

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ
КАФЕДРА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ТА МІГРАЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ

КУРСОВА РОБОТА

на тему:

«Проблема кваліфікації злочину стосовно викрадення дитини одним із батьків»

Студентки III курсу, групи МП – 31

Напрямку підготовки (спеціальності)

293 «Міжнародне право»

Котис Віти Ярославівни

Керівник: Тенєшев Вячеслав Фарідович

Національна шкала: _____

Університетська шкала: _____

Оцінка ECTS: _____

Члени комісії: _____

(підпис)

(прізвище та ініціали)

(підпис)

(прізвище та ініціали)

м. Тернопіль, 2021 р.

ПЛАН

ВСТУП

РОЗДІЛ I. КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ ВИКРАДЕННЯ ДИТИНИ ОДНИМ ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ ЗГІДНО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

РОЗДІЛ II. ПРОБЛЕМА ВИКОНАННЯ ПРОЦЕДУРИ ВИЛУЧЕННЯ ДИТИНИ У ОДНОГО ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ

РОЗДІЛ III. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ, ЩО КВАЛІФІКУЮТЬ ЗЛОЧИН ВИКРАДЕННЯ ДИТИНИ ОДНИМ ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ

1.1. Досвід іноземних держав щодо кваліфікації злочину стосовно викрадення дитини одним із законних батьків

1.2. Рішення ЄСПЛ щодо викрадення дитини одним із законних батьків

ВИСНОВОК

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ I. КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ ВИКРАДЕННЯ ДИТИНИ ОДНИМ ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ ЗГІДНО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....	6
РОЗДІЛ II. ПРОБЛЕМА ВИКОНАННЯ ПРОЦЕДУРИ ВИЛУЧЕННЯ ДИТИНИ У ОДНОГО ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ.....	11
РОЗДІЛ III. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ, ЩО КВАЛІФІКУЮТЬ ЗЛОЧИН ВИКРАДЕННЯ ДИТИНИ ОДНИМ ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ.....	16
3.1. Досвід іноземних держав щодо кваліфікації злочину стосовно викрадення дитини одним із законних батьків.....	19
3.2. Рішення ЄСПЛ щодо викрадення дитини одним із законних батьків.....	19
ВИСНОВОК.....	22
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ.....	24

ВСТУП

В Україні дуже часто і гостро постає проблема досягнення згоди між батьками щодо місця проживання дитини та способу спілкування з нею після розлучення (як формального, так і юридично визнаного), що проявляється через перешкоджання чи повну заборону спілкування з дитиною та навіть її викрадення чи переховування одним із батьків.

Актуальність теми. Згідно зі статистичними даними кількість звернень щодо порушення права на опіку з кожним роком зростає. Так, якщо у 2019 році таких позовів налічувалось близько 900, то вже у 2020 – понад 1500 – це приблизно 6 звернень кожного робочого дня. Незважаючи на таке швидке поширення проблеми, держава досі не має ефективних важелів впливу на цю ситуацію, через що винні особи залишаються непокараними.

Враховуючи те, що в Україні загалом відсутня культура цивілізованих розлучень та спільної опіки, то часто справа доходить до порушення балансу інтересів між батьками, вони займають егоїстичну позицію, в якій, насамперед, страждає саме дитина, яка стає «розмінною монетою» та засобом обопільної батьківської помсти. Ігнорування необхідності чіткого та дієвого правового вирішення цього питання призводить до зниження коефіцієнту народжуваності і, як наслідок, до старіння української нації.

Актуальність теми зумовлена й тим, що дана проблема досі є малодослідженою. Багато українських науковців, таких як Кабанов В., Тріпільський Г, Євтушенко О., досліджують тему міжнародного викрадення дітей, проте мало хто вивчає проблему кваліфікації злочину стосовно викрадення дитини одним із батьків на території України та проблему виконання постанов суду щодо вилучення дитини.

Мета. Необхідність дослідження прогалин у законодавстві України щодо порушення права на опіку одного із батьків та можливих засобів для запобігання такому явищу й дієвого реагування на випадки викрадення дитини одним із

батьків, аналіз норм міжнародних документів та досвіду зарубіжних країн із цього питання.

Для досягнення поставленої мети потрібно розв'язати такі завдання:

- дослідити прогалини у законодавстві України щодо кваліфікації злочину викрадення дитини одним із батьків та виконання судового рішення про вилучення дитини у разі її відмови повертатися у законне місце проживання;
- виокремити можливі засоби для запобігання та дієвого реагування на випадки порушення балансу інтересів між батьками щодо місця проживання спільної дитини;
- проаналізувати досвід зарубіжних держав та норми міжнародних документів щодо відповідальності за викрадення своєї дитини;
- вивчити необхідність законодавчого врегулювання даної проблеми та висвітлити наслідки її ігнорування.

