

ривается (это возможно, например, в случае если родитель, у которого ребенок был неправомерно перемещен, переехал жить в другую страну). Данный вопрос решается судебной практикой¹.

4. Из Преамбулы следует, что Договаривающиеся государства стремятся защитить детей не только от их незаконного перемещения или удержания, но и от тех «вредных последствий» в международном масштабе, с которыми эти действия связаны². Иными словами, кроме защиты конкретного ребенка, оказавшегося в ситуации похищения или удержания, Конвенция также преследует превентивную цель, направленную на то, чтобы предупредить возможные похищения детей в будущем. Четкий и простой конвенционный механизм, обеспечивающий быстрое возвращение ребенка, призван остановить потенциального похитителя ребенка от совершения таких действий.

5. Как уже отмечалось, в Преамбуле четко сформулировано, что Конвенция также направлена на защиту права доступа к ребенку. Таким образом, она обеспечивает защиту права ребенка на поддержание контактов с обоими родителями, в том числе в ситуации, когда отдельно проживающему родителю чинятся препятствия к общению с ребенком. Право ребенка, разлученного с одним или обоими родителями, поддерживать на регулярной основе личные отношения и прямые контакты с обоими родителями, было впоследствии закреплено в Конвенции о правах ребенка (п. 3 ст. 9).

Глава I. СФЕРА ДЕЙСТВИЯ

Конвенция, как следует из ее названия, охватывает только гражданско-правовые отношения, возникающие вследствие незаконного перемещения или удержания ребенка и невозможности эффективного осуществления прав доступа к нему. Случаи похищения детей, содержащие признаки уголовного преступления, к предмету правового регулирования Конвенции не относятся.

Статья 1

Целями настоящей Конвенции являются:

а) обеспечение незамедлительного возвращения детей, незаконно перемещенных в любое из Договаривающихся государств либо удерживаемых в любом из Договаривающихся государств; и

¹ См. комментарий к ст. 12.

² *Beaumont P.R., McElevay P.E. Op. cit. P. 29.*

б) обеспечение того, чтобы права опеки и доступа, предусмотренные законодательством одного Договаривающегося государства, эффективно соблюдались в других Договаривающихся государствах.

1. В ст. 1 четко сформулированы две главные цели Конвенции: первая – обеспечить незамедлительное возвращение детей, незаконно перемещенных в другое государство, участвующее в Конвенции, или незаконно в нем удерживаемых, и вторая – обеспечить соблюдение прав опеки и доступа к ребенку в других государствах, участвующих в Конвенции. Однако в полной мере цели Конвенции могут быть правильно поняты, если сформулированные в ст. 1 положения будут рассматриваться в сочетании со сказанным в Преамбуле Конвенции и других ее статьях.

Конвенция исходит из необходимости возвращения незаконно перемещенного или удерживаемого ребенка в страну его постоянного/обычного проживания. При этом гражданство ребенка не имеет никакого значения. В этой связи именно место постоянного/обычного проживания ребенка является определяющим, поскольку незаконное перемещение из места постоянного/обычного проживания ребенка нарушает его интересы и травмирует ребенка. Ребенок разлучается с родителем, который осуществлял повседневную опеку или который принимал активное участие в его жизни и был для него близким человеком, но проживал отдельно. Ребенок вырывается из привычной ему домашней обстановки, детского сада или школы, при этом часто разлучается одновременно и с другими его близкими (в частности, братьями, сестрами, бабушкой и дедушкой). Кроме того, перемещение в другую страну или удержание в ней неизбежно сопровождается стрессом, связанным с необходимостью адаптироваться в подчас совершенно новой для ребенка обстановке с незнакомыми культурой и языком.

