

ИЗБРАННЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА



Дело «Нойлингер и Шурук (Neulinger and Shuruk) против Швейцарии»¹

(Жалоба № 41615/07)

ПОСТАНОВЛЕНИЕ²

г. Страсбург, 6 июля 2010 г.

По делу «Нойлингер и Шурук против Швейцарии» Европейский Суд по правам человека, рассматривая дело Большой Палатой в составе:

Жан-Поля Коста, *Председателя Большой Палаты Суда*,

сэра Николаса Братцы,

Пера Лоренцена,

Франсуазы Тюлькенс,

Жозепа Касадевала,

Иренеу Кабрал Баррету,

Корнелиу Бырсана,

Боштъяна М. Зупанчича,

Элизабет Фура,

Эгберта Мийера,

Дануте Йочиене,

Изабель Берро-Лефевр,

Паиви Хирвеля,

Джорджо Малинверни,

Андраша Шайо,

Ноны Цоцория,

Здравки Калайджиевой, *судей*,

а также при участии Венсана Берже, *юрисконсульта Европейского Суда*,

рассмотрев дело в закрытых заседаниях 7 октября 2009 г. и 2 июня 2010 г.,

вынес в последний указанный день следующее Постановление:

ПРОЦЕДУРА

1. Дело было инициировано жалобой № 41615/07, поданной против Швейцарской Кон-

федерации в Европейский Суд по правам человека (далее – Европейский Суд) в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) двумя гражданами Швейцарии: Изабель Нойлингер (Isabelle Neulinger) и ее сыном Ноамом Шуруком (Noam Shuruk) (далее – заявители), – 26 сентября 2007 г. Заявительница также является подданной Бельгии, а заявитель – гражданином Израиля.

2. Интересы заявителей представлял адвокат Лестурно (Lestourneaud), практикующий в г. Тонон-ле-Бен (Thonon-les-Bains) (Франция). Власти Швейцарии были представлены Уполномоченная Швейцарии при Европейском Суде по правам человека Ф. Шюрманном (F. Schürmann), сотрудником Федерального управления юстиции Швейцарии.

3. Заявители утверждали, в частности, что, приняв решение о возвращении Ноама Шурука в Израиль, Федеральный суд нарушил их право на уважение семейной жизни, гарантированное статьей 8 Конвенции, взятой самостоятельно и во взаимосвязи со статьями 3 и 9 Конвенции. Заявители также жаловались на нарушение статьи 6 Конвенции, утверждая, что Федеральный суд, слишком ограничительно истолковав исключения из обязательства властей Швейцарии предписать возвращение заявителя, не учел его наилучшие интересы.

4. Жалоба была передана в Первую Секцию Европейского Суда (пункт 1 правила 52 Регламента Европейского Суда). В составе этой Секции на основании пункта 1 правила 26 Регламента Европейского Суда была образована Палата для рассмотрения настоящего дела (пункт 1 статьи 27 Конвенции).

5. 27 сентября 2007 г. Председатель Палаты Европейского Суда решил указать властям Швейцарии, в соответствии с правилом 39 Регламента Европейского Суда, что в интересах сторон и надлежащего проведения судебного разбирательства в Европейском Суде желательно не приводить в исполнение решение о возвращении Ноама Шурука.

6. 22 ноября 2007 г. Европейский Суд решил коммуницировать властям государства-ответчика жалобу в части, касающейся статьи 8 Конвенции. Суд, кроме того, решил, что вопросы приемлемости и существа жалобы будут рассмотрены одновременно (пункт 3 статьи 29 Конвенции). Суд также решил на основании правила 41 своего Регламента рассмотреть дело в приоритетном порядке.

7. Поскольку Палата Европейского Суда после проведения консультаций со сторонами приняла решение об отсутствии необходимости в проведении публичного слушания по существу дела

¹ Перевод с французского ООО «Развитие правовых систем».

² Настоящее Постановление вступило в силу 6 июня 2010 г. в соответствии с положениями пункта 1 статьи 44 Конвенции (примеч. редактора).

(пункт 3 правила 59 Регламента Европейского Суда *in fine*), каждая из сторон представила письменные комментарии к замечаниям другой стороны.

8. 14 февраля 2008 г. были получены замечания отца заявителя Шая Шурука (Shai Shuruk), который был допущен в дело в качестве третьей стороны на основании пункта 2 правила 44 Регламента Европейского Суда.

9. 8 января 2009 г. Палата Европейского Суда в составе: Христоса Розакиса (Председателя Палаты Суда), Анатолия Ковлера, Элизабет Штайнер, Дина Шпильманна, Сверре-Эрика Йебенса, Джорджо Малинверни и Георге Николау, судей, а также при участии Сёрена Нильсена, Секретаря Секции Европейского Суда, – вынесла Постановление по настоящему делу. Палата Европейского Суда единогласно объявила жалобу на нарушение статьи 8 Конвенции приемлемой для рассмотрения по существу, а оставшуюся часть жалобы – неприемлемой. Четырьмя голосами «за» при и трех «против» Палата Европейского Суда постановила, что по делу властями Швейцарии не было допущено нарушения статьи 8 Конвенции. К Постановлению были приобщены особые мнения судей Ковлера, Штайнер и Шпильманна.

10. 31 марта 2009 г. заявители обратились с ходатайством о пересмотре дела в Большой Палате Европейского Суда в соответствии со статьей 43 Конвенции и правилом 73 Регламента Европейского Суда. 5 июня 2009 г. коллегия судей Большой Палаты Европейского Суда удовлетворила это ходатайство. Кроме того, коллегия судей Большой Палаты Европейского Суда подтвердила применение обеспечительных мер, введенных в соответствии с правилом 39 Регламента Европейского Суда.

11. Состав Большой Палаты Европейского Суда был определен в соответствии с положениями пунктов 2 и 3 статьи 27 Конвенции и правила 24 Регламента Европейского Суда.

12. Заявители и власти Швейцарии представили в Европейский Суд письменные замечания по существу дела.

13. Письменные замечания были также получены от Ш. Шурука. Однако, поскольку замечания не соответствовали условиям, предусмотренным пунктами 2 и 4 правила 44 Регламента Европейского Суда, взятым во взаимосвязи с пунктом 2 статьи 36 Конвенции, они не были приобщены к материалам дела.

14. Слушание по делу было проведено во Дворце прав человека в г. Страсбурге 7 октября 2009 г. (пункт 3 правила 59 Регламента Европейского Суда).

В Европейский Суд явились:

– со стороны властей Швейцарии:

Ф. Шюрманн, начальник отдела европейского права и международной защиты прав человека

Федерального управления юстиции Швейцарии, Уполномоченный Швейцарии при Европейском Суде по правам человека,

Д. Урвилер (D. Urwyler), заместитель начальника отдела международного частного права Федерального управления юстиции Швейцарии, консультант,

К. Эрих (C. Ehrich), научный сотрудник отдела европейского права и международной защиты прав человека Федерального управления юстиции Швейцарии, советник;

– со стороны заявителей:

А. Лестурно (A. Lestourneaud), адвокат,

П. Лестурно (P. Lestourneaud), адвокат,

М.-Э. Фавр (M.-E. Favre),

И. Зандер (Y. Zander), консультанты,

М. Маркес-Лестурно (M. Marquez-Lestourneaud), советник.

Заявительница также присутствовала на слушании.

Европейский Суд заслушал выступления адвокатов А. Лестурно, П. Лестурно, М.-Э. Фавра и И. Зандера, а также выступление Ф. Шюрманна. Европейский Суд также заслушал ответы представителей сторон на вопросы судей.

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

15. Заявители родились соответственно в 1959 и 2003 годах и проживают в г. Лозанне (Lausanne) (кантон Во (Vaud)).

16. Обстоятельства дела в том виде, в котором они были представлены сторонами, могут быть кратко изложены следующим образом.

17. Заявительница, утверждавшая, что исповедует иудаизм, в 1999 году приняла решение обосноваться в Израиле. Там она познакомилась с гражданином Израиля, также исповедующим иудаизм. Они заключили брак 23 октября 2001 г. в Израиле, а 10 июня 2003 г. в г. Тель-Авиве у них родился сын – Ноам, являющийся гражданином Израиля и Швейцарии.

18. По утверждению заявителей, осенью 2003 года отец ребенка присоединился к иудейскому движению «Любавич» («Lubavitch»), которое они описали как ультраортодоксальное, радикальное и занимающееся настойчивым прозелитизмом.

19. В дальнейшем возникли семейные разногласия, и заявительница, опасаясь, что ее муж вывезет их сына в общину «Хабад-Любавич»¹ («Chabad-Lubavitch») за границу для религиозной индок-

¹ Иудейское религиозное движение, также называемое любавичским хасидизмом. Крупный религиозный центр хасидизма находился в деревне Любавичи Смоленской области Российской Федерации (примеч. переводчика).

тринации, обратилась в суд по семейным делам Тель-Авивского округа с ходатайством о вынесении постановления *ne eheat*, препятствующего вывозу Ноама из Израиля. 20 июня 2004 г. суд вынес постановление *ne eheat* до достижения ребенком совершеннолетия, то есть до 10 июня 2021 г., если запрет не будет отменен судом.

20. Определением об обеспечительных мерах от 27 июня 2004 г. этот же суд определил место проживания ребенка с его матерью (*temporary custody*) и потребовал от социальных служб г. Тель-Авива подготовить срочный доклад об уровне жизни. Родительские права (*guardianship*) должны были осуществляться обоими родителями совместно.

21. Решением от 17 ноября 2004 г. суд в соответствии с рекомендациями социального работника подтвердил место проживания ребенка с его матерью и предоставил отцу право навещать ребенка.

22. 10 января 2005 г. социальные службы Израиля были вынуждены вмешаться. Они написали родителям в интересах ребенка жить отдельно. В письме, направленном родителям, было указано:

«1. Мы полагаем, что сохранение совместного жилья и проживание, продолжаемое вами под одной крышей, не отвечает интересам ребенка, и это мягко сказано. Нам представляется, что атмосфера постоянных упреков и оскорблений со стороны Шая в отношении Изабель вызывает у нее постоянный стресс, который может неблагоприятно сказаться на осуществлении ею роли матери, и всё это тогда, когда она столкнулась с необходимостью найти работу, чтобы обеспечить себя средствами к существованию и платить за квартиру. Следует отметить, что Шай не платит ни алименты, взысканные судом, ни аренду квартиры.

Нам показалось, что некоторые из упреков Шая доходят до абсурда. Так, он счел, что болезнь ребенка, так же как и инфекционный мононуклеоз и приступ эпилепсии, которые он перенес, произошли по вине матери. Он настаивает на том, что Изабель «не является хорошей матерью»; он не принимает тот факт, что ребенок посещает детский сад, и утверждает, что медицинские справки являются недостаточными. Мы рекомендуем Шаю поговорить с врачами, которые занимаются лечением ребенка.

Хотя его содержит Изабель, Шай требует, чтобы домашняя пища строго удовлетворяла иудейским законам питания, соответствовала тому или иному пищевому предписанию...

Не вызывает сомнений, что раздельное проживание решило бы часть этих проблем.

Нам представляется, что Шай создает в доме враждебную обстановку, атмосферу словесной агрессии и угроз, которая терроризирует мать.

С учетом вышеизложенного мы можем лишь отметить, что мать подвергается психическому преследованию, а сохранение совместного проживания причиняет вред ребенку.

2. В соответствии с полномочиями, предоставленными нам статьями 19 и 68 закона «О правоспособности», мы вновь предупреждаем Шая, предписывая ему не брать своего ребенка с собой для практикования религиозного прозелитизма в общественных местах, где он призывает прохожих надевать на себя тфилин¹ и собирает пожертвования.

Кроме того, отцу предлагается не брать ребенка с собой на целый день в синагогу.

Мы хотели бы подчеркнуть, что положения, касающиеся посещения ребенка, направлены на объединение отца и ребенка, а также на их совместную деятельность и не преследуют других целей».

23. В тот же день заявительница обратилась в полицию с жалобой о том, что ее муж напал на нее.

24. Приказом от 12 января 2005 г. судья суда по семейным делам Тель-Авивского округа в ответ на срочное ходатайство, поданное заявительницей в тот же день, запретил отцу входить в детский сад, где обучался ребенок, или в квартиру заявительницы, беспокоить или преследовать заявительницу каким бы то ни было образом, а также носить или хранить оружие. Ограничения также были введены в отношении права доступа отца, которому отныне было разрешено видеть ребенка только два раза в неделю под наблюдением социальных служб в контактном центре г. Тель-Авива.

25. Брак супругов был расторгнут 10 февраля 2005 г. без изменения распределения родительских прав.

26. Поскольку отец ребенка не уплатил алименты в пользу заявительницы, 20 марта 2005 г. был выдан ордер на его арест.

27. Решением от 27 марта 2005 г. судья суда по семейным делам Тель-Авивского округа отклонил ходатайство заявительницы об отмене постановления *ne eheat* о запрете перемещения заявителю из Израиля. Судья, в частности, счел серьезным риск того, что мать не вернется в Израиль с ребенком после своей поездки к семье за границу, учитывая, что она не имела связей с этой страной.

28. 24 июня 2005 г. заявительница тайно покинула Израиль вместе с заявителем и вылетела в Швейцарию.

29. 27 июня 2005 г. отец Ноама обратился в Центральный орган Израиля. Центральный орган Израиля не мог установить местонахождение ребенка до 21 мая 2006 г., когда отделение Интерпола в г. Иерусалиме направило ему справку отделения Интерпола г. Берна о том, что заявительница находится в Швейцарии.

30. 22 мая 2006 г. Министерство юстиции Израиля обратилось в Федеральное управление юстиции Швейцарии с заявлением о возвращении

¹ Тфилин или филиakterии – элемент молитвенного облачения в иудаизме, пара коробочек из выкрашенной черной краской кожи кошерных животных, содержащих отрывки из Торы и повязываемых на лоб и руку (примеч. переводчика).

ребенка в соответствии с Гаагской конвенцией от 25 октября 1980 г. «О гражданско-правовых аспектах международного похищения детей» (далее – Гаагская конвенция; см. ниже § 57). В обоснование своего заявления Министерство юстиции Израиля указало, в частности, что отделение Интерпола г. Берна только накануне уведомило их о том, что Ноам и его мать проживают в г. Лозанне и что мать ходатайствовала о продлении срока действия своего швейцарского паспорта.

31. В решении от 30 мая 2006 г., вынесенном по заявлению отца ребенка, суд по семейным делам Тель-Авивского округа отметил, что ребенок постоянно проживал в г. Тель-Авиве и что 24 июня 2005 г., то есть на день отъезда заявителей, родители совместно осуществляли родительские права в отношении их сына: место проживания ребенка временно было определено с матерью, а отец пользовался правом общения с ребенком. Суд пришел к выводу, что перемещение ребенка за пределы территории Израиля без согласия отца представляло собой незаконное деяние по смыслу статьи 3 Гаагской конвенции.

32. 8 июня 2006 г. отец ребенка обратился с заявлением к мировому судье округа Лозанна с целью получения постановления о возвращении его сына в Израиль. Он требовал, в частности, в качестве крайне срочных мер, чтобы Паспортному отделу коммуны Лозанны было предписано изъять швейцарские паспорта заявителей.

33. 12 июня 2006 г. мировой судья вынес постановление об удовлетворении заявления отца Ноама о принятии крайне срочных мер.