Комплексне дослідження даної проблеми вимагає відповідного джерельного забезпечення. Джерельною базою є вітчизняні та зарубіжні джерела (в тому числі законодавчі та міжнародно-правові акти), праці фахівців з міжнародного права, а також матеріали міжнародних конференцій.

РОЗДІЛ І. КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ ВИКРАДЕННЯ ДИТИНИ ОДНИМ ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ ЗГІДНО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Дитина - це повноправна людина, яка не може бути присвоєна або викрадена. З моменту народження і до моменту досягнення повноліття особа має правовий статус дитини (ч. 1 ст. 6 Сімейного кодексу України) [7], а отже, її права захищаються Конституцією України, Конвенцією ООН про права дитини 1989 р. [2] та іншими нормативно-правовими актами. Батьки, своєю чергою, мають невід’ємне та невідчужуване право піклуватися про своїх дітей. А отже, саме на державу покладено обов’язок гарантувати права батьків на належне виховання, першочергово в інтересах дітей.

Проте у випадку розлучення батьків (як формального, так і документально засвідченого) гостро постає питання вирішення місця проживання дитини, впливовим фактором якого є вік. Так, діти віком від 14 років можуть вирішувати питання свого місця проживання самостійно – жити з батьком чи з матір’ю. Та до 14 років питання про місце проживання дитини вирішують або батьки самостійно, або, у випадку розірвання шлюбу, суд [7]. В українських реаліях єдиною дієвою схемою для того, щоб обоє батьків могли брати участь у вихованні своєї дитини і її права при цьому не порушувались, є домовлятись.

В інших державах практика спільної опіки шляхом домовленості, коли дитина почергово живе то в матері, то в батька, є дуже поширеним явищем, проте в Україні саме через низьку культуру сімейних відносин, що призводить до відсутності згоди між колишнім подружжям, її майже не застосовують. Тому найпоширенішим способом вирішення місця проживання малолітньої дитини після розлучення батьків є саме рішення суду, але в Україні навіть воно не гарантує того, що дитина залишатиметься в законному місці проживання.

Прикладом такої проблеми є справа Зоріної Т. Її колишній чоловік викрав спільну малолітню дитину і не повертав її матері, незважаючи на те, що рішення

суду щодо місця проживання було саме на користь жінки. То що ж робити у такій ситуації?

Згідно з ч. 2 ст. 146 КК України викрадення малолітньої особи є злочином, за яким його суб'єкт повинен нести кримінальну відповідальність [4]. Викрадення людини передбачає; а) відкрите заволодіння нею (коли остання або інші, треті особи, у присутності яких здійснюється викрадення, завідомо для винного розуміють значення вчинюваних ним злочинних дій. Таке заволодіння може відбутися, скажімо, шляхом грабежу чи розбійного нападу); б) таємне заволодіння (вчинене за відсутності інших осіб щодо людини, яка не розуміє значення вчинюваних з нею дій у зв'язку з малоліттям, знаходженням у безпорадному стані тощо); в) заволодіння людиною, вчинене шляхом обману чи зловживання довірою (скажімо, винна особа забирає людину із притулку для старих на підставі підроблених документів); г) заволодіння людиною в результаті вимушено-добровільної передачі її винному під погрозою насильства над її батьком, усиновителем, опікуном, піклувальником, вихователем тощо, або під погрозою насильства над особами, близькими для останніх, або розголошення відомостей, що їх ганьблять, пошкодження чи знищення їхнього майна. Такий спосіб є близьким до вимагання (ст. 189).

Закінченим злочином викрадення людини є з моменту заволодіння нею і фактичного початку обмеження її волі.

Однак, такого поняття як «викрадення дитини одним із батьків» у кримінальному законодавстві взагалі не існує: викрасти може тільки стороння людина, а батьки хіба що забирають дитину до себе. Тобто за вчинене порушення найближчий родич дитини не нестиме ні адміністративної, ні кримінальної відповідальності. На кваліфікацію злочину щодо викрадення дитини не впливає сімейний стан батьків: чи проживають вони у зареєстрованому шлюбі, чи розлучення цих осіб є юридично визнаним – неважливо.

Винятком є лише випадок, коли дитина народилася і виховувалася у формальному (незареєстрованому) шлюбі, а один із подружжя не є рідним батьком чи матір'ю дитини. Якщо процедура усиновлення батьком чи матір'ю не

виконана, зміну місця проживання дитини одним із батьків цілком можна розглядати як викрадення, керуючись саме ст. 146 КК України про незаконне позбавлення волі або викрадення людини.

