. 19.

<sup>24</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 40.

<sup>25</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 41.

<sup>26</sup> Mirela Župan, Senija Ledić, Cross-Border Family Matters- Croatian Experience Prior to EU Accession and Future Expectations, *Pravni Vjesnik* br. 3-4/2014, str. 69.



roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece.<sup>27</sup> Zbog toga će biti potrebno uložiti vreme i novac u dodatno obrazovanje sudija, da bi se odredbe Konvencije počele uspešno i pravilno primenjivati u praksi.<sup>28</sup> Ono što se pokazuje iz dosadašnje strane prakse jeste da se ne uzima u obzir samo dužina boravka deteta na nekoj teritoriji nego i integrisanost deteta u datu društvenu sredinu.<sup>29</sup>

Uz neke izuzetke o kojima će biti reči u daljem tekstu, ako dete nema uobičajeno boravište u Srbiji, domaći sud nije nadležan na osnovu odredaba Konvencije. Međutim, ništa ne sprečava naš sud ili drugi nadležni organ da prihvati nadležnost na osnovu zakonskih normi o međunarodnoj nadležnosti,<sup>30</sup> pod uslovom da je uobičajeno boravište deteta izvan kruga država članica.<sup>31</sup> Pravila o nadležnosti uspostavljena Konvencijom ne isključuju primenu unutrašnjih (nacionalnih, zakonskih) normi o međunarodnoj nadležnosti ako dete nema uobičajeno boravište u državi članici. Na primer, ako je uobičajeno boravište deteta u Bosni i Hercegovini, domaći sud bi i dalje mogao da bude nadležan na osnovu članova 66 ili 69 Zakona o rešavanju sukoba zakona na osnovu zajedničkog srpskog državljanstva stranaka u sporu, jer se osnovno pravilo Konvencije o nadležnosti ne primenjuje u ovoj situaciji. Isto tako, mogu se primeniti i norme o proširenju nadležnosti za brakorazvodni spor i na odlučivanje o vršenju roditeljskog prava.

Ukoliko je pak, uobičajeno boravište deteta u drugoj državi članici, na primer u Austriji, domaći sud bi trebalo da se oglasi nenadležnim, čak i ako ima osnova za međunarodnu nadležnost po domaćem zakonu, jer tuženi ima prebivalište kod nas ili su stranke u sporu naši državljani.

---

<sup>27</sup> Videti o različitim tumačenjima standarda: Todd Heine, Home State, Cross-Border Custody, and Habitual Residence Jurisdiction: Time for a Temporal Standard in International Family Law, *Annual Survey of International & Comparative Law*, br. 1/2011, str. 9 i 36-49. O tome kako Sud unije tumači uobičajeno boravište videti kod: Koen Lenaerts. The Best Interests of the Child Always Come First: The Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice, *Jurisprudence*, br. 4/2013, str. 1305.

<sup>28</sup> Videti o sličnim problemima koji su se posle pristupanja Konvenciji o zaštiti dece i pre pristupanja Evropskoj uniji manifestovali u hrvatskom pravu: Mirela Župan, Senija Ledić, *op.cit.*, str. 70.

<sup>29</sup> Različiti kriterijumi od kojih se polazi u uporednopravnoj praksi prilikom određivanja uobičajenog boravišta, navedeni su u radu Sanje Marjanović, *op.cit.*, str. 132.

<sup>30</sup> The Hague Conference on Private International Law, *Practical Handbook on the operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, 2014 (u daljem tekstu: *Practical Handbook*), 26.

<sup>31</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 39.

Nadležnost domaćeg suda i organa uprave prestaje ako je uobičajeno boravište premešteno u drugu državu članicu **u toku trajanja postupka**,<sup>32</sup> što znači da se u ovim sporovima ne primenjuje pravilo o ustaljivanju nadležnosti (*perpetuatio fori*) iz člana 81 Zakona o rešavanju sukoba zakona.<sup>33</sup> Doduše, do premeštanja uobičajenog boravišta deteta kada je u toku postupak za određivanje mera za zaštitu dece pred nadležnim domaćim organom, može doći samo uz dozvolu tog organa. Ako su roditelji ili jedan od njih, odveli dete u drugu zemlju u toku postupka bez dozvole nadležnog organa, smatraće se da je dete zadržalo uobičajeno boravište u Srbiji i domaći organ će i dalje biti nadležan.<sup>34</sup>

#### 2.4. Nadležnost sudova i organa uprave mesta gde se dete nalazi

Kada domaći sud ili organ uprave, posle razmatranja svih okolnosti slučaja zaključi da se uobičajeno boravište deteta ne može odrediti, njegova nadležnost može da se utvrdi na osnovu činjenice da se *dete nalazi u Srbiji*.<sup>35</sup> Ako se kasnije utvrdi gde je uobičajeno boravište deteta, i ako je to u državi članici Konvencije, ova izuzetna nadležnost prestaje i sud, odnosno organ uprave, od tog trenutka treba da se oglasi nenadležnim. Ovaj osnov međunarodne nadležnosti primenjuje se i na decu izbeglice i raseljena lica.<sup>36</sup>

#### 2.5. Nadležnost suda koji vodi brakorazvodni postupak

Posebnu pažnju treba posvetiti odnosu normi o nadležnosti iz Konvencije i normi domaćih zakona o nadležnosti za bračne sporove. U uporednom pravu, sud koji rešava u brakorazvodnoj parnici (u daljem tekstu: brakorazvodni sud) nadležan je da odluči i o vršenju roditeljskog prava bez obzira na uobičajeno boravište deteta. Ovo pravilo je prihvaćeno u većini država članica. Zbog toga je i u Konvenciju uneta odredba koja dopušta konkurentnu nadležnost koju dele „brakorazvodni sud“ i sud uobičajenog boravišta deteta ako je uobičajeno boravište deteta u drugoj državi članici, a ne u državi gde se rešava o razvodu braka njegovih roditelja.<sup>37</sup> Međutim, nadležnost brakorazvodnog suda je vremenski ograničena. Naime, brakorazvodni sud je nadležan da odlučuje o merama za zaštitu ličnosti i imovine deteta, odnosno o vršenju roditeljskog

---

<sup>32</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 42.

