MEĐUNARODNA NADLEŽNOST ZA RODITELJSKU ODGOVORNOST U SLUČAJU OTMICE DJETETA

Skok, Martina

Master's thesis / Diplomski rad

2016

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Rijeka, FACULTY OF LAW / Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:776406

Rights / Prava: In copyright / Zaštićeno autorskim pravom.

Download date / Datum preuzimanja: **2024-03-29**

Image not found or type unknown

Repository / Repozitorij:

Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law - Repository University of Rijeka, Faculty of Law

zir.nsk.hr

UNIRI DIGITALNA KNJIŽNICA

Image not found or type unknown

PRAVNI FAKULTET

SVEUČILIŠTA U RIJECI

Martina Skok

MEĐUNARODNA NADLEŽNOST ZA RODITELJSKU ODGOVORNOST U SLUČAJU OTMICE DJETETA

(diplomski rad)

Rijeka, 2016.

PRAVNI FAKULTET

SVEUČILIŠTA U RIJECI

Martina Skok

MEĐUNARODNA NADLEŽNOST ZA RODITELJSKU ODGOVORNOST U SLUČAJU OTMICE DJETETA

(diplomski rad)

Studentica: Martina Skok

Mentorica: prof. dr. sc. Ivana Kunda

Rijeka, 2016.

I. Sažetak

U ovom je diplomskom radu iznesen sustavni pregled pretpostavki međunarodne nadležnosti za roditeljsku odgovornost koje su Uredbom Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i u predmetima o roditeljskoj odgovornosti kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000 predviđene za slučaj otmice djeteta. U tu svrhu je razmatrana praksa suda Europske unije u tumačenju pojmova roditeljske odgovornosti i uobičajenog boravišta djeteta. Također, razmatrana je praksa u primjeni Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta iz 1980. godine i praksa Suda Europske unije u tumačenju koncepta nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta, tj. otmice djeteta.

II. Sadržaj

I. Sažetak I
II. Sadržaj II
1. Uvod 2
2. Obiteljsko međunarodno privatno pravo EU 4
3. Polja primjene BU II bis i odnos s haškim konvencijama 8
3.1. Polje primjene s obzirom na vrstu pravnog odnosa 8
3.2. Polje primjene s obzirom na teritorij i vrijeme 14
3.3. Odnos BU II bis i haških konvencija 15
4. Pretpostavke međunarodne nadležnosti 18
4.1. Uobičajeno boravište djeteta 18
4.2. Nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta 27
4.3. Daljnje pretpostavke međunarodne nadležnosti 32
5. „Adut“ odluke 37
6. Zaključak 39
III. Popis literature 45

1. Uvod

Obitelj je društvena zajednica u kojoj se razvijamo i zadovoljavamo svakodnevne emocionalne potrebe. Neki smatraju da je ona u neku ruku temelj uspješnog pojedinca, ali i uspješnog društva. Međutim, suvremeno društvo suočeno je sa sve većim društvenim pa tako i obiteljskim problemima. Obitelji su sve manje, sve češće se raspadaju i prestaju biti stabilne i trajne zajednice. Pojedinci tada mogu iskusiti emocionalne i psihološke probleme, što posebno vrijedi za najranjivije članove društva – djecu. U najtežim poremećajima obiteljskih odnosa djeca mogu postati sredstvo manipulacije i osvete među roditeljima. Lako je zamisliti situaciju u kojoj bračni ili izvanbračni partneri prekidaju odnose te se jedan od njih seli u drugi grad ili čak drugu zemlju, pritom sa sobom odvodeći dijete bez pristanka drugog roditelja. Dijete se tada nalazi u nepoznatoj sredini i gubi kontakt s drugim roditeljem. Te se situacije teško mogu razriješiti mirnim putem i u pravilu je potrebno sudjelovanje suda.

Obiteljsko pravo je oduvijek bilo osjetljivo pravno područje jer krute pravne norme trebaju regulirati odnose koji zadiru u najintimnije sfere života pojedinaca. Štoviše, obiteljski pravni sporovi su nabijeni emocijama i gubicima koji se ne mogu izraziti u novcu, a mogu pojedincu nanijeti nepopravljivu psihološku i emocionalnu štetu. Stoga je materijalne i postupovne odredbe obiteljskog prava potrebno u praksi tumačiti s dozom ljudskosti i štititi integritet pojedinaca u sporu. Isto vrijedi, u jednakoj ako ne i većoj mjeri, za pravila obiteljskog međunarodnog privatnog prava Europske unije. Europska unija je supranacionalna organizacija kojoj je inherentno postojanje i poticanje prekograničnih kretanja pojedinaca. Stoga Europska unija mora pravilima obiteljskog međunarodnog privatnog prava osigurati pravnu sigurnost pojedinaca prilikom tih kretanja, a pogotovo pravnu sigurnost i zaštitu interesa djeteta u slučaju spora s međunarodnim elementom. Ta pravila tiču se međunarodne nadležnosti, mjerodavnog prava te priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka.

Problem koji je razmatran u ovom radu tiče se međunarodne nadležnosti, tj. određivanja države članice čiji su sudovi nadležni odlučivati o materiji roditeljske odgovornosti. Međutim, rad se isključivo fokusira na međunarodnu nadležnost u specifičnom slučaju međunarodne otmice, tj. nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta. Radi utvrđivanja međunarodne nadležnosti potrebno je ponajprije pravilno identificirati pravni izvor koji se primjenjuje. Potom je potrebno pravilno interpretirati i primjenjivati pravila kojima je određeno sudovi koje države članice imaju pravo i dužnost postupati u pitanjima roditeljske odgovornosti u konkretnom slučaju

otmice. Stoga je cilj ovog rada pojasniti odnos najvažnijih pravnih izvora koje primjenjuje nacionalni sud te pojasniti pretpostavke međunarodne nadležnosti za roditeljsku odgovornost u slučaju otmice djeteta. Posebna pažnja posvećena je načelima na kojima su temeljene odredbe o nadležnosti, a najveći je naglasak dan na obradu pojma roditeljske odgovornosti, pojma uobičajenog boravišta djeteta kao temeljne pretpostavke nadležnosti te pojma nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta. Zaključci su izvedeni na temelju razmatranja relevantnih supranacionalnih, međunarodnih i nacionalnih pravnih propisa, sudske prakse Suda Europske unije i mišljenja pravne znanosti. U završnim odlomcima iznesen je kratki osvrt na učinkovitost razmatranih odredbi u pravnoj zaštiti otete djece i sinteza iznesenih argumenata i mišljenja pravne doktrine.

2. Obiteljsko međunarodno privatno pravo EU

Ovaj kratak povijesni pregled razvoja obiteljskog međunarodnog privatnog prava EU možemo započeti pitajući se zašto je i kada nastala potreba regulirati pravni status pojedinaca u prekograničnim kretanjima. Različito kulturno, ideološko i ekonomsko nasljeđe te pravna tradicija država oduvijek su predstavljali izazov pravnoj sigurnosti pojedinaca prilikom prekograničnih kretanja. Tim više to vrijedi za djecu čiji je pravni status dodatno ovisan o statusu nositelja roditeljske odgovornosti.

Međunarodni propisi za zaštitu ljudskih prava koji se dotiču ove tematike doneseni su nakon Drugog svjetskog rata u okrilju Ujedinjenih naroda[1] i kasnije, Vijeća Europe.[2] Međutim, propisi međunarodnog privatnog prava kojima se primarno uređuje pravni status pojedinaca u prekograničnim kretanjima stvoreni su u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo i Europske unije (dalje: EU). Haška konferencija je međunarodna i međuvladina organizacija koja predstavlja platformu za donošenje propisa međunarodnog privatnog prava. Ti propisi predstavljaju kompromis država različitih pravnih tradicija i imaju za cilj povećanje pravne sigurnosti sudionika prekograničnih kretanja. U okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo potpisana je 1980. godine Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta (dalje u tekstu: HK 1980)[3], a 1996. godine Konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, ovrsi i suradnji u odnosu na roditeljsku skrb i mjere za zaštitu djece čije su potpisnice bile sve tadašnje države članice EU (dalje u tekstu: HK 1996).[4]

S druge strane, EU i njezine preteče su veći dio svog postojanja bile usmjerene stvaranju unutarnjeg tržišta i jačanju slobode kretanja roba, osoba, usluga i kapitala. Smatralo se da propisi kojima se uređuje sloboda kretanja osoba služe isključivo ekonomskim ciljevima pa je na taj način bio određen i njihov obuhvat. Također, statusna pitanja nisu bila u isključivoj nadležnosti preteča EU pa su kao takva i isključivana iz materijalnog polja primjene propisa

---

[1] Opća deklaracija o ljudskim pravima, Rezolucija 217 A (III), 1948., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/09.
Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93
[2] (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 (dalje u tekstu: EKZLJP).
[3]Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 7/91.
[4]Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/09.

koji su obvezivali države članice.[5] Valja napomenuti da je Sud Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU-a, tada Europski sud pravde) s vremenom zauzeo stav da su i pitanja statusnog prava neizbježno povezana s vršenjem temeljnih gospodarskih sloboda.[6] Borrás navodi kako je sloboda kretanja osoba s godinama dovela do sve većih migracija koje su često uključivale i migraciju djece, nerijetko uz kršenje odredbi nacionalnog obiteljskog prava.[7] Medić Musa navodi da je zainteresiranost tijela EU-a za obiteljsku politiku prvenstveno povezana s negativnom demografskom slikom Europe koja je utjecala na stabilnost i uspješnost unutarnjeg tržišta te političku, kulturnu i ekonomsku budućnost Europe.[8] Neovisno o motivu, tijela preteča EU počela su 80-ih godina razmatrati pravni položaj djeteta rastavljenih ili razvedenih roditelja.

Bouček kritički ustvrđuje da su djelovanja Zajednice po pitanju pravosudne suradnje država članica u građanskim stvarima bila prespora i neučinkovita i da su odgovorni uvidjeli potrebu mijenjanja postojećeg pravnog sustava Zajednice.[9] Ugovorom iz Maastrichta su tijela EU 1992. godine dobila ovlast predlaganja međunarodnih ugovora državama članicama po pitanju pravosudne suradnje u građanskim stvarima.[10] Pet godina kasnije stupio je na snagu Ugovor iz Amsterdama kojim su tijela EU dobila ovlast donošenja obvezujućih instrumenata u području pravosudne suradnje u građanskim stvarima.[11] Medić Musa zaključuje da navedena ovlast omogućuje „da se europsko međunarodno privatno pravo uređuje europskim sekundarnim pravom“.[12] Isto tako, Bouček zaključuje da je „europsko međunarodno privatno pravo postalo u pravno-tehničkom smislu pravo EZ-a koje se uređuje europskim sekundarnim zakonodavstvom“.[13]

---

[5] Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, as amended by Conventions on the Accession oft he New Member States to that Convention, 1972., OJ L 299/32, 31.12.1972., čl. 1.
[6] Presuda Konstandinis, C-168/91, EU:C:1993:115.
[7] Borrás, Alegria [et al.], „Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation, Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, Mohr Siebeck, Tubingen, Germany, 2008., str. 346.
[8] Medić Musa, Ines, Komentar Uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Osijek, 2012. godine, bilješka 6, str. 18.
[9] Bouček, Vilim, Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava, Zagreb, 2009., str. 53.
[10] Ugovor o Europskoj uniji (1992.), OJ EC C 191, 29.7.1992.
[11] Ugovor iz Amsterdama o izmjeni Ugovora o Europskoj uniji, Ugovorâ o osnivanju europskih zajednica i određenih s njima povezanih akata (1997.), OJ C 340, 10.11.1997.
[12] Medić Musa, Ines, op. cit., str. 21.
[13] Bouček, Vilim, op.cit., str. 55. i 56.

Takva je zakonodavna aktivnost započela Uredbom Vijeća (EZ) br. 1347/2000 o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima te u predmetima o roditeljskoj odgovornosti za djecu obaju supružnika (dalje: BU II).[14] BU II se sastoji od odredaba preuzetih iz Konvencije o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka o bračnim predmetima koja je formalno usvojena 1998. godine i odredaba koje su predložile Francuska i Španjolska s ciljem proširenja polja primjene Uredbe i na predmete o roditeljskoj odgovornosti koji proizlaze iz bračnih sporova.[15] Dakle, predmeti o roditeljskoj odgovornosti na indirektan način ulaze u građansko procesno pravo EU dok je naglasak bio na „šepavim" brakovima osoba različitog državljanstva.[16] Medić Musa ističe dva smjera razvoja EU prava koja su formalno započela donošenjem BU II.[17] Kao prvo, BU II je prvi akt sekundarnog zakonodavstva kojim se reguliralo pitanje pravosudne suradnje i uzajamnog priznanja presuda u obiteljskim stvarima. Drugo, Uredbom se implicitno dalo do znanja da pojam integracije u okviru EU treba shvatiti šire od dotadašnjeg isključivo ekonomskog shvaćanja.

Francuska je nedugo nakon što je BU II stupila na snagu ponovno inicirala razvoj obiteljskog međunarodnog privatnog prava u EU. Predložila je daljnje proširenje polja primjene BU II na sva pitanja roditeljske odgovornosti, neovisno o postojanju bračnog spora.[18] Kao rezultat donesena je 27. studenog 2003. godine Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i u predmetima o roditeljskoj odgovornosti kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000 (dalje: BU II bis).[19] Svrha BU II bis bila je stvoriti jedinstvena pravila o međunarodnoj nadležnosti te postupku priznanja i ovrhe u predmetima o roditeljskoj odgovornosti za područje svih država članica te uskladiti pretpostavke priznanja i ovrhe s novijim pravnim instrumentima.[20] BU II bis u pogledu odredbi o bračnim sporovima u gotovo neizmijenjenom izdanju slijedi odredbe BU II, dok odredbe o roditeljskoj odgovornosti predstavljaju zakonodavni novitet. Schulz govori o „*child- centered*" pristupu gdje se odredbe

[14] Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ L 160, 30.6.2000.
[15] Borrás, Alegria, Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters, prepared by Dr. Alegria Borras, OJ C 221, 16.7.1998., toč. 8. i 10.
[16] Medić Musa, Ines, op.cit., bilješka 40, str. 24. (primjer „šepavih" francusko njemačkih brakova).
[17] Ibid., str. 26.
[18] loc. cit.
[19] SL L 338, 27. 11. 2003.
[20] Medić Musa, Ines, op. cit., str. 25.

o roditeljskoj odgovornosti temelje primarno na djetetovim interesima, a nadležnost primarno i u najvećoj mjeri predviđaju za sudove djetetova uobičajenog boravišta.[21]

[21] Schulz, Albert, The new Brussels II Regulation and the Hague Conventions of 1980 and 1996, International Family Law, No. 1, 2004., str. 22.

3. Polja primjene BU II bis i odnos s haškim konvencijama

Sud prilikom zasnivanja nadležnosti najprije mora ispitati jesu li za to ispunjene propisane pretpostavke. Te pretpostavke pronalazi u odgovarajućim pravnim izvorima ovisno o sadržaju spora koji treba razriješiti te vremenu i mjestu pokretanja postupka. U tu svrhu, prije razmatranja pretpostavki nadležnosti, razmatramo *polja primjene* BU II bis i njihova preklapanja s *haškim konvencijama.*

3.1. Polje primjene s obzirom na vrstu pravnog odnosa

Sudovi država članica prilikom odlučivanja o nadležnosti u sporu o roditeljskoj odgovornosti kao primarni pravni izvor primjenjuju BU II bis. U BU II bis stoji da nju primjenjuju tijela država članica koja odlučuju u *građanskim stvarima* koje se odnose na dodjelu, izvršavanje, prijenos, ograničenje ili oduzimanje *roditeljske odgovornosti*, neovisno o prirodi suda.[22] Stoga je najprije potrebno definirati što su građanske stvari i roditeljska odgovornost.