Та що робити у випадку Зоріної Т., коли суб'єктом викрадення дитини є законний батько, що, відповідно, і блокує її можливість посилатися на дану статтю?

У випадку викрадення дитини одним із законних батьків можна посилатись лише на ч. 1 ст. 162 Сімейного кодексу України, в якій сказано: «Якщо один з батьків самочинно, без згоди другого з батьків, змінить місце проживання дитини, у тому числі способом її викрадення, суд за позовом заінтересованої особи має право негайно постановити рішення про відібрання дитини і повернення її за попереднім місцем проживання» [7].

Коментована стаття встановлює правові наслідки протиправної зміни місця проживання малолітньої дитини одним з батьків (з яким вона не проживає) або третьою особою. Слід зазначити, що в статті мова йде саме про малолітню дитину (яка не досягла 14 років). Отже подібні дії стосовно неповнолітньої дитини не підпадатимуть під правила коментованої статті, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 29 ЦК України фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, вільно обирає собі місце проживання, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Місце проживання малолітньої дитини може визначатися таким чином:

А) Обома батьками за погодженням, тобто шляхом домовленості, яка може бути усною або оформленою у вигляді письмового документа. В даному випадку зміна місця проживання дитини також має проводитися за погодженням батьків.

Б) Законом. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 29 ЦК України місцем проживання фізичної особи у віці від десяти до чотирнадцяти років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я тощо, в якому вона проживає, якщо інше місце проживання не встановлено за згодою між дитиною та батьками (усиновлювачами, опікуном) або організацією, яка виконує щодо неї функції опікуна. А відповідно до ч. 4 цієї ж статті місцем

проживання фізичної особи, яка не досягла десяти років, є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я, в якому вона проживає.

В) Рішенням суду або рішенням органу опіки та піклування. Зазначені органи можуть постановити рішення про проживання дитини з кимось із родичів або у відповідному дитячому закладі (установі), зокрема у дитячому будинку, будинку-інтернаті тощо.

Малолітня дитина має проживати у встановленому місці проживання, яке не може бути змінено самочинно як волею сторонніх осіб, так і волею якогось одного із її батьків. Якщо така особа змінить місце проживання дитини, зокрема шляхом викрадення, заінтересована особа має право подати до суду позов про повернення дитини у місце її проживання. Заінтересованими особами в розумінні даної статті можуть бути фізичні особи, з якими проживала дитина, дитячий заклад (установа), в якому проживала дитина, а також інші особи, які є родичами дитини. В разі подачі такого позову суд має негайно його розглянути та прийняти рішення про повернення дитини у попереднє місце її проживання.

Виключенням із цього правила є дві ситуації, за наявності яких суд не буде приймати рішення про повернення дитини у попереднє місце проживання:

1) якщо залишення її за попереднім місцем проживання створюватиме реальну небезпеку для її життя та здоров'я. Для повернення дитини непотрібно доводити факт наявності нормальних умов для її виховання та розвитку. В ст. 162 СК встановлена презумпція правомірності поведінки того з батьків, з ким проживала дитина. Якщо інший з батьків вважає такі умови непридатними для дитини, то способом захисту прав дитини є пред'явлення позову про зміну місця проживання малолітньої особи, а не самочинна зміна її місця проживання. Якщо відповідач доведе, що той, з ким проживала дитина, жорстоко поведився з нею, експлуатував дитину, тримав дитину в умовах, небезпечних для її життя та здоров'я, у позові повинно бути відмовлено. Дитина не може бути повернута, коли

залишення її за попереднім місцем проживання створюватиме реальну небезпеку для її життя та здоров'я.

1) якщо обставини змінилися так, що повернення суперечить інтересам дитини (наприклад, особа, з якою проживала дитина, померла).

Кримінальний кодекс України не карає за викрадення своєї малолітньої дитини, а лише чужої (ст. 146 КК). У зв'язку з цим суб'єктом злочину можуть бути лише інші родичі, а не батько чи мати малолітнього. Суб'єктами сімейного правопорушення, передбаченого коментованою статтею, можуть бути як батько чи мати дитини, так і інша особа. За вчинене порушення винна особа нестиме відповідальність перед особою, з якою проживала дитина, у вигляді відшкодування моральної та матеріальної шкоди. Буквальне тлумачення ч. 2 коментованої статті дозволяє робити висновок, що правом на компенсації моральної та матеріальної шкоди, заподіяної самочинною зміною місця проживання малолітньої дитини, мають тільки фізичні особи, з якими дитина проживала. Дитячі установи та заклади, де проживала дитина, можуть вимагати відшкодування заподіяної шкоди тільки за загальними правилами Глави 82 ЦК України.