34. Рассмотрев направленное отцом ребенка 27 июня 2006 г. по факсу новое заявление о принятии крайне срочных мер, мировой судья постановлением об обеспечительных мерах, вынесенным в тот же день, предписал заявительнице незамедлительно передать секретариату мирового судьи свой паспорт и паспорт Ноама во избежание уголовного наказания за неподчинение решению органа власти.

35. Заявительница при содействии адвоката и представитель отца, представлявший интересы своего клиента, который был освобожден от личного присутствия, были заслушаны мировым судьей 18 июля 2006 г.

36. Решением от 29 августа 2006 г., вынесенным после слушания, мировой судья округа Лозанна оставил заявление отца без удовлетворения. Мировой судья счел, что перемещение ребенка действительно являлось незаконным по смыслу статьи 3 Гаагской конвенции, но следовало применить пункта «b» абзаца первого статьи 13 указанной конвенции, поскольку имелся очень серьезный риск того, что возвращение ребенка создаст угрозу причинения ему физического или психологического вреда или иным образом поставит его в невыносимые условия.

37. 25 сентября 2006 г. отец обжаловал решение в коллегия по делам опеки (chambre des tutelles) кантонального суда кантона Во, которая назначила экспертизу и поручила ее проведение доктору Б. – педиатру и детскому психиатру. 16 апреля 2007 г. доктор В. дал заключение, в котором указал, что возвращение ребенка с матерью в Израиль создаст угрозу причинения ему психологического вреда, интенсивность которого не может быть оценена без информации об условиях этого возвращения, в частности, условий, ожидающих мать, и их возможных последствий для ребенка; возвращение ребенка без его матери создаст угрозу причинения ему серьезного психологического вреда; сохранение существующей ситуации также будет представлять для ребенка серьезный психологический вред в будущем.

38. 30 ноября 2006 г. компетентный суд г. Тель-Авива прекратил производство по заявлению о привлечении к уголовной ответственности за домашнее насилие, поданному второй супругой¹ отца Ноама, и она покинула страну.

39. В ходе процедуры по возвращению ребенка Центральный орган Израиля письмом от 12 марта 2007 г. представил властям Швейцарии следующие замечания:

«Мы подтверждаем получение вашего письма от 7 февраля 2007 г. Мы хотели бы следующим образом ответить на вопросы, поставленные в этом письме:

Г-н Шурук утверждает, что в случае, если мать откажется вернуться в Израиль, он будет заниматься ребенком. В настоящее время он делит квартиру с соседом, но утверждает, что, если ребенок будет возвращен в Израиль, он сразу же снимет квартиру, чтобы проживать в ней с ребенком. В настоящее время он работает и учится в религиозном учебном заведении с 9–00 до 15–00 часов. В эти часы ребенок будет находиться в детском учреждении/детском саду. Г-н Шурук отмечает, что до похищения в Швейцарию ребенок находился в детском учреждении, так как мать работала. Г-н Шурук указывает, что его родственники окажут поддержку, если ему время от времени будет нужна помощь.

Апелляционный суд Швейцарии выразил озабоченность тем, каким образом г-н Шурук может заниматься ребенком при том, что его право доступа было ограничено. Как мы уже заявляли в нашем письме в ваш адрес от 28 сентября 2006 г., необходимо помнить, что согласно отчету социального работника Израиля у отца и ребенка прекрасные отношения. Предполагалось расширить посещение ребенка, добавив возможность совместной ночевки, но этот проект был прерван в связи с похищением ребенка его матерью. Если мать откажется вернуться в Израиль вместе с ребенком, она фактически согласится с тем, что ребенок фактически должен проживать с отцом, и г-н Шурук сможет обратиться в израильский суд для получения решения, отражающего новую реальность.

¹ Так в тексте (примеч. переводчика).

Вы также спрашивали о том, какие меры могли бы быть приняты для защиты матери в случае ее возвращения, учитывая ее утверждения о насилии со стороны г-на Шурука. Г-н Шурук отвергает все эти утверждения. Кроме того, мы направляем вам в приложении копию решения суда первой инстанции г. Тель-Авива от 30 ноября 2006 г. с переводом на английский язык. Это решение касалось предъявления г-ну Шуруку обвинения в связи с утверждениями его второй супруги о нападениях с его стороны. Как вы сможете увидеть, заявительница, по всей видимости, покинула Израиль, и ее местонахождение не может быть установлено, в связи с чем суд отменил обвинение в отношении г-на Шурука.

Как бы то ни было, мы хотели бы обратить Ваше внимание на закон, который обеспечивает в Израиле защиту в случае утверждений о семейном насилии. Это закон 1991 года «О предупреждении семейного насилия». Направляем вам в приложении перевод этого закона на английский язык, а также неофициальный перевод на французский язык. Статья 2 предусматривает возможность вынесения приказа о защите. Поэтому, если мать имеет какие-либо опасения за свою безопасность, она может обратиться в суд в Израиле и ходатайствовать о любой необходимой защите. Ее утверждения не могут служить основанием для отказа швейцарского суда в возвращении ребенка в Израиль.

Вы уведомили нас о том, что суд назначил ребенку психологическое обследование. Мы должны выразить нашу обеспокоенность по данному поводу. Это обследование не было назначено нижестоящим судом, в связи с чем мы хотели бы знать, почему оно было назначено на этой поздней стадии. Следует помнить, что ребенок был похищен матерью в июне 2005 года. Ребенок не видел своего отца около двух лет. На протяжении всего этого времени он был подвергнут исключительно влиянию матери. Поэтому мы задаемся вопросом, что может дать проведение психологического обследования ребенка. Необходимо иметь в виду, что производство касается применения Гаагской конвенции, а не определения родителя, с которым будет проживать ребенок. Создается впечатление, что мать пытается доказать, что ребенку будет причинен психологический вред при разлуке с ней, если он вернется в Израиль. Однако этого можно избежать, если мать будет действовать в наилучших интересах ребенка и вернется вместе с ним. Как мы уже заявляли в нашем письме от 28 сентября 2006 г., представляется, что мать не имеет каких-либо обоснованных причин в соответствии с Гаагской конвенцией, которые мешали бы ей вернуться....».

40. В письме от 30 апреля 2007 г., адресованном адвокату отца Ноама, Центральный орган Израиля сформулировал следующие замечания относительно того, подвергнется ли заявительница уголовному преследованию или заключению под стражу в случае возвращения в Израиль:

«...Вы просили проинформировать Вас о правовых последствиях, с которыми столкнулась бы мать, Изабель Нойлингер, если бы вернулась в Израиль с ребенком, в связи с похищением ребенка.

Что касается последствий похищения с точки зрения уголовного права, похищение является пре-

ступлением в соответствии с Уголовным кодексом Израиля 1977 года, наказуемым вплоть до лишения свободы. Тем не менее, в соответствии с разъяснениями Генерального прокурора Израиля, при получении заявления о похищении ребенка родителем полиция должна передать вопрос в Центральный орган, в соответствии с Гаагской конвенцией, для получения инструкций относительно дальнейших действий. Разъяснения Генерального прокурора предусматривают, что уголовное преследование должно осуществляться только в самых исключительных обстоятельствах. В случае г-жи Нойлингер, если она исполнит решение о возвращении ребенка в Израиль, не скроется с ребенком по прибытии в Израиль, будет сотрудничать с органами власти Израиля и исполнит судебное решение, предусматривающее право г-на Шурука навещать ребенка под наблюдением (до принятия любого последующего решения), Центральный орган Израиля позитивно рассмотрит возможность предписать полиции Израиля прекратить производство по уголовному делу в связи с отсутствием общественного интереса, при условии, что г-жа Нойлингер не совершит новых актов похищения ребенка.

Что касается гражданско-правовых последствий, можем сообщить Вам, что как в судах Израиля по гражданским делам, так и в раввинатских судах¹ в вопросах опеки и права доступа единственным соображением являются наилучшие интересы ребенка....».

41. Постановлением от 22 мая 2007 г. коллегия по делам опеки кантонального суда кантона Во оставила жалобу отца без удовлетворения. Проведя дополнительное выяснение фактов и основываясь на заключении эксперта, доктора Б., от 16 апреля 2007 г., коллегия по делам опеки сочла, что возвращение ребенка будет сопряжено с очень серьезным риском не только подвергнуть его угрозе причинения психологического вреда, независимо от того, будет ли ребенок в сопровождении своей матери или нет, но также поставить его в невыносимые условия. Поэтому коллегия по делам опеки сочла, что условия подпункта «b» абзаца первого статьи 13 Гаагской конвенции² были соблюдены. Полагая, тем не менее, что ребенок не может быть лишен отношений со своим отцом, палата по делам опеки предписала принятие мер, направленных на восстановление личных отношений между ними. Постановление коллегии по делам опеки гласило:

«4. d) (...) В ответ на заданные ему вопросы эксперт Б... указывает в своих выводах, что возвращение Ноама в Израиль со своей матерью создаст угрозу причинения ему психологического вреда, интенсивность которой не может быть оценена без знания условий этого возвращения, в част-

¹ В Израиле действует система религиозных судов, к компетенции которых отнесены дела, связанные с рассмотрением вопросов личного статуса граждан (браки, разводы, алименты, опекунов, усыновление и т.п.); раввинатские суды отправляют правосудие на основе Талмуда (примеч. переводчика).

² Здесь и далее – Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (Гаага, 25 октября 1980 г.) (примеч. переводчика).

ности, условий, которые будут предусмотрены для его матери, и их возможных последствий для ребенка; что касается возвращения ребенка в Израиль без его матери, [эксперт] полагает, что это создаст угрозу причинения ему серьезного психологического вреда, подробно описанную в заключении. Однако в разделе “обсуждение” своего заключения эксперт подчеркивает, что ситуация Ноама представляется в настоящее время совершенно заблокированной. С одной стороны, учитывая его юный возраст и полное отсутствие воспоминаний о его первых годах в Израиле, в том числе, о его отце, любой визит в эту страну без его матери, даже краткий и даже если это позволяет правовая ситуация, будет представлять собой серьезную психологическую травму, способную спровоцировать мощный страх разлуки и сопровождающуюся серьезной угрозой тяжелой депрессии. С другой стороны, возможность даже кратковременного возвращения его матери в Израиль вместе с Ноамом полностью исключена матерью. На вопрос о том, имеется ли риск того, что возвращение Ноама в Израиль поставит ребенка в невыносимые условия, эксперт ответил, что “несомненно” именно условия возможного возвращения ребенка в Израиль могут сделать или не сделать ситуацию для него невыносимой. Эксперт отметил, что подобным же образом именно условия его дальнейшего проживания ребенка в Швейцарии сделают ситуацию для него невыносимой или нет, а сохранение существующей в настоящей момент ситуации представляет для ребенка серьезный психологический риск в будущем, вследствие чего в отсутствие согласия между его родителями крайне необходимо достичь соглашения между службами защиты детей государств проживания родителей, чтобы компенсировать их бездействие.

В соответствии с абзацем третьим статьи 13 Гаагской конвенции этот суд также потребовал от Центрального органа Израиля информацию о социальном положении ребенка путем ответа на следующие вопросы: “В случае, если мать, как она объявила, не вернется в Израиль, кто будет заниматься ребенком и где ребенок будет проживать? Поскольку похоже, что отец не занимается приносящей доход деятельностью, кто будет обеспечивать содержание ребенка? Поскольку право доступа было ограничено судебными решениями, какие меры будут приняты, чтобы осуществление этого права не поставило под угрозу физическое и психологическое благополучие ребенка?”. В своем письме от 12 марта 2007 г. Центральный орган Израиля на самом деле не ответил на заданные ему вопросы, что не позволяет считать разрешенным вопрос об интересах ребенка. Центральный орган Израиля всего лишь упомянул намерения подателя жалобы в отношении своего сына в случае, если сын вернется в Израиль без своей матери, в следующих выражениях: “Если мать Ноама откажется вернуться в Израиль, отец ребенка позаботится о нем. В настоящее время он делит квартиру с соседом, но в случае возвращения ребенка он незамедлительно побеспокоится о том, чтобы снять квартиру, где он сможет жить вместе с ребенком. Сейчас он работает и учится в религиозном учебном заведении с 9–00 до 15–00 часов. В эти часы ребенок мог бы посещать детский сад /детское учреждение. В связи с этим отец отмечает, что до похищения ребенок посещал ясли, пока его мать работала. Шай Шурук также указыва-

ет, что его родственники окажут ему поддержку, если ему время от времени понадобится помощь”. Что касается вопроса о том, каким образом Шай Шурук мог бы заниматься ребенком, учитывая, что он обладает только ограниченным правом доступа, Центральный орган Израиля подчеркнул, что “как им уже было указано в своем заключении от 28 сентября 2006 г., согласно отчету социального работника Израиля у отца и ребенка были прекрасные отношения. Было предусмотрено расширить его право навещать ребенка, добавив возможность совместной ночевки, чего сделать не удалось из-за похищения ребенка его матерью”. Центральный орган Израиля пришел к выводу, что “если бы мать отказалась вернуться в Израиль вместе с ребенком, это означало бы ее согласие с тем, что ребенок *de facto* должен проживать с его отцом, и Шай Шурук мог бы обратиться в израильские суды для вынесения решения, отражающего эту новую ситуацию”.

Следует отметить, что как выводы заключения психиатрической экспертизы ребенка, так и сведения, представленные Центральным органом Израиля, свидетельствуют против возвращения Ноама в Израиль. Такое возвращение сопряжено не только с очень серьезным риском подвергнуть его угрозе причинения психологического вреда независимо от того, будет ли ребенок в сопровождении своей матери или нет, но также снова поставить его в невыносимые условия. С одной стороны, эксперт-психиатр отмечает, что, если ребенок вернется в Израиль вместе со своей матерью, он рискует подвергнуться угрозе причинения ему психологического вреда, интенсивность которого не может быть оценена без знания условий этого возможного возвращения. В связи с этим коллегия по делам опеки придерживается мнения, что, поскольку перемещение ребенка в Израиль сопряжено, даже если его мать сопровождает его, с риском подвергнуть его угрозе причинения психологического вреда и поскольку в отличие от “классической схемы”, предусмотренной [Гаагской конвенцией], место проживания ребенка определено с ответчицей, нельзя разумно требовать от нее вернуться в Израиль. К этому добавляется то, что возвращение матери в Израиль также нанесет ущерб экономической безопасности ребенка, поскольку обьет его мать найти работу на месте, чтобы обеспечивать не только свои собственные потребности, но и потребности своего сына. Факт того, что податель жалобы никогда не содержал своего ребенка и известен тем, что зарабатывает лишь 300 [швейцарских] франков в месяц, не может быть проигнорирован при учете интересов ребенка в этом контексте. Наконец, необходимо иметь в виду, что требование о возвращении матери несоразмерно основанию для возвращения: действительно, целью Гаагской конвенции является возвращение ребенка в правовое положение, в котором он находился до своего перемещения. Однако настоящее возвращение требуется для того, чтобы позволить подателю жалобы реализовать свое право на личные отношения – право, в отношении которого установлено, что до отъезда ребенка оно осуществлялось под наблюдением социальных служб в форме двухдвухчасовых еженедельных встреч. Возложение на мать обязанности переселиться в другую страну, чтобы обеспечить осуществление столь ограниченного права доступа, тогда как возвращение ребенка

безусловно сопряжено с риском серьезного психологического ущерба, учитывая обстановку незащищенности, в которой будет осуществляться возвращение, представляет собой невыносимые для ребенка условия по смыслу подпункта «b» первой статьи 13 Гаагской конвенции.

