

Исключения из механизма незамедлительного возвращения и бремя доказывания

Семинар для Министерства образования и
науки Российской Федерации

Москва
21 и 22 ноября 2011 г.

Питер Битон

petermurdochbeaton@yahoo.co.uk

Для справки : общий смысл Конвенции

- ▶ Согласно Гаагской конвенции о похищении детей 1980 г . (ГКПД 1980), похищение детей считается в целом наносящим вред интересам похищаемых детей.
- ▶ В принципе, из этого следует, что в тех случаях, когда применима ГКПД 1980, за похищением ребенка следует распоряжение о его возвращении – см. Статью 12 .
- ▶ Если установлена **незаконность** перемещения или удержания и до начала судебных/ административных процедур прошло менее **12 месяцев**, похищенные дети подлежат **незамедлительному** возвращению. - Статья 12.

Для справки: Исключения из требования возвращения

- ▶ Однако, презумпция в пользу возвращения не является абсолютной.
- ▶ Имеется ряд исключений, позволяющих в определенных случаях не предписывать возвращение.
- ▶ Если налицо исключение из обязанности вернуть ребенка, судья должен решить, издавать ли предписание о возвращении.

Исключения, предусмотренные Конвенцией 1980 г.

▶ *Статья 13*

- ▶ Несмотря на положения предыдущей статьи, судебный или административный орган запрашиваемого государства **не обязан предписывать** возвращение ребенка, **если** лицо, учреждение или иная организация, выступающие против его возвращения, докажут, что:
 - ▶ а) лицо, учреждение или иная организация, осуществлявшие заботу о ребенке, **фактически не осуществляли свои права опеки** на момент перемещения или удержания ребенка, или **дали согласие** на его перемещение или удержание, или впоследствии **не выразили возражений** против таковых; или
 - ▶ б) существует **очень серьезный риск** того, что возвращение ребенка создаст угрозу причинения ему физического или психологического **вреда** или иным образом поставит его в невыносимые условия.
- ▶ Судебный или административный орган может также отказать в возвращении ребенка, если он придет к заключению, что **ребенок возражает** против возвращения и уже достиг такого возраста и уровня зрелости, при которых следует принять во внимание его мнение. (...)

▶ *Статья 20*

- ▶ В возвращении ребенка в соответствии с положениями Статьи 12 может быть отказано, если это противоречит **основополагающим принципам запрашиваемого государства**, касающимся прав человека и основных свобод.

13 (1) (a) : право опеки на момент перемещения фактически не осуществлялось

- ▶ В возвращении может быть отказано, если на момент похищения оставленный родитель фактически не осуществлял свое право опеки
- ▶ На практике доказать, что опека не осуществлялась, нелегко
- ▶ Тенденция в прецедентном праве: почти необходимым требованием является выраженное оставление ребенка «оставленным родителем».

Осуществление опеки – кем именно?

- ▶ Необходимо помнить, что помимо родителей, обладающих правами опеки, есть ситуации, в которых осуществляющими права опеки считаются не физические лица.
- ▶ Поэтому суд в качестве «органа или организации», в который(ую) поступило заявление о распоряжении родительскими обязанностями, может в контексте Конвенции принимать на себя права опеки
- ▶ Опека может осуществляться заместительно: так, человек, попавший в больницу, доверяет попечение о ребенке другому, например бабушке или дедушке
- ▶ Может осуществляться пассивно – в случаях, когда под сомнение ставится право на перемещение, – см. Статью 5.а Конвенции.

13 (1) (a) : согласие

- ▶ В возвращении может быть отказано, если оставленный родитель дал согласие на перемещение/захват
- ▶ **NB** В ряде (меньшинстве) юрисдикций считается, что согласие является одним из факторов при оценке незаконности перемещения/удержания, поэтому рассматривайте его в контексте Статьи 3
- ▶ Необходимо доказать, что согласие дано явно, особенно в тех государствах, где пересечение детьми границ требует письменного согласия обоих родителей

13 (1) (a) : отсутствие возражений

- ▶ Большинство судов полагает, что отсутствие возражений устанавливается исходя из субъективного намерения оставленного родителя (но некоторые суды признают, что из реплик, сказанных родителем сгоряча, не следует делать заключение об отсутствии у него возражений)
- ▶ Суды неохотно устанавливают отсутствие возражений в случаях, когда оставленный родитель пытается добиться добровольного возвращения, обращается для возвращения ребенка к другим (например, религиозным) процедурам или ищет примирения со вторым родителем
- ▶ Неподача заявления о возвращении ребенка редко является достаточным основанием для установления отсутствия возражений

13 (1) (b) : Очень серьезный риск вреда

- ▶ К этому исключению апеллируют особенно часто, особенно вернувшие детей матери
- ▶ Оно задумывалось как исключение, применяемое в ограниченном круге обстоятельств, поскольку иначе механизм незамедлительного возвращения, являющийся основой Конвенции, был бы серьезно подорван.
- ▶ В результате во многих государствах последовательно применяется крайне ограничительный подход, и данное исключение применяется в исключительных случаях.
- ▶ К их числу относятся Австрия, Канада, Великобритания, Германия, Швейцария, Новая Зеландия и США - в них применение данного исключения крайне маловероятно.
- ▶ Некоторые государства перешли на этот подход с применявшегося ранее, по мере того, как в них стали лучше знать и понимать Конвенцию и ее применение.