<sup>33</sup> Predlog delegacija Australije, Irske, Ujedinjenog Kraljevstva i SAD da se zadrži princip *perpetuatio fori* odbijen je većinom glasova, Ibidem.

<sup>34</sup> Practical Handbook, 168.

<sup>35</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 6, stav 2.

<sup>36</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 6, stav 1.

<sup>37</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 10.

prava, samo dok traje brakorazvodna parnica. Njegova nadležnost prestaje donošenjem pravnosnažne odluke o razvodu braka.<sup>38</sup>

Nadležnost brakorazvodnog suda je dalje limitirana uslovima koji se u odredbama Konvencije postavljaju da bi ona postojala, a to su tri kumulativna uslova: prvo, potrebno je da jedan od roditelja ima uobičajeno boravište u državi u kojoj se vodi brakorazvodna parnica i da je titular roditeljskog prava u odnosu na to dete. Ovim uslovom se npr. utiče na mogućnost da o vršenju roditeljskog prava odlučuje domaći sud kada je za brakorazvodnu parnicu nadležan na osnovu zajedničkog srpskog državljanstva roditelja. Taj sud će sada moći da bude nadležan samo ako jedan od roditelja koji je titular roditeljskog prava ima uobičajeno boravište u Srbiji. Drugi i treći uslov koji moraju kumulativno da budu ispunjeni jesu da i drugi roditelj prihvata nadležnost domaćeg suda za odlučivanje o roditeljskom pravu i da je nadležnost našeg suda u najboljem interesu deteta.

Na primer, ako se pred našim sudom vodi brakorazvodna parnica između tužioca koji je domaći državljanin i ima prebivalište u Srbiji i tužene koja je državljanica Austrije i ima prebivalište u Austriji, domaći sud će biti nadležan da odlučuje o vršenju roditeljskog prava mada je uobičajeno boravište deteta sa majkom u Austriji, pod uslovom da se majka saglasi sa nadležnošću našeg suda i da sud smatra da je to u najboljem interesu deteta. U slučaju da se majka protivi nadležnosti, domaći brakorazvodni sud dužan je da se uzdrži od rešavanja o vršenju roditeljskog prava, jer je za odlučivanje o tome nadležan sud Austrije – države članice Konvencije u kojoj dete ima uobičajeno boravište. Na ovaj način se utiče i na imperativno pravilo Porodičnog zakona o obavezi brakorazvodnog suda da donese odluku o vršenju roditeljskog prava. Sada se u sporovima sa inostranim elementom koji spadaju u polje primene Konvencije, to imperativno pravilo može primeniti samo ukoliko je u skladu sa pravilima o nadležnosti iz Konvencije, odnosno ako dete ima uobičajeno boravište kod nas, ili ako ga nema, pod uslovom da jedan od roditelja ima uobičajeno boravište kod nas, da su roditelji saglasni da o tome odluči domaći sud (*prorogatio fori*) i da je to u najboljem interesu deteta.

Treba istaći i činjenicu da Konvencija ne uspostavlja poseban osnov nadležnosti za odlučivanje o roditeljskom pravu i merama za zaštitu dece u korist brakorazvodnog suda, već brakorazvodni sudovi mogu o tome odlučivati „ako im pravo njihove države [to] dozvoljava.“<sup>39</sup> Prema tome, ako su ispunjeni ostali uslovi iz člana 10 Konvencije, domaći brakorazvodni sud mora se i dalje pozivati na odredbe domaćeg zakona koje mu „dozvoljavaju“ da odlučuje o roditeljskom

---

<sup>38</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 10, stav 2.

<sup>39</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 10, stav 1.

pravu i merama za zaštitu dece u datom sporu sa inostranim elementom (na primer na član 66 ili 69 Zakona o rešavanju sukoba zakona ili na član 226, stav 1 Porodičog zakona).

Budući da je nadležnost brakorazvodnog suda i suda uobičajenog boravišta deteta konkurentna, Konvencija sadrži i pravilo o litispendenciji između organa različitih država članica. Sud uobičajenog boravišta deteta je dužan da se uzdrži od odlučivanja o roditeljskom pravu ako je u trenutku pokretanja postupka već zatraženo od brakorazvodnog suda koji je nadležan na osnovu člana 10 da odluči o tome i obrnuto. Naime, član 13, stav 1 Konvencije predviđa: „Organi države ugovornice nadležni za određivanje mera zaštite ličnosti ili imovine deteta na osnovu čl. 5-10 dužni su da se uzdrže od odlučivanja ako su u trenutku pokretanja postupka već bile zatražene slične mere od organa druge države ugovornice, nadležnih na osnovu čl. 5-10, a njihovo razmatranje je još uvek u toku.”

Međutim, ako je od jednog suda zatraženo da odluči o vršenju roditeljskog prava, a od drugog, na primer, da donese neku zaštitnu meru ograničenog domašaja, koja se odnosi, na primer, na upravljanje imovinom deteta, činjenica da je pred jednim sudom u toku postupak o jednom pitanju ne sprečava drugi konkurentno nadležni sud da rešava od drugom pitanju.<sup>40</sup> Za razliku od klasičnog pravila o litispendenciji koje daje prednost ranije pokrenutom postupku, organ koji je ranije započeo postupak može se po konvencijskim pravilima oglasiti nenadležnim (iako je po pravilima Konvencije nadležan) i prepustiti organu druge države članice koji je takođe nadležan, ali je pred njim kasnije pokrenut postupak, da on odluči o datom pitanju.<sup>41</sup>

## 2.6. Ustupanje nadležnosti

Ovde se priča o pravilima o nadležnosti iz Konvencije o zaštiti dece ne završava. Ako nisu ispunjeni strogi uslovi da brakorazvodni sud odlučuje o roditeljskom pravu, taj sud se može obratiti sudu ili organu uprave države članice u kojoj dete ima uobičajeno boravište i zatražiti od tog suda ili organa da mu dozvoli da zasnuje nadležnost za određivanje mera za zaštitu deteta koje smatra neophodnim. Takođe, može uputiti i stranke da one podnesu zahtev sudu ili organu uprave države članice u kojoj dete ima uobičajeno boravište.<sup>42</sup> Ista mogućnost predviđena je i *ukoliko je dete domaći državljanin* ili ako postoji druga značajna veza između deteta i naše države koja daje našem sudu osnov da zaključi da bi u konkretnom slučaju bio u boljem položaju da oceni najbolji

---

<sup>40</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 79.