Что касается возвращения Ноама в Израиль без своей матери, эксперт полагает, что оно создаст угрозу причинения ему серьезной психологической травмы, способной спровоцировать сильную тревожность в связи с разлукой и сопровождающейся серьезной угрозой тяжелой депрессии, что объясняется его юным возрастом и полным отсутствием воспоминаний о его первых годах в Израиле, в том числе, о его отце. Этого фактора достаточно, чтобы считать, что условие пункта «b» статьи 13 выполнено. К этому следует добавить, что предоставленные Центральным органом Израиля сведения об изменении, предусмотренных на случай возвращения ребенка без своей матери, вызывают, по меньшей мере, озабоченность: хотя податель жалобы юридически располагает только очень ограниченным и контролируемым правом доступа, предусматривается, согласно представленной Центральным органом Израиля информации, что податель жалобы возьмет своего сына к себе (впрочем, в отсутствие каких-либо гарантий того, что у него к тому времени будет отдельная квартира), и, таким образом, место проживания ребенка *de facto* будет определено с его отцом. В связи с этим Центральный орган Израиля утверждает, что, отказываясь вернуться вместе со своим сыном в Израиль, ответчица косвенно согласна с этим изменением ситуации, что представляет собой новое положение вещей, которое податель жалобы утвердил бы затем в судебных органах Израиля. Это не соответствует цели, преследуемой Гаагской конвенцией, которая предусматривает незамедлительное возвращение незаконно перемещенного ребенка, чтобы вернуть его в ранее существовавшее положение. Такое возвращение поэтому не может быть предписано на основании Гаагской конвенции, и следует подчеркнуть следующее: не вызывает сомнений, что возвращение Ноама в Израиль в подобных условиях наверняка подвергнет его серьезно психологическому риску, обусловленному не только тем, что он будет внезапно разлучен со своей матерью, хотя она являлась для него основным родителем с самого рождения и была единственной, кто обеспечивал его содержание, но и тем, что он так же внезапно встретится с отцом, о существовании которого он только что узнал. С учетом вышеизложенного жалоба в этой части должна быть оставлена без удовлетворения.

...

5. ...В настоящем деле из материалов следует, что Ноам Шурук проживает со своей матерью, которая осуществляет над ним опеку в течение как минимум одного года в г. Лозанне. Таким образом, мировой суд округа Лозанна обладал компетенцией *rationae loci* и *rationae materiae* для принятия оспариваемой защитной меры. По существу дела достаточно отметить, что, поскольку ребенок не сохранил воспоминаний о своем отце в связи с процессом физиологической амнезии, обусловленным его очень юным возрастом, имеются веские основания для его защиты от внезап-

ной встречи, так как благополучие ребенка требует, чтобы возобновление личных отношений с его отцом осуществлялось мягко и постепенно, после его надлежащей подготовки к этой новой ситуации, как следует из убедительных соображений эксперта по этому вопросу. Основание жалобы является, таким образом, необоснованным и должно быть отклонено...»/

42. Отец обратился в Федеральный суд Швейцарии с апелляционной жалобой в порядке гражданского судопроизводства с целью отмены постановления кантонального суда и возвращения ребенка в Израиль. Он жаловался на неправильное применение прежде всего подпункта «b» абзаца первого статьи 13 Гаагской конвенции и дополнительно статьи 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о правах ребенка¹.

43. Решением от 27 июня 2007 г. председатель соответствующей коллегии Федерального суда Швейцарии удовлетворил ходатайство отца о приостановлении исполнения постановления кантонального суда.

44. Постановлением от 16 августа 2007 г., доведенным до сведения адвоката заявительницы 21 сентября 2007 г., Федеральный суд Швейцарии удовлетворил апелляционную жалобу отца. Соответствующие части этого постановления гласят:

«3. Целью Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей является обеспечение незамедлительного возвращения детей, незаконно перемещенных в любое из Договаривающихся Государств либо удерживаемых в любом из Договаривающихся государств (пункт «a» статьи 1). Рассматриваются как незаконные перемещение или удержание ребенка, если они осуществляются с нарушением прав опеки, которыми было наделено какое-либо лицо, совместно или индивидуально, в соответствии с законодательством государства, в котором ребенок постоянно проживал до его перемещения или удержания (пункт «a» статьи 3). «Права опеки» включают права, относящиеся к заботе о личности ребенка, и, в частности, право определять место жительства ребенка (пункт «a» статьи 5). В настоящем деле не оспаривается факт того, что перемещение ребенка в Швейцарию является незаконным, поскольку отец совместно с ответчицей осуществлял родительские права [*guardianship*], которые включают в соответствии с законодательством Израиля право определять место жительства ребенка. Кроме того, поскольку заявление о возвращении ребенка было подано в течение одного года со дня перемещения, сторона ответчика не может отрицать, что в принципе, согласно статье 12 Гаагской конвенции, следовало бы предписать немедленное возвращение ребенка. Единственный спорный вопрос заключается, таким образом, в том, может ли быть сделано исключение из требования возвращения ребенка в соответствии с пунктом «b» абзаца первого статьи 13 Гаагской конвенции.

¹ Принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 г. № 44/25 (примеч. переводчика).

4. По утверждению апелланта, отказав в предписании возвратить ребенка в Израиль, кантональные судьи неправильно применили пункт «b» абзаца первого статьи 13 Гагской конвенции.

4.1 В соответствии с пунктом «b» абзаца первого статьи 13 Гагской конвенции, соблюдение которого Федеральный суд Швейцарии рассматривает по своему усмотрению (подпункт «b» статьи 95 Закона «О федеральном суде Швейцарии»), судебный орган запрашиваемого государства не обязан предписывать возвращение ребенка, если лицо, выступающее против его возвращения, докажет, что имеется очень серьезный риск того, что возвращение ребенка создаст угрозу причинения ему физического или психологического вреда или иным образом поставит его в невыносимые условия.

Исключения из требования возвращения, предусмотренные в статье 13 Гагской конвенции, подлежат ограничительному толкованию; совершивший похищение ребенка родитель не должен извлекать выгоду из своего незаконного поведения (см. пункт 2.2 постановления Федерального суда Швейцарии от 27 марта 2003 г. № 5P.71/2003 // FamPra.ch¹ 2003 р. 718). Во внимание должны приниматься только очень серьезные риски, не касающиеся воспитательных возможностей родителей, поскольку Гагская конвенция не предназначена для наделения родительскими правами (см. пункт 5.3 постановления Федерального суда Швейцарии № 131 III 334; пункт 2b постановления Федерального суда Швейцарии № 123 II 419, стр. 425). Исключение из требования возвращения на основании пункта «b» абзаца первого статьи 13 Гагской конвенции применяется, таким образом, только в том случае, если интеллектуальное, физическое, моральное или социальное развитие ребенка находится под серьезной угрозой (см. пункт 4с/4b постановления Федерального суда Швейцарии от 11 апреля 2002 г. № 5P.65/2002 // FamPra.ch 2002 р. 620 и приведенную в нем ссылку). Бремя доказывания возлагается на лицо, выступающее против возвращения ребенка (там же, пункт 4b // FamPra.ch 2002 р. 620 и приведенную в нем ссылку).

4.2 Кантональный суд отметил, что речь идет о малолетнем ребенке, проживающем с матерью, которая всегда обеспечивала его содержание. Со своей стороны отец проживает в религиозной общине, где его кормят, и получает от своей деятельности преподавателя физкультуры и драматического искусства лишь ежемесячный доход в 300 [швейцарских] франков. Он был лишен опеки над ребенком из-за атмосферы страха, которую он создавал в семейном жилище. По этой же причине суды Израиля предписали ему проживать отдельно и запретили приближаться к квартире матери. До перемещения ребенка в Швейцарию отец имел лишь ограниченное право навещать ребенка, а именно два раза по два часа в неделю, под наблюдением социальных служб Израиля. Что касается условий возможного возвращения ребенка без матери, согласно информации, представленной Министерством юстиции Израиля 12 марта 2007 г., отец, который в настоящее время делит

квартиру с соседом и всё еще работает в религиозном учебном заведении, был бы готов позаботиться о ребенке. Основываясь на недостаточном и не очень обнадеживающем характере этих сведений, а также на заключении судебной экспертизы, проведенной доктором..., врачом-психиатром, кантональный суд счел, что возвращение в Израиль было сопряжено с риском подвергнуть ребенка угрозе причинения психологического вреда и могло поставить его в невыносимые условия независимо от того, будет ли он в сопровождении своей матери или нет. Суд добавил, что с учетом ограниченных финансовых ресурсов отца возвращение ответчицы в Израиль также нанесет ущерб экономической безопасности ребенка, мать которого должна будет найти работу, чтобы обеспечивать потребности их обоих.

В своей жалобе апелланта не критикует выводы кантонального суда о наличии очень серьезного риска того, что ребенок подвергнется угрозе причинения ему психологического вреда в случае возвращения в Израиль без матери. Тем не менее апелланта придерживается мнения, что этой угрозы не будет существовать, если мать будет сопровождать ребенка в Израиль, чего от нее можно разумно ожидать. Однако, что касается этого последнего предположения, в постановлении кантонального суда не приводится доказательств наличия очень серьезного риска подвергнуться угрозе причинения вреда или невыносимых для ребенка условий. Эксперт-психиатр, в частности, не прокомментировал этот вопрос, всего лишь пояснив, что эта угроза не может быть оценена без знания условий возможного возвращения. Что касается агрессивного поведения апелланта в отношении ответчицы, из постановления кантонального суда не следует, что ребенок будет подвергнут прямой или косвенной угрозе в связи с тем, что станет свидетелем этой агрессии в отношении матери. Мать уточнила, что отец соблюдал условия, установленные для права навещать ребенка, и посещения проходили хорошо. Социальный работник, уполномоченная наблюдать за осуществлением права навещать ребенка, описала отношения между отцом и сыном, сложившиеся непосредственно перед похищением ребенка своей матерью, как замечательные. Мать не утверждала, что апелланта нарушал судебные предписания, запрещавшие ему приближаться к ее квартире, а также беспокоить и(или) преследовать ее. Что касается соображений об отсутствии у отца дохода и о его связях с религиозной общиной «Любавич», в их нынешнем виде, они не демонстрируют наличия очень серьезного риска подвергнуть ребенка угрозе причинения вреда по смыслу пункта «b» абзаца первого статьи 13 Гагской конвенции. Являются ли эти соображения полезными для определения того, кто из родителей располагает наилучшими воспитательными возможностями, чтобы принять решение о наделении правом проживания – вопрос, который решается судебными органами места постоянного проживания (статья 16 Гагской конвенции), они, однако, не имеют значения для решения вопроса о возвращении ребенка после незаконного похищения (см. также выше пункт 4.1).

Что касается угрозы матери не возвращаться в Израиль, постановление кантонального суда вообще не затрагивает основания такого отказа,

¹ *Die Praxis des Familienrechts* (нем.) / *La pratique du droit de la famille* (фр.) – швейцарский журнал «Практика в сфере семейного права» (примеч. переводчика).

хотя суд должен был установить наличие объективных обстоятельств, оправдывающих такое отношение. Судьи кантонального суда цитируют эксперта-психиатра, который ссылается на “судебные риски”, возникающие в случае возвращения в Израиль, без уточнения того, грозит ли ответчице, в частности, наказание в виде лишения свободы с обязательным отбыванием наказания в результате похищения. Если предположить, что этот риск доказан, то от матери нельзя ожидать возвращения в Израиль с ребенком, что исключит, таким образом, возвращение [ребенка] в связи с угрозой причинения ему серьезного психологического вреда, которой его подвергнет разлука с его матерью. Мать не высказалась по этому вопросу в ответе, адресованном Федеральному суду Швейцарии; в частности, она не утверждает, что ей грозит немедленное лишение свободы или в принципе какое-либо уголовное наказание. Мать также не утверждает, что в случае возвращения в Израиль ей было бы невозможно или очень трудно там интегрироваться, в частности, найти новую работу. Таким образом, также отсутствуют экономические факторы, которые сделали бы возвращение матери и, следовательно, ребенка невыносимым. Поэтому, поскольку ответчице не удалось доказать наличие оснований, которые бы объективно оправдывали отказ вернуться в Израиль, необходимо признать, что можно разумно ожидать от нее возвращения в государство происхождения в сопровождении ребенка. При таких обстоятельствах не очень обнадеживающий характер представленных Центральным органом Израиля (см. выше пункт 4.2) сведений, на которые, в частности, опирался кантональный суд, чтобы обосновать исключение из требования возвращения ребенка, предусмотренное пунктом “b” абзаца первой статьи 13 Гагской конвенции, не является определяющим, так как эта информация учитывает только предположение о возвращении ребенка без своей матери.

Следовательно, судьи кантонального суда нарушили пункт “b” абзаца первой статьи 13 Гагской конвенции, сочтя, что следовало сделать исключение из требования возвращения ребенка в страну его постоянного проживания. Жалоба, таким образом, подлежит удовлетворению, а обжалуемое постановление – отмене, без необходимости рассматривать жалобу на нарушение статьи 3 Конвенции ООН о правах ребенка. На ответчицу возлагается обязанность обеспечить возвращение ребенка... в Израиль до конца сентября 2007 года...

На основании вышеизложенного Федеральный суд Швейцарии постановил:

1. Жалобу удовлетворить, а обжалуемое постановление отменить.
2. Предписать ответчице обеспечить возвращение ребенка... в Израиль до конца сентября 2007 года....»

45. 20 августа 2007 г. отец ребенка через своего адвоката обратился к мировому судье округа Лозанна, занимающемуся исполнением решения о возвращении ребенка, с заявлением о назначении для ребенка попечителя *ad hoc*, ответственного за организацию его отъезда. 1 октября 2007 г. отец отозвал это заявление, так как Европейским Судом

27 сентября 2007 г. было принято решение о предварительных мерах в отношении Швейцарии.

46. Впоследствии заявители представили Европейскому Суду медицинскую справку, составленную 23 февраля 2009 г. доктором М.-А., педиатром, практикующим в г. Лозанне. Эта справка гласила:

«Я, нижеподписавшийся, свидетельствую, что неоднократно с 7 октября 2005 г. видел Ноама Шурука, родившегося 10 июня 2003 г.

Каждый раз Ноам был в сопровождении своей матери, с которой у него очень хорошие отношения.

Его поведение является адекватным, уровень его психомоторного развития, его речь соответствуют скорее более высоким стандартам. Представляется, что он не страдает ни от какой-либо психологической травмы, ни от эмоциональных или воспитательных пробелов.

Это уверенный мальчик, способный устанавливать хорошие отношения с другими и, в частности, со взрослыми.

У него хорошее физическое здоровье и мало интеркуррентных инфекций.

Внезапное возвращение в Израиль без своей матери станет для этого ребенка серьезной травмой и серьезным психологическим потрясением».

47. Постановлением от 29 июня 2009 г. о применении обеспечительных мер председатель суда округа Лозанна по ходатайству заявительницы определил, что Ноам должен проживать вместе со своей матерью в г. Лозанне, приостановил право доступа отца к сыну и наделил родительскими правами мать, чтобы она имела возможность продлить документы, удостоверяющие личность ребенка. Постановление, в частности, основывалось на следующем:

«Следует уточнить, что ответчик был вызван в судебное заседание повесткой, направленной по его последнему известному адресу в Израиле.

Письмо вернулось с пометкой “gone away”, что можно перевести как “выбыл, не оставив адреса”.

...по всей видимости, ребенок проживает с матерью, в то время как родительские права по-прежнему осуществляются совместно.

Отец был очевидно обязан “осуществлять право навещать ребенка” под наблюдением социальных служб...

В рамках этого судебного разбирательства ответчик так и не явился на слушания, но был на них представлен адвокатом, полномочия которого, похоже, были прекращены...