РОЗДІЛ II. ПРОБЛЕМА ВИКОНАННЯ ПРОЦЕДУРИ ВИЛУЧЕННЯ ДИТИНИ У ОДНОГО ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ

Правові підстави для прийняття рішення судом про відібрання дитини від батьків або одного з них визначені пунктами 2-5 частини 1 статті 164 Сімейного кодексу України, про що зазначено у частині 1 статті 170 Сімейного кодексу України.

Відібрання дитини від батьків або одного з них, не позбавляючи їх батьківських прав, здійснюється у випадках, якщо останні:

- ухиляються від виконання своїх обов'язків щодо виховання дитини та/або забезпечення здобуття нею повної загальної середньої освіти;
- жорстоко поведуться з дитиною;
- є хронічними алкоголіками або наркоманами;
- вдаються до будь-яких видів експлуатації дитини, примушують її до жебракування та бродяжництва.

Позовну заяву про відібрання дитини без позбавлення батьківських прав може подати до суду:

- один з батьків;
- орган опіки та піклування;
- прокурор;
- опікун, піклувальник, особа, в сім'ї якої проживає дитина,
- заклад охорони здоров'я або навчальний заклад.

Справи про відібрання дітей повинні розглядатися за участі органу опіки та піклування, що прямо передбачено у частині 4 статті 19 Сімейного кодексу України.

Під час ухвалення рішення про відібрання дитини від батьків або одного з них без позбавлення їх батьківських прав суд бере до уваги інформацію про

здійснення соціального супроводу сім'ї (особи) у разі здійснення такого супроводу.

При задоволенні позову про відібрання дитини від матері, батька без позбавлення їх батьківських прав суд вирішує питання про стягнення з них аліментів на дитину.

Справи про відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав за загальним правилом розглядає місцевий суд за місцем реєстрації/проживання батьків або одного з них.

Якщо особа, яка подає позов до суду про відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав доповнить позовні вимоги стягненням аліментів, то заяву можна подавати до суду за місцем знаходження позивача.

За подання позову немайнового характеру особою сплачується судовий збір у розмірі 0,4 прожиткового мінімуму для працездатних осіб відповідно до Закону України «Про судовий збір» (908 грн. у 2021 році).

Зоріна Т., посилаючись на дану статтю, подала позов до суду для дозволу виконання процедури вилучення своєї доньки. Суд прийняв рішення про повернення дитини у попереднє місце її проживання, проте, на практиці це рішення суду не було виконано, тому що батько дитини під час вилучення не дав такої можливості.

Якщо виникла безпосередня загроза життю або здоров'ю дитини, орган опіки та піклування, якому стало відомо про це, приймає рішення про негайне відібрання дитини у батьків або осіб, які їх замінюють.

Для прийняття рішення про негайне відібрання дитини у батьків або осіб, які їх замінюють, служба у справах дітей негайно після отримання повідомлення про безпосередню загрозу життю або здоров'ю дитини разом з уповноваженим підрозділом органів Національної поліції, фахівцем із соціальної роботи, представниками закладу охорони здоров'я проводить оцінку рівня безпеки дитини. До проведення оцінки рівня безпеки дитини можуть бути додатково залучені представники інших органів державної влади та місцевого самоврядування, у межах своїх повноважень.

У разі виявлення (підтвердження) за результатами оцінки рівня безпеки дитини фактів безпосередньої загрози її життю або здоров'ю та потреби у вжитті невідкладних заходів до забезпечення її безпеки дитина може бути невідкладно направлена до закладів охорони здоров'я для обстеження стану її здоров'я, надання необхідної медичної допомоги в стаціонарних умовах та документування фактів жорстокого поводження з нею або тимчасово влаштована у відповідний навчально-виховний заклад.

Після вжиття невідкладних заходів до забезпечення безпеки дитини служба у справах дітей в той же день подає районній, районній у містах Києві та Севастополі державній адміністрації, виконавчому органу міської, районної у місті (в разі утворення) ради, сільській, селищній раді об'єднаної територіальної громади клопотання про невідкладне відібрання дитини у батьків або осіб, які їх замінюють. Після надходження клопотання уповноважена особа районної, районної у містах Києві та Севастополі державної адміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті (у разі утворення) ради, сільської, селищної ради об'єднаної територіальної громади протягом одного дня розглядає порушене питання та приймає відповідне рішення.

У разі надходження та підтвердження інформації про загрозу життю або здоров'ю дитини, яка проживає на території села, селища, виконавчий орган відповідної сільської, селищної ради протягом одного календарного дня приймає рішення про невідкладне відібрання дитини у батьків або осіб, які їх замінюють, забезпечує її тимчасове влаштування та в день відібрання дитини письмово повідомляє про це службі у справах дітей.