<sup>41</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 13, stav 2.

<sup>42</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 9.

interes deteta.<sup>43</sup> Da bi postupao, domaći sud mora da dobije izričitu dozvolu suda ili organa uprave države članice u kojoj dete ima uobičajeno boravište. Čutanje tih organa nije dovoljno.<sup>44</sup> Saglasnost stranaka sa prenosom nadležnosti sa jednog na drugi sud ili organ uprave nije neophodna, dovoljno je da se sudovi ili organi uprave država članica o tome slože.<sup>45</sup> Zahtev za prenos nadležnosti može uputiti i sud države u kojoj se nalazi uobičajeno boravište deteta.<sup>46</sup>

Ovim odredbama omogućava se da organi država članica koji su konkurentno nadležni međusobno utvrde koji je od njih najpogodniji da rešava o interesima deteta, odnosno uvodi se i doktrina *forum conveniens* i *forum non conveniens* u naš sistem, u okvirima oblasti primene Konvencije.<sup>47</sup>

Kao primer kada bi moglo doći do ustupanja nadležnosti našem sudu kao sudu državljanstva može se navesti upravo slučaj koji je iznet na početku, kada jedan od roditelja i dete, naši državljani, imaju uobičajeno boravište u drugoj državi članici, na primer u Austriji, a drugi roditelj ima uobičajeno boravište u Srbiji. Ako se pred domaćim sudom vodi brakorazvodna parnica i ako dete u Srbiji ima rodbinu, drugove i bolje govori srpski od nemačkog jezika, može se pretpostaviti da je u interesu deteta da o zaštiti njegove ličnosti i imovine odlučuju domaći organi. Tada bi se sud druge države članice u kojoj je uobičajeno boravište deteta (Austrije) mogao obratiti domaćem sudu i preneti na njega nadležnost za odlučivanje o merama za zaštitu deteta, ili bi domaći sud mogao zatražiti od austrijskog suda da mu prepusti odlučivanje čak i ako nisu ispunjeni svi uslovi za odlučivanje brakorazvodnog suda iz člana 10 Konvencije.

U primeru koji smo naveli na početku nije se ostvarila saradnja između sudova Austrije i Srbije i nije došlo do ustupanja nadležnosti našem sudu da odlučuje o roditeljskom pravu u okviru brakorazvodne parnice. Niti je domaći sud to zatražio, niti je austrijski sud uzeo u obzir izjavu oca o tome da se u Srbiji već vodi postupak u kome se odlučuje o vršenju roditeljskog prava. Kada je u pitanju domaći sud, verovatno je bila reč o nepoznavanju odredaba Konvencije i instituta ustupanja nadležnosti između sudova različitih država članica.

S druge strane, odluka austrijskog suda kojom se prihvata nadležnost zasnovana je na Uredbi br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti (u daljem tekstu: Druga briselska uredba ili Uredba), a ne na Konvenciji. Naime, u doktrini koja se bavi ovom

---

<sup>43</sup> Konvencija o zaštiti dece, čl. 8 i 9.

<sup>44</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 60.

<sup>45</sup> Practical Handbook, 59.

<sup>46</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 8.

<sup>47</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 52.

Uredbom redovno se susreće stav da se njene odredbe primenjuju uvek kada je uobičajeno boravište deteta u državi članici Evropske unije.<sup>48</sup> Jača snaga Druge briselske uredbe izvodi se iz člana 61 te Uredbe (*disconnection clause*).<sup>49</sup> To znači da se sudovi država članica uopšte ne obaziru na Konvenciju kada postoji osnov za primenu odredaba Druge briselske uredbe. Trebalo bi u odnosu na države koje nisu članice Unije, kao što je Srbija, da primene članove 8-10 i 13 Konvencije (o ustupanju nadležnosti, nadležnosti brakorazvodnog suda i litispendenciji), pa uostalom i član 5 Konvencije koji predviđa nadležnost na osnovu uobičajenog boravišta deteta, ali oni to ne čine, s obzirom na široku formulaciju člana 61 Uredbe.

Tako na primer u Vodiču za primenu Konvencije u Ujedinjenom Kraljevstvu, navodi se: „The scope for using Article 8 must be limited given that where a child is habitually resident in part of the United Kingdom, jurisdiction must be exercised under Brussels IIa, rather than Article 5 of the Convention (due to the effect of Article 61(a) of Brussels IIa.”<sup>50</sup> (Prostor za primenu člana 8 je, po svemu sudeći, ograničen budući da u situaciji kada dete ima uobičajeno boravište u Ujedinjenom Kraljevstvu, nadležnost mora da se prihvati na osnovu Druge briselske uredbe, a ne na osnovu člana 5 Konvencije (zbog dejstva člana 61(a) Druge briselske uredbe).“ Poznati sudija Suda Evropske unije u jednom od svojih radova ističe: „It is true that for matters falling within its scope, the Brussels II bis Regulation takes precedence over those multilateral Conventions.“ (Istina je da za pitanja koja spadaju u njeno polje primene Druga briselska uredba ima prednost u odnosu na ove multilateralne Konvencije – govoreći o konvencijama o otmici i o zaštiti dece).<sup>51</sup>

Ukratko, kada je uobičajeno boravište deteta u državi članici Evropske unije, odredbe Konvencije o ustupanju nadležnosti i o litispendenciji de fakto ostaju prazno slovo na papiru.