Согласно судебной практике незаконное перемещение несовершеннолетнего ребенка само по себе не исключает установления нового места постоянного проживания ребенка в стране, куда его увезли (см. постановление Федерального суда Швейцарии № 125 III 301, *Journal des Tribunaux* 1999 I 500).

В рассматриваемом случае Ноам проживает в Швейцарии непрерывно начиная с июня 2005 года.

Он ходит в школу в Швейцарии.

У него в Швейцарии имеются семейные связи по материнской линии.

В Швейцарии он получает медицинскую помощь.

Он также является гражданином Швейцарии.

Он говорит на языке этой страны, в данном случае по-французски.

Обеспечительные меры в пользу заявительницы были приняты Европейским Судом по правам человека, который потребовал от властей Швейцарии не осуществлять возвращение Ноама в Израиль, несмотря на вынесенное Федеральным судом Швейцарии решение.

Несмотря на судебные тяжбы, ответчик никогда не пытался увидеть своего ребенка,

а место его жительства не известно.

Он, похоже, потерял интерес к настоящему делу.

Таким образом, ребенок имеет устойчивую связь только со своей матерью.

Следует поэтому удовлетворить ходатайство матери и определить в качестве временной меры местом жительства Ноама г. Лозанну, Швейцария, место его постоянного проживания вместе с его матерью.

Часть первая статьи 273 Гражданского кодекса предусматривает, что отец или мать, не осуществляющие родительские права или не проживающие с ребенком, а также несовершеннолетний ребенок имеют взаимное право поддерживать такие личные отношения, которые могут быть осуществлены в конкретных обстоятельствах.

Право на личные отношения направлено на сохранение существующей между родителями и детьми связи...

Поддержание и развитие этой связи, совершенно очевидно, оказывает на ребенка благотворное воздействие.

Личные отношения необходимо поэтому поощрять, за исключением случаев, когда благополучие ребенка находится под угрозой.

Объем личных отношений и то, каким образом они осуществляются, должны соответствовать ситуации, то есть должным образом учитывать особые обстоятельства дела.

Благополучие ребенка является самым важным критерием оценки (см. пункт 4а постановления Федерального суда Швейцарии № 127 III 295).

Следует, кроме того, учитывать ситуацию и интересы управомоченного лица: его отношения с ребенком, личные качества, место жительства, свободное время, окружение.

Могут быть установлены особые условия для осуществления права доступа...

Заявительница потребовала отмены права доступа ответчика в отношении их сына Ноама.

В рассматриваемом деле право доступа ответчика уже было ограничено решениями властей Израиля до отъезда ребенка в Швейцарию.

Ребенок не видел своего отца с 2005 года.

Они, по-видимому, не имеют какого-либо общего языка.

В любом случае восстановление права доступа, если ходатайство об этом будет заявлено ответчиком, может быть только постепенным.

На настоящий момент место жительства ответчика неизвестно.

При таких обстоятельствах представляется целесообразным временно приостановить право доступа ответчика в отношении его сына Ноама.

Заявительница требует, чтобы "родительскими правами в отношении Ноама, родившегося 10 июня 2003 г., была наделена исключительно и временно его мать Изабель Нойлингер в г. Лозанне для продления срока действия документов, удостоверяющих его личность".

Заявительница пояснила, что ее сын, имеющий двойное гражданство – Израиля и Швейцарии, в настоящее время не имеет удостоверения личности.

До недавнего времени у него был швейцарский паспорт.

Однако, когда срок его действия истек, административные органы отказали в выдаче ему нового паспорта без согласия его отца, так как стороны осуществляли родительские права в отношении ребенка совместно.

На настоящий момент ответчик не имеет известного места жительства.

Для заявительницы поэтому практически невозможно попросить у него это разрешение.

Ребенок проживает в Швейцарии вместе с ней, и она осуществляет опеку [над ребенком].

Дело по существу касается, безусловно, перераспределения родительских прав, поскольку заявительница требует, чтобы в соответствии с законодательством Швейцарии родительские права были предоставлены исключительно ей.

Может показаться, что требование о применении временных мер, если оно будет удовлетворено, урегулирует дело по существу.

Тем не менее указанное требование имеет гораздо более ограниченный характер, поскольку направлено только на возможность получения для ее ребенка документов, удостоверяющих личность.

Ребенок является гражданином Швейцарии, проживающим в Швейцарии.

Необходимо поэтому, чтобы он мог получить, как любой другой гражданин, удостоверяющие личность документы.

Требование заявительницы, таким образом, удовлетворено».

По имеющейся в распоряжении Европейского Суда в настоящее время информации ни одна из сторон спора не обжаловала это решение.

II. СООТВЕТСТВУЮЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ШВЕЙЦАРИИ, МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АКТЫ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА

А. Защита прав ребенка

1. Конвенция ООН о правах ребенка

48. Соответствующие положения Конвенции от 20 ноября 1989 г. о правах ребенка, которая вступила в силу в отношении Швейцарии 26 марта 1997 г., предусматривают следующее:

«Преамбула

Государства – участники настоящей Конвенции,

...

убежденные в том, что семье как основной ячейке общества и естественной среде для роста и благополучия всех ее членов и особенно детей должны быть предоставлены необходимые защита и содействие, с тем чтобы она могла полностью возложить на себя обязанности в рамках общества,

признавая, что ребенку для полного и гармоничного развития его личности необходимо расти в семейном окружении, в атмосфере счастья, любви и понимания...

согласились о нижеследующем:

...

Статья 7

1. Ребенок регистрируется сразу же после рождения и с момента рождения имеет... право знать своих родителей и право на их заботу...

Статья 9

1. Государства-участники обеспечивают, чтобы ребенок не разлучался со своими родителями вопреки их желанию...

Статья 14

1. Государства-участники уважают право ребенка на свободу мысли, совести и религии.

2. Государства-участники уважают права и обязанности родителей и в соответствующих случаях законных опекунов руководить ребенком в осуществлении его права методом, согласующимся с развивающимися способностями ребенка.

...

Статья 18

1. Государства-участники предпринимают все возможные усилия к тому, чтобы обеспечить признание принципа общей и одинаковой ответственности обоих родителей за воспитание и развитие ребенка. Родители или в соответствующих случаях законные опекуны несут основную ответственность за воспитание и развитие ребенка. Наилучшие интересы ребенка являются предметом их основной заботы...».

2. Понятие «наилучшие интересы» ребенка

49. Понятие наилучших интересов ребенка вытекает из второго принципа Декларации прав ребенка¹ от 20 ноября 1959 г., в соответствии с которым

«Ребенку законом и другими средствами должна быть обеспечена специальная защита и предоставлены возможности и благоприятные условия, которые позволяли бы ему развиваться физически, умственно, нравственно, духовно и в социальном отношении здоровым и нормальным путем и в условиях свободы и достоинства. При издании с этой целью законов главным соображением должно быть наилучшее обеспечение интересов ребенка».

50. Этот термин был вновь использован в 1989 году в пункте 1 статьи 3 Конвенции о правах ребенка:

«Во всех действиях в отношении детей независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка».

51. Ни рабочая группа во время подготовки Конвенции, ни Комитет по правам ребенка не выработали понятия лучших интересов ребенка или критериев для их оценки в целом или в связи с конкретными обстоятельствами. В обоих случаях они ограничились указанием на то, что все ценности и принципы Конвенции должны применяться к каждому конкретному случаю (см. Rachel Hodgkin and Peter Newell (eds.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund 1998, p. 37). Кроме того, Комитет по правам ребенка неоднократно подчеркивал, что Конвенцию следует понимать как единое целое и толковать с учетом взаимосвязи между различными статьями. Любое толкование должно соответствовать духу этого документа и уделять особое внимание ребенку как индивиду, имеющему гражданские и политические права и свои собственные чувства и мнения (*ibid.*, p. 40).

52. Согласно Руководящим принципам, принятым по определению наилучших интересов ребенка Управлением Верховного комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ ООН) :

«выражение “наилучшие интересы” в целом описывает, как правило, благополучие ребенка. Такое благополучие зависит от различных конкретных обстоятельств, таких как его возраст и уровень зрелости, наличие или отсутствие родителей, окружение, в котором он живет, и его опыт» (UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008).

¹ Принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 г. № 1386 (XIV) (примеч. переводчика).

53. Принцип «наилучшие интересы ребенка» закреплен в статьях 5 и 16 Конвенции Организации Объединенных Наций о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин¹. Так, в соответствии с пунктом «b» статьи 5 государства-участники должны принять все соответствующие меры с целью

«[о]беспечить, чтобы семейное воспитание включало в себя правильное понимание материнства как социальной функции и признание общей ответственности мужчин и женщин за воспитание и развитие своих детей при условии, что во всех случаях интересы детей являются преобладающими».

54. В соответствии с подпунктом «d» пункта 1 статьи 16 этой же Конвенции у мужчин и женщин должны быть

«[о]динаковые права и обязанности мужчин и женщин как родителей, независимо от их семейного положения, в вопросах, касающихся их детей; во всех случаях интересы детей являются преобладающими».

55. Хотя этот принцип не фигурирует в Международном пакте о гражданских и политических правах², Комитет по правам человека ООН в своих Замечаниях общего порядка №№ 17 и 19 сослался на наилучшие интересы (*paramount interest*) ребенка в случае раздельного проживания или развода его родителей. В Замечании общего порядка № 17 (принятом в ходе его 35 сессии в 1989 году) Комитет по правам человека ООН счел, что в случае расторжения брака обеспечение наилучших интересов ребенка требует принятия мер, гарантирующих, насколько это возможно, сохранение отношений с обоими его родителями. Что касается оставленных родителями детей, должны быть приняты специальные меры, чтобы позволить детям развиваться в условиях, наиболее отвечающих тем условиям, которые предоставляет семейное окружение. В Замечании общего порядка № 19 (принятом в ходе его 39 сессии в 1990 году) Комитет по правам человека ООН подчеркнул, что любая дискриминация в вопросах, касающихся развода, права опеки, права на посещение ребенка и так далее, должна быть запрещена, за исключением случаев, когда этого требует обеспечение наилучших интересов ребенка.

56. Хартия Европейского союза об основных правах³ приобрела обязательную юридическую силу со вступлением в силу 1 декабря 2009 г. Лиссабонского договора⁴. Статья 24 указанной хартии предусматривает:

¹ Принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 18 декабря 1979 г. № 34/180 (примеч. переводчика).

² Принят резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 г. № 2200 A (XXI) (примеч. переводчика).

³ Принята 7 декабря 2000 г. в г. Ницце (примеч. переводчика).

⁴ Лиссабонский договор о внесении изменений в Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского Со-

«Статья 24. Права ребенка»

1. Дети имеют право на защиту и уход, необходимые для их благополучия. Они могут свободно выражать свое мнение. Оно учитывается в касающихся их случаях в зависимости от их возраста и зрелости.

2. При совершении любых действий в отношении детей как со стороны публичных властей, так и со стороны частных учреждений наилучшие интересы ребенка должны учитываться в первую очередь.

3. Каждый ребенок имеет право регулярно поддерживать личные отношения и прямые контакты с обоими родителями, если только это не противоречит его интересам».

В. Гагская конвенция от 25 октября 1980 г. о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (далее – Гагская конвенция)

1. Текст документа

57. Соответствующие положения Гагской конвенции, вступившей в силу в отношении Швейцарии 1 января 1984 г., предусматривают следующее:

«Государства-участники настоящей Конвенции,

твердо убежденные в том, что интересы детей имеют первостепенное значение в вопросах, касающихся опеки над ними,

желая защитить детей в международном масштабе от вредных последствий их незаконного перемещения или удержания и установить процедуры, обеспечивающие их незамедлительное возвращение в государство их постоянного проживания, а также обеспечить защиту прав доступа,

решили с этой целью заключить Конвенцию и согласились о следующих положениях:

...

Статья 1

Целями настоящей Конвенции являются:

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

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

...

общества (англ. *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*), подписанный 13 декабря 2007 г. в г. Лиссабоне (примеч. переводчика).

Статья 3

Перемещение или удержание ребенка рассматриваются как незаконные, если:

а) они осуществляются с нарушением прав опеки, которыми были наделены какое-либо лицо, учреждение или иная организация, совместно или индивидуально, в соответствии с законодательством государства, в котором ребенок постоянно проживал до его перемещения или удержания; и

б) во время перемещения или удержания эти права эффективно осуществлялись, совместно или индивидуально, или осуществлялись бы, если бы не произошло перемещение или удержание.

Права опеки, упомянутые в пункте а), могут возникнуть, в частности, в соответствии с законом либо на основании судебного или административного решения, либо на основании соглашения, влекущего юридические последствия по законодательству этого государства.

Статья 4

Конвенция применяется к любому ребенку, постоянно проживавшему в каком-либо Договаривающемся Государстве непосредственно перед нарушением прав опеки или доступа. Применение Конвенции прекращается, когда ребенок достигает возраста 16 лет.

Статья 5

Для целей настоящей Конвенции:

а) “права опеки” включают права, относящиеся к заботе о личности ребенка, и, в частности, право определять место жительства ребенка;

б) “права доступа” включают право взять ребенка на ограниченный период времени в место иное, чем место его постоянного проживания.

...

Статья 11

Судебные или административные органы Договаривающихся Государств должны принимать безотлагательные меры для возвращения детей.

Если соответствующий судебный или административный орган не вынес решения в течение шести недель со дня начала процедур, заявитель или Центральный орган запрашиваемого государства по собственной инициативе либо по просьбе Центрального органа запрашивающего государства имеет право потребовать объяснений о причинах задержки...

Статья 12

Если ребенок незаконно перемещен или удерживается в соответствии со статьей 3 и на момент начала процедур в судебном или административном органе Договаривающегося Государства, в котором находится ребенок, со дня незаконного перемещения или удержания ребенка прошло менее одного года, этот орган обязан предписать немедленно возвратить ребенка.

Даже в том случае, если процедуры начались по истечении срока в один год, указанного в предыдущем абзаце, судебный или административный

орган также обязан предписать возвратить ребенка, если только не будет доказано, что ребенок адаптировался в новой среде.

Если судебный или административный орган запрашиваемого государства имеет основания полагать, что ребенок перемещен в другое государство, этот орган может приостановить процедуры или отклонить заявление о возвращении ребенка.

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:

...

б) имеется 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 степени зрелости, при которых следует принять во внимание его мнение.

При рассмотрении обстоятельств, указанных в настоящей статье, судебные и административные органы принимают во внимание информацию, относящуюся к социальному положению ребенка, предоставленную Центральным органом или другим компетентным органом государства постоянного проживания ребенка.

Статья 14

При выяснении вопроса о том, имело ли место незаконное перемещение или удержание ребенка в соответствии со статьей 3, судебные или административные органы запрашиваемого государства могут непосредственно принимать во внимание законодательство и судебные или административные решения, признанные и не признанные официально в государстве постоянного проживания ребенка, не прибегая к специальным процедурам подтверждения действия этого законодательства или признания иностранных решений, которые в ином случае необходимо было бы применить.

...

Статья 20

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.

...

Статья 21

Заявление о принятии мер по организации или обеспечению эффективного осуществления прав доступа может быть представлено в Центральные

органы Договаривающихся государств таким же образом, как и заявление о возвращении ребенка.

Центральные органы связаны обязательствами по сотрудничеству, которые изложены в статье 7, с целью содействовать мирному осуществлению прав доступа и выполнению всех условий, от которых зависит осуществление этих прав. Центральные органы предпринимают меры для устранения, насколько возможно, всех препятствий для осуществления таких прав.