2. В п. «а» комментируемой статьи акцентируется внимание на незамедлительном возвращении ребенка, незаконно перемещенного в любое из Договаривающихся государств либо незаконно удерживаемого в любом из Договаривающихся государств. Очевидно, что при скором возвращении ребенка родителю, с которым он был неправомерно разлучен, при быстром восстановлении его обычной жизни, он будет меньше травмирован. Кроме того, считается, что судебные или иные компетентные органы места постоянного/обычного проживания ребенка могут правильно определить, как должен быть разрешен конфликт между родителями в отношении этого ребенка и что в наибольшей мере соответствует его интересам. С этим мнением нельзя не согласиться.

Поэтому Конвенция требует, чтобы ребенок был возвращен как можно скорее именно в ту страну, где он постоянно/обычно проживал.

Важно при этом понимать, что речь идет о возвращении ребенка в страну его постоянного/обычного проживания, что не обязательно означает возвращение к оставленному родителю¹. Многое определяется обстоятельствами конкретного дела. Например, как это было в деле *M.R. and L.R. v. Estonia*², в котором мать, незаконно вывезшая двухлетнюю дочь с территории Италии против желания ее отца после того, как отношения между родителями испортились, отказалась возвращать ребенка в Италию, несмотря на решение эстонского суда о возврате ребенка, и подала жалобу в ЕСПЧ о нарушении ее прав по ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека. ЕСПЧ отклонил доводы заявительницы, основанные, в частности, на том, что возвращение ребенка будет означать разлучение девочки с матерью. Суд отметил по этому поводу, что Конвенция требует возвращения ребенка именно в страну, из которой он был вывезен, а не оставленному родителю. Таким образом, подразумевалось, что мать может последовать за ребенком и продолжать жить вместе с ним, но уже в Италии.

Кроме того, необходимо отметить, что требование возвращения ребенка в место его постоянного/обычного проживания препятствует созданию ситуации, при которой ответчик (обычно это родитель, похитивший ребенка) сможет обратиться за разрешением спора по существу в суд страны, в которую ребенок был перемещен (или в которой он удерживается), обеспечив таким образом наиболее выгодный для себя сценарий судебного разбирательства. В этом отношении принципиальная позиция Конвенции состоит в том, что родитель, незаконно переместивший или удерживающий ребенка, не должен получать выгоду из своего неправомерного поведения. Ребенка нужно вернуть и уже в стране его постоянного/обычного проживания решать вопрос о родительских правах и порядке общения с отдельно проживающим родителем.

3. Кроме того, необходимо понимать, что одной из целей Конвенции является достижение мирного урегулирования конфликта между родителями и обеспечение согласованного, добровольного возвращения незаконно перемещенных или удерживаемых детей. Для реализации этой цели Центральным органам, судам и другим инстанциям, задействованным в процессе возвращения ребенка, следует изыски-

¹ Подробнее, что понимается под понятиями «незамедлительное возвращение» и «место постоянного/обычного проживания», будет рассмотрено при анализе ст. 2 и 4.

² *M.R. v. L.R. v. Estonia*, Decision of 15 May 2015; INCADAT cite: YC/E/ 1177 // <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1177&lng=1&sl=4>

вать возможности обеспечения договоренности родителей по вопросу о возвращении ребенка¹.

4. Из содержания п. «а», рассмотренного в сочетании со сказанным в Преамбуле, вытекает, что Конвенция преследует цель не только защитить конкретного ребенка, незаконно перемещенного или удерживаемого, но и предупредить такие действия в отношении всех детей в будущем². Конвенция призвана служить сдерживающим средством против похищения и противоправного удержания детей. Этой цели служит в первую очередь требование незамедлительного возвращения ребенка в страну его постоянного/обычного проживания, суд которой является наиболее компетентным рассматривать спор между родителями по существу.