3.1.1. Pojam građanskih stvari

Građanske stvari nisu kao takve definirane u BU II bis već je to standard koji je interpretiran kroz sljedeće presude Suda EU: *C* (C-435/06) od 27. studenog 2007. godine[23], *A* (C-523/07) od 2. travnja 2009. godine[24] i *Gogova protiv Iliev* (C-215/15) od 21. listopada 2015. godine[25].

U predmetu *C* radilo se o majci C i njezino dvoje djece A i B u pogledu koje je švedsko tijelo socijalne skrbi donijelo odluku o izdvajanju iz obitelji i smještanju kod udomitelja. Tijelo je na to bilo ovlašteno temeljem nacionalnog zakona koji spomenute mjere predviđa za situacije u kojima postoji rizik za djetetovo zdravlje i razvoj. Par dana nakon donošenja odluke majka i djeca sele u Finsku i prijavljuju ondje prebivalište. Švedski upravni sud potvrđuje odluku tijela socijalne skrbi i time nadomještava pristanak roditelja na smještaj djeteta kod udomitelja. Majka izjavljuje žalbu na odluku švedskog suda jer isti smatra nenadležnim, ali švedski Vrhovni sud odbija žalbu. Švedska tijela nastavljaju upravni postupak i švedska policija temeljem

[22] BU II bis, čl. 1. tč. (b).
[23] Presuda *C*, C-435/06, EU:C:2007:714.
[24] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225.
[25] Presuda *Gogova protiv Iliev*, C- 215/15, EU:C:2015:710.

multilateralnog sporazuma traži od finske policije pomoć u izvršenju odluke. Finska policija izdaje nalog za predaju djece švedskim vlastima. Majka tada izjavljuje žalbu pred finskim sudovima i naposljetku finski Vrhovni sud upućuje Sudu EU prethodno pitanje o odnosu upravnih mjera javnopravnog karaktera i pojma građanskih stvari.[26]

Sud EU je na početku odluke ustvrdio da se radi ujednačene primjene prava EU i jednakosti svih njezinih građana pojam *građanskih stvari* mora autonomno interpretirati.[27] Autonomna definicija pojma polazi od svrhe i cilja BU II bis izloženih u preambuli, tj. od načela jednakosti svakog djeteta.[28] To se načelo ostvaruje uključivanjem svake odluke o roditeljskoj odgovornosti i svake mjere za zaštitu bračne i izvanbračne djece u polje primjene Uredbe.[29] Odluka ili mjera glede roditeljske odgovornosti koju donese upravni sud ili upravno i drugo javnopravno tijelo ulazi u pojam građanske stvari, iako se ne radi o tipičnom „građanskom sudu".[30] Ako je nacionalnim pravom određena odluka ili mjera klasificirana kao javnopravna mjera ona i dalje ulazi u pojam građanskih stvari ako se tiče materije roditeljske odgovornosti.[31] U preambuli BU II bis su također navedena određena izuzeća iz polja primjene, a koja tradicionalno ulaze u sferu javnog prava (npr. socijalna sigurnost, azil i useljavanje)[32]. Sud EU-a je tumačenjem *a contrario* došao do zaključka da nije bila namjera zakonodavca isključiti sva područja javnog prava iz materijalnog polja primjene BU II bis pa tako ni sve odluke o roditeljskoj odgovornosti koje su javnopravnog karaktera.[33]

U predmetu *A* Sud EU-a je s dvogodišnjim odmakom ponovio zaključke iz predmeta *C* o autonomnosti pojma građanskih stvari, irelevantnosti domaće podjele na privatno i javno pravo i namjeri zakonodavca da javnopravne mjere i odluke o roditeljskoj odgovornosti uključi u pojam građanskih stvari.[34] U oba je slučaja isto prethodno pitanje postavio finski Vrhovni sud u pogledu istih mjera domaćih upravnih tijela. Možda je sud očekivao ili priželjkivao promjenu stava Suda EU koji je ipak ostao dosljedan u svojim zaključcima. Isto vrijedi i za bugarski predmet *Gogova protiv Iliev* iz 2015. godine u kojem je Sud EU ponovio da svaka odluka i

[26] Presuda *C*, EU:C:2007:714, para. 14-23.
[27] Presuda *C*, EU:C:2007:714, para. 39
[28] BU II bis, tč. 5 preambule.
[29] Presuda *C*, EU:C:2007:714, para. 31.
[30] Presuda *C*, EU:C:2007:714, para. 45.
[31] Presuda *C*, EU:C:2007:714, para. 51.
[32] BU II bis, tč. 10 preambule.
[33] Presuda *C*, EU:C:2007:714, para. 52.
[34] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 22, 27 i 29.

mjera o roditeljskoj odgovornosti ulazi u pojam građanskih stvari čak i kad je povezana s vršenjem javnih ovlasti.[35] Presuda *A* detaljnije se razrađuje u poglavlju o uobičajenom boravištu, a presuda *Gogova protiv Iliev* u nastavku teksta.

3.1.2. Pojam roditeljske odgovornosti

Roditeljska odgovornost definirana je u BU II bis kao skup prava i obveza koje prema djetetu ili njegovoj imovini ima nositelj roditeljske odgovornosti, što uključuje prava roditeljske skrbi, odgoja djeteta i kontakta s djetetom.[36] Prava roditeljske skrbi podrazumijevaju i prava i obveze skrbi nad djetetom, posebice pravo na odluku s kime će i gdje dijete živjeti (djetetovo boravište).[37] Roditeljska odgovornost obuhvaća i pitanje skrbništva, udomiteljstva i sličnih instituta, smještaj djeteta kod udomitelja ili u ustanovu, određivanje osobe koja brine o djetetu i njegovoj imovini, određivanje osobe koja dijete zastupa i pomaže mu, kao i dužnosti navedenih osoba te mjere zaštite djeteta koje se odnose na upravljanje, čuvanje ili raspolaganje djetetovom imovinom.[38]

U predmetu *C* je finski Vrhovni sud postavio prethodno pitanje glede odluke o izdvajanju djeteta iz obitelji i njegovu smještanju kod udomitelja koja se u domaćem poretku nužno sastoji od dvije spomenute mjere. Dvojba finskog suda nastala je jer u BU II bis nije izričito spomenuto da mjera izdvajanja djeteta iz obitelji ulazi u materiju roditeljske odgovornosti.[39] Sud EU je zauzeo stav da to što konkretna mjera nije izričito navedena u BU II bis ne znači da je ona automatski isključena iz materijalnog polja primjene Uredbe.[40] Iz formulacije prve rečenice čl. 1. st. 2. BU II bis, točnije iz izraza „mogu se odnositi “, vidljivo je da popis mjera u tom stavku služi samo kao pokazatelj u primjeni i ne podrazumijeva zatvorenu listu mjera.[41] Sud EU se u izvođenju ovih zaključaka vodi svrhom i ciljem BU II bis, tj. ciljem osiguranja jednakosti svakog djeteta.[42] Sporna mjera izdvajanja djeteta iz obitelji je inherentno javnopravna mjera koja smjera zaštiti i pružanju pomoći mladim osobama.[43] Ona je nužna za ostvarenje mjere

---

[35] Presuda *Gogova v. Iliev*, EU:C:2015:710, para. 26.
[36] BU II bis, čl. 2. tč. 7. i 8.
[37] Bu II bis, čl. 2. tč. 9., a tako i čl. 5.(a) HK 1980.
[38] Bu II bis, čl. 1. st. 2. tč. (a)- (e).
[39] Presuda C, EU:C:2007:714, para. 23
[40] Presuda C, EU:C:2007:714, para. 29.
[41] Presuda C, EU:C:2007:714, para. 30.
[42] Presuda C, EU:C:2007:714, para. 31 i tč. 5 preambule.
[43] Presuda C, EU:C:2007:714, para. 32.

smještanja djeteta kod udomitelja u situacijama kada nositelj roditeljske odgovornosti ne pristaje na tu mjeru.[44] Dakle, svaka mjera koja ima za cilj zaštitu djetetovih interesa ulazi u materiju roditeljske odgovornosti neovisno o tome je li izričito spomenuta u BU II bis i usprkos svom javnopravnom karakteru. Isti stav je potvrđen u presudi *A*.[45]

U prethodno citiranom predmetu *Gogova protiv Iliev* radilo se o bugarskim državljanima koji su sa zajedničkim djetetom, također bugarskog državljanstva, živjeli u Italiji prije i nakon prekida veze. Majka je željela obnoviti djetetovu putovnicu kako bi s njime otputovala u Bugarsku. Sukladno bugarskom zakonu za to je bio potreban pristanak oba roditelja koji moraju zajedno i osobno podnijeti predmetni zahtjev. Bugarski zakon predviđa i da u slučaju spora odluka suda može zamijeniti pristanak drugog roditelja. Otac nije sudjelovao u pokrenutom postupku pred bugarskim sudom te mu je postavljen privremeni zastupnik. U studenom 2014. godine bugarski je sud odbacio majčin zahtjev i oglasio se nenadležnim u korist talijanskog suda. U postupku po žalbi predmet je završio pred bugarskim Vrhovnim sudom koji je uputio prethodno pitanje Sudu EU o tome ulazi li predmetni zahtjev u materiju roditeljske odgovornosti.[46]

Sud EU se u svom obrazloženju poziva na zaključke iz presude *C* i naglašava potrebu ekstenzivnog tumačenja pojma roditeljske odgovornosti i neisključivi karakter popisa mjera u čl. 1. st. 2. BU II bis.[47] Potpada li određena mjera pod pojam roditeljske odgovornosti prosuđuje se s obzirom na njezin predmet, a ne s obzirom na to je li izričito navedena u BU II bis.[48] Ostvarivanje prava roditelja na podnošenje predmetnog zahtjeva bez pristanka drugog roditelja po svom sadržaju predstavlja izvršavanje prava roditeljske odgovornosti u smislu čl. 1. st. 1. tč. (b) BU II bis.[49] Iako se u konkretnom slučaju radi o specifičnom aspektu izvršavanja roditeljske odgovornosti potrebno je i taj aspekt uključiti u materijalno polje primjene BU II bis radi potpune zaštite interesa djeteta.[50] Činjenica da o zahtjevu za izdavanjem putovnice odlučuje bugarsko upravno tijelo nije od značaja jer se pitanje roditeljske odgovornosti veže uz pravo na podnošenje takvog zahtjeva u slučaju kada nema pristanka dugog nositelja roditeljske

[44] Presuda C, EU:C:2007:714, para. 35.
[45] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 24, 25 i 26.
[46] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 13-22.
[47] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 27.
[48] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 28.
[49] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 29.
[50] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 32.

odgovornosti, a ne uz subjektivno pravo državljanina na izdavanje putovnice.[51] Sud EU pronalazi argument za zauzeti stav i u čl. 1. st. 3. BU II bis. U tom je stavku navedena zatvorena lista izuzeća iz materijalnog polja primjene BU II bis, a među njima nije naveden predmetni zahtjev.[52]

Zatvorena lista izuzeća sastavljena je od pitanja očinstva i majčinstva (utvrđivanje i osporavanje), posvajanja, imena i prezimena djeteta, emancipacije djeteta, obveze uzdržavanja, određivanja upravitelja djetetove imovine, nasljeđivanja i mjera poduzetih kao rezultat kaznenih djela koja su počinila djeca.[53] Sud EU je dosad imao priliku tumačiti samo jedno od ovih izuzeća i to u predmetu *Matoušková* od 6. listopada 2015. godine.[54] Predmetni spor je nastao u okviru ostavinskog postupka u Češkoj koji je po službenoj dužnosti pokrenut nakon smrti ostaviteljice M. Martinus i koji je vodila javna bilježnica Marie Matoušková kao sudska povjerenica. Ostaviteljica je bila češka državljanka koja je u trenutku smrti imala prijavljeno prebivalište u Češkoj iako je s mužem i dvoje maloljetne djece boravila u Nizozemskoj. Maloljetnoj je djeci u ostavinskom postupku postavljen privremeni skrbnik koji je za njihov račun sklopio sporazum o raspodjeli otvorenog nasljedstva. U sudskoj fazi ostavinskog postupka u Češkoj utvrđena je ukupna i obračunska vrijednost ostavine. Sudska povjerenica je u javnobilježničkoj fazi postupka podnijela sudu sporazum o raspodjeli nasljedstva jer je prema češkom pravu sudsko odobrenje pretpostavka valjanosti takvog sporazuma Ostaviteljičin suprug je u međuvremenu obavijestio povjerenicu da je u Nizozemskoj pokrenut ostavinski postupak jer je ostaviteljica ondje imala uobičajeno boravište u vrijeme smrti. Češki Vrhovni sud uputio je Sudu EU prethodno pitanje o tome potpada li odobrenje sporazuma o raspodjeli nasljedstva, kojeg je za račun maloljetne djece sklopio skrbnik, u materiju roditeljske odgovornosti ili materiju nasljeđivanja u smislu izuzeća iz čl. 1. st. 3. tč. (f) BU II bis.[55]

Sud EU je napomenuo da se mjera poput sudskog odobrenja predmetnog sporazuma donosi s ciljem zaštite djetetovih interesa prilikom izvanrednog raspolaganja imovinom.[56] Mjera koja je tako izravno povezana s poslovnom sposobnošću djeteta i motivirana zaštitom njegovih interesa

[51] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 33 i 34.
[52] Presuda *A*, EU:C:2009:225, para. 30.
[53] BU II bis, čl. 1. st. 3.
[54] Presuda *Matoušková*, C-404/14, EU:C:2015:653.
[55] Presuda *Matoušková*, EU:C:2015:653, para. 16-24.
[56] Presuda *Matoušková*, EU:C:2015:653, para. 28.