Центральные органы непосредственно или через посредников могут инициировать или способствовать возбуждению процедур с целью организации или защиты этих прав и обеспечения соблюдения условий, от которых может зависеть осуществление этих прав».

2. Понятие «наилучшие интересы» при применении подпункта «b» абзаца первого статьи 13 Гаагской конвенции

58. Согласно Пояснительному докладу г-жи Элисы Перес-Вера (Elisa Pérez-Vera) о подготовке Конвенции,

«...учитывая, что один из факторов, характерных для рассматриваемых ситуаций, состоит в том, что похититель утверждает, что его действие было признано законным компетентными органами власти государства убежища, эффективный способ помешать ему заключается в том, чтобы лишить его действия каких-либо политических и правовых последствий. Для этого Конвенция среди своих целей закрепляет в первую очередь восстановление статус-кво (...).» (См. § 16, с. 429.)

59. Тем не менее Гаагская конвенция содержит пять исключений из принципа незамедлительного возвращения ребенка, среди которых исключение, предусмотренное подпунктом «b» абзаца первого статьи 13, является наиболее часто заявляемым.

60. Кассационный суд Франции¹, Палата лордов Соединенного Королевства² и Верховный суд Финляндии прямо включили понятие «наилучшие интересы ребенка» в свое применение исключения, основанного на «очень серьезном риске» по смыслу подпункта «b» абзаца первого статьи 13 Гаагской конвенции.

61. В деле 2005 года Кассационный суд Франции указал следующее:

«...из пункта “b” статьи 13 Гаагской конвенции от 25 октября 1980 г. следует, что исключение из тре-

бования незамедлительного возвращения ребенка может быть сделано, только если имеется очень серьезный риск подвергнуть его угрозе причинения вреда или создать невыносимые условия;»

и

«в соответствии с пунктом 1 статьи 3 Нью-Йоркской Конвенции о правах ребенка – положением, которое прямо применяется французскими судами, эти обстоятельства должны оцениваться с уделением первоочередного внимания наилучшим интересам ребенка». (Постановление Первой Коллегии по гражданским делам Кассационного суда Франции от 14 июня 2005 г. по жалобе № 04-16942.)»

62. Кассационный суд Франции, таким образом, оставил без изменения постановление апелляционного суда г. Экс-ан-Прованса (Aix-en-Provence) от 13 мая 2004 г., заключив, что

«...наилучшие интересы ребенка [были] приняты во внимание апелляционным судом, который пришел к выводу... что следует предписать немедленно возвратить ребенка в соответствии с Гаагской конвенцией».

63. Верховный суд Финляндии сделал аналогичные выводы в деле, в котором им было применено предусмотренное подпунктом «b» абзаца первого статьи 13 исключение, указав, что

«...суд подчеркнул, что очень серьезного риска вреда не существовало бы, если бы мать вернулась во Францию с детьми и проследила бы за тем, чтобы условия их жизни были адаптированы с учетом их наилучших интересов...» (См. Постановление Верховного суда Финляндии от 27 декабря 1996 г.: 1996:151, 596/2489 [27 December 1996] Supreme Court of Finland 1996:151, 596/2489.)

64. В деле о похищении ребенка из Румынии в Соединенное Королевство, рассмотренном 16 ноября 2006 г. Палатой лордов, лорд Хоуп (Lord Hope) также отметил, что он

«не представляет, каким образом незамедлительное возвращение ребенка в Румынию может отвечать его наилучшим интересам». (См. дело “D (ребенок)” (*In re D (a child)*) [2006] UKHL 51, [2007] 1 AC619.)

3. Понятие «прав опеки» по смыслу Гаагской конвенции

65. Пункт «a» статьи 5 Гаагской конвенции определяет права опеки как «права, относящиеся к заботе о личности ребенка, и, в частности, право определять место жительства ребенка». Гаагская конвенция признает, что права опеки могут возникнуть, в частности, в соответствии с законом либо на основании судебного или административного решения, либо на основании соглашения, влекущего юридические последствия по законодательству государства, в котором ребенок постоянно проживал до его перемещения или удержания (статья 3 *in fine*). Пояснительная записка к Конвенции подчеркивает намерение авторов защитить осуществ-

¹ Во Франции Кассационный суд возглавляет систему судов общей юрисдикции и, по сути, является верховным судом страны (примеч. переводчика).

² В дополнение к своим законодательным функциям Палата лордов выступает в качестве высшей судебной инстанции страны. Она имеет юрисдикцию высшего апелляционного суда, а по некоторым делам – суда первой инстанции. Палата лордов рассматривает апелляции на решения судов по гражданским делам на территории всей страны, а на решения судов Англии, Уэльса и Северной Ирландии – по уголовным делам (примеч. переводчика).

вление всех видов опеки над ребенком и признает, что может иметь место незаконное перемещение или удержание, даже если родители осуществляют совместную опеку над ребенком:

«[В] соответствии со статьей 3 правами опеки могло быть наделено, совместно или индивидуально, лицо, которое требует обеспечения их осуществления. (...) Однако с точки зрения положений Конвенции перемещение ребенка одним из обладателей права совместной опеки без согласия другого обладателя также является незаконным; в данном конкретном случае этот незаконный характер является результатом не противоречащего закону действия, а того, что такое действие не учитывает права другого родителя, также защищаемого законом, и мешает их нормальному осуществлению». (Пояснительная записка Элисы Перес-Вера (Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, Acts and Documents of the Fourteenth Session, vol. III, Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, paragraph 71, pp. 447–448).).

66. Разработчики Гаагской конвенции создали автономное определение прав опеки, совершенно отличающееся от толкований этого понятия во внутригосударственном законодательстве. Эта автономность была подтверждена в «Общих заключениях Специальной комиссии, собиравшейся в октябре 1989 года, по рассмотрению действия Гаагской конвенции от 25 октября 1980 г. о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей» (см. § 9, с. 3–4), согласно которым

«(...) “права опеки”, упомянутые в Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей, представляют собой автономное понятие, вследствие чего такие права не обязательно совпадают с правами, квалифицируемыми как “право на определение места проживания” или “права опеки” и вытекающими из законодательства конкретной страны или практики судебного органа этой страны. ...Предоставление одному родителю того, что называется “право на проживание с ребенком” (“custody”) в соответствии с национальным законодательством не обязательно означает, что все “права опеки” (“rights of custody”) по смыслу Гаагской конвенции предоставлены этому родителю. Поскольку каждая национальная правовая система имеет свою собственную терминологию в отношении прав, касающихся защиты детей, и родительских прав, до такой степени, что некоторые англоязычные системы не используют термин “опека / право на проживание с ребенком” (“custody”), необходимо рассматривать содержание прав, а не только их название».

67. Автономность понятия «права опеки» была подтверждена еще раз на Втором заседании Специальной комиссии, в ходе которого был, в частности, принят следующий вывод:

«...выражение “права опеки” с точки зрения Конвенции не совпадает ни с одним из понятий “прав опеки”, принятых в государствах-участниках, а исходит из определений, структуры и целей самой Конвенции». (Доклад Второго заседания

Специальной комиссии по рассмотрению действия Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей, проходившего с 18 по 21 января 1993 г. (Report of the Second Special Commission Meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction held on 18–21 January 1993, p. 4).).

68. Кроме того, согласно Пояснительной записке, Гаагская конвенция применяется только в ситуациях, связанных с нарушением прав опеки. Она в принципе не касается ситуаций, возникающих в результате нарушения прав доступа, в частности, случаев, когда опекун перемещает ребенка за границу (см. § 65 Пояснительной записки).

4. Судебная практика внутригосударственных судов, касающаяся понятия «прав опеки» по смыслу Гаагской конвенции

69. Гаагская конвенция не предусматривает ни механизма ее принудительного исполнения, ни надзорного органа, которые гарантировали бы ее осуществление Договаривающимися государствами. Поэтому существует вероятность того, что судебная практика внутригосударственных судебных органов, касающаяся этого документа, разнится от одного Договаривающегося государства к другому. На практике наблюдаются расхождения в толковании, даваемом различными судебными органами проводимому в Гаагской конвенции разграничению между правами опеки и правами доступа, в частности, когда речь идет об удовлетворении или об отказе в удовлетворении заявления родителя, не обладающего правами опеки, но пользующегося правами доступа, который требует возвращения своего ребенка.

70. Тем не менее представляется, что наметилась тенденция к расширительному толкованию понятия незаконного перемещения или удержания ребенка, которое расширяет сферу действия прав опеки таким образом, чтобы родители, не обладающие правом проживания с ребенком, могли пользоваться защитой Гаагской конвенции.

71. В постановлении Апелляционного суда Англии и Уэльса в деле «С. против С.» (C. v. C.), England and Wales Court of Appeal; [1989] 1 WLR 654, 657–658), например, являющийся опекуном родитель увез ребенка из Австралии в нарушение запрета на перемещения (требования, также называемого *ne exeat*, запрещающего перемещение ребенка за пределы определенной географической зоны). В том деле перемещение не могло быть осуществлено без согласия не являющегося опекуном родителя. Суд счел подлежащим применению судебный механизм возвращения ребенка в соответствии с положениями Гаагской конвенции. Судьи обосновали эту аргументацию, приравняв возможность дать согласие на перемещение или отказать в нем

к праву опекуна «определять место жительства ребенка».

72. Суд по семейным делам Австралии применил тот же подход в деле «Хосе Гарсиа Ресина», в котором отец, ссылаясь на Гаагскую конвенцию, подал заявление о возвращении детей, увезенных во Францию бабушкой и дедушкой со стороны их матери (*José García Resina and Muriel Ghislaine Henriette Resina*, [1991] FamCA 33). Австралийский суд изучил, с одной стороны, постановление, определяющее место проживания детей, которое предоставляло отцу «достаточный доступ» к младшему из детей, и, с другой стороны, предписание, запрещавшее как матери, так и отцу увозить детей из Австралии. В итоге Суд по семейным делам Австралии предписал вернуть детей на основании Гаагской конвенции, сочтя, что их перемещение нарушало права на проживание совместно с детьми, предоставленные отцу запретом на перемещения. Подобным же образом Верховный суд Израиля установил, что соглашение между родителями о проживании ребенка содержало положение о взаимных консультациях при важных изменениях и необычных событиях, и это положение подразумевало, что родители должны вместе определять место жительства ребенка (см. Постановление Верховного суда Израиля по делу «Фоксман против Фоксман» (*Foxman v. Foxman*), 1992 год). Поэтому Верховный суд Израиля пришел к выводу, что отец имел права опеки по смыслу Гаагской конвенции.

73. Представляется, что другие внутригосударственные суды, в частности, в странах общего права, опирались на дело «С. против С.» (*C. v. C.*) и придерживались его принципиального положения о том, что если родителю, с которым проживает ребенок, необходимо разрешение суда или другого родителя, чтобы иметь возможность увезти ребенка за пределы страны, перемещение без такого разрешения можно считать «незаконным» по смыслу статьи 3 Гаагской конвенции (см. Постановление Апелляционного суда Англии и Уэльса по делу касающемуся *F.* (*Re F.*, England and Wales Court of Appeal, [1995] 3 WLR339), в котором за отцом были признаны «права опеки» несмотря на то, что матери решением суда были предоставлены временные «уход и контроль» за ребенком и отсутствовало какое-либо постановление о запрете перемещения ребенка).

74. Тем не менее практика внутригосударственных судов не однородна. Так, например, апелляционный суд Соединенных Штатов Америки счел, что право доступа в совокупности с запретом на перемещение не образуют «права опеки» по смыслу Гаагской конвенции (см. Постановление Апелляционного суда второго округа США по делу «Кролл против Кролл» (*Croll v. Croll*, 229 F.3d 133, 143, Second Circuit, 2000)).

С. Законодательство Швеции и Израиля, относящееся к применению вышеуказанных Конвенций на внутригосударственном уровне

1. Новый федеральный закон Швейцарии «О международном похищении детей и Гаагских конвенциях о защите детей и совершеннолетних»

75. Федеральный закон «О международном похищении детей и Гаагских конвенциях о защите детей и совершеннолетних», принятый Федеральным парламентом Швейцарии 21 декабря 2007 г. и призванный прояснить и уточнить некоторые понятия, касающиеся, в частности, применения Гаагской конвенции 1980 года, вступил в силу 1 июля 2009 г. Статьи этого закона, на которые ссылались заявители, предусматривают:

«Статья 5. Возвращение и интересы ребенка

Возвращение ребенка ставит его в невыносимые условия по смыслу пункта “b” статьи 13 Гаагской конвенции, в частности, при соблюдении следующих условий:

- a) передача родителю-заявителю явно не отвечает интересам ребенка;
- b) родитель-похититель с учетом обстоятельств не в состоянии заботиться о ребенке в государстве, в котором ребенок постоянно проживал в момент похищения, или от такого родителя явно невозможно этого требовать;
- c) передача на попечение третьих лиц явно не отвечает интересам ребенка.

Статья 6. Защитные меры

Суд, рассматривающий заявление о возвращении ребенка, определяет в случае необходимости личные отношения ребенка с родителями и предписывает принять меры, необходимые для обеспечения его защиты.

Если заявление было подано в Центральный орган, соответствующий суд может по просьбе Центрального органа или одной из сторон назначить ребенку представителя или попечителя, либо принять другие защитные меры, даже если заявление еще не поступило на его рассмотрение».

76. В рамках принятия федерального постановления, касающегося этого закона, Федеральный совет Швейцарии направил в Парламент сообщение (*Feuille Fédérale* 2007, pp. 2433–2682)), которое в соответствующих частях гласит:

«6.4. Возвращение и интересы ребенка (статья 5)

Для обеспечения применения Гаагской конвенции 1980 года, которое в большей степени отвечает интересам ребенка, необходимо, чтобы законодатель определил различные ситуации, в которых возвращение ребенка больше не может приниматься во внимание, так как поставит его в явно невыносимые условия. Положение, предусмотренное в статье 5, не предназначено для замены

положения, содержащегося в пункте “b” статьи 13 Гагской конвенции 1980 года. Термин “в частности” означает, что перечислены лишь несколько ситуаций, которые, хотя и являются наиболее важными, не препятствуют использованию положения, предусмотренного в Гагской конвенции.

Прежде всего, пункт “a” относится к случаям, в которых размещение ребенка с родителем, подавшим заявление о его возвращении, явно не отвечает интересам ребенка. Если это не так, в частности, поскольку родитель, обратившийся с заявлением, имеет исключительное право на проживание с ребенком или на кого можно возложить подобную ответственность, то не следует в принципе опасаться, что по возвращении ребенок будет поставлен в невыносимые условия, поэтому какие-либо основания для отказа в возвращении отсутствуют. Дело обстоит иначе, когда, по мнению суда, очевидно, что сторона, подавшая заявление, не в состоянии обеспечить ребенку уход.

Пункт “b” регулирует случаи, в которых целесообразность возвращения ребенка можно оценить только с точки зрения его отношений с родителем, совершившим похищение. Когда размещение ребенка с родителем, подавшим заявление о его возвращении, явно не должно приниматься во внимание, проблема его возвращения в государство происхождения будет разрешаться по-другому, в зависимости от того, может ли лицо, незаконно похитившее ребенка или удерживающее его (обычно мать), вернуться в это государство или нет. Если указанное лицо не в состоянии сделать это потому, что, например, ему там грозит тюремное заключение, которое повлечет за собой разлучение с ребенком, или потому, что оно имеет в Швейцарии очень тесные семейные связи (например, в результате нового вступления в брак или из-за трудностей, в котором находится другой член семьи, проживающий в Швейцарии), речь может идти о психологическом и физическом равновесии ребенка, так как по его возвращении он будет вынужден жить отдельно от обоих родителей. Такая разлука допустима только в исключительных случаях и должна представлять собой *ultima ratio*¹.