Похищение одного из детей крайне негативно влияет на жизнь семьи в целом и каждого ее члена в отдельности. Не следует забывать о том, что оно часто влечет также нарушение прав братьев и сестер похищенного ребенка. Возникшие в связи с этим переживания, волнения и хлопоты, связанные с его возвращением, неизбежно сказываются на атмосфере в семье в целом и на образе жизни не только того похищенного (или удерживаемого) ребенка, но также и тех детей, которые остались дома, поскольку они тоже оказываются лишенными возможности регулярного общения со своим братом или сестрой. В этой связи ЕСПЧ при рассмотрении дел о похищении детей в связи с жалобами о нарушении их прав, предусмотренных Европейской конвенцией о защите прав человека, отмечал, что братья и сестры похищенного ребенка также являются жертвами нарушения их права на уважение семейной жизни, защищаемой ст. 8 этой Конвенции³.

5. В п. «а» комментируемой статьи речь идет о двух видах похищения детей: незаконном перемещении и незаконном удержании. При всем очевидном различии между данными понятиями соотношение между ними не столь однозначное и требует пояснения.

Охарактеризовать «перемещение» не представляет особой сложности: оно предполагает ситуацию, когда ребенок был вывезен из страны своего постоянного/обычного пребывания. Соответственно, датой перемещения будет дата, когда ребенок пересек границу этой страны⁴.

¹ Подробнее об этом см. комментарий к ст. 7.

² Pérez-Vera E. Op. cit. P. 16.

³ См., например: *Raw v. France*. No. 10131/11. Judgment 7 March 2013 (Final 07 June 2013). Пресс-релиз на англ. яз. см.: <http://www.airecentre.org/news.php/91/press-release-raw-v.-france>

⁴ См.: *Re H; Re S (Abduction: Custody Rights)* [1991] 2 AC 476 (House of Lords); INCADAT site: HC/E/UKe 115 // <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=115&lng=1&sl=3>;

Удержание ребенка представляет собой более сложную конструкцию похищения. Оно предполагает ситуацию, когда родитель, чей ребенок был вывезен из страны на законном основании, не получил ребенка обратно. При этом важно понимать, что удержание – это не продолжающееся действие, а единичный акт, совершенный, как правило, в течение дня, когда родитель должен был получить своего ребенка. Поскольку родитель в оговоренные сроки ребенка не получил, в данном случае также можно говорить о похищении. Однако следует различать, что перемещение и удержание – это взаимоисключающие понятия. Они не пересекаются и не перекрывают друг друга¹. Различие между ними необходимо проводить только потому, что дата незаконного перемещения или удержания будет определять, действовала ли в этот момент Конвенция для данной страны² и с какого момента начинает течь годичный срок, предусмотренный в ст. 12³.

При этом принципиально важно, что законное перемещение ребенка может превратиться в незаконное удержание, однако незаконное перемещение ни при каких обстоятельствах не может стать незаконным удержанием. Соответственно в последнем случае датой похищения может быть только дата незаконного перемещения, а не какая-либо более поздняя дата, и, таким образом, именно эта дата будет определяющей для целей Конвенции⁴. Дата, с которой ведется отсчет незаконного удержания, будет определяться по-разному в зависимости от ситуации.

Так, во-первых, речь может идти о ситуации, когда ребенок был вывезен в другую страну на законном основании, например на каникулы по согласию родителя, с которым он проживал в стране своего постоянного/обычного места жительства, с условием, что ребенок будет возвращен в определенную дату, например по окончании каникул. Однако ребенок не был возвращен в обозначенную дату. Следовательно, этот день является датой незаконного удержания. Наглядной иллюстрацией является дело, по которому греческий суд вынес решение о возвращении детей в Швецию⁵. Как следует из обстоятельств данного дела, стороны

полный текст решения см.: <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0115.htm>. См. об этом также: *Schuz R. The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2013. P. 142.

¹ Ibidem.

² Подробнее о действии Конвенции во времени см. комментарий к ст. 35.

³ См. далее дело *Falk v. Sinclair*.

⁴ См.: *Schuz R. Op. cit.* P. 142.

