

Маја Д. Стјанивуковић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ ДЕТЕТА У ПРАКСИ СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: У раду је приказана и анализирана пракса Суда Европске уније која се односи на одређивање уобичајеног боравишта деце. Та борава и ушцајна пракса је неизоставни елемент у познавању с овим појмом које је неопходно ради правилне и једнообразне примене Конвенције о браћанској правним аспектима међународне ојмице деце, Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштитиу деце, Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања, Конвенције о међународном осиваривању издржавања деце и других чланова породице и Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења. Сви ови међународни инструменти који су на снази у Србији користе уобичајено бораваште деце као иачку везивања.

Пракса Суда Европске уније омоућава сагледавање низа околности, које треба узети у обзир када је сорно уобичајено бораваште деце. Суд је, почевши од 2007. године, био у прилици да одговори на многа прећходна питања која су стављана у вези са тумачењем овог кључног појма за примену хацких конвенција о заштити деце, која су се односила на присуство, гужину борава, намере родитеља, интегрисаност деце у друштвену и породичну средину и значај држављанства, језика и културних веза деце. У овом раду одабране су четири одлуке које су се намећуле као најважније: А, Меркредит против Чефа, Ц против М и ХР.

Мада се одлуке Суда односе на Друу бриселску уредбу (Уредбу Савеша ЕЗ бр. 2201/2003) која иакође садржи појам уобичајено бораваште, оне врше снажан ушцај на тумачење истог појма у наведеним хацким конвенцијама, и то не само у државама које су чланице Уније. Под ушцајем их одлука,

* Овај рад написан је у оквиру истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“.

мења се и међусобно усклађује пракса судова у Аустралији, Канади, Сједињеним Америчким Државама, Уједињеном Краљевству, на Новом Зеланду и у другим земљама, што је стога корисно и за наше судије да се упознају са њима.

Кључне речи: уобичајено боравиште деце, ошмица деце, Суд Европске уније.

1. УВОД

Одређивање уобичајеног боравишта детета од интереса је за наше судове ради правилне примене Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце,¹ Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце,² Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања,³ Конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице⁴ и Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења.⁵ Уобичајено боравиште детета има посебно важно место у примени Хашке конвенције о отмици, у којој су му додељене две улоге: да одреди поље примене конвенције и да одреди меродавно право за два питања која детерминишу законитост одвођења/задржавања: а) да ли под-

¹ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце усвојена је 25. октобра 1980, а ступила је на снагу 1. децембра 1983. СФРЈ је ратификовала ову конвенцију („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 7/91); у даљем тексту: Хашка конвенција о отмици.

² 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. Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце усвојена је 19. октобра 1996, а ступила је на снагу 1. јануара 2002. Србија је ратификовала ову конвенцију („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 20/2015); у даљем тексту: Хашка конвенција о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце.

³ Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања усвојен је 23. новембра 2007, а ступио на снагу 1. јануара 2013. Србија је ратификовала овај протокол („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 1/2013).

⁴ Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. Конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице усвојена је 23. новембра 2007, а ступила на снагу 1. јануара 2013. Србија је ратификовала ову конвенцију („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 4/2020).

⁵ Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења усвојена је 29. маја 1993, а ступила је на снагу 1. маја 1995. Србија је ратификовала ову конвенцију („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2013).

носилац захтева за повратак детета има право на старање о детету и б) да ли је дошло до повреде права на старање.⁶ Индиректно, на основу дејства Конвенције, уобичајено боравиште детета постаје и основ међународне надлежности за одлучивање о мериторним питањима родитељског права која укључују старање о детету и одређивање његовог места боравка.⁷

Суд Европске уније је, почевши од 2007. године, био у прилици да одговори на многа претходна питања која су постављана у вези са тумачењем овог кључног појма за примену хашких конвенција о заштити деце.⁸ Пракса Суда Европске уније омогућава сагледавање низа околности које треба узети у обзир када је спорно уобичајено боравиште детета.

Циљ овог рада је да укаже домаћим судовима на добру праксу у тумачењу појма „уобичајено боравиште“. У том циљу су у четвртном поглављу приказане и анализирани најважније одлуке више инстанце Суда Европске уније (у даљем тексту: Суд или Суд Европске уније). То су одлуке донете у следећим предметима: (4.1) предмет *A*; (4.2) предмет *Меркреди њројив Чефа*; (4.3) предмет *Ц њројив М*; и (4.4) предмет *ХР*.⁹ Пре тога, у другом поглављу је објашњено зашто уобичајено боравиште није дефинисано у актима Хашке конференције. У трећем поглављу истакнуте су најважније околности које судови узимају у обзир приликом одређивања уобичајеног боравишта детета.

2. УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ КАО ЧИЊЕНИЧНИ ПОЈАМ

Познато је да заслуге, али и критике због увођења појма уобичајеног боравишта у конвенцијско међународно приватно право припадају Хашкој

⁶ Paul Beaumont, Jayne Holliday, “Habitual Residence” In Child Abduction Cases: Hybrid Approach Is Now The Norm But How Much Weight Should Be Given To Parental Intention? Liber Amicorum Monika Pauknerová, Magdalena Pfeiffer et alt. (eds.) Wolters Kluwer, Prag 2021, 33.

⁷ Маја Станивуковић, О потреби да се наш Закон о браку и породичним односима усклади са Хашком конвенцијом о одвођењу деце, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, 3–4/2004, 96.

⁸ Под хашким конвенцијама о заштити деце подразумевају се све набројане конвенције у фуснотама 2–6, мада се тај израз понекад користи да означи само Хашку конвенцију о међународној надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (енгл. Hague Children Protection Convention). Хашка конференција, међутим, третира све ове конвенције као део заштите деце у ширем смислу и понекад из назива и „дечјим конвенцијама“ (Children’s conventions), али аутор сматра да је примеренији термин „конвенције о заштити деце“. Видети опширније објашњење на сајту Хашке конференције: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglcle-findmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fassets.hcch.net%2Fdocs%2F3433c56-4627-4dbb-92a7-b2eaa5cea6cc.pdf>

⁹ Поред ових, Суд је о уобичајеном боравишту детета одлучивао и у предметима C-111/17 PPU, OL v PQ 8 June 2017 (<https://www.incadat.com/en/case/1344>), C-85/18 PPU, CV v DU 10 April 2018, C-393/18 PPU, UD v XB 17 October 2018 C-499/15 W, V v X 15 February 2017 и C-603/20 PPU SS v MCP, Inctad HC/E/IN 1502.

конференцији за међународно приватно право. Уобичајено боравиште детета (малолетника) појављује се као тачка везивања већ у Конвенцији о старатељству над малолетницима из 1902.¹⁰ Идејно решење ове тачке везивања, која је требало да замени домицил састојало се у томе да се одбаце сви нормативни елементи у правном појму домицила који су постојали у правним дефиницијама различитих правних система и да се нагласак, уместо тога, стави на чињенични супстрат. Сматрало се да сваки суд при решавању предмета треба сам да оцени, полазећи од чињеница, да ли се може сматрати да дете има *habitual residence/residence habituelle* у одређеној земљи, а судови који би евентуално касније одлучивали о признању његове одлуке треба ту оцену да прихвате без даљег преиспитивања. Како би се спровела ова идеја, свесно је уложен труд да се избегне дефинисање појма „уобичајено боравиште“.¹¹ Хашка конференција користила је ову тачку везивања у већини својих конвенција, али ни у једну од њих није уврстила њену дефиницију. Тај приступ примењен је и у Хашкој конвенцији о отмици и другим конвенцијама о заштити деце које смо претходно поменули.

Међутим, очекивања да ће се на тај начин постићи униформна решења изјаловила су се,¹² а изналажење смисла овог појма у сваком појединачном случају, показало се у судској пракси, није нимало лако.¹³ Уобичајено боравиште пробило се на прво место спорних питања око којих се воде спорови везани за Хашку конвенцију о отмици.¹⁴ У одлукама судова појавили су се различити описи овог појма, од којих су неки имали све одлике правно-техничке дефиниције.

3. ОКОЛНОСТИ КОЈЕ УТИЧУ НА УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ

Једна од карактеристика статуса детета јесте да не може самостално доносити одлуке о питањима која битно утичу на његов живот, па ни одлучивати о свом месту боравка. Место боравка детета зависи од одлуке једног или оба родитеља или другог лица које је задужено за старање о њему или ако се родитељи о томе споре или их оно нема, од одлуке суда или другог надлежног органа. Управо је у Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима

¹⁰ <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>

¹¹ Опширније о увођењу овог појма видети: L.I. de Winter, *Nationality or domicile?: the present state of affairs*, 128 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 347 (1969).