13 (1) (b) : Очень серьезный риск вреда: особые случаи

- ▶ Сексуальное насилие??
- ▶ Обвинения в сексуальном насилии достаточно часты, но зачастую не сопровождаются доказательствами, достаточными для применения данного исключения
- ▶ Когда эти обвинения не могут быть отброшены как необоснованные, суды неохотно идут на проведение полного расследования, поскольку это вопрос, затрагивающий интересы ребенка, и заниматься им должно государство его постоянного проживания.
- ▶ Суды расходятся во взглядах на то, как следует действовать:
 - ▶ Проводить ли расследование в стране убежища или в стране постоянного проживания
 - ▶ Принимать ли меры для обеспечения защиты ребенка по возвращении

13 (1) (b) : Очень серьезный риск вреда: особые случаи

- ▶ Возвращение в зону военных действий?
- ▶ Сложность: риск является не индивидуальным для ребенка, и последствием общих условий жизни в зоне конфликта
- ▶ Во многих случаях речь шла о возвращении в Израиль: большинство судов сочло, что исключение, связанное с «очень серьезным риском вреда» не применимо.
- ▶ Более свежие примеры: тот же вопрос и то же решение применительно к Зимбабве

13 (1) (b) : Очень серьезный риск вреда: особые случаи

- ▶ Тяжелые экономические трудности??
- ▶ В подавляющем большинстве случаев использования данного аргумента в применении исключения в силу Статьи 13 (1) (b) было отказано

Применение судом Статьи 13.1.b

- ▶ Если наличие «очень серьезного риска» установлено, это еще не означает, что суд должен отказать в заявлении о возвращении ребенка – он должен рассматривать все обстоятельства в свете целей Конвенции
- ▶ Устанавливая наличие «очень серьезного риска», суд не должен считать, что определяет, чего требуют интересы ребенка: этот вопрос должен решаться судом, в юрисдикции которого он находится – см. Статью 16

13 (2): возражения ребенка

- ▶ Большинство судов требует разграничивать возражение ребенка против немедленного возвращения и его возражение против проживания с оставленным родителем:
- ▶ Следует различать вопросы опеки и вопросы возвращения – относящимися к данной Конвенции 1980 года следует считать только возражения против немедленного возвращения.

13 (2): возражения ребенка

- ▶ Практическая важность данного возражения: если не отнестись к нему серьезно, это возражение может привести к исключительно проблемным ситуациям:
 - ▶ Физический отказ ребенка вернуться
 - ▶ Угрозы самоубийства со стороны ребенка (или родителя)

Возражения ребенка

- ▶ Процедурные вопросы в целом оставлены на усмотрение Договаривающихся государств: возможны различные модальности; некоторые судьи заслушивают ребенка сами – Статья 12 Конвенции ООН о правах ребенка
- ▶ В случаях, когда старшие дети в семье выражают одну точку зрения, а младшие другую, бывает, что суды неохотно идут на разделение старших и младших братьев и сестер
- ▶ Примечание - Статья 13.3 – Следует принимать во внимание информацию о социальном положении ребенка в государстве постоянного проживания

Статья 20 : основополагающие принципы запрашиваемого государства

- ▶ В возвращении ребенка в соответствии с положениями Статьи 12 может быть отказано, если это противоречит **основополагающим принципам запрашиваемого государства**, касающимся защиты прав человека и основных свобод..
- ▶ Совместимость ГКПД 1980 с национальными конституциями или другими основополагающими законами время от времени оспаривается, но эти иски обычно отклоняются (Аргентина, Канада, Германия, Чешская Республика, Ирландия, Южная Африка, Швейцария, США)

Статья 12 (2) Адаптация

- ▶ Даже в том случае, если процедуры начались по истечении срока в один год, указанного в предыдущем абзаце, судебный или административный орган также обязан предписать возвращение ребенка, если только не будет доказано, что ребенок адаптировался в новой среде.
- ▶ У понятия «адаптация» нет единого толкования
- ▶ Некоторые суды сосредотачивают внимание на ребенке, в то время как другие интерпретируют адаптацию в свете целей Конвенции
- ▶ Простого привыкания к новой обстановке недостаточно; кроме того, следует делать различие между детьми младшего и старшего возраста