Вторая ситуация: когда с учетом всех обстоятельств не представляется возможным обоснованно требовать от родителя-похитителя, чтобы он заботился о ребенке в государстве, в котором ребенок постоянно проживал до похищения (пункт “b” статьи 5). Недостаточно, чтобы родитель, незаконно похитивший ребенка или удерживающий его, заявил, что он отказывается возвращаться в это государство. Также необходимо, чтобы он находился в таком бедственном положении, что от него нельзя обоснованно ожидать возвращения на свое прежнее место проживания, чтобы там вместе с ребенком ждать окончательного решения суда об определении места проживания ребенка. В этом контексте мы имеем в виду прежде всего случаи, в которых отсутствует возможность гарантировать матери, что она найдет безопасное и финансово приемлемое место пребывания вне жилья своего бывшего партнера. Затем должны быть приняты во внимание случаи, в кото-

рых родитель, обратившийся с заявлением о возвращении ребенка, не возобновит осуществление прав опеки и не получит их в судебном порядке, тогда как похититель явно является лицом, которое в первую очередь осуществляет уход за ребенком. В подобном случае ребенок будет возвращен в государство происхождения только для того, чтобы там дожидаться окончательного предоставления прав опеки родителю, совершившему похищение, прежде чем снова вернуться с этим родителем в Швейцарию. Однако такое путешествие туда-обратно, в конечном счете, будет служить лишь передаче дела на рассмотрение органов власти прежнего места жительства. Такое решение проблемы недопустимо с точки зрения духа и целей Гагской конвенции, так как не соответствует интересам ребенка. Ситуация, тем не менее, не должна вызывать каких-либо сомнений у суда, рассматривающего в Швейцарии заявление о возвращении ребенка. Если обстоятельства дела не могут быть четко установлены, суд должен будет вынести решение о том, что возвращение в государство происхождения родителя, совершившего похищение, является терпимым и не поставит, таким образом, ребенка в невыносимые условия, которые послужили бы основанием для решения об отказе в возвращении в соответствии с пунктом “b” статьи 13 Гагской конвенции.

Пункт “c” касается передачи на попечение третьих лиц. Действительно, если возвращение ребенка должно привести к разлуке с родителем, который его незаконно похитил или удерживал (так как возвращение для этого родителя невозможно или не может быть обоснованно потребовано от него), оно может быть осуществлено в надлежащих условиях, только если ребенок передан на попечение третьих лиц в своем государстве происхождения. Однако следует стремиться к подобному решению и, таким образом, к тому, чтобы компетентный суд Швейцарии предписал возвращение ребенка, только если передача на попечение третьих лиц явно не противоречит интересам ребенка. Это третье условие может быть выполнено только в том случае, если разлучение с родителем, остающимся в Швейцарии, терпимо для ребенка – что возможно, когда у него конфликтные отношения с этим родителем – и если приемная семья, желающая принять ребенка, предоставит надлежащие гарантии, что касается его защиты и нормального развития. В любом случае такое урегулирование следует рассматривать лишь как *ultima ratio*.

Следует также отметить: чтобы возвращение соответствовало интересам ребенка и, в частности, чтобы были выполнены условия, упомянутые в статье 13 Гагской конвенции, необходимо, чтобы принимающий решение по делу орган власти был осведомлен о сложившейся в государстве происхождения ситуации и о действующих в нем нормативных положениях. Поэтому стороны и, в частности, родители обязаны участвовать в установлении фактов. Их личное заслушивание судом (пункты первый и второй статьи 9) имеет, таким образом, большое значение. Новые положения, касающиеся процедуры и сотрудничества с компетентными органами в государстве происхождения, также играют важную роль. Суд должен иметь возможность проверить, возможно ли и каким образом обеспечить возвращение ребенка

¹ *Ultima ratio* (лат.) – последний довод; последний метод решения проблемы, последнее средство при конфликте интересов (примеч. переводчика).

(пункт второй статьи 10). Если это ему сделать не удастся или удастся лишь частично, суд не сможет взвесить все последствия возвращения для ребенка. То же самое произойдет, если суду не удастся получить от местных органов власти надежные гарантии в отношении приема и защиты ребенка, в частности, когда имеются основания сомневаться в способности обратившегося с заявлением о возвращении родителя надлежащим образом заботиться о ребенке. В этом отношении статья 10 имеет, поэтому, непосредственное отношение к практическому применению статьи 5».

2. Понятия «опека» и «родительские права» в законодательстве Израиля

77. Понятие «родительские права» (*guardianship*) определено в главе 2 Закона 1962 года «О правоспособности и опеке». «Опека» (*custody*) как таковая не определена, но упоминается.

78. Согласно статье 14 этого закона «родители естественным образом наделены родительскими правами в отношении своих несовершеннолетних детей». В Израиле родители независимо от того, состоят ли они в браке, разведены или не состоят в браке, совместно и на равной основе наделены родительскими правами в отношении своих детей. Термин «родительские права» (*guardianship*) может рассматриваться в качестве эквивалента выражения «родительская власть» (*parental authority*), используемого в других правовых системах.

79. Родительские права (*guardianship*) представляют собой права, которые оба родителя приобретают автоматически и которые могут быть ограничены или отменены только в исключительных обстоятельствах (когда мировой судья принял одну из мер, упомянутых в пунктах 3 и 4 статьи 3 закона «О молодежи (уход и надзор)»). Это правило изложено в статье 27 закона.

80. Статья 15 определяет и описывает роль родителей в законодательстве Израиля и подчеркивает, что родительские права (*guardianship*) включают в себя следующие элементы:

«Родительские права, которыми наделены родители, включают право и обязанность обеспечивать потребности несовершеннолетнего, в том числе, его воспитание, обучение, профессиональные подготовку и деятельность, а также обеспечивать сохранение его имущества, управление им и получение от него прибыли; родительские права включают, помимо этого, право опеки над несовершеннолетним, право определять место его жительства, а также право действовать от его имени и в его интересах».

81. Статья 17 определяет обязанности родителей и предусматривает, что при осуществлении своих родительских прав (*guardianship*) «родители действуют в наилучших интересах несовершеннолетнего, адаптируя свое поведение к обстоятельствам как преданные родители».

82. Презюмируется, что родители должны сотрудничать друг с другом при принятии реше-

ний, касающихся осуществления их родительских прав (статья 18). Если же они, однако, не достигли соглашения, то могут просить суд принять решение (статья 19).

83. Статья 24 предусматривает, что, когда родители вместе не проживают, они могут по взаимному согласию принять решение о том, кто будет полностью или частично осуществлять родительские права (*guardianship*) в отношении несовершеннолетнего, с кем будет проживать несовершеннолетний и какие права будет иметь другой родитель, в частности, что касается контактов с ребенком. Заключенное таким образом соглашение подлежит утверждению судом.

84. В соответствии со статьей 25, если родители не достигли соглашения по этим вопросам, то они могут быть урегулированы судом, который должен учитывать наилучшие интересы ребенка.

85. Статья 25 устанавливает, кроме того, презумпцию права опеки в пользу матери для детей в возрасте до шести лет, за исключением случаев, когда имеются особые причины для иного решения.

86. Таким образом, оба родителя совместно имеют право определять место жительства своего ребенка. Родитель не может увести ребенка из Израиля без разрешения другого родителя или суда. Если один из родителей желает увести ребенка за пределы Израиля без согласия другого родителя, он должен обратиться в судебные органы Израиля с заявлением о вынесении постановления о перемещении и постановления о предоставлении прав опеки в отношении ребенка.

ПРАВО

1. РАМКИ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА БОЛЬШОЙ ПАЛАТОЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

87. В своем меморандуме по делу, представленном в Большую Палату Европейского Суда, заявители жаловались на нарушение их права на уважение семейной жизни по смыслу статьи 8 Конвенции. Кроме того, заявители утверждали, что принудительное возвращение заявителя без заявительницы будет представлять собой бесчеловечное обращение, запрещенное статьей 3 Конвенции, а также нарушение статьи 9 Конвенции, поскольку придется ожидать того, что отец заявителя подчинит его заповедям общины «Любавич», характеризуемой ими как «ультраортодоксальная» и от которой заявительница желает навсегда отстранить своего ребенка.

88. Европейский Суд отмечает, однако, что Палата Европейского Суда объявила неприемлемыми для рассмотрения по существу жалобы на нарушение статей 3 и 9 Конвенции в связи с неисчерпанием внутренних средств правовой защи-

ты¹. Поэтому Большая Палата Европейского Суда не может рассмотреть их (см., среди прочих, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «К. и Т. против Финляндии» (K. and T. v. Finland), жалоба № 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).

II. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ СТАТЬИ 8 КОНВЕНЦИИ

89. Заявители жаловались на нарушение их права на уважение семейной жизни по смыслу статьи 8 Конвенции, которая предусматривает следующее:

«1. Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции.

2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц».

1. Применимость статьи 8 Конвенции

90. Европейский Суд напоминает следующие выводы, содержащиеся в Постановлении Палаты Европейского Суда:

«79. Что касается обстоятельств настоящего дела, Европейский Суд прежде всего отмечает, что для заявителей возможность продолжать жить вместе является основополагающим элементом, относящимся со всей очевидностью к их семейной жизни по смыслу статьи 8 Конвенции, которая, таким образом, применима (см., в числе многих других, Постановление Европейского Суда по делу “Мер против Португалии” (Maire v. Portugal), жалоба № 48206/99, § 68, ECHR 2003-VII).

...

81. Кроме того, не вызывает сомнений, что возвращение ребенка, предписанное Федеральным судом Швейцарии, представляет собой “вмешательство” в отношении обоих заявителей по смыслу пункта 2 статьи 8 Конвенции».

91. Большая Палата Европейского Суда согласна с этими выводами, которые стороны к тому же не оспаривали. Следует, таким образом, установить, отвечает ли оспариваемое вмешательство требованиям пункта 2 статьи 8 Конвенции, то есть было ли оно «предусмотрено законом», преследовало ли одну или несколько правомерных целей и было ли

оно «необходимо в демократическом обществе» для достижения этих целей.

2. Обоснование вмешательства

а. Правовая основа

i. Постановление Палаты Европейского Суда

92. Палата Европейского Суда высказалась следующим образом (см. § 80 Постановления Палаты):

«Европейский Суд напоминает, что в соответствии с Гаагской конвенцией рассматриваются как незаконные перемещение или удержание ребенка, если они осуществляются с нарушением прав опеки, которыми было наделено какое-либо лицо, совместно или индивидуально, в соответствии с законодательством государства, в котором ребенок постоянно проживал до его перемещения или удержания (подпункт «а» абзаца первого статьи 3). “Права опеки”, для целей Гаагской конвенции, включают права, относящиеся к заботе о личности ребенка, и, в частности, право определять место жительства ребенка (пункт “а” статьи 5). Европейский Суд полагает, что в настоящем деле перемещение ребенка в Швейцарию является незаконным, поскольку на основании временного постановления от 27 июня 2004 г. отец совместно с матерью был наделен родительскими правами (*guardianship*), которые включают в правовой системе Израиля право определять место жительства ребенка. Кроме того, перемещение Ноама делает иллюзорным на практике право доступа (абзац первый статьи 4), предоставленное его отцу решением от 17 ноября 2004 г. Таким образом, оно, вне всякого сомнения, является незаконным по смыслу Гаагской конвенции».

ii. Доводы сторон

а) Заявители

93. Заявители полагали, что в настоящем деле речь не идет о международном похищении детей по смыслу Гаагской конвенции. Заявители прежде всего утверждали, что вывоз Ноама с территории Израиля его матерью не являлся незаконным по смыслу этой конвенции. По мнению заявителей, власти Швейцарии совершают явную ошибку в оценке, когда считают, что решение, вынесенное 17 ноября 2004 г. судом Израиля, предоставило матери временную опеку (*temporary custody*).

94. Заявители считали законным перемещение ребенка в Швейцарию, в частности, по следующим причинам: поведение отца в отношении заявительницы и высказанные им в ее адрес угрозы убийством являлись основанием для применения специальной защитной меры, предоставленной 12 января 2005 г.; отец из-за демонстрируемого им публично религиозного фанатизма хотел в одностороннем порядке навязать своему малолетнему ребенку, вопреки его интересам и несмотря

¹ Согласно статье 35 Конвенции, предписывающей условия приемлемости жалобы Европейским Судом, Суд может принять дело к рассмотрению «только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты» (примеч. переводчика).

на выраженное матерью несогласие, ультраортодоксальные образ жизни и радикальное религиозное воспитание; в отношении него 20 марта 2005 г. был выдан ордер на арест в связи с неуплатой алиментов, а его права доступа были ограничены и осуществлялись под наблюдением социальных служб из-за его безответственного поведения; поданные против него в Израиле в уголовном порядке жалобы по-прежнему неэффективны; наконец, перемещение ребенка являлось законным согласно закону Израиля № 5722–1962 «О правоспособности и опеке» (*Capacity and Guardianship Law*), статья 25 которого *in fine* предусматривает, что в случае разногласий между родителями ребенок в возрасте до шести лет должен остаться со своей матерью, а статья 18 которого *in fine* прямо разрешает кому-либо из родителей действовать в одиночку в чрезвычайной ситуации, что в особенности имело бы место в тех случаях, когда родитель имеет право опеки над ребенком.

β) *Власти Швейцарии*

95. Власти Швейцарии полагали, что перемещение заявителя являлось незаконным. Подчеркнув, что подготовленный в апреле 1981 года Пояснительный доклад к Гаагской конвенции противопоставляет «права опеки» простым «правам доступа», власти Швейцарии утверждали, что «были бы достигнуты спорные результаты, если посредством предоставленной правам опеки и доступа равной защиты применение Гаагской конвенции привело бы, по существу, к замене обладателей одного права обладателями другого права». Поэтому вопрос о том, существует ли совместная опека, должен быть решен в каждом конкретном случае в свете законодательства места постоянного проживания ребенка.

96. По мнению властей Швейцарии, представляется очевидным, с точки зрения определения, данного в пункте «а» статьи 5 Гаагской конвенции, что родительские права (*guardianship*) в Израиле охватывают «права, относящиеся к заботе о личности ребенка, и, в частности, право определять место жительства ребенка» по смыслу этого положения. Данное толкование подтверждается тем, что статья 3 Гаагской конвенции прямо упоминает случай, когда, как в настоящем деле, права опеки осуществляются совместно. Из Пояснительного доклада ясно следует, что речь, в частности, идет о случаях совместной опеки после расставания или развода родителей. В связи с этим власти Швейцарии подчеркнули, что Гаагская конвенция прямо предусматривает незаконность перемещения ребенка вопреки воле родителя, который наделен правами совместной опеки, но с которым ребенок не проживает.

97. Точка зрения, согласно которой совместное осуществление родительских прав не име-

ет значения для дела, поскольку мать наделена правами опеки (*custody*), выраженная в особом мнении судьи Шпильманна, прилагающемся к Постановлению Палаты Европейского Суда, не находит достаточного обоснования в выдержках из Пояснительного доклада, процитированных в этом мнении. Относительно замечания судьи Шпильманна, в котором, в частности, отмечалось, что Пояснительный доклад, по-видимому, проводит различие между правами опеки и родительскими правами, что касается детей, переданных в учреждения, власти Швейцарии утверждали, что из соответствующей выдержки следует, что в случае принудительного помещения ребенка на попечение именно соответствующее учреждение осуществляет над ним опеку по смыслу Гаагской конвенции. Утверждая, что в подобном случае учреждение призвано заботиться о потребностях ребенка и, в частности, определять его место жительства, власти Швейцарии пришли к выводу, что эта выдержка также подтверждает, что опека для целей Гаагской конвенции соответствует в законодательстве Израиля родительским правам (*guardianship*), а не опеке (*custody*).