¹² Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention and Re-relocation disputes*, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2021, 6.

¹³ P. Beaumont, J. Holliday, 2021, 28.

¹⁴ Rhona Schuz, *The Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, 2013, 175.

међународне отмице деце¹⁵ ова зависност дечијег места боравка истакнута у дефиницији појма старања о детету, које обухвата право на одређивање места боравка детета.¹⁶ Због тога су судови појединих земаља у почетку сматрали да место боравка детета мора да се одређује искључиво према вољи родитеља који има право да одлучује о томе. Уколико оба родитеља имају право да одлучују, ниједан од њих не може променити место боравка детета без сагласности другог. Намера да се одређено место учини местом уобичајеног боравишта такође се мора одређивати према намери родитеља. Овај приступ је означен као зависни модел одређивања уобичајеног боравишта детета.¹⁷ С друге стране, појавило се схватање да се уобичајено боравиште детета мора утврђивати независно од уобичајеног боравишта родитеља и независно од њихове воље, водећи рачуна само о везама детета са одређеним местом, тј. одређеном земљом. По правилу, када се примењује независни приступ, има више околности које се испитују приликом утврђивања уобичајеног боравишта. Њима се не поклања увек једнака пажња у одлукама судова, и оне не указују увек на исту државу. Због тога су приметне разлике у тумачењу овог кључног појма у судској пракси држава чланица хашких конвенција.¹⁸ Уочено је да у новије време, међу околностима које се узимају у обзир, важно место заузимају и намере родитеља, што је означено као хибридни приступ.¹⁹ Поједини аутори истичу тренд ка конвергенцији судске

¹⁵ О Хашкој конвенцији о отмици у домаћој литератури видети: Гордана Ковачек Станић, *Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце*, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/ 2012, 74–94. Марија Крвавац, Јелена Беловић, *Међународна отмица деце*, *Правни живот* 10/ 2017, 155–168. Сања Марјановић, *Међународна отмица деце – новине у међународном приватном праву Србије*, *Темајски зборник радова Правног факултета у Нишу – Заштитна људских и мањинских права у европском правном простору*, том 7, 2018, 131–145. Петар Ђундић, *Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 2/2004, 551–570. Душица Палачковић, *Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце: Процесноправне импликације*, *Правни живот*, 11/2012, 863–876. Маја Станивуковић, Петар Ђундић, *Право на виђање детета и Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце*, *Правни живот*, 10/2010, 25–45. Сандра Самарџић, *Потребе и могућности адекватнијег тумачења Хашке конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце у случају насиља у породици*, *Зборник радова ПФНС*, 1/2013, 309–331.

¹⁶ Хашка конвенција о отмици, члан 5 тачка а: „право на старање“ укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета.

¹⁷ R. Schuz, 2013, 186.

¹⁸ *Ibid.*, 175. Paul Beaumont, Jayne Holliday, *Recent Developments on the Meaning of „Habitual Residence“*, in *Alleged Child Abduction Cases, Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus (Family at Focus)*, Mirela Župan ed. Faculty of Law Osijek, Osijek 2015, 15, 41.

¹⁹ R. Schuz, 2013, 192. P. Beaumont, J. Holliday, 2021, 27.

праксе о тумачењу уобичајеног боравишта усвајањем хибридног приступа у готово свим државама чланицама хашких конвенција.²⁰ Било да је ова опсервација тачна или не, нема сумње у то да одлуке утицајних судова као што је Суд Европске уније могу допринети хармонизацији тумачења овог појма. Околности које, поред намере родитеља, добијају највише простора у образложењима судова јесу дужина боравка и интегрисаност (уклапање) детета у породичну и друштвену средину.

3.1. Дужина боравка

Прва околност коју судови узимају у обзир јесте дужина боравка детета у држави у којој треба установити уобичајено боравиште. Пре свега, дете мора да буде присутно, да борави у тој држави и тај боравак не би требало да буде краткотрајан да би се сматрао уобичајеним, али од овога правила има изузетака, као што ћемо касније видети. Као и код одраслих лица, што је боравак детета у одређеној држави дужи, слаби утицај осталих околности које утичу на оцену о уобичајеном боравишту. Конвенције не одређују колико је времена потребно да протекне да би се сматрало да дете које борави у једној држави у њој има уобичајено боравиште. Ипак, после годину дана од отмице може се разматрати питање да ли се дете прилагодило новој средини приликом одлучивања о захтеву за повратак детета.²¹ Будући да је прилагођеност средини такође једна од околности које утичу на закључак о заснивању уобичајеног боравишта, имплицитна је претпоставка да је после годину дана боравка то место постало уобичајено боравиште чак и када је одвођење/задржавање у том месту било незаконито. Исто тако, међународна надлежност суда у месту уобичајеног боравишта детета да одлучује о мерама за заштиту његове личности и имовине не престаје његовим незаконитим одвођењем/задржавањем, него се задржава у року од годину дана од дана незаконитог одвођења/задржавања.²² По протеклу рока, надлежност прелази на органе новог места боравка под условом да није покренут поступак за повратак детета и да се дете у међувремену прилагодило новој средини. Из ових одредаба које регулишу међународну надлежност за одлучивање о

²⁰ R. Schuz, 2021, 7. P. Beaumont, J. Holliday, 2021, 29.

²¹ Хашка конвенција о отмици, члан 12 став 2.

²² Члан 7 став 1 Конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце (1996). Реч је, у ствари, о продуженој могућности заснивања надлежности која траје годину дана од незаконитог одвођења/задржавања. Према ставу 2 Конвенције, одвођење или задржавање детета сматра се незаконитим: а) ако је тиме повређено право на старање, било заједничко или самостално, које припада лицу, установи или другом телу према праву државе у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења односно задржавања; и б) ако се у тренутку одвођења или задржавања то право стварно вршило било заједнички било самостално, или би се вршило да није дошло до одвођења односно задржавања.

мериторним питањима старања о деци, следи да је боравак од годину дана по правилу довољан за стицање новог уобичајеног боравишта под условом да је присутна још једна околност – интегрисаност детета у друштвену средину. С друге стране, оне показују да ни годину дана боравка не мора бити пресудно ако се дете није уклопило у нову средину.

3.2. Намере родитеља

Дете које је под родитељским старањем не одлучује самостално о месту где ће боравити, већ одлуку о томе доносе родитељи вршећи своје родитељско право. Утицај намера родитеља нарочито долази до изражаја у ситуацијама када је реч о пресељењу целе породице у другу земљу. Тада, уколико је намера родитеља да се породица настани у другој земљи, дете као и родитељи, може да стекне уобичајено боравиште у тој земљи од самог почетка, одмах по пресељењу (без обзира на веома кратак боравак и на чињеницу да се још није прилагодило средини). Ово потврђује и Хашка конвенција о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце, јер када је промена уобичајеног боравишта детета законита, надлежни, према члану 5 став 2, постају органи државе новог уобичајеног боравишта.²³ Нема задржавања надлежности органа државе у којој је дете претходно имало уобичајено боравиште. Такође, пресељење детета са једним родитељем који има намеру да се настани у другој земљи може да доведе до тренутне промене уобичајеног боравишта уколико тај родитељ по праву ранијег уобичајеног боравишта детета (пре пресељења) има овлашћење да самостално одлучује о месту боравка детета.²⁴

Мада су ова правила јасна, могу постојати ситуације када овај субјективни критеријум није поуздан. Проблем настаје, на пример, када се спор о уобичајеном боравишту детета јавља између родитеља који су се недавно преселили у нову земљу са намером да се у њој настане, па један од родитеља промени мишљење и пожели да се врати у полазну земљу, а други инсистира на останку у новој земљи боравка.²⁵ Сличан проблем појављује се и у ситуацији када су родитељи са дететом отишли у другу земљу с намером да тамо буду само привремено, одређени период, како би обавили неки задатак (нпр. због студија или пословног пројекта), па потом један од њих промени мишљење и пожели да у тој земљи остане за стално, док се други родитељ томе противи. У таквим ситуацијама, намере родитеља које су у

²³ Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, Paul Lagarde, Rapport explicatif, 552.

²⁴ О томе сведочи одлука у предмету *Меркреди* која ће бити предмет анализе. Вид. у истом смислу и P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 55.