⁵ Court of First Instance of Thessaloniki (Μονομελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης), decision 2706, 7 February 2013; INCADAT cite: HC/E/GR 1279 // <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1279&lng=1&sl=2>

заклучили брак в Греции, после чего переехали на постоянное место жительства в Швецию, где у них родилось двое детей. В 2012 г. родители решили провести летний отпуск в Греции и уехали туда вместе с детьми. Отец вернулся обратно в Швецию немного раньше и ожидал, что жена с детьми последует за ним через несколько дней. Однако жена заявила, что она не вернется в Швецию и что ее муж, отец детей, якобы дал согласие на проживание детей с матерью в Греции. Однако поскольку она не смогла представить никаких убедительных доказательств согласия отца, греческий суд отклонил ее возражение о якобы имевшемся согласии отца и вынес решение о возвращении детей в Швецию.

Во-вторых, возможно также, что дата возвращения ребенка не была точно обозначена, но оговаривалось, что пребывание ребенка вне страны его постоянного/обычного проживания является временным. В этом случае обычно считается, что датой незаконного удержания признается день, когда в ответ на просьбу вернуть ребенка ребенок не был возвращен¹.

В-третьих, возможна более сложная ситуация, получившая в конвенционной практике и в комментариях специалистов наименование «предполагаемое невозвращение» или «предполагаемое нарушение»², когда родитель, с которым ребенок уехал на законном основании³, еще до наступления даты, в которую ребенок должен быть возвращен, заявит о том, что он не вернет ребенка в обозначенную дату, или совершит какие-либо действия, свидетельствующие о своем намерении не возвращать ребенка.

В судебной практике применения Конвенции на этот счет выработаны различные подходы. В большинстве случаев суды отказывались признавать факт удержания ребенка одним из родителей в ситуации, когда срок возвращения ребенка еще не наступил.

Так, в американском деле *Toren v. Toren* в удовлетворении заявления о возвращении детей в Израиль было отказано, поскольку дата их возвращения еще не наступила и поэтому никакого незаконного удержания детей еще не было, хотя — суд признал — существовали очевидные подтверждения намерения матери не возвращаться с детьми из США в Израиль в обозначенную дату⁴.

¹ *Schuz R. Op. cit.* P. 143.

² См., например: дело *Re S (Minors) (Child Abduction: Wrongful Retention)* [1994] Fam 70; INCADAT cite: HC/E/UKe 117 // <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=117&lng=1&sl=1>; *Beaumont P., McEavey P.E. Op. cit.* P. 141; *Schuz Rh. Op. cit.* P. 143.

³ Речь в данном контексте может идти не только о родителе, но и о любом лице, под опеку которого был временно передан ребенок.

⁴ *Toren v. Toren*, 191 F. 3d 23 (1st Cir. 1999); INCADAT cite: HC/E/USf 584 // <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=584&lng=1&sl=3>

Однако прямо противоположное решение было вынесено английским судом по делу *Re S (Minors) (Child Abduction: Wrongful Retention)*. В данном случае родители с двумя дочерьми приехали из Израиля в Великобританию ориентировочно на один год для обучения и проведения исследовательской работы в одном из английских университетов; из их договоренности четко следовало, что они оба рассматривают проживание в Великобритании как временное и по окончании занятий вернуться в Израиль (хотя между ними существовало некоторое расхождение относительно продолжительности пребывания в Великобритании, было признано, что они проживут там по крайней мере один год). Но отношения между родителями испортились, и отец вернулся в Израиль до окончания срока пребывания в Великобритании и начал в Израиле бракоразводный процесс. В ответ на это мать не только обратилась в английский суд с иском к мужу о предоставлении содержания детям и о признании местожительства детей с ней в Великобритании, но дала совершенно четко понять, что она не имеет ни малейшего намерения возвращать детей в Израиль ни сейчас, ни в будущем, несмотря на достигнутые в свое время между ней и ее мужем договоренности. При этом мать ссылалась именно на эти договоренности в подтверждение того, что незаконного удержания в данном случае не было, поскольку в соответствии с договором срок возвращения в Израиль еще не наступил. Тем не менее, несмотря на это, английский суд, рассматривавший вопрос о возвращении детей на основании Конвенции, с учетом всех обстоятельств, признал в данном случае факт незаконного удержания детей и вынес решение об их возвращении в Израиль. При этом суд отметил, что мать не должна получать выгоду из той договоренности, которую сама же и нарушила¹.