Статья 12 (2) Адаптация

- ▶ Как вычислить, прошло ли 12 месяцев?
- ▶ Ключевой является дата начала юридических процедур, а не дата обращения родителя в Центральный орган
- ▶ Суды, как правило, неохотно признают адаптацию в случаях, когда похитивший родитель прятал ребенка в стране убежища

Применение Статьи 12

- ▶ В статье 12 за судом сохраняется обязанность предписать возвращение ребенка, **даже если факт адаптации установлен**
- ▶ Суд будет особенно трудно убедить не делать этого, если временной интервал обусловлен действиями (предполагаемого) похитителя
- ▶ Помните: годичный период в Статье 12 отсчитывается с даты перемещения или удержания до даты начала процедур, а **не** до даты вынесения судом решения

Бремя доказывания - Заявитель

- ▶ Заявителю необходимо показать:
- ▶ 1. – что заявление попадает в сферу применения Конвенции, и
- ▶ 2. – что механизм незамедлительного возвращения может быть применен
- ▶ Если заявитель в состоянии это сделать, то бремя доказывания **немедленно** переходит к ответчику

Бремя доказывания - Статьи 12 и 13

- ▶ Бремя доказывания согласия и/или отсутствия возражений, серьезного риска и адаптации лежит на лице, выступающем **против** возвращения ребенка
- ▶ Европейский суд по правам человека решил, что перемещение бремени доказывания к лицу, ходатайствующему о возвращении ребенка, является нарушением Статьи 8
- ▶ Хотя бремя доказывания переходит к ответчику, важно, чтобы заявитель предвидел возможные аргументы в пользу применения исключений и был готов ответить на них

Что должен доказать ответчик - Согласие

- ▶ Одного утверждения, что согласие было дано, недостаточно
- ▶ Согласие на посещение или временный переезд не является свидетельством согласия
- ▶ От ответчика нужно получить доказательства действий, которые явно равносильны согласию

Свидетельства согласия

- ▶ Если ответчик утверждает, что заявитель дал согласие на постоянный переезд – помогал ли заявитель в организации и подготовке переезда
- ▶ Есть ли какие-либо письменные подтверждения того, что заявитель дал согласие
- ▶ Важным фактором может быть то, участвовал ли заявитель на первых порах в переезде

Отсутствие возражений

- ▶ Для ответчика очень сложно доказать отсутствие возражений со стороны заявителя: сам факт, что подано заявление, является безусловным указанием противного
- ▶ Одного лишь промедления с подачей заявления редко бывает достаточно, особенно в случаях, когда трудно было установить местонахождение ребенка
- ▶ Участие в судебном разбирательстве по вопросу опеки в государстве убежища может служить указанием на то, что заявитель примирился с ситуацией

Очень серьезный риск вреда – Статья 13.1.b

- ▶ Как правило, от ответчика требуется объяснить, почему с предполагаемым риском не могли разобраться соответствующие органы в государстве постоянного проживания
- ▶ Зачастую ответчика просят объяснить, почему нельзя было защитить ребенка никаким другим способом кроме перемещения
- ▶ Для применения данного исключения необходимы реальные и веские свидетельства – предпочтительно подтвержденные – а не голословные утверждения
- ▶ Простых утверждений недостаточно, и суд не должен их принимать

Возражения ребенка

- ▶ Если у ребенка близкие отношения с родителем-ответчиком, к возражениям ребенка следует подходить с осторожностью, особенно когда есть риск, что ребенок всего лишь озвучивает мнение этого родителя
- ▶ Следует ли характеризовать возражения ребенка как выражение его желания остаться с похитившим родителем, а не как возражения против возвращения в государство постоянного проживания? (в этом случае это был бы вопрос существа дела, решать который надлежит в государстве постоянного проживания)
- ▶ Есть разница между участием ребенка в процессе в качестве стороны и заслушиванием позиции ребенка

Адаптация

- ▶ Заявления об адаптации следует проверять имеющимися доказательствами
- ▶ Ответчику необходимо показать не только то, что прошло время, но и то, что ребенок интегрирован в новую социальную среду: освоил язык, пошел в школу, приобрел друзей, вовлечен в другую социальную деятельность
- ▶ Не следует признавать факт адаптации, когда похитивший родитель перевозил ребенка с места на место или скрывал, даже если прошло уже несколько лет

Вопросы?

Об исключениях и бремени
доказывания

БЛАГОДАРЮ

ЗА ВАШЕ ВНИМАНИЕ

Питер Битон