²⁵ R. Schuz, 2021.

једном тренутку биле истоветне и јединствене после пресељења или привремене промене места боравка су се промениле и разликују се, те је потребно одредити уобичајено боравиште детета на основу других критеријума.

3.3. Интегрисаност у друштвену и породичну средину

Трећа околност која може бити битна јесте интегрисање (уклапање) детета у друштвену и породичну средину у одређеном месту/земљи. Узимајући у обзир ове околности, уобичајено боравиште детета могуће је утврдити независно од уобичајеног боравишта родитеља и засновати чак и противно намерама једног или оба родитеља уколико је дете кренуло у вртић или школу, стекло пријатеље, изградило везу са родбином у земљи у којој борави и слично.

4. УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ У ПРАКСИ СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Суд Европске уније је у више наврата одлучивао о тумачењу појма уобичајеног боравишта детета, по предлозима за одлучивање о претходном питању у контексту Уредбе Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003 о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности (Друга бриселска уредба).²⁶ Одредбе унијског прописа (чланови 10 11, 40–45) допуњују одредбе Хашке конвенције о отмици и имају предност у примени у односу на Хашку конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце уколико дете у питању има уобичајено боравиште на територији државе чланице Уније (члан 61). Мада се одлуке Суда односе на Другу бриселску уредбу, оне имају велики утицај на судове држава чланица Хашке конвенције о отмици. Под утицајем тих одлука, мења се пракса судова у Аустралији, Канади, Новом Зеланду, Сједињеним Америчким Државама и Уједињеном Краљевству.²⁷

²⁶ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJL 338, p. 1. Уредба 2201/2003 је у међувремену замењена новом Уредбом број 2019/1111 о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима, стварима родитељске одговорности и о међународној отмици деце, која је ступила на снагу 22. јула 2019, а почиње да се примењује од 1. августа 2022. на поступке покренуте и одлуке донете после тог датума.

²⁷ Ben Köhler, Rishi Gulati, Thomas John, *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, 272. Аутори између осталих наводе следеће одлуке: Supreme Court of Canada, *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16. UK Supreme Court, *A v. A and another (Children: Habitual Residence)* [2013] UKSC 60 i US Supreme Court 25 February 2020, *Monasky v. Taglieri*.

4.1. Предмет А²⁸

4.1.1. Чињенично стање

Троје деце настанило се у Шведској заједно са мајком и са очухом. Током лета 2005. године, породица се вратила у Финску да тамо проведе школски распуст. Живели су у камп-приколицама и селили се од кампа до кампа. У октобру 2005. године поднели су захтев служби социјалне заштите у једном финском граду да им се додели социјални стан. Деца те школске године нису кренула у школу. Средином новембра, мајка и очух су отпутовали у Шведску, оставивши децу код очухове сестре. Фински одбор за социјално старање је убрзо потом ставио све троје деце под старатељство и одредио им хитан смештај у хранитељску породицу, с образложењем да су их родитељи напустили. Мајка и очух су се прво обратили одбору тражећи поништај мере. Пошто се то није догодило, мајка се обратила тужбом финском суду, са захтевом да се одлука одбора за социјално старање поништи и да јој се деца врате на старање. Суд је одбио тужбу и потврдио одлуке одбора. Мајка се затим жалила Врховном управном суду Финске, наводећи да фински суд није међународно надлежан јер су деца држављани Шведске са сталним боравиштем у Шведској. Врховни управни суд је прекинуо поступак и упутио Суду неколико претходних питања од којих је једно било везано за тумачење појма „уобичајено боравиште детета“ из Друге бриселске уредбе.

4.1.2. Став Суда

Суд је заузео следећи став: „Поред физичког присуства детета, морају се узети у обзир и друге околности које указују на то да присуство није привременог или повременог карактера и да боравак детета одражава одређени степен интеграције детета у друштвену и породичну средину. Нарочито, трајање, редовност, услови и разлози боравка на територији државе чланице и пресељења породице у ту државу, држављанство детета, место и услови школовања, познавање језика и породични и друштвени односи детета у тој држави морају се узети у обзир.“²⁹

4.1.3. Анализа

У првој пресуди у којој је тумачио појам уобичајеног боравишта детета из Друге бриселске уредбе, Суд је објаснио полазну основу за тумачење. Будући да одредбе унијског прописа које садрже овај појам не упућују на

²⁸ Case C-523/07 Judgment of the Court of Justice, 2 April 2009. INCADAT Reference HC/E/1000 (Пресуда А).

²⁹ *Ibid*, пасуси 38 и 39.

право држава чланица, његов смисао се мора аутономно и једнообразно тумачити у целој Европској унији, полазећи од контекста у којем се појам јавља и од циљева законодавног акта који је у питању. Приликом тумачења појма уобичајеног боравишта мора се поћи од најбољег интереса детета и критеријума најближе везе.³⁰ Дотадашња пракса Суда о тумачењу појма уобичајеног боравишта одраслих не може се директно применити на одређивање уобичајеног боравишта деце.³¹ Уместо тога, уобичајено боравиште детета мора се установити на основу свих околности сваког појединачног случаја.

У овом случају, одлучивање о уобичајеном боравишту отежавала је чињеница да су деца са родитељима напустила државу свог уобичајеног боравишта (Шведску) да би у Финској водила номадски живот. Суд је формулисао чињенични тест³² према којем треба утврдити да ли „боравиште детета одражава одређени степен интеграције у друштвену и породичну средину“.³³ Иако је већина околности које Суд наводи објективног карактера, помиње се и једна субјективна околност: намера родитеља да се трајно настане која се манифестује конкретним радњама као што су куповина или закуп стана, или, као у овом предмету, подношење захтева за добијање социјалног стана.³⁴

О значају одлуке у предмету *A* говори чињеница да је Хашка конференција за међународно право у свом Приручнику за примену Конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце посебно упутила на њу као извор за тумачење појма уобичајеног боравишта и цитирала став Суда, мада је истовремено нагласила своју основну тезу – да је реч преваходно о чињеничном појму, те да судска пракса представља само средство за одређивање релевантних чињеница које треба узети у обзир приликом утврђивања где се налази уобичајено боравиште у конкретном случају.³⁵ Став Суда о уобичајеном боравишту детета имао је одјека и код домаћих стручњака за породично право. Под осетним утицајем пресуде у предмету *A*,³⁶ у Нацрт закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања (28. мај 2012) унета је дефиниција уоби-

³⁰ *Ibid*, пасуси 45–47.

³¹ Магнус и Манковски критикују овај став Суда јер уноси појмовну неусклађеност у право Уније. Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Brussels II Bis Regulation, Sellier 2011, 113

³² Schuz, A Critical, 194

³³ Пресуда *A*, пасуси 38 и 39.

³⁴ *Ibid*, пасус 40.

³⁵ 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, Hague Conference on Private International Law 2014, 174–175.

³⁶ Видљив је и утицај пресуде Меркреди, Sanja Marjanović, Some open issues in the application of the 1980 Child Abduction Convention in the Republic of Serbia, *Family at Focus*, 2015, 271.

чајеног боравишта³⁷ и смерница Суду о околностима које треба да узме у обзир приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета.³⁸

4.2. Предмет *Меркреди њројив Чефа*³⁹

4.2.1. Чињенично стање

Спор се водио пред Апелационим судом Енглеске и Велса између мајке и ванбрачног оца детета. Предмет спора је било право старања о детету које је мајка, по тврдњама оца, незаконито одвела из Енглеске. Мајка је била држављанка Француске запослена у Енглеској. Она је са оцем детета живела неколико година у ванбрачној заједници у Енглеској. Убрзо по рођењу детета, ванбрачна заједница је престала. Када је беба напунила два месеца, мајка се запутила са њом у свој родни крај. Оца је о томе обавестила накнадно, писменим путем. Није било спорно да је пресељење у Француску у том тренутку било законито јер је једино мајка имала „право на старање“ у смислу члана 2 Уредбе. Отац је после само неколико дана покренуо поступак за стицање родитељског права, одређивање заједничког места боравишта у Енглеској и права на виђање детета. Истог дана када је поступак о мериторним питањима покренут, суд је издао решење којим је наредио туженој да врати дете у Енглеску.