Про відібрання дитини у батьків або осіб, які їх замінюють, орган опіки та піклування того ж дня письмово інформує органи прокуратури за місцем проживання дитини та у семиденний строк після прийняття рішення про відібрання дитини звертається до суду з позовом про позбавлення батьків чи одного з них батьківських прав або ж з позовом про відібрання дитини у матері, батька без позбавлення батьківських прав.

Згідно з українським законодавством на процедурі вилучення повинні бути присутні державні виконавці, працівники служби у справах дітей, поліція, а також мати (Зоріна Т.), якій і повинні були передати дитину. Проте що робити, коли під час самого вилучення малолітня дитина, схильна до тиску з боку батька, відмовляється йти з незнайомими людьми? Саме так і вчинив колишній чоловік Зоріної Т., психологічно тиснувши на свою дитину, яка, злякавшись сторонніх осіб, що прибули для виконання постанови суду про вилучення, відмовилась змінити своє місце проживання. Виконавча служба, навіть маючи потрібну постанову суду, не має права здійснювати будь-який фізичний вплив на дитину, а норми Постанови Кабінету Міністрів України «Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини» від 2008 р. вказують на те, що дитина не може бути насильно розлучена зі своїми батьками [6]. Згідно з цим нормативно-правовим актом виконавча служба має право негайно вилучити дитину лише у випадках, якщо один із батьків жорстоко поводить з дитиною, є хронічними алкоголіком або наркоманом, вдається до будь-яких видів експлуатації дитини, а також в інших випадках, якщо залишення дитини у нього є небезпечним для її життя чи здоров'я. У випадку відмови дитини повернутися до матері, працівники служби у справах дітей мають право лише відвідати батька за місцем проживання, скласти акт обстеження житлово-побутових умов та провести з матір'ю, батьком та дитиною бесіду (в окремому порядку). А поліція у такому випадку взагалі не має жодних повноважень, крім обов'язку бути присутньою на такому вилученні.

Постанова Кабінету Міністрів України «Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини» та Закон України «Про виконавче провадження» не враховують того, що під час вилучення малолітня особа може відмовитись повернутися до матері, навіть якщо її викрадено [6]. Відповідно, порядок дій державних виконавців, працівників служби у справах дітей та поліції в жодному нормативно-правовому акті не встановлено.

Після декількох наступних спроб вилучення виконавчій службі все-таки вдається передати дитину Зориній Т., проте таких закінчених проваджень на користь заінтересованої особи дуже мало. Протягом 2019 року в Україні на виконанні перебувало 251 подібне рішення, з яких було виконано лише 73 (більшість із цих справ були подані до суду ще у 2017 році).

Єдиним механізмом для швидшого вирішення цього питання в Україні є подання заяви на розшук батька та дитини. Чоловік буде змушений прийти на засідання суду разом із викраденою дитиною, щоб довести факт того, що з ними все гаразд. На практиці найчастіше саме тоді і вдається вилучити викрадену дитину в одного із батьків.

Члени Комітету з сімейного права Національної Асоціації Адвокатів України вже подавали свої зауваження й пропозиції до проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення місця проживання дитини в безспірному порядку» (№ 4154 від 25.09.2020 року), але до сьогодні цей законопроект не виносився на засідання Верховної Ради України [8].

Також існують адміністративні важелі впливу за ухилення від виконання рішення суду: якщо той з батьків, з ким незаконно проживає дитина, переховується, переїжджає з місця на місце, державний виконавець може накладати штраф у розмірі 1700 гривень, при повторному невиконанні рішення суду - штраф у розмірі 3400 гривень. Однак, сплата штрафів у питаннях батьківства не є дієвим важелем впливу, адже один із батьків, викрадаючи дитину, взагалі не зважає на будь-які покарання. Прикладом є справа Ялузіна Д., дружину якого штрафували таким чином кілька разів, але бачитись із донькою йому це так і не допомогло. Більше того, цих штрафів його колишня дружина не сплачує (її ім'я ще досі значиться в Єдиному реєстрі боржників Міністерства Юстиції України).

Ще однією проблемою є некомпетентність виконавчої служби в частині засвідчення факту викрадення дитини одним із батьків. Прикладом цього може слугувати справа № 201/17854/16-ц, у якій потерпіла особа подала позов про викрадення чоловіком їх спільної дитини. Відповідач, не бажаючи домовлятись із

дружиною про місце проживання дитини, виїхав в інше місто. Проте суд вказав на те, що на час розгляду справи місце проживання дитини не було встановлено органом опіки та піклування, а тому вимога про її відібрання на підставі частини 1 статті 162 СК України є передчасною та задоволенню не підлягає.