Domaćem sudu u ovakvoj situaciji ostaje mogućnost da zasnuje nadležnost na osnovu člana 10 Konvencije, ukoliko oceni da i drugi roditelj prihvata nadležnost domaćeg suda. Međutim, njegova odluka o vršenju roditeljskog prava verovatno ne bi bila priznata u Austriji gde se nalazi uobičajeno boravište deteta, ili bi

---

<sup>48</sup> Ulrich Magnus, Peter Mankowski, *op. cit.*, str. 431. Prema tekstu koji se navodi kod ovih autora, Haška konvencija iz 1996. se primenjuje kada se uobičajeno boravište deteta nalazi na teritoriji države članice, ali Druga briselska uredba odnosi prevagu kada se uobičajeno boravište deteta nalazi na teritoriji države članice Evropske unije.

<sup>49</sup> Ibidem, str. 158.

<sup>50</sup> Peter McEavey, *The 1996 Hague Convention Practice Guide*, February 2013, str. 16.

<sup>51</sup> Koen Lenaerts. *op.cit.* str. 1304.

izazvala, kako jedan autor to slikovito predstavlja: „košmar izvršenja konkurentnih odluka o istoj stvari koji ugrožava najbolji interes deteta“.<sup>52</sup>

Tumačenje uslova da drugi roditelj prihvata nadležnost brakorazvodnog suda može da izazove protivrečne odluke o nadležnosti ako se okolnosti iskombinuju onako kako su se pojavile u navedenom sporu. Naime, majka se pred domaćim sudom upustila u brakorazvodnu parnicu i iznela je, između ostalog, razloge zbog kojih roditeljsko pravo treba da bude povereno njoj. Ovakvo upuštanje u raspravljanje o predmetu spora se prema domaćem pravu smatra pristankom na nadležnost. Međutim, činjenica da je majka istovremeno pokrenula paralelni postupak i pred austrijskim sudom za rešavanje istog pitanja, za austrijski sud je možda predstavljala signal da ona ne prihvata nadležnost brakorazvodnog suda u Srbiji da o tome odlučuje. Prema tome, sa stanovišta austrijskog suda, uslovi iz člana 10 Konvencije za nadležnost našeg suda nisu ispunjeni. Ovo razmatramo samo kao pretpostavku, jer kao što smo rekli, austrijski sud se, donoseći odluku na osnovu Druge briselske uredbe, uopšte nije upuštao u pitanje litispendencije na osnovu člana 13 Konvencije.

Prema Konvenciji, ustupanje nadležnosti na osnovu članova 8 i 9 nije trajno, već se odnosi samo na konkretan slučaj kada je ocenjeno da je to u najboljem interesu deteta.<sup>53</sup> To znači da sud uobičajenog boravišta deteta (ako uobičajeno boravište ostane u toj državi članici Konvencije) može odlučivati o drugim važnim pitanjima zaštite njegove ličnosti i imovine u nekom kasnije pokrenutom postuku.

## 2.7. Nadležnost suda za određivanje privremene mere

U situacijama kada postoji potreba za hitnim delovanjem ili za određivanjem privremenih mera, Konvencija dozvoljava da se kao osnov nadležnosti upotrebi **prisustvo deteta ili njegove imovine na teritoriji suda**.<sup>54</sup> Za razliku od ostalih odredaba o nadležnosti, ova privremena nadležnost predviđena je za svu decu koja su prisutna ili imaju imovinu na teritoriji države suda, bez obzira na to da li imaju uobičajeno boravište u državi članici.<sup>55</sup> Primera radi, nadležnost tog suda je opravdana u sledećim situacijama: dete se nalazi izvan države svog uobičajenog boravišta i pojavljuje se potreba za određivanjem zakonskog zastupnika radi odobravanja da se preduzme hitna medicinska intervencija u zemlji u kojoj se dete trenutno nalazi; stvarima koje pripadaju detetu pretilo propadanje ako se

---

<sup>52</sup> Todd Heine, op.cit., str. 15.

<sup>53</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 56.

<sup>54</sup> Konvencija o zaštiti dece, čl. 11 i 12.

<sup>55</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 67.

odmah ne prodaju i stoga treba hitno odrediti meru javne prodaje u državi u kojoj se stvari nalaze itd.<sup>56</sup>

## **2.8. Zaključak o nadležnosti domaćih sudova u materiji roditeljske odgovornosti**

Norme Konvencije o nadležnosti predstavljaju „zatvoren i zaokružen sistem“<sup>57</sup> jer se najveći broj tih normi primenjuje samo ako je uobičajeno boravište deteta u nekoj od država članica, bilo u državi organa koji postupa, bilo u drugoj državi članici.<sup>58</sup> S druge strane, ako je uobičajeno boravište deteta u drugoj državi članici, domaći sud može uspostaviti nadležnost samo na osnovu odredaba Konvencije. Iz ovoga sledi da u novom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu treba predvideti norme o međunarodnoj nadležnosti suda i drugog organa za odlučivanje o roditeljskom pravu za slučajeve koji ne spadaju u oblast primene Konvencije. Takođe, treba predvideti proširenje međunarodne nadležnosti brakorazvodnog suda da rešava i o vršenju roditeljskog prava posle razvoda braka.

Na kraju ovog odeljka o međunarodnoj nadležnosti, treba napomenuti da odredbe starijih dvostranih ugovora koje smo nabrojali na početku, na osnovu člana 52 stav 1 Konvencije, imaju prednost u primeni u odnosu na njene odredbe. Zbog toga se naše međunarodno privatno pravo komplikuje, jer sada imamo tri pravna režima za utvrđivanje nadležnosti naših sudova u sporovima o merama za zaštitu dece sa inostranim elementom: režim nadležnosti na osnovu Konvencije (za države članice sa kojima nemamo dvostrane ugovore), režim nadležnosti na osnovu dvostranih ugovora (za države sa kojima imamo dvostrane ugovore) i zakonski režim nadležnosti, za one države sa kojima nemamo ni dvostrane ni višestranne ugovore. To je nezadovoljavajuća situacija koju bi što pre trebalo pojednostaviti.<sup>59</sup>

## **3. Merodavno pravo**

### **3.1. Merodavno pravo za mere za zaštitu ličnosti i imovine deteta**

Druga fundamentalna promena koju unosi Konvencija u domaći sistem međunarodnog privatnog prava jeste da kolizione norme postaju sekundarne po značaju u odnosu na norme o međunarodnoj nadležnosti. Sve se svodi na pitanje

---

<sup>56</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 68.