У поступку пред енглеским судом, мајка је заступала став да суд није надлежан јер је дете чим се преселило у Француску стекло уобичајено боравиште у тој земљи. Отац је пак тврдио да дете није за тако кратко време изгубило уобичајено боравиште у Уједињеном Краљевству. Очеви аргументи су превагнули и енглески суд се огласио надлежним. У жалбеном поступку, апелациони суд Енглеске и Велса обратио се Суду ради тумачења појма „уобичајено боравиште детета“ који се користи у Уредби као основ надлежности.

4.2.2. Став Суда

Суд је констатовао да Уредба не садржи дефиницију и да се из употребе придева „уобичајено“ може закључити само да боравиште мора имати

³⁷ „Под уобичајеним боравиштем детета, у смислу овог закона, подразумева се место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину“ (Нацрт закона о грађанско-правној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања, члан 4 став 1). https://arhiva.mpravde.gov.rs/images/Nacrt_zakona_ZDONPOZ_28052012.doc

³⁸ Приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета у сваком поједином случају посебно се узимају у обзир следеће околности: 1) трајање, регуларност, услови и разлози боравка детета; 2) пресељење породице; 3) држављанство детета; 4) узраст детета; 5) место и услови његовог школовања; 6) познавање језика; 7) породични и друштвени односи детета.

³⁹ Case C-497/10 PPU, Judgment of the Court (First Chamber) of 22 December 2010, *Barbara Mercredi v Richard Chaffé*, INCADAT HC/E/1044 (Пресуда *Меркреди*).

стабилан или редован карактер.⁴⁰ Као у пресуди *A*, појам „уобичајено боравиште“ односи се на место у којем постоји одређени степен интегрисаности детета у друштвену и породичну средину.⁴¹ Постоји низ критеријума које суд државе чланице може да користи када одлучује о постојању „уобичајеног боравишта“ као аутономног појма права Уније. Да би се одредило уобичајено боравиште детета, поред физичког присуства на територији те државе, потребно је да постоје и друге околности.⁴² То су, пре свега, разлози и услови боравка детета на датом месту и држављанство детета.⁴³ Од суштинске важности је намера лица које врши родитељско право да се стално настани са дететом у том месту, да у том месту, односно у тој држави, заснује сталан центар својих интереса са намером да он буде трајног карактера.⁴⁴ Показатељи намере родитеља да изврши промену уобичајеног боравишта јесте, на пример, куповина или узимање у закуп стана у тој држави. Други критеријум је узраст детета. Друштвену и породичну средину детета чине различите околности које се разликују зависно од узраста. Околности које треба узети у обзир у случају детета које иде у школу разликују се од околности које треба узети у обзир када је у питању мало дете или одојче.⁴⁵ Када је у питању мало дете, његова друштвена средина је породица коју чине лица са којима дете живи, која га чувају и старају се о њему.⁴⁶ То још више важи за одојче, јер оно нужно дели друштвену и породичну средину са кругом лица од којих је зависно. Због тога, када се о одојчету стварно стара мајка, приликом одлучивања о томе где је уобичајено боравиште одојчета, треба узети у обзир и „интегрисаност мајке у њену друштвену и породичну средину“. Ради оцене те околности могу се узети у обзир разлози за пресељење, језици које мајка говори и њено „географско и породично порекло“.⁴⁷ Што се тиче трајања боравка у датом месту, оно се третира само као индиција, као једна од чињеница у склопу целокупног чињеничног стања које се посебно оцењује у сваком појединачном случају.⁴⁸ На крају, Суд је дао упутство националном суду како да поступи у случају када примена поменутих критеријума доводи до закључка да се уобичајено боравиште детета не може одредити. Надлежност суда на основу Уредбе тада би се морала утврдити на основу другог критеријума – места где се дете налази, у смислу члана 13 Уредбе.

⁴⁰ *Ibid*, пасус 44.

⁴¹ *Ibid*, пасус 47.

⁴² *Ibid*, пасус 49.

⁴³ *Ibid*, пасус 48.

⁴⁴ *Ibid*, пасуси 50 и 51.

⁴⁵ *Ibid*, пасуси 52 и 53.

⁴⁶ *Ibid*, пасус 54.

⁴⁷ *Ibid*, пасус 55.

⁴⁸ *Ibid*, пасуси 51 и 56.

4.2.3. *Анализа*

Пресуда у предмету *Меркреди* поставила је још увек актуелан тест за утврђивање места уобичајеног боравишта детета. Питање примене Друге бриселске уредбе у предмету *Меркреди* покренуто је у околностима пресељења оног родитеља који самостално врши родитељско право са дететом у другу земљу без сагласности другог родитеља. Пресељењем детета из једне земље у другу мења се његово место боравка, што је чињеница која може да прерасте у уобичајено боравиште детета.⁴⁹

Суду није било лако да пронађе исправан одговор због тога што је дужина боравка детета у француском департману у релевантном тренутку била изузетно кратка, али су други показатељи указивали на јачу везу мајке и детета са Француском него са Енглеском.⁵⁰ Суд је напоменуо да боравиште у начелу треба да буде одређеног трајања да би прерасло из обичног привременог боравишта у уобичајено, али да Уредба не дефинише колико би требало да траје. На тај начин је релативизован утицај дужине боравка и нагловештено је да се уобичајено боравиште детета може променити, односно стећи, одмах по пресељењу уколико је пресељење законито.⁵¹ Неколико дана боравка свакако није било довољно за закључак да дете уобичајено борави у Француској, али су постојале друге околности које су указивале на то да је дошло до промене уобичајеног боравишта. То је била намера родитеља који се самостално стара о детету да се пресели у своју земљу. Придајући значај овој околности, Суд се ослонио пре свега на узраст детета као чињеницу која указује на потребу да се узму у обзир намере родитеља. Околности које се узимају у обзир разликују се, дакле, зависно од узраста детета (критеријум узраста није био претходно поменут у пресуди у предмету *A*).⁵² Мада су дужина боравка и интеграција у друштвену средину важне околности, оне постају секундарне или чак безначајне код малог детета. Мало

⁴⁹ Пресељење детета у другу земљу, било да је законито или незаконито, може током времена да доведе до промене уобичајеног боравишта детета: „Имајући у виду да је уобичајено боравиште чињенични појам, оно је независно од питања да ли је законито установљено. Члан 10 Уредбе бр. 2201/2003 иначе не би имао смисла јер ова одредба омогућава да се стекне уобичајено боравиште мада је одвођење било незаконито. Другим речима, стицање уобичајеног боравишта нема никакве везе са законитошћу пресељења. Уобичајено боравиште се у принципу може стећи и на основу незаконитог пресељења“, Case C-376/14 PPU (C v. M), CJEU, Opinion of Advocate General Maciej Szpunar 24 September 2014 (Став општер правобраниоца Спунара), пасус 80.

⁵⁰ Релевантни тренутак био је тренутак покретања поступка за одлучивање о мери торним питањима родитељског права који је отац покренуо у Енглеској. Дете је боравило у Француској тек четири дана, од 8. октобра до 12. октобра 2009, када је отац покренуо мери торни поступак пред Високим судом Енглеске и Велса.

⁵¹ P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 55.

⁵² *Ibid.*

дете није у могућности да стиче друге друштвене везе осим оних које има са лицима која непосредно брину о њему. Његово уобичајено боравиште је зависно од уобичајеног боравишта лица које се стара о њему. Због тога, суд државе чланице приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета треба да узме у обзир и породичне и друштвене прилике родитеља. С друге стране, уобичајено боравиште родитеља зависи од његове намере која се манифестује спољашњим чињеницама, али је у непосредној вези и са пореклом (држављанством и матерњим језиком) родитеља, а самим тим и детета. Према томе, у случају малог детета, његова интегрисаност у друштвену и породичну средину процењује се на основу интегрисаности у друштвену и породичну средину родитеља. На тај начин је Суд држављанству родитеља придао важно место код утврђивања уобичајеног боравишта малог детета.

У овој пресуди, Суд је дозволио могућност да је ново место боравка детета одмах, од тренутка пресељења, постало уобичајено,⁵³ полазећи од тога што је мајка која се непосредно старала о детету имала намеру да се пресели у Француску и настани у тој земљи. Мада је крајња процена остављена енглеском суду, Суд није крио свој став да је дете било у ближој вези са Француском. Суд је оставио и могућност за закључак да је уобичајено боравиште детета у Енглеској престало, али да ново уобичајено боравиште још није стечено. Важно је при томе имати на уму да у овом предмету није било спорно то да је одвођење детета из Енглеске у Француску било законито, што је Суд и констатовао на само почетку свога одговора на претходна питања.⁵⁴ Да је одвођење било незаконито по енглеском праву, став Суда би сигурно био друкчији.