РОЗДІЛ III. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ, ЩО КВАЛІФІКУЮТЬ ЗЛОЧИН ВИКРАДЕННЯ ДИТИНИ ОДИМ ІЗ ЗАКОННИХ БАТЬКІВ

Незаконне переміщення і неповернення дітей є однією із сучасних проблем, якій присвячена значна кількість міжнародних правових актів, однак усі вони регулюють відносини саме щодо міжнародного викрадення дітей.

Гаазька Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25.10.1980 р. створює просту й ефективну процедуру для забезпечення повернення дітей, протиправно вивезених або утримуваних на території іноземної держави, до держави їх постійного місця проживання і передбачає можливість для звернення з двома видами заяв: про повернення дитини та про забезпечення права доступу до дитини [3].

З 1 вересня 2006 року і для України набула чинності Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей, яка на сьогоднішній день застосовується у відносинах між Україною та 55 державами-учасницями.

Головними цілями Конвенції, виходячи з преамбули та її положень, є забезпечення негайного повернення дітей до держав їхнього постійного місця проживання та захист від шкідливих наслідків їх незаконного переміщення до інших держав або незаконного утримування.

Суть Конвенції полягає в тому, що один із батьків (або будь-яка інша особа, якій належать права піклування про дитину) не має права одноосібно приймати рішення про зміну місця проживання дитини та, зокрема, вивозити її в іншу державу. А у випадку виникнення такої ситуації дитина має бути негайно повернута в державу свого постійного проживання для того, щоб компетентний орган саме цієї держави як держави постійного місця проживання дитини прийняв

рішення про визначення місця проживання дитини та участь у її вихованні батьків (інших осіб).

Отже, на підставі положень Конвенції особа або установа, які стверджують, що дитина була вивезена з держави-учасниці або утримується на території іноземної держави з порушенням прав піклування про дитину (далі – заявник), може відповідно до статті 8 Конвенції звернутися з заявою до спеціально призначеного Центрального органу за місцем постійного проживання дитини або будь-якої іншої Договірної держави за допомогою у забезпеченні повернення дитини або реалізації права доступу до дитини, яка постійно проживає в іноземній державі (відповідно до статті 21 Конвенції).

Заявником може бути мати, батько дитини, опікун (піклувальник), інша особа, якій належать права піклування або опіки над дитиною, в тому числі уповноважений на це представник дитячого закладу, наприклад, в якому проживала дитина, позбавлена батьківського піклування.

На практиці у таких справах, як правило, дитину вивозить або відмовляється повернути в державу постійного проживання один із батьків, інколи баба або дід, не погодивши це з іншим з батьків або тією особою, якій також належать права піклування про дитину.

Слід зазначити, що стаття 5 Конвенції визначає як незаконне таке переміщення або утримування дитини, коли при цьому порушуються права піклування про дитину, які належать заявнику, що включають в себе, зокрема, і право визначати місце проживання дитини.

Таким чином, права піклування, про які йдеться у Конвенції, мають дуже вузьке тлумачення, а їх виникнення визначається відповідно до законодавства держави, у якій дитина постійно проживала, рішення суду або компетентного органу, або є наслідком угоди.

Отже, Конвенція чітко визначає, що виникнення правовідносин між дитиною та особами, яким належать права піклування про неї (у першу чергу, як правило, йдеться про батьків), слід пов'язувати з законодавством тієї держави, в якій дитина постійно проживає.

При цьому, зазвичай, тимчасовий чи постійний виїзд дитини за кордон має відбуватися лише за погодженням з іншим з батьків. Тобто, зміна країни проживання дитини вимагає узгодження з іншим з батьків (а у деяких державах, за відсутності іншого з батьків – потрібен дозвіл суду), адже такий переїзд, як правило, спричиняє зміну режиму спілкування дитини з другим з батьків, порядку участі у вихованні дитини, а також зміну звичного соціального, культурного, мовного середовища дитини, тобто впливає на питання, пов'язані з її подальшим життям, розвитком і вихованням.

Водночас, Конвенція містить вичерпний перелік обставин, за наявності яких суд має право відмовити у поверненні дитини до місця постійного проживання. Зокрема, якщо у ході розгляду справи суд виявить, що:

- 1) заявник фактично не здійснював права піклування на момент переміщення або утримування;
- 2) заявник дав згоду на переміщення або утримування, або згодом дав мовчазну згоду на переміщення або утримування;
- 3) існує серйозний ризик того, що повернення поставить дитину під загрозу заподіяння фізичної або психічної шкоди або іншим шляхом створить для дитини нетерпиму обстановку;
- 4) дитина заперечує проти повернення і досягла такого віку і рівня зрілості, при якому слід брати до уваги її думку;
- 5) повернення не допускається основними принципами запитуваної держави в галузі захисту прав людини й основних свобод; або
- 6) з моменту переміщення пройшло більше року і дитина прижилася у новому середовищі.