98. С учетом вышеизложенного власти Швейцарии сочли, что Гаагская конвенция применима и перемещение заявителя за пределы Израиля должно рассматриваться как незаконное по смыслу этой конвенции. Все органы, занимавшиеся этим делом, будь то органы власти Израиля, органы власти Швейцарии или Палата Европейского Суда, разделяют, к тому же, данное мнение.

iii. Мнение Европейского Суда

99. В настоящем деле Европейский Суд отмечает, что постановление Федерального суда Швейцарии от 16 августа 2007 г. основывается главным образом на Гаагской конвенции, инкорпорированной в законодательство Швейцарии. Тем не менее заявители оспаривали применимость этого инструмента в настоящем деле, так как, по их мнению, вывоз Ноама с территории Израиля его матерью не являлся незаконным. Европейский Суд должен, таким образом, рассмотреть вопрос о том, являлась ли Гаагская конвенция достаточной правовой основой для предписания возвращения ребенка в Израиль.

100. Европейский Суд прежде всего напоминает, что толкование внутригосударственного законодательства входит в первую очередь в компетенцию внутригосударственных органов власти, в особенности судов. Это относится и к тем случаям, когда законодательство государства-ответчика ссылается на нормы общего международного права или на международные соглашения. Роль Европейского Суда сводится к тому, чтобы установить их применимость и совместимость данного им толкования с требованиями Конвенции (см. Постановления

Большой Палаты Европейского Суда по делам «Уэйт и Кеннеди против Германии» (Waite and Kennedy v. Germany), жалоба № 26083/94, § 54, ECHR 1999-I, и «Корбей против Венгрии» (Korbely v. Hungary), жалоба № 9174/02, § 72, ECHR 2008).

101. В настоящем деле перемещение заявителя было рассмотрено тремя внутригосударственными судами, которые все пришли к выводу в надлежащим образом мотивированных решениях, что это перемещение являлось незаконным по смыслу Гаагской конвенции. Эта оценка была подтверждена Палатой Европейского Суда главным образом по двум причинам: с одной стороны, хотя заявительнице была поручена по крайней мере временная опека над ребенком, отец совместно с матерью осуществлял родительские права (*guardianship*) в соответствии с законодательством Израиля; с другой стороны, перемещение Ноама делало предоставленные отцу права доступа иллюзорными на практике.

102. Необходимо также отметить, что понятие прав опеки для целей Гаагской конвенции имеет автономное значение (см. выше §§ 66–67), поскольку призвано применяться ко всем государствам – участникам этой конвенции, правовые системы которых могут различаться, в том что касается определения этого понятия. В настоящем деле складывается впечатление, что в законодательстве Израиля институт родительских прав (*guardianship*) близок к правам опеки по смыслу пункта «а» статьи 5 Гаагской конвенции, которые, действительно включают в себя право «определять место жительства» ребенка. Однако родительские права (*guardianship*) также включают это право. В настоящем деле это право было нарушено, так как должно было осуществляться совместно обоими родителями; кроме того, отсутствуют какие-либо основания полагать, что оно не осуществлялось эффективно до перемещения ребенка, как того требует подпункт «b» абзаца первого статьи 3 Гаагской конвенции.

103. Помимо этого, следует учитывать, что мать увезла ребенка в Швейцарию в нарушение постановления о запрете покидать территорию Израиля, установленном по ее ходатайству компетентным судом Израиля. Представляется, вместе с тем, что суды некоторых государств рассматривают нарушение подобных постановлений в качестве основания для применения Гаагской конвенции (см. выше §§ 69–74).

104. Наконец, даже если в принципе Гаагская конвенция применяется лишь в случае нарушения прав опеки, из ее преамбулы, пункта «b» статьи 1 и статьи 21 (см. выше § 57) следует, что она также направлена на защиту прав доступа. В настоящем деле, тем не менее, не вызывает сомнений, что перемещение заявителя негативно отразилось на возможности его отца осуществлять предоставленные ему права доступа.

105. С учетом вышеизложенного Европейский Суд так же, как и Палата Европейского Суда, полагает, что заявительница переместила своего ребенка из Израиля в Швейцарию «незаконно» по смыслу статьи 3 Гаагской конвенции. Тем самым она совершила похищение по смыслу этой конвенции, которая, таким образом, применима в настоящем деле. Следовательно, предписывая возвратить ребенка в соответствии со статьей 12 Гаагской конвенции, оспариваемая мера имела достаточную правовую основу.

b. Правомерная цель вмешательства

106. Европейский Суд разделяет мнение Палаты Европейского Суда, согласно которому решение о возвращении ребенка, принятое Федеральным судом Швейцарии, преследовало правомерную цель защиты прав и свобод Ноама и его отца, что, впрочем, не оспаривалось сторонами при рассмотрении дела Большой Палатой Европейского Суда.

с. Необходимость вмешательства в демократическом обществе

i. Постановление Палаты Европейского Суда

107. По мнению Палаты Европейского Суда, вмешательство, которое заключалось бы в возвращении Ноама, не являлось несоразмерным. В связи с этим Палата Европейского Суда отметила многочисленные меры, принятые органами власти Израиля для защиты заявителей, когда они еще проживали в этой стране. Возвращение в Израиль было возможно как для матери, так и для ребенка, учитывая, что ребенок был в таком возрасте, когда он еще мог адаптироваться (см. §§ 80 и 89 Постановления Палаты Европейского Суда). Что касается риска матери подвергнуться уголовному наказанию, Палата Европейского Суда сочла заслуживающими доверия гарантии, предоставленные органами власти Израиля по этому вопросу, с учетом, в частности, их отношения к матери и ребенку до их отъезда в Швейцарию (*ibid.*¹, § 90). Палата Европейского Суда также подчеркнула, что в наилучших интересах любого ребенка расти в обстановке, позволяющей ему поддерживать регулярные контакты с обоими родителями (*ibid.*, § 91). Кроме того, отсутствуют какие-либо доказательства, указывающие на то, что заявительница не смогла бы влиять на религиозное воспитание своего сына или что органы власти и суды Израиля не смогли бы помешать отцу отправить его в религиозную школу «Хедер» (*Heder*)² (*ibid.*, § 92).

¹ *Ibidem* (лат.) – там же (примеч. переводчика).

² Хедер – традиционная начальная еврейская школа (примеч. переводчика).

ii. Доводы сторон

а) Заявители

108. Заявители указали, что в настоящем деле следует помнить о том, что заявительница наделена правами опеки над ребенком, тогда как отец имеет лишь ограниченные права доступа, осуществляемые под наблюдением, с учетом его, по их мнению, недопустимого поведения, которое единогласно было признано таковым всеми судьями, рассматривавшими это дело. По мнению заявителей, это обстоятельство имеет существенное значение, так как четко отличает настоящее дело от дела «Бьянки против Швейцарии» (*Bianchi v. Switzerland*) (см. Постановление Европейского Суда от 22 июня 2006 г., жалоба № 7548/04, § 77), в котором Европейский Суд подчеркнул следующее: он не должен подменять собой компетентные органы власти в регулировании вопросов опеки и доступа, но может, тем не менее, оценить с точки зрения Конвенции решения, вынесенные этими органами власти при осуществлении ими своих дискреционных полномочий.

109. Заявители сочли, что использованный Федеральным судом Швейцарии метод очень существенно отличается от метода, примененного первыми двумя инстанциями для обоснования их соответствующих решений: если эти инстанции отказались придерживаться слишком ограничительного толкования положений, вытекающих из соответствующих международных договоров, этого нельзя сказать о Федеральном суде Швейцарии, который ограничил сферу своего анализа, намеренно применив явно ограничительную позицию. Тогда как нижестоящие судьи высказались против возвращения, основываясь, в частности, на наилучших интересах ребенка, а также на очень серьезном риске угрозы причинения психологического вреда и на невыносимых условиях, с которыми, по их мнению, он столкнется в случае возвращения в Израиль вместе со своей матерью или без нее, Федеральный суд Швейцарии просто-напросто отверг этот подход, хотя и подкрепленный заключением экспертизы, заявив, что подлежащая принятию мера заключалась, в конечном счете, в том, чтобы заставить наделенную правами опеки мать вернуться в Израиль вместе с ребенком под угрозой разлучения с ним. Однако заявительница всегда утверждала, что не вернется в Израиль не только из-за невыносимых условий, которые и вынудили ее уехать оттуда в июне 2005 года, но и из-за переселения ее и ее ребенка в чужую страну и судебных проблем, с которыми она там столкнется. К тому же, поскольку заявительница является единственной, кто финансово обеспечивает ребенка, ее вряд ли можно разумно вынудить бросить свою работу в Швейцарии. Более того, ребенок и его мать полностью интегрированы в среду и социальную жизнь г. Лозанны уже более четырех лет.

110. Заявители полагали, что риск заключения матери под стражу в случае возвращения в Израиль подтвержден, а гражданские последствия разлучения с сыном будут катастрофическими. Заявители утверждали, что в соответствии с уголовным законом Израиля № 5737–1977 матери грозит весьма суровое уголовное наказание и что вопреки тому, что указал Федеральный суд Швейцарии, ей почти наверняка будет назначено такое наказание в случае возвращения в Израиль, что бесспорно будет представлять собой, как по их мнению, так и согласно заключению врача-эксперта от 16 апреля 2007 г., серьезную психологическую травму и невыносимые условия для ребенка, которого на практике немедленно и болезненно разлучат с его матерью. Заявители утверждали, что последствия заключения заявительницы под стражу в Израиле будут также катастрофическими в гражданском плане для будущего матери и сына. Заявители утверждали, что в подобном случае Ноам, разлученный со своей содержащейся под стражей матерью, не будет доверен и своему отцу из-за ранее вынесенных в отношении него решений, его нестабильности и недостатка средств. На данном этапе заявители напомнили, что отец снова женился 1 ноября 2005 г. на Дж., с которой расторг брак 29 марта 2006 г., когда она была беременна; заявители уточнили, что затем он заключил третий союз и в отношении него вновь было возбуждено производство в 2008 году, на этот раз его второй супругой, в связи с неуплатой алиментов на их дочь.

111. Заявители также утверждали, что ни органы власти Израиля, ни власти государства-ответчика не предоставили надежных гарантий того, что в случае возвращения в Израиль заявительница не подвергнется уголовному наказанию и разлучению со своим ребенком, который находится под ее опекой. Письмо, представленное властями государства-ответчика в обоснование своих замечаний от 15 февраля 2008 г. (приложение № 3; см. выше § 40), не содержало каких-либо элементов, позволяющих с уверенностью исключить любой риск назначения заявительнице уголовного наказания в случае возвращения.

112. Заявители, помимо этого, напомнили, что в заключении эксперта от 16 апреля 2007 г. доктор Б., врач-эксперт, с учетом того, что мать исключила возвращение в Израиль из-за судебных рисков, с которыми она столкнется, пришел к выводу, что возвращение ребенка без матери будет представлять собой серьезную психологическую травму, способную повлечь крайнюю тревожность в связи с разлукой и сопровождающуюся серьезной угрозой тяжелой депрессии.

113. По утверждению заявителей, мнение, выраженное Федеральным судом Швейцарии и властями государства-ответчика в настоящем деле, не отражает ни мнения Федерального совета Швейцарии, доктрины и Парламента Швейцарии, ни

мнения основных организаций, с которыми были проведены консультации перед принятием 21 декабря 2007 г. нового федерального закона «О международном похищении детей и Гаагских конвенциях о защите детей и совершеннолетних».

114. Невозвращение ребенка в Израиль также не нанесет ущерба международной системе защиты, установленной Гаагской конвенцией, а, напротив, укрепит ее. По мнению заявителей, несмотря на то, что принцип этой конвенции заключается в возвращении незаконно перемещенного ребенка в государство его постоянного проживания при помощи назначенных для этой цели Центральных органов, необходимо, тем не менее, подчеркнуть, что из этого принципа есть исключение в случае, когда возвращение подвергнет ребенка очень серьезному риску причинения ему физического или психологического вреда и(или) поставит его в невыносимые условия (пункт «b» статьи 13 Гаагской конвенции). Кроме того, заявители напомнили, что на сегодняшний день Гаагская конвенция более не является единственным инструментом оценки, применимым к процедурам такого характера. Заявители подчеркнули, что Конвенция о правах ребенка уделяет наилучшему обеспечению интересов ребенка первоочередное внимание во всех действиях в отношении него. Поэтому заявители полагали, что Федеральный суд Швейцарии не должен был игнорировать наилучшие интересы ребенка, и с этой целью ему следовало, с одной стороны, конкретно и объективно установить и взвесить последствия возможного возвращения заявителя в Израиль, а с другой – установить и описать до вынесения решения соответствующие механизмы, которые будут применяться после возможного возвращения ребенка.

115. Что касается возможности для родителей совместно принимать решения о воспитании ребенка, она в настоящем деле не рассматривается из-за радикальной позиции, занятой отцом. Заявители в связи с этим подчеркнули, что на момент заключения 16 октября 2001 г. брака с заявительницей г-н Шурук еще не занял радикальную религиозную позицию. Только начиная с осени 2003 года, то есть вскоре после рождения ребенка, отец решил, невзирая на мнение матери, присоединиться к ультраортодоксальному религиозному движению, полностью изменив, таким образом, правила жизни, принятые супругами на момент заключения брака. Г-н Шурук, впрочем, не оспаривал, что присоединился к ультраортодоксальному иудейскому движению «Любавич», которое, по мнению заявителей, является традиционным «мистическим и аскетическим течением», относящимся к хасидскому иудаизму и занимающимся настойчивым прозелитизмом. Г-н Шурук также не оспаривал, что пытался навязать своей жене и ребенку радикальный образ жизни, кото-

рый, например, требует от женщин скрывать свои волосы, а от мальчиков – быть направленными в возрасте трех лет в религиозные школы «Хедер». В связи с этим заявительница уточнила, что не намерена отрывать сына от его корней, и начиная с 2006 года он посещает муниципальное светское детское учреждение один день в неделю и частное израильское детское учреждение, лицензированное государством, где ему преподают, помимо модулей школьной программы кантона Во, основные принципы иудаизма.

116. Наконец, заявители утверждали, что защита ребенка требует, чтобы органы власти запрашиваемого государства заранее приняли все меры предосторожности, необходимые для предписанного возвращения. Заявители, однако, сочли, что, в частности, из замечаний властей Швейцарии от 15 февраля 2008 г. следует, что постановление Федерального суда Швейцарии от 16 августа 2007 г. не предусматривало какого-либо механизма его исполнения.

117. По этим причинам заявители пришли к выводу, что возвращение ребенка в Израиль будет представлять собой необоснованное в демократическом обществе вмешательство в осуществление их права на уважение семейной жизни, закрепленного в статье 8 Конвенции.