<sup>57</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 84.

<sup>58</sup> Izuzetak od ovoga su jedino norme o hitnoj nadležnosti i nadležnosti za privremene mere, koje se mogu primeniti i u slučaju da je uobičajeno boravište deteta u državi nečlanici.

<sup>59</sup> Videti predloge o tome kako da se to učini kod Sanje Marjanović, *op.cit.*, str. 137.



da li je domaći organ nadležan da rešava o *merama za zaštitu ličnosti i imovine deteta*. Ukoliko jeste, ovlašćen je da primeni sopstveno, domaće pravo (*lex fori*),<sup>60</sup> a organi u svim drugim zemljama članicama dužni su da priznaju i izvrše njegovu odluku. Isto pravilo važi i *vice versa*: na decu za čiju je zaštitu nadležan organ druge države članice, taj organ primenjuje sopstveno pravo, a domaći organ ima obavezu da njegovu odluku prizna i izvrši. Jednostavnost pravila o merodavnom pravu predstavlja nadoknadu za složenost pravila o nadležnosti. Tek kad se ovo pravilo o merodavnom pravu ima u vidu, uobičajeno boravište kao primarni osnov nadležnosti dobija svoje puno značenje. Budući da je primarna tačka vezivanja za određivanje međunarodne nadležnosti uobičajeno boravište deteta, posredno će ta tačka vezivanja biti primarna i za određivanje merodavnog prava. Biće dakle u većini slučajeva merodavno *pravo uobičajenog boravišta deteta*. U vreme opšte mobilnosti, kada je mesto stanovanja relativno lako premestiti iz jedne zemlje u drugu, ova činjenica postaje vrhovni kriterijum za sticanje i gubljenje ovlašćenja da se odlučuje o deci po sopstvenim pravilima.

U slučaju promene uobičajenog boravišta, mere određene u državi članici ostaju na snazi, ali se na „*uslove za njihovo sprovođenje*“ primenjuje, od trenutka promene, pravo te druge države.<sup>61</sup> Ako je po sredi neki drugi osnov nadležnosti, kao što je na primer, nadležnost brakorazvodnog suda, taj sud takođe primenjuje sopstveno pravo (a ne pravo uobičajenog boravišta deteta) kada odlučuje o vršenju roditeljskog prava supružnika.

Isključenje primene stranog prava ipak nije potpuno. Sud ili drugi organ kada odlučuje o meri za zaštitu ličnosti i imovine deteta, **može** primeniti ili uzeti u obzir i pravo druge države sa kojom je situacija značajno povezana.<sup>62</sup> Ovo je takođe jedna novina u našem međunarodnom porodičnom pravu, jer se domaćem sudu ostavlja diskreciono pravo da primeni ili uzme u obzir i pravo neke druge države osim merodavnog prava. Do sada sud nije imao ovakva diskreciona ovlašćenja u porodičnim odnosima sa inostranim elementom. Pošto je reč o izuzetku, o posebnoj klauzuli odstupanja, ta ovlašćenja se ipak moraju oprezno koristiti.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 15, stav 1.

<sup>61</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 15, stav 3.

<sup>62</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 15, stav 2.

<sup>63</sup> Practical Handbook, str. 91.

### 3.2. Merodavno pravo za sticanje i prestanak roditeljske odgovornosti neposredno na osnovu zakona

**Sticanje roditeljske odgovornosti** neposredno na osnovu zakona, bez potrebe da se donosi odluka nadležnog organa, izdvojeno je u posebnu pravnu kategoriju. Reč je o sticanju roditeljskog prava na osnovu zakona, po domaćoj pravnoj terminologiji, do koga dolazi rođenjem deteta ili priznavanjem očinstva, odnosno materinstva. Za sticanje roditeljskog prava merodavno je pravo uobičajenog boravišta deteta.<sup>64</sup> Roditeljska odgovornost koja je stečena prema pravu države uobičajenog boravišta produžava se i posle premeštanja uobičajenog boravišta deteta u drugu državu.<sup>65</sup> Ova odredba o priznavanju stečenih prava praktično znači obavezu za organe države članice u koju se dete preselilo, da prilikom utvrđivanja ko je titular roditeljske odgovornosti uzmu u obzir i primene strano pravo -- pravo države u kojoj je bilo prethodno uobičajeno boravište. Ako se uobičajeno boravište deteta promeni, za sticanje roditeljske odgovornosti neposredno na osnovu zakona od strane lica koje do tada nije bilo njen titular, postaje merodavno pravo države novog uobičajenog boravišta.<sup>66</sup> Drugim rečima, kada se dete preseli u drugu državu članicu, roditeljsko pravo može se steći neposredno na osnovu zakona te druge države članice (ako po zakonu prethode države članice nije stečeno). Tako kod nas, vanbračni otac koji je priznao očinstvo stiče roditeljsko pravo neposredno na osnovu zakona, a u Ujedinjenom Kraljevstvu ga ne stiče automatski već samo na osnovu sporazuma sa majkom ili na osnovu sudske odluke.<sup>67</sup> Ako bi se dete preselilo iz Ujedinjenog Kraljevstva u Srbiju, vanbračni otac bi po našem zakonu stekao roditeljsko pravo koje ranije nije imao. Ako bi se dete preselilo iz Srbije u Ujedinjeno Kraljevstvo, vanbračni otac ne bi izgubio roditeljsko pravo stečeno po našem zakonu. Eventualni sukob između više titulara roditeljskog prava koji su dobili ovlašćenja po različitim zakonima, rešavao bi organ države kome se neki od titulara obrati i koji je nadležan na osnovu odredaba Konvencije.<sup>68</sup>

Navedene kolizione norme primenjuju se jednako i na *prestanak roditeljske odgovornosti* neposredno na osnovu zakona, na primer u slučaju smrti jednog od roditelja ili dostizanja punoletstva. Merodavno je pravo uobičajenog boravišta deteta u vreme kada nastupa događaj koji dovodi do prestanka roditeljske odgovornosti po samom zakonu. Pored toga, izričito je predviđeno da roditeljska

---

<sup>64</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 16, stav 1.