čini nužnim da za imenovanje skrbnika i nadzor nad radnjama skrbnika bude nadležan isti sud, neovisno o pravnom području kojem pripadaju radnje skrbnika.[57] Zbog toga predmetna mjera ne potpada automatski pod pitanje nasljeđivanja samo zato jer je poduzeta u vezi s otvorenim ostavinskim postupkom.[58] Također, Sud EU se poziva na izvješće M. Lagardea o HK 1996 u kojem je istaknuto da ukoliko nacionalno nasljedno pravo predviđa sudjelovanje zakonskog zastupnika maloljetnog nasljednika u ostavinskom postupku, taj zastupnik mora biti određen primjenom HK 1996 jer se radi o pitanju roditeljske odgovornosti.[59]

Zaključno dajemo kratku napomenu glede materije uzdržavanja koja je također izuzeta iz polja primjene BU II bis[60] i regulirana Uredbom Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu uzdržavanja (dalje:Uredba o uzdržavanju).[61] Naime, sud koji je nadležan odlučivati o roditeljskoj odgovornosti može temeljem potonje Uredbe odlučivati i o obvezi uzdržavanja ako se to pitanje pojavi kao sporedno.[62] Ipak, različita pravila o priznanju i izvršenju primjenjuju se u pogledu odluke o uzdržavanju i odluke o roditeljskoj odgovornosti iako obje potječu iz istog postupka.[63]

U pogledu pojma roditeljske odgovornosti, Boele-Woelki i González Beilfuss zaključuju na temelju promatranja nacionalnih izvješća o primjeni BU II bis da je radi njezine učinkovite primjene u nekim članicama potrebno donijeti implementirajuće zakonske odredbe.[64] Takvim se odredbama razjašnjava sadržaj i odnos autonomnih pojmova i njihovih pandana u nacionalnim zakonima. Primjerice, u Grčkoj je BU II bis prevedena tako da je roditeljska odgovornost prevedena kao roditeljska skrb, a njezin je sadržaj u nacionalnom zakonu uži nego

---

[57] Presuda *Matoušková*, EU:C:2015:653, para. 30.
[58] Presuda *Matoušková*, EU:C:2015:653, para. 31.
[59] Presuda *Matoušková*, EU:C:2015:653, para. 32.
[60] BU II bis, čl. 1. st. 3. tč. (f).
[61] SL L 7, 18. 12. 2008.
[62] Uredba o uzdržavanju, čl. 3. (d).
[63] Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation, European Commission, str. 9., dostupno na http://e-justice.europa.eu/ (4.6.2016).
Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 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), Up- dated version 1 June 2005, European Commission and European Judicial Network, str. 21., dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf (4.6.2016)(dalje: Practice Guide).
[64] Boele-Woelki, Katharina; González Beilfuss, Cristina, The impact and application of the Brussels II bis Regulation in the Member States: Comparative synthesis, u: Boele-Woelki, Katharina, González Beilfuss, Cristina (ur.), Brussels II bis: its impact and application in the member states, Intersentia, Antwerpen [u.a.], 2007., str. 40.

autonomna definicija pojma. Nacionalna zakonodavstva Italije i Španjolske uopće ne poznaju institut roditeljske odgovornosti već koriste institute očinske *(patria potestad*) i roditeljske vlasti (*potesta genitoriale*), koji ne uključuju skrbništvo u svoj sadržaj. U Poljskoj pravo na susrete i druženje ne čini dio roditeljske odgovornosti.[65] Situacija je bolja u Hrvatskoj jer Obiteljski zakon (dalje: OBZ) sadrži sve institute koji čine roditeljsku odgovornost u smislu BU II bis.[66] Prema OBZ-u, roditeljska skrb podrazumijeva odgovornosti, prava i obveze roditelja u svrhu zaštite i promicanja djetetovih osobnih i imovinskih interesa i dobrobiti. [67] U sadržaj roditeljske skrbi, između ostalog, ulazi i odluka o mjestu stanovanja djeteta.[68] Mjesto stanovanja djeteta dužni su sporazumno odrediti roditelji, a podudara se s prebivalištem/ boravištem (jednog od) roditelja.[69] Roditelj koji ne stanuje s djetetom ima pravo i dužnost ostvarivati osobni odnos s djetetom.[70] Roditelji imaju i pravo, dužnost i odgovornost upravljati djetetovom imovinom.[71] Roditeljska skrb nadomješta se djetetu štićeniku kroz institut skrbništva koji je reguliran u zasebnom dijelu zakona,[72] a zakonom je reguliran i institut udomiteljstva.[73] Vidimo da je roditeljska odgovornost u OBZ- u po obuhvatu usporediva s onom u BU II bis i bez potrebe donošenja implementirajućih odredbi. Navedeno bi trebalo olakšati primjenu BU II bis pod uvjetom da nacionalna sudska praksa prati daljnji razvoj prakse Suda EU u tumačenju zajedničkih koncepata.

3.2. Polje primjene s obzirom na teritorij i vrijeme

BU II bis primjenjuju sve države članice, osim Danske.[74] U Republici Hrvatskoj je ona u primjeni od 1. srpnja 2013. godine, u Rumunjskoj i Bugarskoj od 1. siječnja 2007. godine, a u svim ostalim članicama od 1. ožujka 2005. godine. Odredbe BU II bis se primjenjuju u postupcima o roditeljskoj odgovornosti koji su pokrenuti na dan naveden u prethodnoj rečenici

[65] Boele-Woelki, Katharina; González Beilfuss, Cristina, op. cit., str. 31.; Medić Musa, Ines, op. cit., str. 42., bilješka 130.
[66] Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15.
[67] OBZ, čl. 91.
[68] OBZ, čl. 92.
[69] OBZ, čl. 96.
[70] OBZ, čl. 95. st. 1.
[71] OBZ, čl. 97.
[72] OBZ, čl. 218. – 280.
[73] OBZ, čl. 150., 155. i 164.
[74] BU II bis, čl. 72.

ili nakon tog datuma.[75] Smatra se da je postupak pokrenut u trenutku kada je odgovarajuće pismeno podneseno sudu pod uvjetom da je podnositelj poduzeo sve daljnje korake za dostavu pismena drugoj strani. Ako pismeno mora sukladno nacionalnom pravu prvo biti dostavljeno drugoj strani, smatra se da je postupak pokrenut kada je tijelo ovlašteno za dostavu primilo pismeno, pod uvjetom da je podnositelj poduzeo radnje radi predaje pismena sudu.[76]

3.3. Odnos BU II bis i haških konvencija

U ovom dijelu rada dan je načelni pregled odnosa navedenih instrumenata. Detaljnija razrada izložena je u kasnijim odlomcima na primjerima konkretnih članaka. Iako BU II bis ima prednost u primjeni pred odredbama navedenih konvencija ako one reguliraju isto pitanje, od značaja je njihova uloga u zakonodavnoj povijesti BU II bis i važno je zajedničke koncepte tumačiti na ujednačen način.[77]

3.3.1. BU II bis i HK 1980

U samoj je BU II bis definiran njezin odnos s drugim međunarodnim instrumentima koji su stupili na snagu u državama članicama prije njezina stupanja na snagu.[78] U članku 60. stoji, između ostalog, da BU II bis ima prednost u primjeni pred HK 1980 u pitanjima koja su regulirana u oba instrumenta, a posebno njen članak 11.[79] U svim drugim slučajevima države članice stranke Konvencije primjenjuju odredbe HK 1980.[80]

U BU II bis su unesene dopunske odredbe kojima se omogućuje sudu ranijeg djetetovog uobičajenog boravišta da *de facto* ukine odluku suda kasnijeg djetetova uobičajenog boravišta kojom je odbijen zahtjev za predaju djeteta na temelju HK 1980. Također, modificirane su odredbe HK 1980 o pretpostavkama za odbijanje zahtjeva za predajom djeteta kada o zahtjevu odlučuje sud države članice EU. HK 1980 se primjenjuje samo na djecu koja još nisu navršila

---

[75] BU II bis, čl. 64.
[76] BU II bis, čl. 16.
[77] Lenaerts, Koen, "The best interests of the child always come first: the Brussels ii bis Regulation and the European court of justice.", Jurisprudencija 20, br. 4, Mykolas Romeris University, 2013, str. 1304., dostupno na: http://www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/(4.6.2016.).
[78] BU II bis, čl. 60.
[79] BU II bis, tč. 17 preambule.
[80] BU II bis ,čl. 62. st. 1.

šesnaest godina[81] te isto vrijedi i za čl. 11. BU II bis kojim se dopunjuje i modificira HK 1980.[82] Navedene će modifikacije biti konkretizirane u kasnijim poglavljima zajedno s kritičkim osvrtom.

U literaturi se navodi da su odredbe o „otmici" djeteta unesene u BU II bis jer je određeni broj država članica koje su ujedno i stranke HK 1980 bio nezadovoljan njezinom praktičnom primjenom.[83] Medić Musa pak smatra kako „rješenje, do kojeg se na kraju došlo, reflektira suprotna mišljenja, no kako su ona apsolutno oprečna tako je i rješenje nezadovoljavajuće. Stoga ne bi iznenadilo kada bi se u konačnici pokazalo da je njime umjesto progresije izazvana regresija".[84]

3.3.2. BU II bis i HK 1996

Borrás navodi kako su HK 1996 i BU II pripremane u isto vrijeme s namjerom stvaranja usuglašenih instrumenata.[85] Vijeće EU-a je u travnju 2003. godine ovlastilo države članice da zajednički potpišu HK 1996 (nakon donošenja BU II, a prije donošenja BU II bis). Naravno, davanje spomenute ovlasti bilo je potrebno zbog specifičnog odnosa EU kao supranacionalne organizacije i njezinih država članica u pogledu vanjskih nadležnosti EU. Vijeće EU je pet godina kasnije ovlastilo države članice koje su potpisale, ali ne i ratificirale Konvenciju, da to zajednički ili pojedinačno učine. Napominjemo da je nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora[86] EU stekla pravnu osobnost te je danas stranka HK 1980 i HK 1996.[87]

Rauscher uspoređuje pravne standarde „roditeljska odgovornost" (BU II bis) i „mjere za zaštitu djeteta i njegove imovine" (HK 1996) i primjećuje da europski zakonodavac prilikom stvaranja pravnih akata stvara i nov, sebi svojstven sustav, umjesto da preuzme postojeće međunarodne sheme.[88] Mjere za zaštitu djeteta i njegove imovine čine samo jedan od aspekata roditeljske odgovornosti prema BU II bis te možemo zaključiti da je namjera europskog zakonodavca bila

---

[81] HK 1980, čl. 4.
[82] Rauscher, Thomas, op.cit. , str. 38.
[83] Medić Musa, Ines, op.cit., str. 146.
[84] loc. cit.
[85] Borrás, Alegria, Institutional Framework: Adequate Instruments and the External Dimension, International Family Law for the European Union, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007., str. 139.
[86] Lisabonski ugovor, (2007), SL C 360, 17.12.2007., čl. 46A.
[87] Popis stranaka dostupan na: https://assets.hcch.net/docs/ccf77ba4-af95-4e9c-84a3-e94dc8a3c4ec.pdf (4.6.2016.).
[88] Rauscher, Thomas, op.cit. , str. 38.

proširiti materijalno polje primjene Uredbe u odnosu na HK 1996.[89] Međutim, za razliku od HK 1996, BU II bis ne sadrži definiciju *djeteta* te Rauscher primjećuje da bi najbolje rješenje bila autonomna definicija pojma i to u skladu s HK 1996 radi izbjegavanja neusklađenosti i problema u praksi.[90] S druge strane, Priručnik za primjenu BU II bis upućuje na mjerodavno nacionalno pravo.[91] Medić Musa naglašava da Priručnik ne precizira je li mjerodavno *lex fori, lex patriae* djeteta ili *lex domicilii* djeteta.[92]

BU II bis ima prednost u primjeni u odnosu na HK 1996 kada dijete u pogledu kojeg se pokreće postupak ima uobičajeno boravište na području EU, tj. kada se na području EU izvršava odluka donesena na području EU neovisno o djetetovom uobičajenom boravištu.[93] Praktični problem nastaje kada dijete nema uobičajeno boravište na području EU, ali se nalazi na području države članice EU koja je ujedno i stranka HK 1996, S obzirom da oba instrumenta predviđaju nadležnost na temelju nazočnosti djeteta, na nacionalnom je sudu da odluči koji će instrument primijeniti. [94]

U priručniku za primjenu BU II bis stoji da ona ima prednost pred HK 1996 u primjeni odredaba o nadležnosti, priznanju i izvršenju, a HK 1996 se primjenjuje u pogledu odredbi o mjerodavnom pravu.[95] S navedenim se slaže i Rauscher.[96] Medić Musa napominje da to mišljenje ne dijele svi pravni stručnjaci. [97] Neki smatraju da se mjerodavno pravo ni u kojem slučaju ne može određivati temeljem HK 1996, a drugi da je to ispravno ukoliko se nadležnost suda zasniva na temelju pretpostavki koje su iste u oba instrumenta. Dakle, ovi stručnjaci smatraju da se međunarodna nadležnost i mjerodavno pravo moraju temeljiti na pretpostavkama utemeljenim istim pravnim izvorima ili barem istim načelima.

---

[89] loc. cit. za detaljniju usporedbu.
[90]Rauscher, Thomas, op.cit. , str. 38.
[91] Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, op. cit., str. 8.
[92] Medić Musa, Ines, Predmeti o roditeljskoj odgovornosti prema Briselskoj uredbi II bis, u Bodiroga-Vukobrat, Nada (ur.) [et al.], Europsko obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2013. godine, str. 234.
[93] BU II bis, čl. 61. točke (a) i (b).
[94] BU II bis, čl. 13. i HK 1996, čl. 6. st. 2. i Medić Musa, Ines, op. cit., str. 233.
[95] Practice Guide, op. cit., str. 45.
[96] Rauscher, Thomas, Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation "Brussels IIA", The European Legal Forum, Issue 1-2005, München 2005., str. 46., dostupno na: http://www.european-legal-forum.net/.(4.6.2016.)
[97] Medić Musa, Ines, op.cit., str. 143.

4. Pretpostavke međunarodne nadležnosti

BU II bis kao temeljnu pretpostavku međunarodne nadležnosti propisuje *uobičajeno boravište djeteta* u trenutku pokretanja postupka.[98] Međutim, od tog pravila postoje i iznimke[99], odnosno njegova je primjena u određenim situacijama uvjetovana ispunjenjem dodatnih pretpostavki.[100] O takvoj se situaciji radi u slučajevima navodne otmice djeteta gdje sud države članice najprije mora ispitati *nezakonitost* odvođenja ili zadržavanja djeteta.[101] O utvrđenju ovog koncepta ovisi je li za zasnivanje nadležnosti dovoljna temeljna pretpostavka uobičajenog boravišta ili je ono uvjetovano daljnjim pretpostavkama.[102] Drugim riječima, o nezakonitosti odvođenja ili zadržavanja djeteta ovisi hoće li sud države iz koje je dijete oteto zadržati svoju nadležnost iako dijete ondje više nema uobičajeno boravište. Stoga u sljedećim odlomcima najprije razmatramo kompleksni sadržaj koncepta *uobičajenog boravišta djeteta,* kao temeljne pretpostavke nadležnosti, i sadržaj koncepta *nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta*, kojim je modificirana primjena temeljne pretpostavke. Naposljetku, razmatramo njihov odnos s *daljnjim pretpostavkama* nadležnosti.

4.1. Uobičajeno boravište djeteta

Uobičajeno boravište, državljanstvo, domicil ili prebivalište osobe su uobičajeni činjenični i pravni elementi koji se koriste kao poveznice neke osobe i pravosudnog sustava određene zemlje.[103] Odabir poveznice je politička odluka[104] pa ćemo najprije razmotriti motive europskog zakonodavca koji se opredijelio za poveznicu uobičajenog boravišta kao primarnu u svojim instrumentima.[105]

---

[98] BU II bis, čl. 8. st. 1.
[99] BU II bis, čl. 9., 10.(zadržavanje nadležnosti) i 12. u vezi sa čl. 8. st. 2.
[100] BU II bis, čl. 10. u vezi sa čl. 8. st. 2.- prijenos nadležnosti
[101] BU II bis, čl. 10.
[102] BU II bis, čl. 10. (a) i (b)
[103] Dutta, Anatol, Uobičajeno boravište u odnosu na državljanstvo – u potrazi za osobnom poveznicom u europskom obiteljskom pravu, u: Župan, Mirela, Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 319.
[104] loc. cit.
[105] Uredba o uzdržavanju, čl. 3. tč. a i b, čl. 4. st. 1. tč. a i cUredba (EZ) Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze (Rim II), SL 199/40, 31.7.2007., čl. 4. st. 2., čl. 5. st. 1. tč. a i podstavak 2., čl. 10. st. 2., čl. 11. st. 2. i čl. 12. st. 2.b

Kao prvo, uobičajeno boravište je poveznica koju Haška konferencija za međunarodno privatno pravo koristi u svojim instrumentima, posebice u obiteljskim stvarima.[106] Drugo, uobičajeno boravište je poveznica utemeljena na načelu integracije i time najviše odgovara integrativnoj politici EU jer uvažava interes pojedinca da bude uključen u društvo u kojem živi.[107] Uostalom, primarnim zakonodavstvom EU-a zabranjena je diskriminacija temeljem državljanstva čime se štiti integracijski interes građana EU-a.[108] Treće, uobičajeno boravište je činjenična osobna poveznica za razliku od državljanstva koje je politički i pravni instrument u rukama zakonodavca države članice i time nije podložno autonomnom definiranju.[109] Međutim, valja naglasiti povezanost uobičajenog boravišta i državljanstva jer je potonje element u utvrđivanju uobičajenog boravišta, o čemu će dalje biti riječ.[110] Četvrto, iz preambule BU II bis[111] možemo iščitati namjeru europskog zakonodavca da formulira odredbe o nadležnosti „u svjetlu zaštite interesa djeteta, posebno na kriteriju blizine".[112] Stalford smatra da poveznica uobičajenog boravišta olakšava sudjelovanje djeteta u postupku.[113] Peto, u preambuli HK 1980 stoji da je poveznica uobičajenog boravišta djeteta uvedena radi zaštite djeteta u slučaju „otmice" kako bi se osigurao njegov hitni povratak u državu s kojom je najsnažnije povezan.[114] Ta je država najprikladniji forum za odluku o roditeljskoj odgovornosti.[115] Dakle, politička odluka o odabiru uobičajenog boravišta osobe kao osobne poveznice dobiva i zaštitnički karakter u materiji roditeljske odgovornosti i posebice slučajevima „otmice" djeteta.