При цьому обов'язок доведення наявності підстав для відмови у поверненні дитини Конвенція покладає на особу, яка вчиняє протиправне вивезення або утримування дитини.

Кількісна статистика розгляду справ судами іноземних держав щодо міжнародного викрадення дітей на основі Гаазької Конвенції 1980 р. впродовж 2006-2020 рр.: Італія – розглянуто 24 справи, Німеччина – 13, Україна – 9,

Сполучені Штати Америки – 7, Нідерланди – 6, Ізраїль – 6, Кіпр – 5, Чехія – 4 тощо.

3.1. Досвід іноземних держав щодо кваліфікації злочину стосовно викрадення дитини одним із законних батьків

Проаналізувавши зарубіжний досвід стосовно цього питання, можна зробити висновок, що деякі держави у своє законодавство включають злочин «Викрадення дитини одним із батьків». Зокрема, серед таких є США: з 1970 р. такі неправомірні дії на законодавчому рівні визнаються злочином.

У Японії вилучення дитини одним із батьків без згоди іншого з батьків кваліфікується як викрадення. За такі дії суб'єкт злочину повинен нести кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі від 4 місяців до 5 років [9].

У кримінальному законодавстві Франції зазначається: «Викрадення дитини одним із батьків - це ситуація, коли один із батьків утримує дитину, яка повинна бути з іншим із батьків. Те саме стосується і ситуацій, коли один із колишнього подружжя переїжджає зі своєю дитиною, не повідомивши своїх нових координат протягом одного місяця». За такі правопорушення винна особа повинна нести кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі до 4 років або адміністративну відповідальність.

1.3. Рішення ЄСПЛ щодо викрадення дитини одним із законних батьків

Європейський суд з прав людини вже ухвалював рішення щодо ситуації, коли дитину викрадає один з її законних батьків. Такою є справа «Махмудова проти Росії» (№ 61984/17).

Заявниця, Амінат Махмудова (Aminat Makhmudova), є громадянкою Естонії, яка народилася в 1987 році і мешкає в Хаабнееме (Естонія).

Справа стосувалася спроб заявниці домогтися виконання в Російській Федерації наказу про повернення їй дітей. В громадянки Естонії Амінат Махмудової та її чоловіка, громадянина РФ, народилося двоє дітей, які певний час мешкали в обох країнах. Але чоловік без згоди дружини вивіз дітей до Росії і Махмудова відкрила провадження відповідно до Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей.

Між 2010 до 2014 роками в заявниці з її тогочасним чоловіком, А., громадянином Росії, народилися двоє дітей. Діти мали громадянство Росії та Естонії та мешкали в обох державах. В 2016 році А. вивіз дітей без її згоди з Естонії в Дагестан в Росії для того, щоб мешкати там.

9 лютого 2016 року заявниця відкрила провадження за Гаазькою конвенцією від 1980 року про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей в Естонії для повернення дітей. 5 липня 2016 року заявниця розірвала шлюб з А. та отримала опіку над дітьми.

20 січня 2017 року в остаточному рішенні російські суди наказали повернути дітей та здати їх паспорти. Процедура правозастосування розпочалась у березні 2017 року під егідою судових приставів у Дагестані. А. повідомив заявницю, що вона повинна приїхати в Дагестан для того, щоб відбулася передача. Передача не відбулася. В травні 2017 року знову було здійснено спробу виконання рішення. А. уникнув передачі незважаючи на те, що заявниця приїхала в Дагестан.

Заявниця подала запит до Федеральної служби судових приставів для забезпечення виконання рішення незалежною групою. Вона також оскаржила рішення судових приставів в Дагестані стверджуючи про упередженість. В вересні 2017 року примусове виконання було передане до Федеральної служби

судових приставів. В листопаді 2017 року була здійснена третя спроба виконати рішення суду, але від неї відмовились після двох годин, проведених в компанії дітей.

В 2019 році заявниця відкрила провадження для передачі дітей під її опіку незалежно від їх побажань, особливо в світлі відмови А. від співпраці. Ця заява була відхилена. Це відхилення заяви було підтримане по апеляції.

Покладаючись на статтю 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Європейської Конвенції заявниця скаржилася на те, що нездатність органів влади Росії забезпечити повернення її дітей порушила її права.

Тоді А. Махмудова звернулася до Європейського суду з прав людини. Посилаючись на ст. 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, вона скаржилася на те, що нездатність органів влади Росії забезпечити повернення її дітей порушила її права.