<sup>65</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 16, stav 3.

<sup>66</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 16, stav 4.

<sup>67</sup> Peter McEleavy, *op.cit.*, str. 31.

<sup>68</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 108.

odgovornost koja je postojala na osnovu zakona prethodnog uobičajenog boravišta može prestati ako organ države članice nadležan na osnovu odredaba Konvencije donese odgovarajuću meru kojom se roditeljska odgovornost ukida ili se menjaju uslovi njenog vršenja.<sup>69</sup>

### **3.3. Merodavno pravo za sticanje roditeljske odgovornosti na osnovu sporazuma roditelja ili na osnovu jednostranog akta**

Na sticanje roditeljske odgovornosti na osnovu sporazuma roditelja ili na osnovu jednostranog akta kao što je zaveštanje, bez potrebe da se donosi odluka nadležnog organa, primenjuje se pravo uobičajenog boravišta deteta u vreme kada taj sporazum ili jednostrani akt proizvodi dejstvo (na primer, u vreme kada odluka o razvodu postane pravnosnažna ili kada zaveštalac umre).<sup>70</sup> Smatra se da ne postoji potreba da se donosi odluka nadležnog organa ako se učešće organa svodi na registraciju sporazuma ili jednostranog akta kao što je, na primer priznanje očinstva, odnosno ako taj organ nema nikakav uticaj na sadržinu sporazuma, odnosno jednostranog akta.<sup>71</sup>

### **3.4. Merodavno pravo za vršenje prava koja proističu iz roditeljske odgovornosti**

Za razliku od sticanja i prestanka roditeljske odgovornosti za koje može doći u obzir primena stranog prava – odnosno prava ranijeg uobičajenog boravišta deteta – *vršenje prava koja proističu iz roditeljske odgovornosti* podvrgnuto je pravu uobičajenog boravišta deteta u trenutku kada to pravo treba vršiti.<sup>72</sup> Ako je dete od skora steklo uobičajeno boravište kod nas, lica koja imaju roditeljsko pravo biće određena prema pravu prethodnog uobičajenog boravišta, ali se roditeljsko pravo vrši po našem pravu.

### **3.5. Merodavno pravo za punovažnost pravnog posla koji se zaključuje sa zakonskim zastupnikom deteta**

**Zaštita savesnih trećih lica** predmet je posebne kolizione norme<sup>73</sup> koja se odnosi na punovažnost pravnog posla zaključenog između trećeg lica i prividnog zastupnika deteta. Punovažnost takvog pravnog posla ne može se osporavati ako je prividni zastupnik po pravu te države u kojoj je pravni posao zaključen imao svojstvo zakonskog zastupnika deteta i bio je prisutan na teritoriji te države pri

<sup>69</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 18.

<sup>70</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 16, stav 2.

<sup>71</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 103, fusnota 54.

<sup>72</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 17.

<sup>73</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 19.

zaključenju pravnog posla. Punovažost pravnog posla se može uspešno osporiti samo ako se dokaže da je treće lice bilo nesavesno, odnosno da je znalo ili moralo znati da je za roditeljsku odgovornost merodavno pravo ranijeg uobičajenog boravišta deteta po kojem zakonski zastupnik ne bi bio ovlašćen da zaključi pravni posao. Ovo pravilo predstavlja primenu principa iz odluke *Lizardi*<sup>74</sup> na zakonsko zastupanje dece. To znači, praktično, da će za određivanje lica koje je zakonski zastupnik deteta biti merodavno *pravo mesta zaključenja pravnog posla* ako je drugi ugovarač savestan i ako su ugovarači bili prisutni na teritoriji te iste države.<sup>75</sup> Savestan ugovarač ne mora da zna da je po pravu ranijeg uobičajenog boravišta deteta, koje se kontinuirano primenjuje, drugo lice bilo ovlašćeni zakonski zastupnik.

### 3.6. Univerzalna primena kolizionih normi iz Konvencije

**Univerzalna primena** kolizionih normi iz Konvencije znači da se one primenjuju bez obzira da li je država čije je pravo merodavno po tim normama država članica Konvencije. Zbog toga se kolizionna norma iz člana 40 Zakona o rešavanju sukoba zakona ne može više primenjivati od stupanja na snagu Konvencije. Isti je slučaj i sa normom iz člana 15 Zakona (merodavno pravo za starateljstvo), ako je reč o stavljanju pod starateljstvo i prestanku starateljstva. Član 15 može se i dalje primeniti ako je reč o starateljstvo nad odraslim licima. Kolizione norme iz dvostranih ugovora koje se odnose na ova pitanja i dalje imaju prednost u primeni, s pozivom na član 52 Konvencije.

## 4. Priznanje stranih odluka o roditeljskoj odgovornosti

U našem pravnom sistemu postoje *dva pravna režima* priznanja i izvršenja stranih odluka o vršenju roditeljskog prava i o merama za zaštitu ličnosti i imovine deteta: konvencijski i zakonski. Uslovi za priznanje i izvršenje se donekle razlikuju po jednom i po drugom.