4.3. Предмет *Ц њројив М*⁵⁵

4.3.1. Чињенично стање

Брак између држављанина Француске и држављанке Уједињеног Краљевства разведен је у Француској. Склопљен је 24. маја 2008, а тужба за развод поднета је већ 17. новембра исте године, али је због спора родитеља о вршењу родитељског права првостепена пресуда о разводу донета тек у априлу 2012. Дете из овог брака рођено је у јулу 2008. у Француској и имало

⁵³ R. Schuz, 2013, 195. Ауторка сматра да Суд примењује хибридни приступ што значи да узима у обзир намере родитеља као једну од околности приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета које се *prima facie* третира као независно од уобичајеног боравишта родитеља. Вид. такође Jeremy D. Morley, *The Hague Abduction Convention*, 2nd edn. American Bar Association Publishing, 2016, пасус 84.

⁵⁴ Пресуда *Меркреди*, пасуси 41 и 42.

⁵⁵ Case C-376/14 PPU, Judgment of the Court (Third Chamber) 9 October 2014, C v. M (Пресуда *Ц њројив М*).

је француско држављанство. Мајка, чији су родитељи били пореклом Ирци, ослонила се на првостепену пресуду француског суда којом је суд одредио да ће уобичајено боравиште детета бити са мајком и дао јој дозволу да се са дететом одсели у Ирску (мада је истовремено одлучио да странке заједнички врше родитељску власт).⁵⁶ Такође, суд је одредио да отац има право да виђа дете једном месечно. Отац се жалио на пресуду и захтевао је да се застане са извршењем дела одлуке који се односи на пресељење. У јулу 2012. године председник апелационог суда одбио је захтев оца да се застане са извршењем. Мајка се одмах потом са четворогодишњим дететом преселила у Ирску. Скоро осам месеци касније, у марту 2013, апелациони суд је преиначио првостепену пресуду у делу који се односи на боравиште, одређујући да дете треба да има боравиште са оцем, уз посебна права на виђање и смештај за мајку. Мајка се није повиновала овој одлуци, па је постављено питање да ли је извршила отмицу у облику незаконитог задржавања детета у Ирској. Отац је од ирског суда затражио да нареди повратак детета у Француску на основу Хашке конвенције о отмици. Истовремено, покренуо је нови поступак пред француским судом у коме је захтевао доношење одлуке којом би се родитељска власт поверила искључиво њему и забранило одвођење детета из Француске. Француски суд је овај захтев експресно прихватио (од захтева до пресуде прошло је само осам дана), доделио је оцу искључиво право вршења „родитељске власти“, наредио да дете мора да се врати у очев дом у Француској и забранио одвођење детета из Француске без очевог пристанка. Ирски суд је, са своје стране, одбио захтев за враћање детета у Француску и захтев да се утврди да је мајка незаконито задржала дете у Ирској. Суд је сматрао да је дете стекло уобичајено боравиште у Ирској од јула 2012, када се са мајком ту доселило, уз дозволу француског суда. Отац се жалио против ове пресуде, истичући да и законито одвођење може да прерасте у незаконито задржавање и да су ирски судови везани одлукама које донесу француски судови јер је уобичајено боравиште детета у Француској и у Француској се води мериторни поступак о вршењу „родитељске власти“. У оквиру жалбеног поступка пред Врховним судом Ирске, поставило се питање да ли се од покретања поступка у Француској до доношења одлуке другостепеног суда, уобичајено боравиште детета променило. Ирски суд је упутио ово претходно питање Суду.

4.3.2. *Стив Суга*

Суд је поново набројао све околности које треба узети у обзир приликом одређивања уобичајеног боравишта детета.⁵⁷ Затим је посебну пажњу

⁵⁶ У Француској се и даље за родитељско право користи термин „родитељска власт“.

⁵⁷ Пресуда *Ц ирошив М*, пасуси 52 и 53.

посветио разлозима боравка детета на територији државе чланице и намерама родитеља који је одвео дете у ту државу. Када се оцењује утицај ових околности, посебно је важно узети у обзир чињенице да је пресуда којом је суд дозволио одвођење детета била привремено извршна и да је против ње била поднета жалба. „Те околности не воде закључку да је уобичајено боравиште детета пренето у другу земљу, јер је поменута пресуда била привременог карактера и родитељ о коме је реч није могао бити сигуран, у време одвођења детета, да њихов боравак у другој земљи неће бити привремен.“⁵⁸ Имајући у виду заштиту најбољег интереса детета, утицај тих околности се мора одмерити према осталим околностима које могу да укажу на одређени степен интеграције детета у друштвену и породичну средину, имајући у виду време које је протекло од одвођења до доношења пресуде којом је преиначена пресуда првостепеног суда. С друге стране, време које је протекло од доношења те пресуде не треба да се узима у обзир.⁵⁹

4.3.3. Анализа

Суд је у овој пресуди појаснио да се његова дотадашња пракса о тумачењу појма „уобичајено боравиште“, у предметима који су се односили на вршење родитељске одговорности (предмети *A* и *Меркреги*), односи и на тумачење истог појма у предметима отмице детета.⁶⁰

У случају *Ц иројин М* није било спорно да је одвођење детета у Ирску било законито, али је било спорно да ли је непоступањем по одлуци апелационог суда мајка извршила незаконито задржавање детета у Ирској. Мајка је тврдила да је на основу пресуде француског суда била овлашћена да одлучи о уобичајеном боравишту детета без сагласности оца и да се уобичајено боравиште детета променило по пресељењу, те је дете стекло уобичајено боравиште у Ирској пре марта 2013. када је донета пресуда апелационог суда. Задржавање детета у Ирској стога није било незаконито.

Одлука ирског суда о томе да ли петогодишње дете треба вратити у Француску зависила је од оцене где се налазило његово уобичајено боравиште у марту 2013. Уколико би ирски суд оценио да је дете у време доношења другостепене одлуке француског суда имало и даље уобичајено боравиште у Француској, реч је о повреди права на старање која постоји по француском

⁵⁸ *Ibid*, пасус 55.

⁵⁹ *Ibid*, пасус 56. По доношењу пресуде другостепеног суда у Француској, 5. марта 2013. године, уследили су поступци пред ирским судовима на основу Хашке конвенције о отмици који су прекинути до одлуке Суда о претходном питању. Претходно питање је упућено 7. августа 2014. године, што значи да је дете у Ирској тада живело већ две године. Бордаш Бернадет, Десет година примене Уредбе Брисел II bis, Зборник радова ПФНС, 2015, 1528.

⁶⁰ Пресуда *Ц иројин М*, пасус 54. Тумачење се односило на појам уобичајеног боравишта из члана 2 став II и члана II Уредбе.

праву. Ако би пак оценио да је у међувремену дошло до промене боравишта и да је у то време дете већ имало уобичајено боравиште у Ирској, не би било повреде, јер се повреда права на старање процењује увек по праву уобичајеног боравишта детета непосредно пре наводног незаконитог задржавања.⁶¹

Међу околностима које ирски суд треба да узме у обзир приликом одлучивања о уобичајеном боравишту детета, Суд је поновио исте оне које је навео у пресуди *Меркреги*. Међутим, све оне засењене су једном посебном околношћу карактеристичном за овај случај. Суд је као одлучујућу чињеницу видео одсуство правноснажности одлуке француског суда којом је мајци дато право да одреди боравиште. Због тога се мајка није могла поуздати у то да ће боравак у Ирској бити трајан.⁶²

Тако су, по схватању Суда, очекивања родитеља (за разлику од намера) добила пресудан утицај на стицање уобичајеног боравишта детета. Ако мајка није могла самостално да одлучи да ће боравак детета на ирској територији бити трајан, ако је та одлука зависила од одлуке суда у (претходном) месту уобичајеног боравишта, онда је успостављање новог уобичајеног боравишта детета преклудирано све док траје тај поступак. Као што је приметио један аутор, ова одлука је бар делимично у супротности са одлуком у предмету *Меркреги*.⁶³ У оба предмета одвођење из земље претходног уобичајеног боравишта било је законито, од стране родитеља који самостално врши родитељско право у односу на мало дете. У оба случаја намера родитеља је била да се са дететом настане на територији друге државе са којом су имали географску и језичку повезаност. Предмет *Меркреги* је предочио став Суда да до промене уобичајеног боравишта детета може доћи веома брзо ако је пресељење родитеља са дететом законито. Требало је да закључак Суда и у овом случају, као и у предмету *Меркреги*, буде да се уобичајено боравиште променило у тренутку законитог пресељења. Међутим, правни разлози утицали су на Суд да, противно мишљењу општег правобраниоца,⁶⁴

⁶¹ *Ibid*, пасуси 48, 49 и 54.