Europski zakonodavac nije definirao uobičajeno boravište već se priklonio stavu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo da uobičajeno boravište ne treba definirati već se smatra faktičnim pitanjem. Zbog njegove faktične prirode formalna definicija ne bi bila od

---

[106] HK 1980, čl. 3. (uobičajeno boravište djeteta), HK 1996, čl. 5. (redovito boravište djeteta) i Haški protokol od 23. studenog 2007. o mjerodavnom pravu za obveze uzdržavanja, objava službenog prijevoda na hrvatski jezik u SL L 331/19, 16.12.2009., čl. 3. (uobičajeno boravište vjerovnika uzdržavanja)
[107] Dutta, Anatol, op. cit., str.323.
[108] loc. cit.
[109] Ibid., str. 324.
[110] Ibid., str. 321.
[111] BU II bis, tč. 12 preambule.
[112] Medić Musa, op. cit., str. 55. i 56.
[113] Stalford, Helen, EU Family Law: A Human Rights Perspective, u: Meeusen, J...(et. al.)(ur.): International Family Law for the European Union, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007., str. 101.
[114] HK 1980, preambula i čl. 4.
[115] Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, Recent development on the meaning of „habitual residence" in alleged child abduction cases, u: Župan, Mirela, Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 40. i 41.

koristi u praksi.[116] U priručniku za primjenu BU II bis stoji da nacionalni sud mora tumačiti koncept uobičajenog boravišta i to u svjetlu svrhe i ciljeva Uredbe.[117] Ova se obveza u praksi pokazala problematičnom jer sud mora utvrditi pravno relevantne činjenice u postupcima u kojima je većina činjenica u pravilu sporna među strankama.[118] Beaumont i Holliday razlikuju tri pristupa u utvrđivanju uobičajenog boravišta djeteta koji su identificirani kroz primjenu HK 1980, a koji se razlikuju ovisno o značaju koji se pridaje namjerama nositelja roditeljske odgovornosti. Prvi pristup bazira se primarno na namjeri nositelja roditeljske odgovornosti da se s djetetom nastani u nekoj državi. Drugi se pristup temelji isključivo na djetetovoj povezanosti s određenom državom i njega se promatra kao autonomnog pojedinca („*autonomous individual*"). Treći pristup je kombinirana metoda koja uzima u obzir sve činjenice slučaja radi utvrđivanja središta djetetovih interesa, pritom uzimajući u obzir i namjere nositelja roditeljske odgovornosti.[119]

Sud EU je temeljni pristup koji nacionalni sudovi moraju primjenjivati u utvrđivanju uobičajenog boravišta iznio u predmetu *A* od 2. travnja 2009. godine.[120] U slučaju se radilo o majci A i njezino troje maloljetne djece C, D i E koji su živjeli u Švedskoj i Finskoj. Nakon što je finsko tijelo socijalne skrbi donijelo odluku o izdvajanju iz obitelji djeteta D i djeteta E zbog navodnog nasilničkog ponašanja očuha, majka i djeca sele u Švedsku. Četiri godine kasnije svi zajedno odlaze u Finsku provesti praznike i ondje borave u karavanskom naselju. Majka podnosi prijavu za socijalno stanovanje, a mjesec dana kasnije finsko tijelo socijalne skrbi ponovno donosi odluku o izdvajanju djece iz obitelji i njihovu smještanju kod udomitelja, tj. u ustanovu socijalne skrbi. Majka izjavljuje žalbu finskom upravnom sudu i predmet završava pred finskim Vrhovnim sudom. Za finski je Vrhovni sud bilo dvojbeno gdje je uobičajeno boravište djece koja imaju prijavljeno prebivalište u Švedskoj, a u Finskoj žive nomadskim načinom života u karavanskom naselju.[121]

---

[116] Perez- Vera, Elisa, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, HCCH Publications, 1982. godine, tč. 66., dostupno na: https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779 (9.6.2016.); Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, op. cit., str. 40. - kritika
[117] Practice Guide, op. cit., str. 10.
[118] Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, op. cit., str. 40.
[119] Ibid., str. 41.
[120] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225
[121] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 14 – 20.

Sud EU je u obrazloženju odluke najprije naglasio da utvrditi fizičku prisutnost djeteta na nekom mjestu ne znači i utvrditi njegovo boravište. Fizička prisutnost djeteta pretpostavka je primjene čl. 13. BU II bis i to je supsidijarna poveznica u slučajevima kada nije moguće utvrditi boravište.[122] Djetetovo uobičajeno boravište utvrđuje se na temelju procjene svih stvarnih okolnosti konkretnog slučaja.[123] Uz fizičku prisutnost djeteta potrebni su i pokazatelji da ta prisutnost nije samo privremena ili povremena te da ona rezultira određenim stupnjem uključenosti u društvenu i obiteljsku okolinu.[124] U tu svrhu posebno su važni pokazatelji trajanje, redovitost, uvjeti i razlozi prisutnosti, tj. boravka djeteta, njegovo državljanstvo i pohađanje škola, poznavanje jezika te društvene i obiteljske veze.[125] Kupnja ili najam stambene nekretnine ili podnošenje zahtjeva za socijalnim stanovanjem su konkretni pokazatelji da je prisutnost djeteta u nekom mjestu trajne naravi.[126] Suprotno tome, nomadski način života u konkretnom predmetu može biti pokazatelj samo privremene odnosno povremene prisutnosti, tj. boravka djeteta.[127]

Nacionalni sud vrši konačnu procjenu činjeničnog stanja uz primjenu iznesenih kriterija[128] i stalno vodeći računa o načelima iz preambule BU II bis gdje stoji da su odredbe o nadležnosti oblikovane na temelju kriterija blizine i u svrhu zaštite interesa djeteta.[129] Sud EU je istaknuo da nacionalni sud ne bi trebao prilikom utvrđivanja djetetova uobičajenog boravišta koristiti definicije uobičajenog boravišta iznesene u sudskoj praksi iz drugih pravnih područja.[130] U vezi toga Medić Musa posebno ističe mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott[131] da koncept uobičajenog boravišta djeteta treba razlikovati od koncepta razvijenog za odrasle osobe i bračne sporove. U potonjima je naglasak stavljen na raspodjelu obveza između država članica, a ne na dobrobit osobe o čijim se pravima odlučuje.[132]

---

[122] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 33.
[123] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 37.
[124] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 38.
[125] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 39.
[126] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 40.
[127] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 41.
[128] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 42.
[129] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 35.
[130] Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, para. 36.
[131] Opinion of Advocate General Kokott, C-523/07, EU:C:2009:39.
[132] Opinion of Advocate General Kokott, EU:C:2009:39, para. 36.

Medić Musa zaključuje da je Sud EU svojom listom pokazatelja na temelju kojih se utvrđuje djetetovo boravište donekle odstupio od prijedloga nezavisne odvjetnice Kokott i premjestio fokus s utvrđivanja centra djetetovih interesa na utvrđivanje objektivnijeg koncepta uključenosti u obiteljsku i društvenu okolinu.[133] Nezavisna odvjetnica u svome mišljenju iznosi i dva aspekta uobičajenog boravišta o kojima je Sud tek kasnije odlučivao – njegovo konkretno *trajanje* i *djetetovu dob*.[134]

Ti su aspekti razmatrani u slučaju *Mercredi protiv Chaffe* od 22. prosinca 2010. godine.[135] Gospođa Mercredi, francuska državljanka, i gospodin Chaffe, britanski državljanin, živjeli su u izvanbračnoj zajednici u Engleskoj. Ondje je 11. kolovoza 2009. godine rođeno zajedničko dijete Chloé. Nekoliko dana kasnije, otac se iselio iz zajedničkog stana i izvanbračna je zajednica prestala. U listopadu 2009. godine (7.10.) majka s novorođenčetom odlazi u svoje rodno mjesto u Francusku, na otok Réunion (stigle 8.10). Otac je o tome obaviješten 10. listopada putem pisma. Dan prije (9.10.) otac je telefonskim putem kontaktirao suca u Engleskoj koji je izdao nalog za davanje podataka o djetetovoj lokaciji (britansko pravo ovlašćuje suce na donošenje specifičnih naloga u materiji roditeljske odgovornosti). Ročište je zakazano za 12.10.2009. godine. Na tom je ročištu otac, koji prema britanskom pravu nije *ex lege* nositelj roditeljske odgovornosti, podnio zahtjev za dodjelom roditeljske odgovornosti i pravom na kontakt s djetetom. Sud je donio nalog za povratak djeteta u kojem je izričito stajalo da povratak ne podrazumijeva ni predaju djeteta ni kontakt oca s djetetom. U međuvremenu u Francuskoj majka podnosi zahtjev sudu za dodjelom isključive roditeljske odgovornosti i utvrđivanjem djetetovog prebivališta na njezinoj kućnoj adresi (28.10.). Otac pred francuskim sudom podnosi zahtjev za povratkom djeteta temeljem HK 1980 (18.12.), ali je taj zahtjev odbijen (15.3.2010.) jer je utvrđeno da on nije nositelj roditeljske odgovornosti. U lipnju 2010. godine francuski je sud udovoljio majčinu zahtjevu od 28.10.2009. godine. Međutim, u travnju 2010. godine (15.4.) engleski je sud utvrdio svoju nadležnost u materiji roditeljske odgovornosti i to od dana telefonskog poziva upućenog sucu (9.10.2009.) što bi isto značilo da je, sukladno britanskoj sudskoj praksi, od toga datuma sud bio nositelj prava na skrb nad malenom Chloé. Nadalje, engleski sud je zaključio da očevo pravo na skrb ima učinak od tog datuma, dakle retroaktivno.

[133] Medić Musa, op. cit., str. 82.
[134] Opinion of Advocate General Kokott, EU:C:2009:39, para. 41.
[135] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, C- 497/10 PPU, EU:C:2010:829.

Naposljetku, sud je zaključio da je 9.10.2009. godine malena Chloé još uvijek imala uobičajeno boravište u Engleskoj. U srpnju 2010. godine majka izjavljuje žalbu na tu odluku, a žalbeni sud upućuje Sudu EU prethodno pitanje glede minimalnog trajanja uobičajenog boravišta.[136]

Glede konkretnog trajanja boravka, Sud EU je naglasio kako gramatičko tumačenje *uobičajenog* podrazumijeva redovno ili trajno stanje.[137] Ono implicira određeno *trajanje* boravka, tj. primjereni stupanj *trajnosti* boravka.[138] Međutim, kvantitativno trajanje ili trajnost je samo jedan od indikatora uobičajenog boravišta djeteta dok je od izvanredne važnosti („*paramount importance*“) postojanje *namjere* roditelja da na određenom mjestu uspostavi trajno središte svojih i djetetovih životnih interesa.[139]

Djetetova je *dob* također od posebne važnosti.[140] Ovisno o njoj modificira se poimanje djetetove društvene i obiteljske okoline pa tako treba razlikovati radi li se u konkretnom slučaju o djetetu školske dobi, djetetu koje je završilo školu ili pak dojenčetu.[141] Okolinu djeteta predškolske dobi primarno čine osobe s kojima ono živi, koje o njemu brinu i pomažu mu.[142] Kada govorimo o dojenčetu, veza djeteta i okoline je posebno jaka jer je ono nužno ovisno o spomenutim osobama i njihovim životnim odlukama.[143] U razmatranom slučaju to je značilo da prilikom utvrđivanja djetetova boravišta treba dati veći značaj stupnju majčine uključenosti u društvenu i obiteljsku okolinu (njezini razlozi za preseljenje, poznavanje jezika, geografsko i obiteljsko podrijetlo) i namjeri da ondje trajno ostane.[144] Beaumont i Holliday čak otvaraju pitanje je li potrebna fizička prisutnost dojenčeta u određenom mjestu ako se dovoljan naglasak stavi na namjeru primarnog skrbitelja da se ondje trajno nastani.[145] Autori zaključuju da je u konkretnom predmetu postignuto zadovoljavajuće balansiranje između namjere roditelja i djetetovih interesa,[146] ali Beaumont i McEleavy upozoravaju da neopravdano preferiranje namjere

[136] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 20 – 36.
[137] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 44.
[138] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 51.
[139] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 51.
[140] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 52.
[141] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 53.
[142] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 54.
[143] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 55.
[144] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 55.
[145] Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, op. cit., str. 58.
[146] loc. cit.

roditelja u drugim slučajevima može dovesti do učinaka suprotnih načelima na kojima se temelje odredbe o uobičajenom boravištu.[147]

Pitanje *namjere* osobe da se trajno nastani na određenom području je dalje interpretirano u slučaju *C protiv M* od 9. listopada 2014. godine.[148] U tom predmetu radi se o gospodinu C, francuskom državljaninu, i gospođi M, britanskoj državljanki, koji su 2008. godine sklopili brak u Francuskoj i iste godine dobili dijete. Četiri mjeseca nakon rođenja zajedničkog djeteta majka podnosi sudu zahtjev za razvod braka. U travnju 2012. godine francuski je sud donio odluku o razvodu braka i roditeljskoj odgovornosti bivših supružnika. Određeno je da oni zajednički izvršavaju roditeljsku odgovornost, da će od 2. srpnja 2012 godine uobičajeno boravište djeteta biti na majčinoj adresi, da otac ima pravo na kontakt i smještaj djeteta (predviđeni različiti režimi ovisno o tome da li dijete ostaje u Francuskoj ili s majkom seli u Irsku) i da je majka ovlaštena nastaniti se u Irskoj. Prema francuskom su pravu odredbe presude o roditeljskoj odgovornosti bile privremeno izvršne iako nepravomoćne. Otac je izjavio žalbu protiv presude u dijelu koji se odnosi na roditeljsku odgovornost (23.4.2012.), a majka i dijete su odselile u Irsku (12.7. 2012.). U ožujku 2013. godine drugostupanjski je sud u Francuskoj usvojio očevu žalbu i stavio izvan snage odredbe o uobičajenom boravištu djeteta na majčinoj adresi i o pravu oca na kontakt i smještaj djeteta. Isti je sud odredio da je uobičajeno boravište djeteta na očevoj adresi u Francuskoj i da majka ima pravo na kontakt i smještaj djeteta (5.3.2013.). Irski Vrhovni sud je Sudu EU uputio prethodno pitanje o učinku nepravomoćnih odluka na namjeru osobe da se s djetetom trajno nastani u drugoj državi članici.[149]