### 4.1. Zakonski režim priznanja stranih odluka

Kada je u pitanju **zakonski režim**, uslovi za priznanje strane odluke o vršenju roditeljskog prava cene se posebno ako je ta odluka sastavni deo odluke o razvodu braka. Za priznanje stranih odluka u ovoj materiji pored opštih odredaba Zakona o rešavanju sukoba zakona koje se odnose na priznanje stranih statusnih odluka (čl. 86-95 i 101) od posebnog značaja je čl. 66. Zakona o rešavanju sukoba zakona koji u stavu 2 predviđa isključivu nadležnost srpskog suda ako su *tuženi i dete* srpski državljani i ako imaju prebivalište u Srbiji. Za razliku od brakorazvodne

---

<sup>74</sup> *De Lizardi v. Chaize*, Cass. req. 16. jan. 1861.

<sup>75</sup> Practical Handbook, str. 98.

odluke, stranke ne mogu svojom dispozicijom otkloniti ovu prepreku za priznanje koja postoji na osnovu čl. 89, st. 1 Zakona. Ostali uslovi za priznanje isti su kao i kod drugih statusnih odluka.

#### 4.2. Konvencijski režim priznanja stranih odluka

*Konvencijski režim* priznanja primenjuje se *samo između država članica* i obuhvata pravila tri konvencije: Konvencije o otmici dece (1980), Evropske konvencije o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci i o ponovnom uspostavljanju odnosa staranja (1980) koju je naša zemlja ratifikovala 2001. godine i Konvencije o zaštiti dece (1996) o kojoj je ovde reč. Primarno treba rešiti pitanje kada se koja od ovih konvencija primenjuje i koja od njih ima prednost u primeni ako su obe ili sve tri istovremeno primenljive.

#### 4.3. Konvencija o otmici dece

Domaći sud i drugi nadležni organ dužan je da uzme u obzir stranu sudsku odluku o pravu na staranje o detetu donetu u zemlji u kojoj se nalazilo uobičajeno boravište deteta i bez formalnog priznanja, ako su ispunjeni uslovi za primenu Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece.<sup>76</sup> Pravila o isključivoj nadležnosti našeg pravosuđa, ako su prekršena, ne predstavljaju prepreku da se strana odluka uzme u obzir. Dakle, nije prepreka to što je strani sud odlučivao o detetu domaćeg državljanstva koje po našem pravu ima i prebivalište kod nas.

Važno je napomenuti da Konvencija o otmici ne sadrži pravila kojima bi se bliže uredilo priznanje stranih odluka i propisali uslovi pod kojima je to moguće učiniti, već, naprotiv, obavezuje sud da uzme u obzir stranu sudsku odluku bez preispitivanja bilo kakvih uslova za priznanje, odnosno, i u slučaju kada ona inače ne bi ispunjavala uslove za priznanje.<sup>77</sup> Konvencija o zaštiti dece daje prednost u primeni Konvenciji o otmici dece u odnosima između država članica obeju konvencija. Međutim, kao što smo već napomenuli stranka se može pozvati i na njene odredbe (a ne samo na odredbe Konvencije o otmici dece) radi povratka nezakonito odvedenog ili zadržanog deteta ili radi organizovanja prava na viđanje.<sup>78</sup> Na primer, stranka može tražiti od domaćeg suda da donese odluku kojom se njoj dodeljuje isključivo pravo staranja o detetu i/ili naređuje povratak deteta koje je nezakonito odvedeno u drugu državu ugovornicu.

---

<sup>76</sup> Konvencija o otmici dece, član 14.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 50.

#### 4.4. Evropska konvencija o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci

Evropska konvencija o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci i o ponovnom uspostavljanju odnosa staranja uređuje priznanje i izvršenje odluka o staranju o deci donetih u drugim državama članicama. U konkurenciji sa odredbama o priznanju i izvršenju iz Konvencije o zaštiti dece, odredbe Evropske konvencije o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci imaju prednost u primeni.<sup>79</sup> Međutim, Evropska konvencija u članu 19 omogućava podnosiocu zahteva da se opredeli iza primenu nekog drugog instrumenta, uključujući i Zakon o rešavanju sukoba zakona ili Konvenciju o zaštiti dece. Evropska konvencija u članu 14 predviđa jednostavan postupak za priznanje i izvršenje odluka o staranju o deci. Jedna od dobrih strana ove konvencije jeste što ona ne pravi razliku između privremenih mera i konačnih odluka, te se na osnovu njenih odredaba može tražiti i izvršenje odluka o privremenim merama.<sup>80</sup>

#### 4.5. Konvencija o zaštiti dece

U slučaju da je druga strana iz države članice Konvencije o zaštiti dece, ne primenjuje se zakonski režim priznanja stranih odluka. Veoma je važno da je Konvencijom o zaštiti dece u naš pravni sistem uvedeno priznanje mera koje su doneli organa država članica neposredno na osnovu odredaba Konvencije, što znači da nije neophodno (mada je i dalje moguće) voditi poseban vanparnični postupak radi priznanja, sve dok lice koje se poziva na stranu odluku ne traži njeno prinudno izvršenje.<sup>81</sup> Ako se jedno lice pozove na stranu odluku u nekom postupku, drugo lice koje se protivi priznanju, mora u tom postupku istaći prigovor kojim traži odbijanje priznanja. Priznanje se može odbiti iz razloga koji su taksativno navedeni u članu 23, stav 2 Konvencije, među kojima je možda najvažniji onaj koji se odnosi na nenadležnost organa koji je odredio meru. Nadležnost tog organa se procenjuje na osnovu odredaba druge glave Konvencije (članovi 5-14), ali je sud priznanja vezan činjenicama na osnovu kojih je organ države u kojoj je odluka doneta zasnovao svoju nadležnost.<sup>82</sup> Zbog toga je (kada su u pitanju domaće odluke za koje će se tražiti priznanje u inostranstvu) važno da u odluci bude precizno naveden pravni i faktički osnov nadležnosti. Na primer, sud može da konstatuje da je „nadležan na osnovu člana 5 Konvencije, jer je utvrđeno da dete ima uobičajeno boravište na teritoriji Republike Srbije.”