⁶² *Ibid*, пасус 55.

⁶³ P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 52.

⁶⁴ Општи правобранилац је препоручио Суду тумачење према коме дете може стећи уобичајено боравиште у другој држави чланици: „По мом мишљењу, нема разлога да се одустане од широко прихваћеног појма уобичајеног боравишта као чињеничног појма. Нема потребе да се овај појам прекрива правним конструкцијама. Правна сигурност захтева да се тај појам може лако применити. Ако би се прихватило да се уобичајено боравиште детета не може променити због постојања поступка који је у току, то би у суштини довело до тога да се стицање уобичајеног боравишта спречи током одређеног периода. То би такође значило да у случајевима као што је овај просто постојање жалбе има јачу снагу од свих чињеница на које смо се претходно позивали. То није могла бити намера твораца Хашке конвенције нити твораца Уредбе бр. 2201/2003“ (Предмет *Ц њројтив М*, Став Општег правобраниоца Спунара, пасус 83).

одступи од своје раније праксе. Суд је сматрао да је француски суд, који је започео поступак одлучивања о меритуму док је дете имало уобичајено боравиште у Француској, и даље био надлежан на основу члана 8 Уредбе у тренутку када је преиначио одлуку о смештају детета.⁶⁵ Уколико би се прихватило да се уобичајено боравиште променило у току жалбеног поступка, то би, по мишљењу суда, представљало начин да се изигра циљ трећег дела Уредбе који се односи на признање и извршење одлука држава чланица.⁶⁶ Потреба да се омогући устаљивање надлежности француског суда, који је започео поступак одлучивања о меритуму у време док је дете имало уобичајено боравиште у Француској и признање и извршење његове одлуке у Ирској, водила је Суд контрадикторном и неодрживом закључку да ирски суд, с једне стране, може оценити да је дете имало уобичајено боравиште у Ирској непосредно пре наводног задржавања (тј. у тренутку када је донета одлука другостепеног суда у Француској), али да је уобичајено боравиште детета за потребе признања одлуке француског суда до окончања поступка остало у Француској, с друге. Суд је оставио могућност ирском суду да закључи да је уобичајено боравиште детета у релевантном тренутку било у Ирској, али је сматрао за исправно и усмеравао ирски суд ка томе да је уобичајено боравиште детета у време доношења другостепене одлуке француског суда и даље било у Француској, мада дете више није било присутно у тој земљи и законито је одведено из ње.⁶⁷ Такво тумачење се удаљава од чињеничног појма уобичајеног боравишта и с правом је критиковано.⁶⁸

4.4. Предмет *XP*⁶⁹

4.4.1. Чињенично стање

Држављанка Пољске, која је била запослена у Бриселу као службеник ЕУ, желела је да се пресели са дететом у Пољску, чему се супротстављао отац детета, држављанин Белгије. По белгијском праву оба родитеља, и мајка и ванбрачни отац, заједнички су вршили родитељско право мада су се после рођења детета разишли, односно ванбрачна заједница је престала. Дете је становало са мајком у Бриселу, а отац га је редовно виђао једном недељно.

⁶⁵ *Ibid*, пасус 60.

⁶⁶ *Ibid*, пасус 67.

⁶⁷ Мада није крио која је околност по његовом мишљењу пресудна, Суд је препустио ирском суду да сам изврши коначну процену о томе где је уобичајено боравиште детета. Врховни суд Ирске није следио мишљење Суда, већ је одлучио да се уобичајено боравиште детета променило имајући у виду доказе да се оно уклопило у породичну и друштвену средину. P. Beaumont, J. Holliday, 2015, 57.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ Case C-512/17, Judgment of the Court (Fifth Chamber) 28 June 2018, HR with the participation of KO (у даљем тексту: Пресуда *XP*).

Дете је било држављанин и Пољске и Белгије, а имало је и пријављено пребивалиште (*registered residence*) у обе земље. За време породилског одсуства, мајка и дете су у више наврата боравили у Пољској уз сагласност оца. То се наставило и после породилског одсуства, тако да је боравак мајке са дететом у Пољској током празника и одмора у неколико наврата трајао и дуже од три месеца. Они су понекад боравили у родитељском дому мајке, а понекад у стану који је мајка купила у Познању пре рођења детета. У тренутку покретања поступка дете није ишло у јаслице, већ га је чувала бака, а током одређених периода и дадила која је доведена из Пољске. Због тога је дете говорило и разумело само пољски језик.

У новембру 2016. године, када је девојчица напунила годину и по дана, мајка је поднела захтев окружном суду у Познању, тражећи од суда да утврди да је место пребивалишта детета тамо где је место пребивалишта мајке, ма где то било, и да установи право оца на виђање. Пољски суд се огласио ненадлежним да решава о овом предмету. Став тог суда је био да је уобичајено боравиште детета у Белгији, будући да мајка живи и ради у Бриселу и да дете живи са њом.

Мајка се на ову одлуку жалила, а отац је у међувремену покренуо поступак пред судом у Бриселу за одлучивање о родитељском праву. У складу са чланом 19 став 2 Друге бриселске уредбе, белгијски суд је прекинуо поступак да би сачекао исход поступка у Пољској.⁷⁰ У марту 2017, другостепени суд у Пољској позвао се на одлуку Суда у предмету *Меркреди* и укинуо је одлуку познањског суда с образложењем да су пољски судови надлежни да решавају о родитељској одговорности јер је уобичајено боравиште детета у Пољској. По мишљењу другостепеног суда, дете није било интегрисано у друштвену средину у Белгији, будући да није ишло у јаслице, нити је о њему водило бригу лице белгијског држављанства. Једино лице које је представљало везу са том средином и које је дете посећивало био је отац детета. Од када су се родитељи растали, породична средина детета била је ограничена на мајку, која се свакодневно старала о њему и на друга лица пољског држављанства. Другостепени суд је истакао везе детета са пољском традицијом и културом које су успостављене преко мајке и мајчине породице, посебно истичући да је дете крштено у Пољској. Такође, позвао се на чињеницу да родитељи нису били у браку, да нису купили непокретност у Бриселу, док је, с друге стране, мајка купила непокретност у Познању, што заједно са честим боравцима у Пољској показује њену намеру да се врати у своју земљу и да не планира да остане у Белгији дуже но што то од ње захтева посао којим се бави.⁷¹

⁷⁰ *Ibid*, пасус 19. Ова обавеза предвиђена је само између судова држава чланица ЕУ. Видети и члан 13 став 1 Конвенције о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце.

⁷¹ Убрзо после ове одлуке, већ у априлу 2017, јавно тужилаштво Белгије забранило је мајци да напусти територију Белгије на неодређено време. *Ibid*, пасус 23.

Пошто је у Пољској предмет враћен на поновно одлучивање првостепеном суду, тај суд се обратио Суду са претходним питањима о тумачењу Друге бриселске уредбе. Питања првостепеног суда односила су се на тумачење појма „уобичајено боравиште“ за потребе тумачења члана 8 Друге бриселске уредбе, посебно на елементе који треба да се користе за утврђивање места уобичајеног боравишта малог детета (одојчета).