Sud EU je naglasio da nacionalni sud mora prilikom utvrđivanja namjere roditelja da se s djetetom nastani u nekom mjestu voditi računa o pravnoj prirodi odluke o roditeljskoj skrbi koja ga na to ovlašćuje.[150] U konkretnom slučaju nacionalni sud treba voditi računa o tome da je odluka francuskog suda bila samo privremeno izvršiva, nepravomoćna i da je protiv nje bila izjavljena žalba. U takvoj situaciji nositelj roditeljske odgovornosti ne može biti siguran da boravak u drugoj državi članici neće biti samo privremene naravi.[151] Posljedično, element

[147] Beaumont, P.; McEleavy P., The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1. edition, Oxford [u.a.], Oxford Univ. Press, 1999., str. 112.
[148] Presuda *C protiv M*, C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268.
[149] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 19 – 32.
[150] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 55.
[151] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 55.

namjere gubi kvalitetu trajnosti u smislu presude *Mercredi protiv Chaffe.* Konačna odluka o djetetovu uobičajenu boravištu se ipak donosi na temelju sveobuhvatne analize stvarnih činjenica konkretnog slučaja, posebno uzimajući u obzir prethodno utvrđene kriterije o namjeri trajnog boravka, stupanj djetetove integracije u društveni i obiteljski život te vrijeme proteklo od djetetova dolaska u novu sredinu pa sve do stavljanja izvan snage odluke o roditeljskoj skrbi.[152]

Beaumont i Holliday navode kako je ovom presudom u koncept uobičajenog boravišta uveden pravni element koji omogućuje strani koja je izgubila spor da nastavi kontrolirati djetetovo uobičajeno boravište izjavljivanjem pravnog lijeka protiv odluke kojom je izgubila pravo na skrb.[153] Autori ipak prepoznaju doprinos ovog predmeta u razvoju koncepta uobičajenog boravišta jer je on tumačen u kontekstu nezakonitog zadržavanja djeteta, tj. članka 2. tč. 11. i članka 11. st. 1. BU II bis, a ne u kontekstu čl. 8. kao u prva dva slučaja.[154] Sud EU je jasno naznačio da se koncept uobičajenog boravišta djeteta na ujednačen način interpretira i u kontekstu „otmice" djeteta.[155] Beaumont i Holliday obrazlažu da u kontekstu „otmice" djeteta Sud EU ima puno veću ulogu od tumača prava EU jer istodobno tumači koncept djetetova uobičajenog boravišta koji je zajednički BU II bis i HK 1980. Time se postiže ujednačenija primjena HK 1980 u državama članicama EU.[156] Međutim, postoji rizik da Sud EU neće stvarati dovoljno kvalitetnu praksu tumačenja zbog nespecijaliziranosti u pitanjima međunarodnog privatnog prava.[157]

U pogledu nacionalne prakse, Boele-Woelki i González Beilfuss[158] ističu dobar primjer Francuske i Irske čiji su se sudovi u obrazloženju domaćih odluka pozivali na definiciju uobičajenog boravišta iz sudske prakse Suda EU, odnosno iz Borrás Reporta.[159] Države članice u pravilu ne stvaraju zakonske definicije uobičajenog boravišta već to prepuštaju sudskoj praksi

[152] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 56.
[153] Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, op. cit., str. 56.
[154] Ibid., str. 52.
[155] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 54.
[156] Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, op. cit., str. 58.
[157] loc. cit.
[158] Boele-Woelki, Katharina; González Beilfuss, Cristina, op. cit., str. 32.
[159] Borrás, Alegria, Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters, prepared by Dr. Alegria Borras, OJ C 221, 16.7.1998.

i pravnoj znanosti.[160] Jessel-Holst navodi Belgiju kao iznimku te Rumunjsku i Bugarsku koje su preuzele belgijsku definiciju.[161] Autorica dalje navodi da se nove države članice (Bugarska, Rumunjska i Hrvatska) nalaze suočene s iznenadnim prijelazom s poveznice državljanstva i prebivališta na poveznicu uobičajenog boravišta te bi bilo korisno u njihova zakonodavstva unijeti kriterije za pravilno razgraničenje prebivališta i uobičajenog boravišta.[162] S druge strane, Boele-Woelki i González Beilfuss izražavaju zabrinutost da bi belgijska definicija uobičajenog boravišta zbog kombiniranja činjeničnih i pravnih elemenata mogla ugroziti ujednačenu primjenu BU II bis ukoliko ju nacionalni sudovi primjenjuju umjesto autonomne definicije.[163] U trenutno važećem Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ) uobičajeno boravište nije predviđeno kao osobna poveznica. [164] Nije poznato jesu li u nacrt novog ZRSZ - a unesene te odredbe te je li osobna poveznica državljanstva zamijenjena uobičajenim boravištem za reguliranje pitanja međunarodnog privatnog prava u odnosima s državama nečlanicama. [165]

Jessel-Holst smatra da bi zakonske definicije uobičajenog boravišta koristile svim državama članicama ukoliko sadrže ujednačene kriterije koji su ujedno i dovoljno fleksibilni da se prilagode novoj sudskoj praksi Suda EU i razvoju prava EU.[166] Spomenuta autorica ističe i primjere Njemačke i Mađarske koje su u svoje propise međunarodnog privatnog prava unijele odredbe kojima upućuju na primjenu relevantnih odredaba prava EU i odredbe kojima se dopunjuju i provode potonje u područjima koja su sada regulirana isključivo pravom EU-a.[167]

[160] Jessel-Holst, Christa, Dilemmas in application of EU international family law in most recent EU Member States, u: Župan, Mirela (ur.), Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strpssmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 69.
[161] Loc. cit. i bilješka 34
[162] Loc. cit.
[163] Boele-Woelki, Katharina; González Beilfuss, Cristina, op. cit., str. 32.
[164] Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Službeni list SFRJ 43-525/1982, 72-2/1982, 53-1307/1991,88-1498/2001.
[165] Jessel-Holst, op. cit., str. 67. i Hoško, Tena, op. cit., str. 163, bilješka 30
[166] Jessel-Holst, op. cit., str. 69.
[167] Jessel-Holst, Christa, op. cit., str. 64.

4.2. Nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta

Nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta je koncept preuzet iz HK 1980[168] i sastoji se od dvije pretpostavke nezakonitosti. Prva je pretpostavka kršenje prava na skrb stečenog sukladno materijalnom pravu države gdje je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, tj. otmice.[169] Sud EU je protumačio da se ne radi o nezakonitom ponašanju ako je povrijeđeno pravo na kontakt i smještaj djeteta[170]i da nezakonitost ne proizlazi iz činjenice da je osoba postupila protivno odluci o skrbi.[171] Nezakonitost izvire iz povrede subjektivnog prava na skrb, a ne iz nepoštivanja pravorijeka suda. Sud je također jasno istaknuo kako je ovlašten tumačiti pojmove preuzete iz HK 1980 jer je to nužno radi ujednačene primjene dvaju instrumenata u državama članicama.[172] Druga je pretpostavka nezakonitosti vezana uz stvarno izvršavanje prava na skrb u trenutku otmice. Iznimno, radi se o otmici i ako druga pretpostavka nije ispunjena pod uvjetom da pravo nije izvršavano baš zbog otmice.[173] Beaumont i McEleavy ističu da se druga pretpostavka fokusira na ispitivanje u kojoj je mjeri osoba od koje je dijete odvedeno uistinu o njemu skrbila, ali ne i na ispitivanje u kojoj mjeri je „otmičar" skrbio o djetetu i u kojoj mjeri dijete osjeća gubitak zbog otmice.[174] Ipak, radi se o sigurnosnom mehanizmu prema kojem osoba koja se poziva na svoje pravo mora dokazati da je to pravo stvarno izvršavala kako se ne bi neopravdano koristila pogodnostima HK 1980 (i BU II bis).[175] Zasebno je pitanje radi li se o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju kada dijete samo odluči otići iz ili ostati u državi. Ono ne može biti odgovorno za vlastito odvođenje ili zadržavanje jer je pojmovima inherentno postojanje dvostranog odnosa.[176] Beaumont i McEleavy zaključuju da u kontekstu HK 1980 nacionalni sud treba ovo pitanje razmatrati u okviru utvrđivanja uobičajenog boravišta, stavljajući poseban naglasak na djetetovu dob i zrelost.[177] Zanimljiva je i dvojba treba li se odvođenje djeteta koje je prethodno nezakonito odvedeno ili zadržano smatrati nezakonitim. Naravno, u konkretnom slučaju treba utvrditi je li nakon prve otmice došlo do promjene uobičajenog boravišta te posljedično radi li

---

[168] HK 1980, čl. 3.
[169] BU II bis, čl. 2. tč. 11. (a) (napomena: HK 1980 u hrvatskom prijevodu ne sadrži izraz „neposredno prije").
[170] Presuda *C protiv M,* C – 376/14 PPU, EU:C:2014:2268, para. 61.
[171] Presuda *C protiv M,* EU:C:2014:2268, para. 60.
[172] Presuda *C protiv M,* EU:C:2014:2268, para. 58.
[173] BU II bis, čl. 2. tč. 11. (b).
[174] Beaumont, P.; McEleavy P., str. 45.
[175] Ibid., str. 83.
[176] Ibid., str. 42.
[177] loc. cit.

se o povredi prava na skrb.[178] Autori smatraju da „otmičar“ ne bi trebao imati koristi od svog čina i da ne bi trebalo priznati međunarodnu nadležnost sudova države u koju je ono prvotno oteto.[179]

Napominjemo da pojam otmice nema u ovom kontekstu značenje koje mu se obično pridaje u javnosti niti ga treba povezivati s istoimenim kaznenim djelom.[180] Ipak, on se koristi u ovom kontekstu od donošenja HK 1980 i čini sastavni dio naziva Konvencije kako bi ona na ozbiljniji način bila percipirana u relevantnoj javnosti.[181]

U sljedećim odlomcima razmatramo sadržaj i načine stjecanja *prava na skrb*, čija je povreda pretpostavka nezakonitosti odvođenja ili zadržavanja, tj. otmice djeteta. Potom razmatramo sadržaj pojmova *odvođenje i zadržavanje* jer o njihovu tumačenju ovisi određivanje trenutka otmice u praksi i posljedično, pravo mjerodavno za stjecanje roditeljske skrbi.

4.2.1. Sadržaj, stjecanje i povreda prava na skrb

Pravo na skrb je na jednak način definirano u HK 1980 i BU II bis i odnosi se prvenstveno na pravo odlučivanja o djetetovu boravištu.[182] Nositelj prava na skrb stječe to subjektivno pravo *ex lege*, sudskom odlukom ili sporazumom s jednakim pravnim učinkom pri čemu je mjerodavno materijalno[183] pravo države u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije otmice.[184] Dakle, BU II bis predviđa sadržaj, ali ne i pretpostavke stjecanja prava na skrb. Određivanje pretpostavki je prepušteno nacionalnom zakonodavcu.

Navedeno se pokazalo spornim u predmetu *J. McB protiv L. E.* od 5. listopada 2010. godine.[185] U ovom se predmetu radilo o irskom državljaninu, gospodinu J. McB, britanskoj državljanki, gospođi L.E., i njihovo troje maloljetne djece. Majka i otac su deset godina živjeli u izvanbračnoj zajednici pri čemu je majka više puta odlazila u sklonište za zlostavljane žene.

---

[178] Ibid., str. 43.
[179] loc. cit.
[180] Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15, čl. 137.
[181] Beaumont, P.; McEleavy P., op. cit., str. 36.
[182] BU II bis, čl. 2. tč. 9. i HK 1980, čl. 5. tč. (a).
[183] HK 1980, čl. 3. i Beaumont, P.; McEleavy P., op. cit., str.46. – mjerodavno pravo uključuje i kolizijska pravila te se ne temelji na zatvorenoj listi pravnih temelja roditeljske skrbi (formulacija „mogu se steći“).
[184] BU II bis, čl. 2. tč. 7.(iz formulacije „stječu se“ zaključujemo da se radi o zatvorenoj listi pravnih temelja roditeljske skrbi) i tč. 11. (a). O zatvorenoj listi pravnih temelja roditeljske skrbi govori i nezavisni odvjetnik Jaaskinen u Mišljenju donesenom 22.9.2010. godine, C-400/10 PPU, EU:C:2010:544.
[185] Presuda *J. McB v. L.E.*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582.

Posljednji je put potražila sklonište dok je gospodin McB bio na službenom putu i nedugo nakon njihovih zaruka. Kako prema mjerodavnom irskom pravu biološki otac nema *ex lege* pravo na skrb nad djecom rođenom u izvanbračnoj zajednici, gospodin je podnio zahtjev za dodjelom tog prava. Majka je u međuvremenu s djecom odselila u Englesku i time onemogućila dostavu pismena i pokretanje spomenutog postupka. Otac je pred engleskim sudom podnio zahtjev za predaju djeteta sukladno HK 1980, ali je sud u svrhu razmatranja zahtjeva zatražio da otac prethodno u Irskoj ishodi sudsku potvrdu o nezakonitosti odvođenja.[186] Irski sud je odbio takav zahtjev jer odvođenje nije bilo nezakonito s obzirom da u to vrijeme otac nije imao pravo na skrb nad djecom te ono nije niti moglo biti povrijeđeno. U postupku po žalbi predmet je završio pred irskim Vrhovnim sudom koji je Sudu EU uputio prethodno pitanje glede „zakonitosti" odredbe kojom se upućuje na primjenu nacionalnog prava radi definiranja tko je nositelj prava na skrb.[187]

Pitanje „zakonitosti" razmatrano je u odnosu na pravo biološkog oca na privatan i obiteljski život koje je zajedničko čl. 7. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (dalje u tekstu Povelja EU)[188] i čl. 8. EKZLJP i u odnosu na pravo djeteta na zaštitu njegovih interesa iz čl. 24. Povelje EU. Pravo biološkog oca na privatan i obiteljski život podrazumijeva da njemu mora biti dostupan zahtjev za donošenjem sudske odluke o pravu na skrb nad izvanbračnom djecom, a ne i da on pravo na skrb mora steći *ex lege*.[189] Takva je praksa Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu u tumačenju relevantnih nacionalnih odredbi.[190] Stoga ni odredba BU II bis kojom se upućuje na takvu nacionalnu odredbu nije protivna razmatranom pravu.[191] U pogledu djetetovih prava iz čl. 24. Povelje, Sud EU je zaključio da ni ona nisu povrijeđena jer sporna odredba BU II bis omogućuje da nacionalni sud razmotri konkretnu izvanbračnu zajednicu – međusoban odnos roditelja, njihov odnos s djetetom i njihovu sposobnost da skrbe o djetetu – što je svakako u djetetovu najboljem interesu.[192] Zaključno, uz iznesene pozitivne aspekte nacionalnog definiranja pretpostavki stjecanja prava na skrb, Sud EU je iznio i dodatni

[186] HK 1980, čl. 15.
[187] Presuda *J. McB v. L.E.*, EU:C:2010:582, para. 17-25.
[188] SL C 326, 26.10.2012.
[189] Presuda *J. McB v. L.E.*, EU:C:2010:582, para. 54.
[190] U članku 52. st. 3. Povelje EU predviđeno je da se pravo preuzeto iz EKZLJP mora tumačiti onako kako je protumačeno u sudskoj praksi na temelju te Konvencije. U tom smislu, Sud EU ne ispituje povredu prava iz EKZLJP nego usklađenost s ustanovljenom sudskom praksom Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu.
[191] Presuda *J. McB v. L.E.*, EU:C:2010:582, para. 54.
[192] Presuda *J. McB v. L.E.*, EU:C:2010:582, para. 62 i 63.