---

<sup>79</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 52, stav 1.

<sup>80</sup> Peter McEleavy, *op.cit.*, str. 13.

<sup>81</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 119.

<sup>82</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 25.

Odluka organa druge države ugovornice se jednostavno priznaje u svakom postupku kao da je domaća odluka i zainteresovane stranke se mogu na nju neposredno pozivati. Pri tom, ako je odluku doneo organ uprave države članice, nije potrebno utvrđivati da li je njegova odluka u državi porekla izjednačena sa sudskom. Ovo je značajna novina za naše sudove. Mogućnost da se o priznanju odluke odluči prejudicijelno u bilo kom sudskom postupku postoji i u važećem zakonu, ali je ona do sada retko korišćena u praksi.

Zainteresovano lice ipak može pred domaćim sudom da povede poseban postupak za priznanje strane odluke koju je doneo nadležni organ ili sud države ugovornice.<sup>83</sup> Takođe, Konvencija uvodi mogućnost koja do sada nije postojala, da se traži od domaćeg suda da preventivno utvrdi da **nisu ispunjeni** uslovi za priznanje strane odluke o vršenju roditeljskog prava, te da se tako spreči njeno neposredno priznanje.<sup>84</sup> Pošto Konvencija ne uređuje postupak, domaći organ donosi odluku u vanparničnom postupku, a razlozi za priznanje odnosno nepriznanje određeni su u Konvenciji.

Konvencija o zaštiti dece omogućava takođe da se traži priznanje i izvršenje odluka o određivanju hitnih mera zaštite donetih na osnovu člana 11.<sup>85</sup> Nasuprot tome, privremene mere donete na osnovu člana 12 imaju samo teritorijalno dejstvo.<sup>86</sup>

Ako mere koje su donete i postale izvršne u stranoj državi ugovornici zahtevaju izvršenje i u našoj zemlji, one će na zahtev zainteresovanog lica biti oglašene izvršnim po postupku koje predviđa naše zakonodavstvo, s tim da taj postupak treba da bude „jednostavan i brz“<sup>87</sup> (za razliku od preventivnog postupka priznanja/nepriznanja koji ne mora biti takav). Kada bude oglašena izvršnom, mera koju je doneo organ države ugovornice izvršava se u Srbiji kao da su je

---

<sup>83</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 24.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 72.

<sup>86</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 12, stav 1. U predmetu *Purucker*, Case C-256/09 *Purrucker v Vallés Pérez* (No 1), Sud unije je odlučio da se odredbe Druge briselske uredbe o priznanju i izvršenju odluka država članica ne primenjuju na privremene mere koje se odnose na pravo staranja o deci donete na osnovu člana 20 Druge briselske uredbe. Međutim, Sud je u pasusu 92 napomenuo da se na priznanje privremenih mera mogu primeniti drugi međunarodni instrumenti koji su u skladu sa Uredbom.

<sup>87</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 26.

odredili domaći organi.<sup>88</sup> Njeno dejstvo se dakle izjednačava sa dejstvom domaće izvršne odluke.<sup>89</sup>

## 5. Zaključak

Cilj ovog rada je bio da se predstavi jedan međunarodni izvor srpskog međunarodnog privatnog prava, koji, izgleda, još nije zaživeo u praksi. Za sada, ni posle skoro tri godine od stupanja na snagu, nismo naišli na domaću sudsku praksu o tumačenju i primeni Konvencije o zaštiti dece. Jedan autor 2011. godine konstatuje da ni na međunarodnom planu nije drukčije, odnosno da se oskudeva u odlukama koje bi primenjivale njene odredbe.<sup>90</sup> Možda se jedan od razloga krije u tome da od četrdeset devet članica ove Konvencije dvadeset osam su istovremeno i članice Evropske unije, dakle države u kojima prednost u primeni ima Druga briselska uredba koja uređuje istu materiju. Susret sa jednim slučajem iz domaće sudske prakse u kome Konvencija nije primenjena utvrdio nas je u uverenju da se njen tekst slabo koristi i kod nas i u inostranstvu. Ipak, odredbe Konvencije su značajne po tome što uvode uobičajeno boravište deteta u Srbiji kao primarni osnov nadležnosti domaćeg suda za odlučivanje o roditeljskoj odgovornosti i merama za zaštitu dece i upućuju sud na primenu sopstvenog prava za većinu spornih pitanja. Konvencijske odredbe praktično stavljaju van snage dve zakonske kolizione norme zasnovane na kriterijumu državljanstva (članovi 15 i 40 Zakona o rešavanju sukoba zakona) i suštinski sužavaju polje primene člana 226 stav 1 Porodičnog zakona i članova 66, stav 1 i 69 Zakona o rešavanju sukoba zakona kada je u pitanju nadležnost srpskih sudova za odlučivanje o vršenju roditeljskog prava koja je pre Konvencije bila primarno zasnovana na državljanstvu stranaka. Veoma su značajne i odredbe o automatskom priznanju sudskih odluka iz država članica bez posebnog postupka egzekviture. Ovim odredbama naša zemlja se obavezala da automatski priznaje odluke sudova država ugovornica i da ih izvršava u jednostavnom i brzom postupku, bez obzira na to što bi po zakonskim odredbama (član 66, stav 2 Zakona o rešavanju sukoba zakona) postojao osnov za isključivu nadležnost domaćeg suda na osnovu srpskog državljanstva tuženog i deteta i njihovog prebivališta u Srbiji. Zauzvrat, isti takav tretman trebalo bi da uživaju i domaće odluke u inostranstvu. Kao osnovni nedostatak Konvencije ističe se to što se ona oslanja na jedan nestabilan i nejasan kriterijum uobičajenog boravišta deteta iz čega mogu proisteći odluke koje nisu uvek u najboljem interesu tog istog deteta.

---

<sup>88</sup> Konvencija o zaštiti dece, član 28.

<sup>89</sup> Izveštaj Lagarda, pasus 134.

<sup>90</sup> Todd Heine, *op.cit.*, str. 49.