4.4.2. *Сџав Суга*

Суд је у неколико пасуса пресуде подсетио на околности о којима суд државе чланице треба да води рачуна приликом одређивања уобичајеног боравишта детета, позивајући се на своју ранију праксу, а посебно на предмет *Меркреди* који се односио на уобичајено боравиште одојчета.⁷² Према тој пракси, рекао је, уобичајено боравиште детета је „оно место које је у пракси центар живота тог детета“.⁷³ Поновио је да када је у питању мало дете, треба као посебно важну околност утврдити и узети у обзир место где су његови родитељи стално настањени и интегрисани у друштвену и породичну средину, нарочито трајање, редовност, услове и разлоге њиховог боравка на територији дате државе и породичне и друштвене везе које одржавају на тој територији. На крају, треба узети у обзир и намеру родитеља да се са дететом настане у држави чланици ако је та намера манифестована конкретним радњама.⁷⁴

Потом се окренуо оним околностима које разликују овај предмет од предмета *Меркреди*. Констатовао је да је у овом случају дете рођено у Белгији, да је по рођењу живело у Бриселу са оба родитеља, те да је и у време када је покренут поступак за доношења одлуке о родитељској одговорности оно и даље живело у Бриселу са мајком, која се стварно старала о њему. Даље је констатовао да мајка живи у Бриселу неколико година, да је тамо запослена на неодређено време, те да трајање, редовност и разлози боравка мајке у Белгији показују да је мајка до извесне мере интегрисана у ту друштвену средину коју дели са дететом.⁷⁵ Поред тога, мада породичну средину малог детета у великој мери одређује родитељ са којим дете живи, и други родитељ је део те породичне средине уколико одржава редовне контакте са дететом. Због тога се и такав однос ако постоји, мора узети у обзир приликом одређивања где је центар живота детета.⁷⁶ Каква важност ће се

⁷² *Ibid*, пасуси 41–46.

⁷³ *Ibid*, пасус 42.

⁷⁴ *Ibid*, пасус 46.

⁷⁵ *Ibid*, пасус 47.

⁷⁶ *Ibid*, пасус 48.

придати том односу зависи од конкретних околности. Суд је сматрао да је у случају *XP* дете интегрисано у породичну средину коју чине оба родитеља и да се та породична средина налази у Бриселу.⁷⁷ С друге стране, дуготрајне боравке детета и мајке у Пољској одбацио је као мање важне, с образложењем да су то били повремени и привремени прекиди њиховог свакодневног живота.⁷⁸

Такође, порекао је утицај географског и породичног порекла мајке, истовремено признајући да је у одлуци *Меркреги* навео да те околности могу бити релевантне за одређивање друштвене средине у коју је родитељ који се стара о детету интегрисан. Али, док се у предмету *Меркреги* мајка у тренутку покретања поступка већ преселила са дететом из Уједињеног Краљевства у Француску, у овом случају мајка и дете су у тренутку покретања поступка и даље боравили у Белгији. Чињенице да је мајка у предмету *Меркреги* била пореклом из Француске, да је тамо имала породицу и да јој је матерњи језик био француски, представљале су индиције да се она трајно преселила тамо, те да се сходно томе, са њеним уобичајеним боравиштем променило и уобичајено боравиште њеног детета. Географско и породично порекло мајке у предмету *XP*, међутим, не може да надјача објективне околности које указују на то где се налази центар живота детета.⁷⁹

Суд се највише посветио објашњавању утицаја који имају културне везе детета са државом порекла његових родитеља. Прво је, као што је то уобичајено, признао да те везе могу имати утицаја: „истина је да могу да указују на одређени степен блискости између детета и државе чланице која је у питању, која у суштини одговара вези држављанства. Језик којим дете говори и његово држављанство могу, у одређеним случајевима, бити показатељ о његовом месту уобичајеног боравишта.“⁸⁰

Међутим, по мишљењу Суда, законодавац у Унији придао је веома мали значај држављанској вези у материји родитељске одговорности. На основу Друге бриселске уредбе, судови државе чланице чији је дете држављанин врло ретко могу добити надлежност да одлучују у тој материји, јер је предност дата судовима државе у којој дете има уобичајено боравиште.⁸¹ То је резултат начина на који законодавац Уније сагледава најбољи интерес детета. Према схватању Суда, судови који су географски најближи уобичајеном боравишту детета, најчешће су у најбољој позицији да одреде мере које ће бити предузете у интересу детета.⁸² Стога културне везе детета са земљом

⁷⁷ *Ibid*, пасус 49.

⁷⁸ *Ibid*, пасус 51.

⁷⁹ *Ibid*, пасус 56.

⁸⁰ *Ibid*, пасус 57.

⁸¹ *Ibid*, пасус 58.

⁸² Пресуда *XP*, пасус 59.

његовог држављанства не могу имати већу тежину од објективних географских веза приликом одлучивања о томе где је уобичајено боравиште детета.⁸³

На крају, Суд коментарише и утицај намере родитеља који стварно врши родитељско право да се пресели са дететом у своју земљу порекла. Суд сматра да та намера у конкретном случају не може да утиче на утврђивање уобичајеног боравишта. Намера пресељења може понекад да представља релевантну околност, али: „Чињеница да је дете, у пракси, на старању код једног од својих родитеља не значи да намере родитеља могу у свим случајевима да се сведу на жељу само тог родитеља. Напротив, уколико оба родитеља имају право старања о детету у смислу члана 2 став 4 [Друге бриселске уредбе] и желе да и даље врше то право, морају се узети у обзир жеље оба родитеља.“⁸⁴ Осим тога, „одређивање места уобичајеног боравишта детета [...] у суштини је везано за објективне околности, тако да намера родитеља, у принципу, није одлучујућа. Она је само један од показатеља [...]“

Према томе, закључио је Суд, „жеља родитеља који се у пракси стара о детету да се са тим дететом убудуће настани у држави чланици која је његова земља порекла не може сама по себи да буде доказ да је уобичајено боравиште детета већ сада у тој држави чланици“.⁸⁵

4.4.3. Анализа

Суд је у предмету *XP* дао предност чињеничном супстрату, ограничио утицај намера родитеља и других фактора које је раније помињао, и у свој дискурс увео нови појам „центар живота детета“.⁸⁶

Појам „центар живота детета“ користи се у пракси немачких, аустријских и швајцарских судова када одлучују о уобичајеном боравишту.⁸⁷ Близак је и начину на који је недавно Врховни суд САД „уобичајено боравиште“ дефинисао као место где се налази кућа или дом детета.⁸⁸

Када су у питању намере, Суд је разликовао два питања: прво, где дете има уобичајено боравиште у тренутку подношења захтева за одлучивање о

⁸³ *Ibid*, пасус 60.

⁸⁴ *Ibid*, пасус 63.

⁸⁵ *Ibid*, пасус 65.

⁸⁶ До ове одлуке, појам „центар живота детета“ био је присутан у мишљењима Општих правобранилаца. Вид. нпр. Case 111/17 OL v. PQ, Opinion of Advocate General Wahl, 16 May 2017, пасус 71 и Предмет *Цiproйив М*, Став Општег правобраниоца Спунара, пасус 79: „Суштина је где је у ствари центар живота детета“.

⁸⁷ R. Schuz, 2013, 192. 2 UF 115/02 Oberlandesgericht Karlsruhe, INCADAT: HC/E/DE 944; 2 BvR 1206/98 Bundesverfassungsgericht, 29. Oktober 1998, INCADAT HC/E/DE 233, 8Ob121/03g. Oberster Gerichtshof, 30. Oktober 2003, INCADAT HC/E/AT 548, 5P367/2005/ast, Bundesgericht, II. Zivilabteilung INCADAT HC/E/CH 841.

⁸⁸ „... it refers to the child's 'home“, *Monsaky v. Taglieri*, 14 S.Ct.719.

родитељској одговорности и друго, да ли је могуће да се у будућности место уобичајеног боравишта промени у складу са намерама мајке. Чињеница да је у тренутку подношења захтева мајка желела да се убудуће настани у другој држави чланици и да је предузела одређене радње у том циљу (куповина стана) не води, према мишљењу Суда, закључку да дете већ сада има уобичајено боравиште у тој држави чланици.⁸⁹ Тиме су намере родитеља стављене на нижу хијерархијску лествицу у односу на околност присуства детета на одређеном месту.