negativni aspekt njihova autonomnog definiranja. Navedeno bi dovelo do pravne nesigurnosti jer bi pojedinci stekli prava koja nemaju prema mjerodavnom nacionalnom pravu.[193]

Suprotno izloženom, koncept zajedničke ili podijeljene roditeljske skrbi autonomno je definiran u BU II bis, ponovno po uzoru na definiciju iz HK 1980. Presumira se da postoji zajednička roditeljska skrb kada jedan nositelj roditeljske odgovornosti ne može bez suglasnosti drugog nositelja odlučiti o promjeni djetetova boravišta.[194] Pravni temelj zajedničke roditeljske skrbi može biti sudska odluka ili zakonska odredba.[195] Kada oba roditelja imaju pravo na skrb i jedan od njih promjeni djetetovo boravište bez pristanka drugog i dalje govorimo o otmici iako se „otmičar" koristi svojim subjektivnim pravom.[196] U ovom specifičnom slučaju nezakonitost proizlazi iz nepoštivanja subjektivnog prava drugog nositelja i prava djeteta na kontakt s oba roditelja.[197] Beaumont i McEleavy napominju da je koncept zajedničke roditeljske skrbi izazvao dosta poteškoća u primjeni HK 1980 u Sjedinjenim Američkim Državama.[198] S druge strane, ono se još nije javilo kao samostalno pitanje pred Sudom EU. Potonji je o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju djeteta odlučivao u već izloženim predmetima *Mercredi protiv Chaffe* i *C protiv M*. U slučaju *Mercredi protiv Chaffe* Sud EU je ustvrdio da nema nezakonitog odvođenja djeteta jer nije dokazano da je otac u vrijeme odvođenja djeteta uopće imao pravo na skrb koje bi bilo povrijeđeno.[199] U slučaju *C protiv M* radilo se o zakonitom odvođenju djeteta jer je majka unatoč protivljenju oca na to bila ovlaštena sudskom odlukom.[200] Štoviše, sud je djetetovo boravište odredio kao ovisno o majčinom prebivalištu.[201] Međutim, stavljanjem izvan snage predmetne odluke zakonito odvođenje „pretvorilo se" u nezakonito zadržavanje jer je drugostupanjskom odlukom pravo određivanja djetetova boravišta dodijeljeno ocu i ujedno djetetovo boravište određeno u odnosu na očevo u Francuskoj.[202]

---

[193] Presuda *J. McB v. L.E.*, EU:C:2010:582, para. 59.
[194] BU II bis, čl. 2. tč. 11. (b) i HK 1980, čl. 3.
[195] BU II bis, čl. 2. tč. 11. (b).
[196] Beaumont, P.; McEleavy P., op. cit., str.62.
[197] loc. cit.
[198] loc. cit
[199] Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, EU:C:2010:829, para. 64.
[200] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 44.
[201] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 63.
[202] Presuda *C protiv M*, EU:C:2014:2268, para. 63.

4.2.2. Odvođenje ili zadržavanje djeteta

Kao što je već rečeno, nezakonitost odvođenja ili zadržavanja djeteta ovisi o povredi prava na skrb, a postojanje prava na skrb ovisi o mjerodavnom nacionalnom pravu. Mjerodavno je materijalno pravo države članice gdje je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije odvođenja ili zadržavanja.[203] Kako bi odredili značenje izraza *neposredno prije* potrebno je utvrditi razliku i međusoban odnos pojma *zadržavanje* i pojma *odvođenje.* Beaumont i McEleavy razmatraju spomenuto u kontekstu HK 1980 i prakse britanskih, američkih i australskih sudova.[204] Autori se pozivaju na presude koje navode na zaključak da pojam zadržavanja implicira stanje, ali ga praksa iz praktičnih razloga tretira kao radnju izvršenu u konkretnom trenutku.[205] S druge strane, jasno je da odvođenje predstavlja jednokratnu radnju, a ne trajno stanje.[206]

U praksi se javilo pitanje u kojem trenutku započinje zadržavanje i ponuđeni su različiti odgovori. Može se uzeti da ono započinje kada dijete prijeđe državnu granicu, kada „otmičar" odluči da neće vratiti dijete po isteku razdoblja u kojem mu je povjereno, kada „otmičar" deklarira tu svoju odluku ili kada o njoj informira (drugog) nositelja prava na skrb.[207] Prvo je rješenje problematično jer se vezuje uz prestanak međunarodne nadležnosti umjesto uz povredu prava na skrb.[208] Drugo je rješenje sporno jer je teško odrediti konkretan trenutak i osoba se može više puta predomisliti. Primjer trećeg rješenja je podnošenje prijave prebivališta, a ukoliko iz sličnog dokumenta proizlazi da je odluka o zadržavanju donesena prije izdavanja dokumenta kao relevantan se uzima trenutak odluke.[209] U pogledu odnosa dvaju pojmova, Beaumont i McEleavy iznose primjer presude britanskog suda u kojoj je ustvrđeno da su pojmovi zadržavanja i odvođenja alternativno postavljeni.[210] Također, nezakonito odvođenje ne može se pretvoriti u nezakonito zadržavanje. Oba zaključka se temelje na uporabi veznika „ili" u čl. 3. HK 1980.[211] Pitanje je može li zakonito odvođenje rezultirati nezakonitim zadržavanjem. Tipično zadržavanje podrazumijeva da dijete napušta uobičajeno boravište na

[203] BU II bis, čl. 2. tč. 11. (a).
[204] Beaumont, P.; McEleavy P., op. cit., str.36-44.
[205] Ibid., str. 37. i 39.
[206] Ibid., str. 37.
[207] Ibid., str. 40. i 41.
[208] Ibid., str. 38.
[209] Ibid., str. 41.
[210] Ibid., str. 39.
[211] loc. cit.

temelju sporazuma nositelja prava na skrb i na točno određeno vrijeme. Ali, po proteku tog vremena dijete se ne vraća nositelju prava na skrb što rezultira povredom tog prava.[212] Drukčija je situacija kada dijete napušta uobičajeno boravište na neodređeno vrijeme, a potom bude donesena sudska odluka o pravu na skrb na temelju koje nositelj prava traži povratak djeteta.[213] Autori napominju da ukoliko se u opisanoj situaciji zadržavanje ocijeni nezakonitim to dovodi do neopravdanog proširenja pojma nezakonitog zadržavanja i omogućuje podnositelju zahtjeva za roditeljskom skrbi da njegovim podnošenjem učini radnju druge osobe nezakonitom.[214] Opisana situacija i njezina ocjena usporediva je s onom u već razmatranom predmetu *C protiv M* te je stoga primjenjiva upravo uznesena kritika dvojice autora o neopravdanom proširenju pojma nezakonitog odvođenja.

4.3. Daljnje pretpostavke međunarodne nadležnosti

Nakon što sud države članice djetetova novog uobičajenog boravišta utvrdi nezakonitost odvođenja ili zadržavanja djeteta, njegova nadležnost dalje ovisi o ispunjenju jedne od pretpostavki iz čl. 10. st. (a) ili (b). Drugim riječima, ispunjenje jedne od tih pretpostavki dovodi do *prijenosa* nadležnosti sa suda države članice gdje je dijete imalo uobičajeno boravište prije otmice na sud države u koju je odvedeno ili u kojoj je zadržano.[215] Međutim, ukoliko nijedna nije ispunjena, to predstavlja osnovu za *zadržavanje* nadležnosti od strane prvog suda, iako dijete više nema uobičajeno boravište u toj državi članici.[216] Dakle, u svakom slučaju otmice djeteta pravni temelj nadležnosti je čl. 10. BU II bis, o ispunjenju daljnjih pretpostavki ovisi radi li se o temelju prenesene ili zadržane nadležnosti. Hoško primjećuje da je navedeni mehanizam *de facto* predviđen i u HK 1980 iako ona ne sadrži odredbe o nadležnosti.[217] Ipak, do stvarnog prijenosa nadležnosti dolazi jer dijete ostaje u državi u koju je oteto nakon što je zahtjev za predajom djeteta odbijen temeljem HK 1980 ili ako nije podnesen u njome predviđenom roku.[218]

---

[212] Ibid., str. 40.
[213] loc. cit
[214] loc. cit.
[215] Hoško, Tena, Child Abduction in Croatia: Before and After the European Union Legislation, u: Župan, Mirela (ur.), Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str.160. i 162. („*shift of jurisdiction")*
[216] BU II bis, čl. 10. – „ zadržavaju svoju nadležnost" i čl. 8. st. 2. – čl. 10. kao iznimka od opće nadležnosti
[217] Hoško, Tena, op. cit., str. 161. i 162.
[218] Ibid., str. 162.

Dvije pretpostavke za prijenos nadležnosti u BU II bis su alternativno[219] postavljene i one su zamišljene kao „veoma stroge pretpostavke“ koje bi trebale osigurati da sud države ranijeg djetetova boravišta zadrži svoju nadležnost.[220] Prva je pretpostavka *pristanak* nositelja prava na skrb na odvođenje ili zadržavanje djeteta.[221] Druga je pretpostavka složenije strukture i sastoji se od glavne pretpostavke, koja mora biti ispunjena u svakom slučaju i četiri sporedne pretpostavke, od kojih barem jedna mora biti ispunjena.[222] Glavna pretpostavka ima dvije komponente – trajanje djetetove otmice i njegovo situiranje u novoj okolini. Točnije, da bi glavna pretpostavka bila ispunjena potrebno je da je dijete u toj državi boravilo *najmanje godinu dana* i to računajući od dana kada je *nositelj prava na skrb saznao ili trebao saznati* gdje se dijete nalazi i potrebno je utvrditi da se dijete *smjestilo u novoj sredini.*[223] Nakon utvrđenja glavne pretpostavke sud pristupa utvrđivanju je li ispunjena koja od četiri sporedne pretpostavke. Prve dvije sporedne pretpostavke vezane su uz nositelja prava na skrb i zahtjev za predajom djeteta na temelju HK 1980. Prva je ispunjena ukoliko nositelj uopće nije predao zahtjev nadležnim tijelima u roku predviđenom glavnom pretpostavkom,[224] a druga ako ga nakon povlačenja nije ponovno predao u spomenutom roku.[225] Za razliku od *de facto* prijenosa nadležnosti temeljem HK 1980, BU II bis ne uvjetuje prijenos odbijanjem zahtjeva već je za to dovoljna pasivnost nositelja prava na skrb (nije podnio zahtjev ili ga nije ponovno podnio).[226] Druge dvije sporedne pretpostavke vezane su uz sud države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije otmice i postupak o roditeljskoj odgovornosti.[227] Ove pretpostavke detaljnije razrađujemo u sljedećim pododjeljcima.

4.3.1. Zaključenje predmeta

[219] BU II bis, čl. 10. st. (a)- uporaba veznika „ili“
[220] Practice Guide, op. cit., str. 29. („very strict conditions“)
[221] BU II bis, čl. 10. st. (a)
[222] BU II bis, čl. 10. st. (b) tč. (i) – (iv) – formulacija: „ i dok nije zadovoljen barem jedan od sljedećih uvjeta“
[223] BU II bis, čl. 10. st. (b)
[224] BU II bis, čl. 10. st. (b) tč. (i)
[225] BU II bis, čl. 10. st. (b) tč. (ii)
[226] Hoško, Tena, op. cit., str. 163.
[227] BU II bis, čl. 10. st. (b) tč. (ii) i (iv)

Do prijenosa nadležnosti može doći i ako, uz ispunjenje glavne pretpostavke, sud države iz koje je dijete oteto *zaključi predmet*.[228] U kontekstu BU II bis, sud zaključuje predmet ako stranke ne podnesu prijedlog za pokretanje postupka o roditeljskoj skrbi u roku od tri mjeseca otkad su obaviještene da je njihov zahtjev za predaju djeteta odbijen temeljem čl. 13. HK 1980.[229] Pretpostavka se ponovno temelji na pasivnosti nositelja roditeljske skrbi te se stoga ne primjenjuje ako je osoba već pokrenula postupak o roditeljskoj skrbi.[230] Stranka pokreće postupak sukladno nacionalnom postupovnom pravu te Hoško[231] ukazuje da u kontekstu hrvatskog zakonodavstva to podrazumijeva primjenu OBZ-a i Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP).[232] OBZ predviđa obvezu suda da *ex offo* odluči o nekim aspektima roditeljske odgovornosti u okvir bračnog spora i postupka utvrđivanja ili osporavanja majčinstva ili očinstva.[233] Ako takve parnice nisu u tijeku, potrebno je da nositelj roditeljske skrbi podnese zahtjev za pokretanjem postupka o skrbi kako bi spriječio zaključenje predmeta i prijenos nadležnosti.[234] Hoško ističe da ZPP *de facto* omogućuje podnositelju da prekorači tromjesečni rok za podnošenje zahtjeva kojim se pokreće postupak o skrbi bez da to rezultira zaključenjem predmeta.[235] Naime, ukoliko je zahtjev podnesen unutar tromjesečnog roka, ali je vraćen radi ispravka ili dopune, uzima se da je zahtjev podnesen u roku čak i ako su ispravak ili dopuna podneseni nakon isteka tromjesečnog roka, ali unutar roka predviđenog ZPP-om.[236]

4.3.2. „Odluka o skrbi koja ne podrazumijeva povratak djeteta“

Četvrta sporedna pretpostavka temelji se na odluci o skrbi koja *ne podrazumijeva* predaju djeteta, a koju je donio sud države članice iz koje je dijete oteto.[237] Hoško napominje da izraz *podrazumijeva* treba široko tumačiti tako da obuhvati i odluke u kojima nije izričito naložena predaja djeteta, ali je ona i dalje pravno moguća.[238] Primjer takve odluke pronalazimo i u OBZ-u kojim je predviđeno da ovršni sud može naložiti predaju djeteta čak i kada taj nalog nije

[228] BU II bis, čl. 10. st. (b) tč. (iii)
[229] BU II bis, čl. 11. st. 7. u vezi sa čl. 11. tč .6.
[230] BU II bis, čl. 11. st. 7. – formulacija: „Osim u slučaju da je (…) već pokrenula postupak“
[231] Hoško, Tena, op. cit., str. 174.
[232] Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.
[233] OBZ, čl. 413. st. 1.
[234] Hoško, Tena, op. cit., str. 174.
[235] Hoško, Tena, op. cit., str. 175.
[236] ZPP, čl. 109. st. 2. (rok od osam dana) i st. 3. (presumpcija)
[237] BU II bis, čl. 10. st. (b) tč. (iv).
[238] Hoško, Tena, op. cit., str. 163., bilješka 24.

sadržan u odluci o skrbi.[239] Priroda odluke o skrbi koja ne podrazumijeva povratak djeteta tumačena je i od strane Suda EU u predmetu *Povse protiv Alpago* (C – 211/10 PPU) od 1. srpnja 2010. godine.[240]

U predmetu se radilo o izvanbračnim partnerima, gospodinu Alpagu i gospođi Povse, te njihovoj zajedničkoj kćeri Sofiji. U siječnju 2008. godine prestaje izvanbračna zajednica i talijanski sud dodjeljuje ocu isključivo pravo na roditeljsku skrb uz zabranu majci da s djetetom napusti Italiju. Istoga dana majka i kći otputovale su u Austriju (8.2.2008.). Skoro četiri mjeseca kasnije talijanski sud ukida zabranu napuštanja Italije, nalaže izradu stručnog mišljenja socijalnog radnika o odnosu oca i djeteta te do donošenja odluke na temelju tog mišljenja dodjeljuje majci pravo na skrb nad djevojčicom (23.5.2008). Nadalje, sud je odobrio djetetov boravak u Austriji, majku odredio kao odgovornu za donošenje svakodnevnih odluka o odgoju djeteta, odredio načine i vrijeme kontakta s ocem i naložio ocu da sudjeluje u životnim troškovima djeteta. Godinu dana kasnije talijanski sud potvrđuje svoju nadležnost sukladno čl. 10. BU II bis. Također, sud nalaže trenutni povratak djeteta u Italiju i to bez donošenja odluke o skrbi jer socijalnom radniku nije bilo omogućeno da na stručan način promatra obiteljske odnose (10.7.2009.). Otac je u Austriji tražio ovrhu spomenute odluke, na što je majka u daljnjem postupku izjavila pravni lijek. Predmet je završio pred Oberster Gerichtshofom koji je Sudu EU uputio pitanje da li je odluka talijanskog suda kojom je pravo na skrb do izrade mišljenja socijalnog radnika dodijeljeno majci, odluka koja ne podrazumijeva predaju djeteta.[241] Posljedično, Sud EU je odlučivao je li donošenjem te odluke došlo do prijenosa nadležnosti s talijanskih na austrijske sudove.