В общем и целом логика судей в приведенных примерах понятна. Если в последнем случае обращение в суд с заявлением однозначно свидетельствовало о намерении матери изменить место жительства детей и не возвращать их отцу, то в первом случае столь явного свидетельства не было, и одни лишь заявления, сделанные до наступления срока возвращения в страну постоянного/обычного жительства ребенка, не были признаны судом как достаточные доказательства факта незаконного удержания ребенка.

¹ *Re S (Minors) (Child Abduction: Wrongful Retention)* [1994] Fam 70; INCADAT cite: HC/E/UKe 117 // <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=117&lng=1&sl=1>; см. также: *Murphy J. International Dimensions in Family Law*. Manchester University Press, 2005. P. 219.

В рассматриваемом контексте представляет интерес американское дело *Falk v. Sinclair*¹, которое наглядно иллюстрирует важность точно определения даты похищения ребенка, а именно в данном случае незаконного удержания. В этом деле, продолжая линию, которой придерживался суд в деле *Toren v. Toren*, американский суд признал датой незаконного удержания ребенка дату, в которую девочка должна была быть возвращена матери в Германию после окончания каникул, которые она проводила с отцом в США, а не более раннюю дату (с разницей в 40 дней), когда отец ясно проинформировал мать о том, что он не вернет ребенка в Германию. В силу этого отцу не удалось доказать, что с момента незаконного удержания дочери прошло более одного года и что в силу статьи 12 Конвенции в таком случае в возвращении ребенка могло быть отказано.

6. Вторая, обозначенная в комментируемой статье (п. «b»), цель состоит в обеспечении эффективного соблюдения прав опеки и доступа, предусмотренных законодательством одного Договаривающегося государства, в других Договаривающихся государствах. Сразу следует отметить, что российскому семейному праву понятия «опеки» и «доступа» неизвестны; их анализ будет дан в комментариях к ст. 3, 5 и 21. Здесь же важно пояснить, что Конвенция не ставит своей целью регулирование вопросов, касающихся надления правом опеки (родительской опеки) и правом доступа. Напомним, что в этом отношении Конвенция совершенно определенно декларирует позицию, в соответствии с которой рассмотрение вопроса о родительских правах по существу должно происходить в компетентных органах того Договаривающегося государства, на территории которого ребенок имел постоянное/обычное место жительства до того, как был похищен.

В целях обеспечения эффективного соблюдения прав опеки и доступа представляется целесообразным в случае, когда вопрос о родительских правах находится на рассмотрении суда в стране постоянного/обычного проживания ребенка, но окончательное решение еще не было вынесено на тот момент, когда заявление о возвращении ребенка было подано в суд страны, куда ребенок был, предположительно незаконно, перемещен или в которой он удерживается, отложить вынесение решения о возвращении ребенка (или отказе в возвращении) до окончательного решения вопроса о родительских правах по существу в стране

¹ Рассмотрено в 2010 г. окружным судом штата Мэн // <https://www.courtlistener.com/opinion/2400828/falk-v-sinclair/?> См.: The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges. – USA: Federal Judicial Center, 2012. P. 25–26 // [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/hagueguide.pdf/\\$file/hagueguide.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/hagueguide.pdf/$file/hagueguide.pdf)

постоянного/обычного проживания ребенка¹. Несмотря на неизбежно связанное с этим некоторое промедление в принятии решения о возвращении ребенка, отложение судом вынесения решения позволит суду получить ответ на вопрос о родительских правах. Не исключено, что по решению суда по месту постоянного/обычного жительства ребенка ребенок сможет остаться в стране, в которую он был перемещен или в которой он удерживается. Однако до сих пор в международной практике такой возможностью суд, рассматривавший вопрос о возвращении ребенка, пользовался лишь в исключительных случаях².