Суд у Страсбурзі констатував порушення ст. 8 Конвенції та присудив 12,5 тис. євро відшкодування моральної шкоди.

ВИСНОВОК

Проаналізувавши законодавство України щодо питання викрадення дитини одним із батьків виявлено проблеми та невідповідності. Зокрема, згідно з ч. 2 ст. 146 КК України викрадення малолітньої особи є злочином, за яким його суб'єкт повинен нести кримінальну відповідальність. Однак, такого поняття як «викрадення дитини одним із батьків» взагалі не існує: викрасти може тільки стороння людина, а батьки хіба що забирають дитину до себе. Тобто за вчинене порушення найближчий родич дитини не нестиме ні адміністративної, ні кримінальної відповідальності. На кваліфікацію злочину щодо викрадення дитини не впливає сімейний стан батьків: чи проживають вони у зареєстрованому шлюбі, чи розлучення цих осіб є юридично визнаним – неважливо.

Винятком є лише випадок, коли дитина народилася і виховувалася у формальному (незареєстрованому) шлюбі, а один із подружжя не є рідним батьком чи матір'ю дитини. Якщо процедура усиновлення батьком чи матір'ю не виконана, зміну місця проживання дитини одним із батьків цілком можна розглядати як викрадення, керуючись саме ст. 146 КК України про незаконне позбавлення волі або викрадення людини.

На сьогоднішній день в Україні існують такі важелі впливу на пришвидшення виконання рішення суду: подання заяви на розшук батька та дитини (чоловік буде змушений прийти на засідання суду разом із викраденою дитиною, щоб довести факт того, що з ними все гаразд; на практиці найчастіше саме тоді і вдається вилучити викрадену дитину в одного із батьків); адміністративне покарання за ухилення від виконання рішення суду (якщо той з батьків, з ким незаконно проживає дитина, переховується, переїжджає з місця на місце, державний виконавець може накласти штраф у розмірі 1700 гривень, при повторному невиконанні рішення суду - штраф у розмірі 3400 гривень). Проте жоден із перерахованих важелів не є повністю дієвим, тому потребує доопрацювання.

З огляду на вказані проблеми та невідповідності у законодавстві України щодо кваліфікації злочину викрадення дитини одним із батьків, я пропоную:

1. Виділити в окрему частину в межах ст. 146 КК України новий склад злочину, який повинен стосуватися викрадення дитини одним із батьків.
2. Посилити кримінальну відповідальність за невиконання судових рішень щодо батьківської відповідальності.
3. Прийняти закон, який дозволить батькам при розлученні підписувати нотаріально засвідчений договір, який визначатиме, з ким дитина буде проживати, як і коли буде бачитись з іншим із батьків. Такі домовленості можуть відбуватися і через медіаторів (посередників). Для того, щоб такий договір був ефективним, потрібно встановлювати невідворотну відповідальність за його недотримання.
4. У випадку неспроможності самостійного вирішення батьками місця проживання дитини, суду доцільно одночасно вирішувати усі питання батьківської відповідальності, а саме: визначення місця проживання та встановлення графіку спілкування дитини з кожним із батьків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Валуєва Н. О., Кравчук М. О., Полякова К. А. *Питання врахування думки дитини під час вирішення питань, що стосуються її життя*. Вісник АМСУ. Серія: «Право». 2015. № 1 (14). С. 91–94.
2. Декларація прав дитини Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384#Text (дата звернення: 19.01.2020 р.)
3. Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 29.04.2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_188#Text (дата звернення: 19.01.2020 р.)
4. Кримінальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 30.12.2020 р./ відп. за вип. А. В. Паливода. Київ: ПАЛИВОДА, 2019. 264 с. (дата звернення: 19.01.2020 р.)
5. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. Щодо приєднання до Конвенції із заявами див: Закон № 525-VIII. 17.06.2015.

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення: 19.01.2020 р.)

6. Постанова Кабінету Міністрів України «Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини» від 24 вересня 2008 р. № 866. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/162001537> (дата звернення: 19.01.2020 р.)

7. Сімейний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 02.12.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 19.01.2020 р.)

8. Проєкт Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення місця проживання дитини в безспірному порядку» № 4154 від 25.09.2020 р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/bills/proekt-zakonu-pro-vnesennya-zmin-do-deyakikh-zakonodavchikh-aktiv-ukraini-shchodo-viznachennya-mistsya-prozhivannya-ditini-v-bezspirnomu-poryadku> (дата звернення: 19.01.2020 р.)

9. Kohm L. M. Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence. *Journal of Law and Family Studies*. 2008. Vol. 10, Issue 2. P. 40.