Sud EU je u svojoj odluci najprije kao nesporno istaknuo da se u konkretnom slučaju radi o nezakonitom odvođenju djeteta.[242] Nesporno je i da je neposredno prije otmice dijete imalo uobičajeno boravište u Italiji i da je talijanski sud zadržao svoju nadležnost sukladno čl. 10. BU II bis.[243] Nadalje, Sud EU ističe kako odredbe BU II bis koje se odnose na slučajeve otmice djeteta trebaju imati odvraćajući učinak na „otmičare“ te podredno osigurati što hitniji povratak

[239] Loc. cit. i OBZ, čl. 515. st. 1.
[240] Presuda *Povse protiv Alpago*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400.
[241] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 21, 23, 24, 30, 31, 33 i 34.
[242] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 37.
[243] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 38.

djeteta u državu iz koje je oteto.[244] U tu svrhu, otmice ne bi načelno trebale dovoditi do prijenosa nadležnosti na sudove države u koju je dijete oteto čak ni kad ono tamo stekne uobičajeno boravište.[245] Zbog svega navedenog, pojam odluke koja ne podrazumijeva predaju djeteta treba usko tumačiti.[246] To znači da do prijenosa nadležnosti može doći samo ako je predmetna odluka ujedno i konačna.[247] Konačna je ona odluka koja je donesena nakon sveobuhvatnog ispitivanja relevantnih činjenica i koja ne ovisi o donošenju drugih sudskih ili upravnih odluka.[248] Na prirodu odluke na utječe činjenica da se ona periodično mora preispitivati određeno razdoblje nakon donošenja.[249] Nadalje, bilo bi protivno svrsi BU II bis i načelu zaštite djetetovih interesa kada bi privremene odluke dovodile do prijenosa nadležnosti. Tada bi sudovi u namjeri da zadrže nadležnost oklijevali u donošenju privremenih odluka o skrbi iako je to u danom trenutku u djetetovu najboljem interesu.[250] Naposljetku, Sud EU ističe kako je sporna odluka talijanskog suda od 23. svibnja 2008. godine uistinu bila privremena jer je donesena kako bi se radi zaštite interesa otetog djeteta uredili obiteljski odnosi do izrade stručnog mišljenja socijalnog radnika.[251] Stoga ona ne predstavlja temelj za prijenos nadležnosti s talijanskih na austrijske sudove.

[244] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 43. i Practice Guide, op. cit., str. 28.
[245] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 44.
[246] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 45.
[247] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 46.
[248] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 46.
[249] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 46.
[250] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 47.
[251] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 48.

5. „Adut“ odluke

Slučaj *Povse protiv Alpago* omogućuje nam da zaključno razmotrimo odnos BU II bis i HK 1980. Članak 11. stavak 8. BU II bis ovlašćuje sud države iz koje je dijete oteto da donese odluku kojom se nalaže povratak djeteta nakon što je sud države u koju je oteto odbio zahtjev za predaju temeljem čl. 13. HK 1980. Lazić napominje da razmatrani članak zapravo određuje koji je sud nadležan za donošenje odluke o povratku djeteta jer dovodi do prijenosa nadležnosti sa suda nadležnog prema HK 1980 na sud nadležan prema BU II bis.[252] Naravno, nadležnost se prenosi na sud koji je temeljem BU II bis nadležan za materiju roditeljske odgovornosti.[253] U slučaju *Povse protiv Alpago* su paralelno s postupkom u Italiji, vođena još dva sudska postupka u Austriji. Bitan je postupak kojeg je pokrenuo otac pred sudom u Leobenu gdje je podnio zahtjev za predaju djeteta temeljem HK 1980 (16.4.2008.). Zahtjev je prvi put odbijen, no zbog formalnih nedostataka odluka je vraćena na ponovno odlučivanje. Zahtjev je i drugi put odbijen i to zato jer je prethodno razmatranom talijanskom odlukom odobren djetetov boravak u Austriji. Uz odbijanje zahtjeva sud je donio i privremenu mjeru kojom je ocu zabranio da tri mjeseca kontaktira kćer zbog prijetećih poruka majci.[254] Viši je sud potvrdio odluku nižeg i u obrazloženju se pozvao na čl. 13. st. (b) HK 1980 i ozbiljnu opasnost psihičke traume koju bi dijete moglo pretrpjeti ako bude predano ocu.[255] Otac je pred istim sudom tražio ovrhu talijanske odluke kojom se nalaže povratak djeteta i koja je donesena nakon što je austrijski sud odbio zahtjev temeljem HK 1980 (odluka od 10.7.2009.).[256] Sud EU je u citiranom predmetu razjasnio da sud nadležan za materiju roditeljske odgovornosti mora biti ovlašten donositi odluke koje uključuju određivanje djetetova boravišta, a time i nalog za predaju djeteta.[257] S obzirom da BU II bis ima prednost u primjeni pred HK 1980, pravo konačne odluke o povratku djeteta ostaje pridržano sudu nadležnom prema BU II bis.[258] Štoviše, u djetetovu je najboljem interesu da pitanje povratka bude više puta razmatrano od strane različitih sudova.[259] Međutim,

[252] Lazić, Vesna, Legal Framework for International Child Abduction in the European Union – the Need for Changes in the Light of *Povse v. Austria,* u: Župan, Mirela (ur.), Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 302. i 304.
[253] BU II bis, čl. 11. st. 8.
[254] Lazić, Vesna, op. cit., str. 296.
[255] Presuda *Povse protiv Alpago,* EU:C:2010:400, para. 22, 25 i 27
[256] Presuda *Povse protiv Alpago,* EU:C:2010:400, para. 33.
[257] Presuda *Povse protiv Alpago,* EU:C:2010:400, para. 61.
[258] Presuda *Povse protiv Alpago,* EU:C:2010:400, para. 58.
[259] Presuda *Povse protiv Alpago,* EU:C:2010:400, para. 60.

u skladu s načelom međusobnog povjerenja na kojem se temelji BU II bis, sud koji donosi konačnu odluku o predaji djeteta mora uzeti u obzir razloge i dokaze na kojima je temeljena ranija odluka.[260] Naposljetku, za razliku od čl. 10. st. (b) tč. (iv), razmatrani stavak ne podrazumijeva postojanje konačne odluke o pravu na skrb.[261]

Medić Musa navodi da se ove odluke ponekad nazivaju „adut" odluke ili *trumping orders* jer su „specijalno dizajnirane s ciljem da ukinu raniju odluku donesenu u državi članici".[262] Autorica se poziva na McEleavyja[263] koji smatra da će takve odluke nesumnjivo stvoriti poremećaje i štetu u odnosima između sudova država članica.[264] Hoško zaključuje da takve odluke podrazumijevaju nepovjerenje između sudova država članica.[265] Osim što „adut"odlukom sud nadležan prema BU II bis ukida odluku suda države u koju je dijete oteto, tu odluku potonji sud mora temeljem BU II bis automatski izvršiti, bez mogućnosti odbijanja priznanja ili izvršenja.[266] Lazić smatra da je „Povse saga" – postupak u Italiji, dva postupka u Austriji, postupak pred Sudom EU te postupak pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu – izvrstan pokazatelj kako je mehanizam predviđen čl. 11. st. 8. BU II bis „neprimjeren i kontraproduktivan" jer otvara pitanje koliko se na taj način štite interesi djeteta.[267] Prema mišljenju spomenutih stručnjaka, načelo zaštite djetetovih interesa koje je razmatrano u poglavljima o roditeljskoj odgovornosti i uobičajenom boravištu djeteta, može biti ugroženo odredbama BU II bis kojima se dopunjuje i modificira HK 1980.

[260] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 59.
[261] Presuda *Povse protiv Alpago*, EU:C:2010:400, para. 52. i 54.
[262] Medić Musa, Ines, op. cit., str. 147.
[263] McEleavy, P., The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, Journal of Private International Law, vol. 1, br. 1., 2005., str. 510.
[264] Medić Musa, Ines, op. cit., str. 147., bilješka 471.
[265]Hoško, Tena, op. cit., str. 181.
[266] BU II bis, čl. 11. st. 8. u vezi sa čl. 42.; Lazić, Vesna, op. cit., str. 305.
[267] Lazić, Vesna, op. cit., str. 313.

6. Zaključak

Na samom kraju rada razmatramo nužnost i učinkovitost akta poput BU II bis te ocjenjujemo učinkovitost i svrhovitost razmatranih odredbi BU II bis.

Nužnost instrumenta poput BU II bis ovisi o integracijskim trendovima pojedinaca i stupnju prisutnosti „međunarodnih" obitelji jer je pitanje međunarodne nadležnosti u predmetima o roditeljskoj odgovornosti uvjetovano prekograničnim kretanjima pojedinaca i njihovim obiteljskim vezama. Tijekom 2014.-te godine približno 5.6 milijuna ljudi sudjelovalo je u prekograničnim kretanjima na području EU-a. Pritom je 3.8 milijuna ljudi imigriralo na područje neke od članica, a 2.8 milijuna emigriralo iz neke države članice, ali ne nužno i iz EU-a. Na dan 1. siječnja 2015. godine 15.3 milijuna državljana neke od država članica živjelo je na teritoriju druge države članice, a 19.8 milijuna državljana neke od država nečlanica živjelo je na području EU-a.[268] Promatrajući statističke podatke prikupljene u EU o obiteljskim zajednicama u razdoblju od 1960. do 2013. godine uočen je trend opadanja broja sklopljenih brakova i porast broja izvanbračnih zajednica i djece rođene u takvim zajednicama, neovisno o postojanju međunarodnog elementa.[269] Na temelju iznesenih statističkih podataka i trendova možemo pretpostaviti da postoji izvjestan broj životnih situacija u kojima se jedan roditelj zbog poremećaja odnosa s partnerom vraća u državu iz koje je emigrirao te sa sobom (nezakonito) odvodi ili ondje zadržava dijete. Ova je pretpostavka detaljno razmatrana u studiji Deloitteovih stručnjaka koja je izrađena 2015. godine na zahtjev Europske komisije u svrhu ispitivanja nužnosti i učinkovitosti BU II bis.[270] Ti stručnjaci procjenjuju da na području EU-a ima između 175 i 240 tisuća „međunarodnih" obitelji za čije je odnose relevantna neka od odredbi BU II bis, iako „međunarodne" obitelji nisu jedine u kojima dolazi do (nezakonitog) odvođenja ili zadržavanja djeteta.[271] Dakle, možemo zaključiti da postoji (i da će i dalje postojati) realna

---

[268] Statistički podaci dostupni na:
http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics
(18.6.2016.).
[269] Statistički podaci dostupni na:
http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics
[270] Study on the assessment of the Regulation (EC) No 2201/2003and the policy options for its amendment – final report (Analitical annexes, Evaluation i Executive summary), Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015., (dalje: Study on the assessment), dostupno na:
http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf
http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_evaluation.pdf
http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_executive_summary_fin_29092015.pdf (18.6.2016.)
[271] Study on the assessment - Evaluation, op. cit., str. 5.

potreba za reguliranjem međunarodne nadležnosti za roditeljsku odgovornost na razini EU-a. Pritom smatramo da postoji vjerojatnost da će razvoj obiteljskog međunarodnog privatnog prava EU dovesti i do harmonizacije obiteljskog prava. U tom slučaju postoji rizik da obiteljsko pravo postane „produkt jedinstvenog tržišta" i primarno služi zaštiti gospodarskih interesa, a ne interesa djeteta.[272]

BU II bis je kao instrument obiteljskog međunarodnog privatnog prava EU učinkovitija od svoje prethodnice, barem sudeći po tome da je u primjeni dvostruko duže vrijeme nego BU II.[273] Značajno je da BU II bis za razliku od BU II regulira pitanje roditeljske odgovornosti i u odnosu na izvanbračnu, a ne samo bračnu djecu.[274] Načelo zaštite svakog djeteta i procjena djetetovih najboljih interesa čine samu srž BU II bis te Lenaerts navodi da uz to načelo u svakom instrumentu sekundarnog prava EU-a postoje još četiri temeljna načela.[275] Govorimo o načelu slobodnog kretanja presuda i uzajamnog povjerenja među sudovima država članica, načelu pravne sigurnosti i načelima usklađenosti sekundarnih akata i primarnog prava EU te usklađenosti sekundarnih akata i međunarodnih konvencija. U daljnjim odlomcima ocjenjuje se učinkovitost proučavanih odredbi BU II bis u zaštiti interesa djeteta te međuodnos spomenutih načela.