7. Одна из принципиальных установок Конвенции состоит в том, чтобы обеспечить поддержание контактов ребенка с обоими родителями. Возможность общения ребенка с каждым из родителей (оставляя в стороне исключительные ситуации) является неперенным условием его полноценного развития. В этой связи следует напомнить, что право ребенка поддерживать на регулярной основе личные отношения и прямые контакты с обоими родителями (за исключением особых обстоятельств), если ребенок и родители проживают в различных государствах, закреплено в Конвенции о правах ребенка (п. 2 ст. 10).

В связи с этим важно понимать, что Конвенция задумана как инструмент, направленный на защиту прав детей, а не взрослых³. По Конвенции, именно ребенок является единственной жертвой похищения. Вместе с тем для эффективного осуществления права ребенка на общение с родителями необходимо обеспечить уважение и соблюдение права каждого из родителей, как они определены в стране постоянного/обычного проживания ребенка, причем не только в этой стране, но и во всех других странах, участвующих в Конвенции, в том случае если ребенок окажется незаконно перемещенным в одну из них или будет незаконно в ней удержан. Поэтому можно говорить о том, что Конвенция, преследуя в первую очередь цель обеспечения возможности нормального общения ребенка и с отцом, и с матерью, тем самым опосредованно защищает также и права родителей.

8. Практика применения Конвенции показывает, что если суд отказывает в возвращении ребенка, ребенок почти наверняка практически полностью лишается возможности общаться с оставленным

¹ В частности, такое соображение высказывается специалистами, комментирующими положения Конвенции. См.: *Schuz R. Op. cit.* P. 105.

² *Ibidem.*

³ Как отмечалось в решении Верховного суда Великобритании по делу *Re E (Children)* [2011] UKSC 27 (P. 52) // INCADAT cite: HC/E/Uke 1068 // <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1068&lng=1&sl=2#>

родителем. И наоборот, если ребенок возвращается туда, откуда он был похищен, как правило, удается установить порядок общения, который позволяет ребенку поддерживать с проживающим отдельно родителем регулярные и полноценные контакты. Не исключено даже, что суд по месту постоянного/обычного проживания ребенка, рассмотрев семейную ситуацию после возвращения похищенного ребенка родителю, с которым он был незаконно разлучен, вынесет решение, которое разрешит переезд ребенка обратно в ту страну, откуда он был возвращен, но при условии, что оставшийся в одиночестве родитель будет наделен широкими правами на общение с ребенком и таким образом ребенок сохранит гарантированную возможность общения с отдельно проживающим родителем. При этом в своем решении суд детально зафиксирует условия общения.

Статья 2

Договаривающиеся государства принимают все надлежащие меры для обеспечения достижения целей Конвенции на их территориях. Для этого они используют самые быстрые процедуры, имеющиеся в их распоряжении.

1. Как уже было отмечено, к основным целям Конвенции относятся:

- защита детей в международном масштабе от вредных последствий их незаконного перемещения или удержания;
- создание механизма, обеспечивающего незамедлительное возвращение ребенка в то Договаривающееся государство, из которого он был незаконно вывезен либо возвращению в которое препятствует его незаконное удержание в другом Договаривающемся государстве;
- обеспечение эффективного соблюдения права опеки и праву доступа.

Положения ст. 2 являются логическим продолжением сказанного в Преамбуле и ст. 1 Конвенции, поскольку налагают на Договаривающиеся государства обязательства не только принять незамедлительные меры по скорейшему возвращению домой незаконно перемещенного или удерживаемого ребенка, но также принять все необходимые меры для того, чтобы в принципе предупредить возможные похищения детей в будущем.

2. Исполнение государством взятых на себя обязательств по Конвенции состоит в том числе в принятии законодательства, имплементирующего положения Конвенции в национальное право, в выработке организационных мер, позволяющих обеспечить эффективный розыск