Упоредивањем са одлуком у предмету *Меркреги* може се констатовати да је пресељењем у Француску без знања оца детета мајка успела да оствари промену свог уобичајеног боравишта и уобичајеног боравишта детета за само неколико дана боравка, док је у предмету *ХР*, мајка која је покушала да од органа земље у коју је желела да се пресели (Пољске) унапред издејствује подршку за пресељење, претрпела неуспех упркос вишемесечном боравку са дететом у Пољској.⁹⁰ Поступање мајке из предмета *ХР* на начин како је поступила мајка из предмета *Меркреги*, у овом случају није долазило у обзир јер би она могла бити оптужена за незаконито одвођење детета, у смислу Хашке конвенције о отмици и Уредбе, будући да је по белгијском праву делила право на старање са оцем, те није имала право да самостално донесе одлуку о пресељењу. Суд је нагласио да жеље, тј. намере оба родитеља морају да се узму у обзир уколико оба родитеља имају право старања о детету. Међутим, као што показује пракса Суда у другим предметима, ни намере оба родитеља нису довољне уколико дете никада није било физички присутно у месту у коме се тврди да има уобичајено боравиште.⁹¹

Једна од околности из предмета *Меркреди* ипак је била пресудна и у предмету *ХР*. Нема сумње у то да је уобичајено боравиште мајке и у овом случају било она одлучујућа чињеница која је превагнула у очима Суда. Током осамнаест месеци живота пољско-белгијске девојчице, о чијем је уобичајеном боравишту била реч, било је вишенедељних па и тромесечних интервала проведених у Пољској.⁹² Упоредивање физичког присуства у једној и у другој земљи вероватно не би довело до убедљивог резултата. Због тога је Суд морао да се веже за уобичајено боравиште родитеља, држећи се при томе стандардних критеријума при одређивању уобичајеног боравишта одраслих лица, према којима је важније физичко присуство од намера.

Суд у овој одлуци одређује и релативни значај држављанства детета и родитеља за одређивање уобичајеног боравишта. Суд је сматрао да је европски

⁸⁹ Пресуда *ХР*, пасус 65.

⁹⁰ Девојчица је у време покретања поступка имала осамнаест месеци.

⁹¹ Као што је одлучено у предмету *C-111/17 PPU, OL v PQ 8 June 2017*; Вид. такође: *C-393/18 PPU UD v XB 17. October 2018* и *C-499/15 W, V v X 15 February 2017*.

⁹² Пресуда *ХР*, пасуси 14 и 50.

законодавац при одабиру уобичајеног боравишта као тачке везивања дао приоритет објективној географској повезаности родитеља и детета са тренутним местом боравка над свим осталим везама, укључујући и везу држављанства.⁹³

Штета је што Суд није искористио прилику коју му је пружао овај предмет да се изјасни о могућности да дете има уобичајено боравиште на два места. Став о томе могао је изнети у овом предмету у којем је један од родитеља поделио своје време боравка између Белгије и Пољске, а био би посебно користан у ситуацијама када оба родитеља имају право на старање, па би дете живело наизменично са сваким од њих у обе земље одређени период.

5. ЗАКЉУЧАК

У овом раду разматра се веома важна и утицајна пракса Суда Европске уније о тумачењу кључног појма за примену хашких конвенција о заштити деце – појма уобичајеног боравишта детета. Чињенично стање и ставови Суда у четири одабране пресуде, које се односе на тумачење тог појма, детаљно су приказани и подвргнути синтетичкој и критичкој анализи.

Суд захтева да се приликом одређивања уобичајеног боравишта детета узму у обзир све околности конкретног случаја и, примера ради, наводи следеће: трајање, редовност, услови и разлози боравка детета на територији државе чланице и пресељења породице у ту државу, узраст детета, држављанство детета, место и услови школовања, познавање језика и породични и друштвени односи детета у тој држави. Када је у питању мало дете, Суд узима у обзир уобичајено боравиште родитеља и његове намере да се са дететом настани у датој земљи. Међутим, намере родитеља нису пресудне ако је дете интегрисано у одређеној породичној и друштвеној средини или ако је право родитеља да одлучује о месту боравка детета ограничено правом другог родитеља или одлуком надлежног суда. Суд дозвољава и могућност да дете нема уобичајено боравиште.

У пракси Суда искристалисао се став да је уобичајено боравиште место где се налази центар живота детета. Где је тај центар, утврђује се проценом утицаја свих околности, полазећи од два фундаментална принципа породичног и међународног приватног права: принципа најбољег интереса детета и принципа најближе везе. Самим тим, судови имају одређену слободу процене у одређивању где се то место конкретно налази.

⁹³ *Ibid*, пасуси 59 и 60.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, Recent Developments on the Meaning of “Habitual Residence” in Alleged Child Abduction Cases, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan, Faculty of Law Osijek, Osijek 2015, 39-49.
- Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, “Habitual Residence” In Child Abduction Cases: Hybrid Approach Is Now The Norm But How Much Weight Should Be Given To Parental Intention?, *Liber Amicorum Monika Pauknerová, Magdalena Pfeiffer et alt.* (eds.) Wolters Kluwer, Praha 2021.
- Бордаш Бернадет, Десет година примене Уредбе Брисел II bis, *Зборник радова ПФНС*, 2015, 1519-1537.
- de Winter L.I., Nationality or domicile?: the present state of affairs, 128 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 347 (1969).
- Dutta, Anatol, Habitual residence versus nationality -- In search of the European personal connecting factor in family matters, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan. Faculty of Law Osijek, Osijek 2015. 319-328.
- Ђундић, Петар, Редовно бораваште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године, *Зборник радова ПФНС*, 2/2004, 551-570.
- Köhler, Ben; Gulati, Rishi; John, Thomas. *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2020.
- Ковачек Станић, Гордана, Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце, *Анали Правној факултету у Београду*, 2/2012, 74-94.
- Kovaček Stanić, Gordana, Civil Aspects of International Child Abduction: Insight from Serbia, *Family Law Quarterly*, 2/2014, 283-296.
- Крвавац, Марија, Беловић, Јелена, Међународна отмица деце. *Правни живоић*, 10/2017, 155-168.
- Liefaard, Ton, Sloth-Nielsen, Julia, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, Brill, 2016,
- Magnus, Ulrich, Mankowski, Peter, *Brussels II Bis Regulation*, Sellier, 2011.
- Marjanović, Sanja, Some open issues in the application of the 1980 Child Abduction Convention in the Republic of Serbia, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan, Faculty of Law Osijek, Osijek 2015, 259-276.
- Марјановић, Сања, Међународна отмица деце – новине у међународном приватном праву Србије. *Темајски зборник радова Правној факултету у Нишу – Заштити људских и мањинских права у европском правном процору*, том 7, Ниш 2018, 131-145.
- Morley, Jeremy D, *The Hague Abduction Convention*, 2nd edn. American Bar Association Publishing, 2016.
- Палачковић, Душица, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце: Процесноправне импликације, *Правни живоић*, 11/2012, 863-876.

- Ponjavić, Zoran, Vlašković, Veljko, Space for the child's best interests inside The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction, *Revija za evropsko pravo*, 2-3/2014, 45-67.
- Самарџић, Сандра, Потребе и могућности адекватнијег тумачења Хашке конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце у случају насиља у породици, *Зборник радова ПФНС*, 1/2013, 309-331.
- Schuz, Rhona. *The Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Hart Publishing, 2013. Schuz, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention and Re-relocation disputes*, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2021, 1-36.
- Станивуковић Маја, Ђундић, Петар, Право на виђање детета и Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980), *Правни животи*, 10/2010, 25-45.
- Станивуковић, Маја, Битка за децу – О Хашкој конвенцији о заштити деце, *Ревија за европско право*, 2-3/2018, 25-48.
- Станивуковић, Маја, Живковић, Мирко. Међународно приватно право, Општи део, шесто издање, Београд 2015.
- Целетовић, Мирна, Правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2021.

Maja D. Stanivuković
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

Child's Habitual Residence in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

Abstract: *This article examines decisions of the Court of Justice of the European Union interpreting the concept of child's habitual residence. The study of those decisions is essential for proper understanding of this key concept which appears in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance and the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. Correct determination of the child's habitual residence is a precondition for the correct and uniform application of these instruments which are all in force in Serbia.*

Since 2007, the Court has been asked on numerous occasions to provide answers to questions that were raised regarding the interpretation of habitual residence. Out of this rich practice, four judgments have been selected for presentation and analysis (Case A, Case Mercredi, Case C v M and Case HR). The practice of the Court of Justice focuses on the circumstances that need to be taken into account by the judge in case the parties are in dispute about the child's habitual residence and on the guiding principles for assessing the relative value of these circumstances.

Although the Court interprets the terms of Brussels II bis, those decisions have had significant and unifying impact on the interpretation of the Hague Child Protection Conventions, not only in the member states of the Union but also in other member states of the Hague conventions. The Court's views have influenced the practice of the highest courts in Australia, Canada, UK and USA. It will therefore be of benefit to judges in Serbia to get acquainted with them and understand them, which is the main purpose of this article.

Keywords: *child's habitual residence, child abduction, Court of Justice of the European Union.*

Датум пријема рада: 30.10.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 09.01.2022.

Датум прихватања рада: 17.01.2022.