Radi zaštite djetetovih interesa i učinkovite primjene BU II bis potrebno je u mnoštvu (pre)različitih nacionalnih definicija autonomno interpretirati pojmove *građanska stvar* i *roditeljska odgovornost*. Također, s ciljem zaštite djetetovih interesa ovi se pojmovi široko interpretiraju pa se tako o građanskoj stvari radi u predmetima o roditeljskoj odgovornosti neovisno o javnopravnoj prirodi tijela i odluke ili mjere koju to tijelo donosi. Isto tako, radi se o materiji roditeljske odgovornosti kada se konkretni spor tiče djetetovih interesa neovisno o tome je li predmetni zahtjev izričito spomenut u BU II bis. Posljedično, radi se o materiji roditeljske odgovornosti i kada se o njoj odlučuje u okviru spora iz drugog pravnog područja ukoliko se u tom sporu javi pitanje djetetovih interesa. U svrhu zaštite interesa djeteta, izuzeća iz materijalnog polja primjene BU II bis treba usko tumačiti i ona čine zatvorenu listu. Sud EU je u dosadašnjoj praksi bio dosljedan u zaštiti djetetovih najboljih interesa prilikom definiranja

[272] Tako i Medić Musa, Ines, op. cit., str. 179.
[273] Suprotna predviđanja imala su autorice u: Boele-Woelki, Katharina; González Beilfuss, Cristina, op. cit., str. 23. (u kontekstu bračnih sporova i mjerodavnog prava)
[274] Vidi supra, str. 5.
[275] Lenaerts, Koen, op. cit., str. 1304.

građanskih stvari i roditeljske odgovornosti, ali Deloitteovi stručnjaci na temelju izvješća nacionalnih ispitanika napominju da bi radi veće učinkovitosti BU II bis trebalo autonomno definirati pojam djeteta, roditeljske skrbi i prava na kontakt s djetetom.[276] Boele-Woelki i González Beilfuss smatraju da bi radi veće učinkovitosti BU II bis i time bolje zaštite djetetovih interesa trebalo donositi nacionalne implementacijske odredbe kojima se nacionalnim sudovima olakšava primjena potonje kada je mjerodavno materijalno obiteljsko pravo (bitno) drukčije od autonomnih koncepata. Smatramo da je OBZ u dovoljnoj mjeri usklađen s glavnim odrednicama roditeljske odgovornosti u smislu BU II bis te da nema potrebe za donošenjem implementacijskih odredbi. Hrvatski sudovi već na početku primjene BU II bis imaju na raspolaganju tumačenja Suda EU koja su razvijena prije nego što je Republika Hrvatska uopće postala članicom EU-a. U svakom slučaju, smatramo da je poželjno i potrebno hrvatske praktičare dodatno osposobljavati kako bi pravilno primjenjivali pravo EU jer određeni broj praktičara nije za vrijeme fakultetskog obrazovanja i kasnijeg usavršavanja imao priliku (ni potrebu) steći ta znanja i vještine.[277]

Drugo načelo koje razmatramo je načelo pravne sigurnosti i njegov odnos s načelom zaštite djetetovih interesa u kontekstu utvrđivanja djetetovog uobičajenog boravišta. Smatra se da je u djetetovu najboljem interesu da o njegovu odnosu s roditeljima odlučuje sud koji mu je najbliži, tj. sud one države gdje je ono u značajnoj mjeri uključeno u društveni i obiteljski život. Taj sud nije moguće utvrditi primjenom jedinstvenog pravnog pravila već se on utvrđuje od slučaja do slučaja na temelju pravno relevantnih činjenica.[278] Prethodno je ukazano na to da je Sud EU ustanovio osam pokazatelja uobičajenog boravišta djeteta koje utvrđuje nacionalni sud pridajući im različiti značaj ovisno o djetetovoj dobi. Bitan element „uobičajenosti“ boravišta je namjera djeteta i/ili roditelja da se trajno nastani u nekoj državi, a o djetetovoj dobi ovisi hoće li se i koliki će se značaj pridati namjeri roditelja da se s djetetom negdje nastani i stupnju roditeljeve uključenosti u relevantnu okolinu. Beaumont i Holliday kritiziraju značaj koji je Sud EU pridao pravnoj prirodi odluke o skrbi i njenom utjecaju na namjeru roditelja da se s djetetom negdje trajno nastani jer se time drugoj strani omogućuje da *ex parte* utječe na utvrđivanje djetetovog boravišta. Lenaerts ipak smatra da je fleksibilnost pojma uobičajenog boravišta

[276] Study on the assessment - Evaluation, op. cit., str. 8.
[277] Tako i Study on the assessment - Evaluation, op. cit., str. 12.
[278] Lenaerts, Koen, op. cit., str. 1307.

djeteta nužna radi zaštite njegovih interesa iako je donekle umanjen stupanj pravne sigurnosti u njegovu utvrđivanju.[279] Deloitteovi stručnjaci ističu par primjera u kojima je utvrđivanje boravišta problematično unatoč postojanju spomenutih pokazatelja.[280] Radi se o situacijama opetovanog seljenja djeteta između dvije ili više država članica u kojima ono boravi u jednakom ili različitom trajanju, zatim situacijama promjene okolnosti za trajanja sudskog postupka i situacijama neformalnog sporazuma roditelja o djetetovu uobičajenom boravištu koje nisu predviđene u BU II bis. Smatramo da je u djetetovu najboljem interesu da o njegovim interesima odlučuje sud države gdje ono uobičajeno boravi, ali ipak smatramo da su pokazatelji i njihov međuodnos nedovoljno razrađeni. To može odužiti trajanje sudskih postupaka i time predstavljati ekonomski teret za stranke i psihološki teret za dijete.[281] Možda ne bi bilo naodmet da nacionalni zakonodavci razmotre i slijede belgijski primjer usvajanja odredbi kojima se formaliziraju indikatori uobičajenog boravišta radi lakše i brže primjene od strane nacionalnih sudova. Naravno, takve bi odredbe trebale biti prilagodljive daljnjem razvoju prava EU od strane Suda EU, a nacionalni sudac treba pratiti taj razvoj i uvijek indikatore interpretirati na način da pronađe rješenje koje je u djetetovom najboljem interesu.

Nadalje razmatramo složen odnos načela zaštite djetetovih interesa i uzajamnog povjerenja među sudovima država članica te načela poštivanja obveza iz međunarodnih konvencija te Povelje EU. U pogledu haških konvencija, Lenaerts smatra da BU II bis i haške konvencije treba usklađeno tumačiti kako bi ih se moglo jasno razgraničiti u primjeni, ali u slučaju da to nije moguće jasno pridaje veći značaj odredbama BU II bis.[282] S druge strane, Medić Musa prvenstveno ističe važnost HK 1996 u formiranju sveobuhvatnog i univerzalnog sistema pravila međunarodnog privatnog prava u materiji roditeljske odgovornosti. O važnosti HK 1980 govori činjenica da ona broji 94 države potpisnice, tj. duplo više nego HK 1996 i skoro četiri puta više od broja država članica koje primjenjuju BU II bis.[283] Postavlja se pitanje u kojoj mjeri BU II bis i tumačenja Suda EU mogu odstupiti od načela predviđenih haškim konvencijama bez ugrožavanja učinkovitost njima predviđenih sustava. Područja potencijalnih odstupanja su

[279] Lenaerts, Koen, op. cit., str. 1307.
[280] Study on the assessment - Evaluation, op. cit., str. 42.
[281] Study on the assessment - Evaluation, op. cit., str. 64.
[282] Lenaerts, Koen, op. cit., str. 1304.
[283] Medić Musa, Ines, op. cit., str. 178.;
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70 (18.6.2016.);
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24 (18.6.2016.).

kontroverzne odredbe o „adut“ odlukama te primjena odredbi o prijenosu/zadržavanju nadležnosti u slučaju otmice djeteta. Lazić smatra da „adut“ odluke nepotrebno otežavaju primjenu HK 1980 i poprilično izmjenjuju njome predviđen postupak.[284] Štoviše, odredbe o „adut“ odlukama mogu negativno utjecati na načelo uzajamnog povjerenja između sudova država članica i među njima stvoriti negativnu atmosferu jer jedan sud *de facto* ukida odluku drugog suda. Taj se mehanizam nastoji opravdati odredbama o automatskom priznanju i izvršenju čime se načelno doprinosi slobodi kretanja odluka. Također, može se tvrditi da mehanizam doprinosi zaštiti interesa djeteta i načelu uzajamnog povjerenja jer dva suda štite djetetove interese, pri čemu drugi sud uzima u obzir razloge na kojima je prvi sud utemeljio svoju odluku. Imajući na umu iznesene pokušaje balansiranja različitih načela, smatramo opravdanom bojazan koju iznosi Medić Musa da bi zbog odstupanja od HK 1980 željena progresija mogla ustvari rezultirati regresijom po pitanju zaštite otete djece.

S druge strane, skloni smo mišljenju da su načelo usklađenosti BU II bis i HK 1980 te načelo zaštite djetetovih interesa u zadovoljavajućoj mjeri izbalansirani kroz odredbe o prijenosu i zadržavanju nadležnosti u slučaju otmice djeteta. Te su odredbe *de facto* predviđene u HK 1980, a formalizirane u BU II bis. Hoško smatra da BU II bis odredbama o nadležnosti dodatno štiti *status quo* princip predviđen Konvencijom jer prijenos nadležnosti uvjetuje strogim pretpostavkama.[285] Radi zaštite djetetovih interesa te pretpostavke treba usko tumačiti i one se temelje na situacijama u kojima drugi nositelj roditeljske skrbi aktivno ili pasivno „pristane“ na otmicu ili u kojima nadležni sud donese konačnu odluku o skrbi koja ne podrazumijeva predaju djeteta. Temeljne ideje tih odredbi preuzete su iz HK 1980 i one prvenstveno smjeraju sprječavanju otmica. Preventivni učinak zakonodavnih odredbi moguć je jedino ukoliko je relevantna javnost upoznata s njihovim postojanjem. Potencijalni otmičari trebaju biti svjesni da odvođenjem ili zadržavanjem djeteta načelno neće osigurati da o njihovu odnosu s djetetom odlučuje sud države po njihovu izboru i za koji smatraju da će im iz nekog razloga biti skloniji. No, Deloitteovi stručnjaci upozoravaju da relevantna javnost i praktičari nisu u zadovoljavajućoj mjeri upoznati s postojanjem i sadržajem BU II bis.[286] Također, Beaumont i Holliday su općenito skeptični u pogledu stručnosti Suda EU u tumačenju pravila

[284] Lazić, Vesna, op. cit., str. 313.
[285] Hoško, Tena, op. cit., str. 160.
[286] Study on the assessment - Evaluation, op. cit., str. 50., 52., 53. i 56.

međunarodnog privatnog prava preuzetih u BU II bis.[287] Dakle, moguće je da učinkovita primjena odredbi o međunarodnoj nadležnosti za roditeljsku odgovornost u slučaju otmice djeteta bude umanjena zbog neupućenosti praktičara i tumača, iako one u načelu u zadovoljavajućoj mjeri smjeraju zaštiti djeteta. Načelo usklađenosti BU II bis s EKZLJP i Povelje EU te utjecaj na zaštitu interesa djeteta razmatrano je u svjetlu odredbi o stjecanju roditeljske skrbi. Sud EU je na temelju prakse Suda za ljudska prava u Strasbourgu i uvjerenju da se na taj način najbolje štite interesi djeteta, zaključio da pojam nositelja roditeljske skrbi ne treba autonomno definirati. Sud EU se u konkretnoj materiji suzdržao od indirektnog harmoniziranja pitanja obiteljskog prava. Ostaje otvoreno pitanje je li to uistinu napravljeno iz prethodno iznesenih razloga ili zbog očekivanog otpora harmonizaciji od strane država članica.

O ostvarenju načela zaštite interesa djeteta ovisi učinkovitost BU II bis u pitanjima roditeljske odgovornosti. Ono služi kao temelj pri širokoj interpretaciji odredbi i opravdanje za umanjenje pravne sigurnosti i modifikaciju postojećih međunarodnih konvencijskih mehanizama. U svakom slučaju smatramo da je to opravdano, ali svjesni smo da se radi o načelu koje je potrebno interpretirati od slučaja do slučaja. U tome leži njegova najveća prednost i mana. O stručnosti i savjesnosti primjenjivača i tumača ovisi učinkovitost odredbi i zaštita djeteta. Nadamo se da će u budućnosti biti uloženi veći napori u informiranju i edukaciji pojedinaca te da će odredbe koje su među pravnim stručnjacima kontroverzne biti na primjeren način modificirane.

Martina Skok

[287] Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, op. cit., str. 58.

III. Popis literature

Knjige i članci

1. Beaumont, P.; McEleavy P., The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1. edition, Oxford [u.a.], Oxford Univ. Press, 1999.
2. Beaumont, Paul, Holliday, Jayne, Recent development on the meaning of „habitual residence“ in alleged child abduction cases, u: Župan, Mirela, Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 39. – 58.
3. Boele-Woelki, Katharina; González Beilfuss, Cristina, The impact and application of the Brussels II bis Regulation in the Member States: Comparative synthesis, u: Boele-Woelki, Katharina, González Beilfuss, Cristina (ur.), Brussels II bis: its impact and application in the member states, Intersentia, Antwerpen [u.a.], 2007. , str. 23.-40.
4. Dutta, Anatol, Uobičajeno boravište u odnosu na državljanstvo – u potrazi za osobnom poveznicom u europskom obiteljskom pravu, u: Župan, Mirela, Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 319. – 327.
5. Hoško, Tena, Child Abduction in Croatia: Befora and After the European Union Legislation, u: Župan, Mirela (ur.), Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 159. – 184.
6. Jessel-Holst, Christa, Dilemmas in application of EU international family law in most recent EU Member States, u: Župan, Mirela (ur.), Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str. 57. – 69.
7. Lazić, Vesna, Legal Framework for International Child Abduction in the European Union – the Need for Changes in the Light of *Povse v. Austria,* u: Župan, Mirela (ur.), Međunarodno privatno pravo u praksi europskih sudova – obitelj u fokusu, Pravni fakultet sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2015., str.295. – 315.
8. Lenaerts, Koen. "The best interests of the child always come first: the Brussels ii bis Regulation and the European court of justice.", Jurisprudencija 20, br. 4, Mykolas Romeris University, 2013., str. 1302.– 1328., dostupno na: http://www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/(4.6.2016.).

9. Medić Musa, Ines, Komentar Uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Osijek, 2012. godine.
10. Medić Musa, Ines, Predmeti o roditeljskoj odgovornosti prema Briselskoj uredbi II bis, u Bodiroga-Vukobrat, Nada (ur.) [et al.], Europsko obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2013. godine, str. 231. – 247.
11. Perez-Vera, Elisa, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, HCCH Publications, 1982. godine, dostupno na: https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779 (9.6.2016.).
12. Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation, European Commission, dostupno na http://e-justice.europa.eu/ (4.6.2016).
13. Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 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), Up- dated version 1 June 2005, European Commission and European Judicial Network, dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf (4.6.2016).
14. Rauscher, Thomas, Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation "Brussels IIA", The European Legal Forum, Issue 1-2005, München 2005., str. 37. – 45., dostupno na: http://www.european-legal-forum.net/ (4.6.2016.).
15. Study on the assessment of the Regulation (EC) No 2201/2003and the policy options for its amendment – final report (Analitical annexes, Evaluation i Executive summary), Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015., dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf/ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_evaluation.pdf/ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_executive_summary_fin_29092015.pdf/ (18.6.2016.)

Pravni propisi

16. Haški protokol od 23. studenog 2007. o mjerodavnom pravu za obveze uzdržavanja, objava službenog prijevoda na hrvatski jezik u SL L 331/19, 16.12.2009. Uredba (EZ) Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze (Rim II), SL 199/40, 31.7.2007.

17. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15.
18. Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 7/91.
19. Konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, ovrsi i suradnji u odnosu na roditeljsku skrb i mjere za zaštitu djece, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/09.
20. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.
21. Lisabonski ugovor, (2007), SL C 360, 17.12.2007.
22. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93.
23. Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15.
24. Opća deklaracija o ljudskim pravima, Rezolucija 217 A (III), 1948., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/09.
25. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 326, 26.10.2012.
26. Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i u predmetima o roditeljskoj odgovornosti kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000, SL L 338, 27. 11. 2003.
27. Uredba Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu uzdržavanja, SL L 7, 18. 12. 2008.
28. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

Sudska praksa

29. Presuda *A*, C-523/07, EU:C:2009:225.
    Opinion of Advocate General Kokott, C-523/07, EU:C:2009:39.
30. Presuda *C protiv M*, C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268.
31. Presuda C, C-435/06, EU:C:2007:714.
32. Presuda *Gogova protiv Iliev*, C- 215/15, EU:C:2015:710.
33. Presuda *J. McB v. L.E.*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582.
    Opinion of Advocate General Jaaskinen, C-400/10 PPU, EU:C:2010:544.

34. Presuda *Matoušková*, C-404/14, EU:C:2015:653.

35. Presuda *Mercredi protiv Chaffe*, C- 497/10 PPU, EU:C:2010:829.

36. Presuda *Povse protiv Alpago*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400.