β) Власти Швейцарии

118. Власти Швейцарии полагали, что, если возвращение в Израиль причиняет заявительнице какие-либо неудобства, которые она расценивает как неудовлетворительные, эти неудобства присущи системе Гаагской конвенции и не могут сделать ее механизм неработоспособным. По утверждению властей Швейцарии, только в том случае, когда возвращение повлечет за собой нарушения прав человека, выходящие за рамки вмешательства, присущего предусмотренному Гаагской конвенцией возвращению, оно должно быть объявлено противоречащим Конвенции, что к тому же, предусмотрено статьей 20 Гаагской конвенции. По мнению властей Швейцарии, исключения из требования о возвращении ребенка должны применяться ограничительно, чтобы не допустить существования Гаагской конвенции лишь на бумаге.

119. Власти Швейцарии опирались также на Постановление Европейского Суда по делу «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Mau-mousseau and Washington v. France) от 6 декабря 2007 г. (жалоба № 39388/05), в котором Европейский Суд уточнил, что цель Гаагской конвенции заключается в том, чтобы помешать родителю-похитителю добиться узаконивания по прошествии времени, действующего в его пользу, фактической ситуации, созданной им в одностороннем порядке. В этом деле внутригосударственные органы власти, в частности, подчеркнули, что мать могла, вопреки

ее утверждениям, сопровождать своего ребенка в государство его постоянного проживания, чтобы там отстаивать свои права. Европейский Суд придал этому элементу решающее значение, поскольку мать имела свободный доступ на территорию соответствующего государства и могла обратиться там в компетентные судебные органы.

120. По мнению властей Швейцарии, аргументация, приведенная в особых мнениях по настоящему делу и воспроизведенная заявителями в ходатайстве о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты Европейского Суда, не может поставить под сомнение обоснованность оценки, данной Федеральным судом Швейцарии и Палатой Европейского Суда. Нельзя предположить в контексте Гагской конвенции, что хорошая социальная интеграция заявительницы в г. Лозанне помешает ей сопровождать заявителя в случае его возвращения в Израиль. Поскольку заявительница прожила в Израиле шесть лет, следует признать, что у нее там есть определенная социальная сеть. В связи с этим власти Швейцарии подчеркнули, что в заключении эксперта – доктора Б. упоминается, что заявительница решила обосноваться в Израиле после того, как провела там отпуск со своей семьей.

121. Что касается угрозы подвергнуться уголовному наказанию, власти Швейцарии сочли, что несовпадающие особые мнения и ходатайство заявителей о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты Европейского Суда не содержат ничего нового. Власти Швейцарии подчеркнули, что из письма Центрального органа Израйля, переданного палате по делам опеки отцом ребенка, конечно, следует, что уголовное законодательство Израйля предусматривает наказание в виде лишения свободы за похищение ребенка; однако руководящие указания прокуратуры Израйля предусматривают, что когда полиция занимается таким делом, то она передает информацию о нем в Центральный орган Израйля, который отвечает за применение Гагской конвенции и затем выносит рекомендации по регулированию конкретного случая. В связи с этим власти Швейцарии напомнили, что согласно соответствующим руководящим указаниям уголовное дело должно быть возбуждено только в самых исключительных случаях и что Центральный орган Израйля указал, что в настоящем деле намеревается дать полиции инструкцию прекратить уголовное дело, если заявительница продемонстрирует готовность сотрудничать с властями Израйля и уважать права доступа, предоставленные отцу судом по семейным делам Тель-Авивского округа, и если она снова не исчезнет с ребенком (письмо от 30 апреля 2007 г., прилагающееся к замечаниям властей Швейцарии от 14 августа 2009 г.). В связи с изложенным власти Швейцарии полагали, что система Гагской конвенции основана на взаимном доверии государств – участников этого инструмента, и что, если одно государство не будет соблюдать

предоставляемые им гарантии, оно подвергнется риску того, что другие государства больше не будут сотрудничать с ним в установленном порядке. Поэтому власти Швейцарии согласились с мнением Палаты Европейского Суда, согласно которому отсутствуют основания сомневаться в надежности гарантий, предоставленных в этом письме, и заявительница не рискует подвергнуться уголовному наказанию (см. § 90 Постановления Палаты Европейского Суда).

122. Власти Швейцарии также сочли, что на протяжении всей внутригосударственной процедуры заявительница никогда не упоминала малейшего конкретного доказательства, касающегося возможных судебных последствий, с которыми она столкнется в случае возвращения. Как раз наоборот, заявительница в ходе слушания у мирового судьи 29 августа 2006 г. утверждала, что даже не рассматривала возможность возвращения в Израиль и не знала, чем она лично рискует, если вернется в эту страну.

123. Наконец, факт того, что отец заявителя не выполняет свои обязательства по его содержанию, также не препятствует тому, что от заявительницы можно обоснованно ожидать возвращения в Израиль. По мнению властей Швейцарии, исключительно с точки зрения наилучших интересов ребенка, для него будет, без сомнения, предпочтительнее расти, поддерживая контакты со своим отцом, даже если тот не обеспечивает его материальные потребности, чем расти, не зная его.

124. В ответ на опасения, выраженные в особых мнениях и воспроизведенных заявителями в их ходатайстве о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты Европейского Суда, согласно которым, во-первых, любая попытка заявительницы оказать влияние на религиозное воспитание ее сына была обречена на провал, и, во-вторых, Палата Европейского Суда абстрактно основывалась на правовой системе, принципы которой в сфере семейного права иногда существенно отличаются от принципов, применяемых в Европе, власти Швейцарии сослались на Пояснительный доклад к Гагской конвенции, согласно которому одна из проблем, учтенных при разработке конвенции, заключалась в предотвращении риска того, что решения, вынесенные в соответствии с этим инструментом, будут отражать «проявления культурных, социальных и т.д. особенностей конкретного национального сообщества» и, таким образом, по существу будут содержать «субъективные оценочные суждения о другом национальном сообществе, из которого ребенок был похищен» (см. § 22 Пояснительного доклада). Более того, в случае возникновения разногласий по поводу религиозного воспитания несовершеннолетнего суд, рассматривающий вопрос о предоставлении родительских прав, будет принимать решение исходя из наилучших интересов ребенка. Независимо

от того, были ли суды Израиля, рассматривавшие дело, религиозными или светскими, необходимо отметить, что они следовали рекомендациям социального работника, занимавшейся этим делом, и ввели многочисленные ограничения в отношении отца заявителя, хотя его поведение было связано с его религиозными идеями. Таким образом, отсутствуют какие-либо основания утверждать, что эти судебные органы не действовали надлежащим образом ввиду «религиозного контекста дела».

125. Власти Швейцарии также напомнили, что до отъезда заявителей их семейная ситуация тщательно отслеживалась социальными службами г. Тель-Авива и судом по семейным делам Тель-Авивского округа, который, в частности, запретил отцу ребенка приближаться к квартире заявительницы и к детскому саду, где находился заявитель, беспокоить или преследовать заявительницу каким бы то ни было образом, в том числе психически и в любом месте, использовать квартиру, в которой она проживала, а также носить или хранить оружие. Власти Швейцарии подчеркнули, что факт соблюдения отцом этих мер не оспаривается (см. протокол судебного заседания от 29 августа 2006 г. у мирового судьи).

126. Из письма, адресованного Центральным органом Израиля кантональному суду, также следует, что закон Израиля 1991 года «О предупреждении семейного насилия» предусматривает меры защиты в случае утверждений о насилии в семье (см. письмо от 12 марта 2007 г. в приложении № 6 к замечаниям властей Швейцарии от 14 августа 2009 г.). Поведение властей Израиля и меры, принятые до отъезда заявительницы с сыном, свидетельствуют о том, что положения этого закона были применены эффективно. При таких обстоятельствах и с учетом мер, принятых властями Израиля, власти Швейцарии полагали, что поведение отца заявителя не представляет риска по смыслу пункта «b» статьи 13 Гаагской конвенции.

127. Наконец, длительное пребывание заявителей в Швейцарии не является препятствием к их возвращению в рамках применения Гаагской конвенции. Власти Швейцарии, ссылаясь в связи с этим на Постановление Палаты Европейского Суда, сочли, в частности, что с учетом своего юного возраста заявитель не будет подвергнут какому-либо риску по смыслу соответствующих положений.

128. Поскольку заявители также критиковали постановление Федерального суда Швейцарии от 16 августа 2007 г. в связи с тем, что оно не предусматривает какого-либо механизма исполнения, власти Швейцарии напомнили, что исполнение решений Федерального суда Швейцарии относится к компетенции кантональных органов власти. Власти Швейцарии уточнили следующее: компетентным органом власти в настоящем деле являлся мировой судья округа Лозанна, который вынес

решение в первой инстанции; 20 августа 2007 г. отец ребенка обратился в этот орган с заявлением о назначении для ребенка попечителя *ad hoc*, ответственного за организацию его отъезда в соответствии с решением Федерального суда Швейцарии; так как Европейским Судом 27 сентября 2007 г. было решено приостановить исполнение по настоящему делу, 1 октября 2007 г. отец отозвал свое заявление. Таковы причины, по которым на данном этапе условия возвращения ребенка еще не определены. Власти Швейцарии также напомнили, что Федеральный суд Швейцарии в постановлении от 16 августа 2007 г. предписал вернуть ребенка исходя из предположения о том, что мать будет сопровождать его. Кроме того, в первую очередь ответственность за организацию возвращения лежит на заявительнице, которая, похитив своего сына, привела к возникновению настоящего спора. Власти Швейцарии, однако, отметили, что если бы заявительница выразила органу власти, уполномоченному исполнить постановление Федерального суда Швейцарии, конкретные опасения, связанные с определенными аспектами возвращения в Израиль, то указанный орган мог бы рассмотреть меры по исправлению ситуации. Наконец, органы власти Швейцарии не рассматривали дополнительно условия возвращения ребенка в связи с принятыми Европейским Судом обеспечительными мерами.

129. Власти Швейцарии отметили следующее: очевидно, что после более чем четырехлетнего пребывания в принимающей стране невозможно больше говорить о незамедлительном возвращении по смыслу Гаагской конвенции; хотя на момент вынесения постановления Федерального суда Швейцарии было обоснованным не принимать во внимание течение времени, в настоящее время ситуация изменилась. Иными словами, власти Швейцарии полагали, что органы, уполномоченные организовать возвращение, имеют право и обязанность рассмотреть, в каких условиях это возвращение может быть осуществлено без нарушения прав заинтересованных лиц.

130. Принимая во внимание вышеизложенное, власти Швейцарии убеждены в том, что условия, указанные в пункте «b» статьи 13 Гаагской конвенции, в настоящем деле явно не выполнены, и осуществленное в соответствии с этим положением сопоставление имеющихся интересов, даже если оно влечет за собой тяжелые для заявительницы последствия, отвечает требованиям пункта 2 статьи 8 Конвенции.

iii. Мнение Европейского Суда

a) Общие принципы

131. Конвенция должна толковаться не изолированно, а в соответствии с общими принципами

международного права. Действительно, следует, согласно подпункту «с» пункта 3 статьи 31 Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров¹, учитывать «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками», в частности, нормы, касающиеся международной защиты прав человека (см. Постановление Европейского Суда по делу «Голдер против Соединенного Королевства» (Golder v. United Kingdom) от 21 февраля 1975 г., § 29, Series A, № 18; Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Штрелец, Кесслер и Кренц против Германии» (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany), жалобы №№ 34044/96, 35532/97 и 44801/98, § 90, ECHR 2001-II; и «Аль-Адсани против Соединенного Королевства» (Al-Adsani v. United Kingdom), жалоба № 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI).

132. Что касается международного похищения детей, то обязательства, возлагаемые статьей 8 Конвенции на Договаривающиеся Государства, должны, таким образом, толковаться с учетом, в частности, Гаагской конвенции от 25 октября 1980 г. о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (см. Постановления Европейского Суда по делам «Иглесиас Хиль и A.U.I. против Испании» (Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain), жалоба № 56673/00², § 51, ECHR 2003-V, и «Игнакколо-Зениде против Румынии» (Ignaccolo-Zenide v. Romania), жалоба № 31679/96³, § 95, ECHR 2000-I) и Конвенции от 20 ноября 1989 г. о правах ребенка (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Мер против Португалии» (Maire v. Portugal), § 72). Европейский Суд, например, неоднократно руководствовался Гаагской конвенцией, а именно ее статьей 11, когда сталкивался с вопросом о том, действовали ли судебные или административные органы, рассматривавшие заявление о возвращении ребенка, с необходимыми оперативностью и усердием, поскольку любое бездействие продолжительностью более шести недель может привести к требованию объяснить причины задержки (что касается текста этого положения, см. выше § 57; что касается примеров его применения, см. Постановление Европейского Суда по делу «Карлсон против Швейцарии» (Carlson v. Switzerland) от 6 ноября 2008 г., жалоба № 49492/06, § 76; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Игнакколо-Зениде против Румынии» (Ignaccolo-Zenide v. Romania), § 102; Постановление Европейского Суда по делу «Монори против Румынии и Венгрии» (Monory v. Romania and

Hungary) от 5 апреля 2005 г., жалоба № 71099/01, § 82; и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Бьянки против Швейцарии» (Bianchi v. Switzerland), § 94).

133. Тем не менее Европейский Суд должен также принимать во внимание особый характер Конвенции как инструмента европейского общественного порядка для защиты людей и свою собственную миссию, установленную в статье 19 Конвенции и заключающуюся в «обеспечении соблюдения обязательств, принятых на себя Высокими Договаривающимися Сторонами» Конвенции (см., среди прочих, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Лоизиду против Турции» (Loizidou v. Turkey) (предварительные возражения) от 23 марта 1995 г., § 93, серия A, № 310). Поэтому Европейский Суд обладает компетенцией по осуществлению контроля над процедурой, соблюдаемой во внутригосударственных судах, в частности, чтобы установить, были ли этими судами при применении и толковании Гаагской конвенции соблюдены гарантии Конвенции, а именно гарантии статьи 8 (см. по этому вопросу упомянутые выше Постановления Европейского Суда по делам «Бьянки против Швейцарии» (Bianchi v. Switzerland), § 92, и «Карлсон против Швейцарии» (Carlson v. Switzerland), § 73).

134. В этой области решающий фактор заключается в том, чтобы установить, было ли в пределах свободы усмотрения, предоставленной государствам в этом вопросе, достигнуто справедливое равновесие, которое должно существовать между затронутыми конкурирующими интересами, включая интересы ребенка, обоих родителей и общественного порядка (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Mamoussseau and Washington v. France), § 62), с учетом, однако, того, что наилучшие интересы ребенка должны являться определяющим соображением (см. в связи с этим Постановление Европейского Суда по делу «Гнаоре против Франции» (Gnahoré v. France), жалоба № 40031/98, § 59, ECHR 2000-IX), о чем, кроме того, свидетельствует Преамбула к Гаагской конвенции, согласно которой «интересы детей имеют первостепенное значение в вопросах, касающихся опеки над ними». Наилучшие интересы ребенка могут в зависимости от их характера и серьезности, превалировать над интересами родителей (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Сахин против Германии» (Sahin v. Germany), жалоба № 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII). Интересы родителей, в частности, заинтересованность в поддержании регулярного контакта с ребенком, играют, тем не менее, роль при уравнивании различных затронутых интересов (*ibid.*; Постановления Европейского Суда по делам «Хазе против Германии» (Haase v. Germany), жалоба № 11057/02, § 89, ECHR 2004-III; или «Куцнер

¹ Венская конвенция от 23 мая 1969 г. о праве международных договоров (примеч. переводчика).

² См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 1 (примеч. редактора).

³ См.: там же (примеч. редактора).

против Германии» (*Kutzner v. Germany*), жалоба № 46544/99¹, § 58, ECHR 2002-I, с многочисленными ссылками на практику, упомянутыми в нем.).

135. Европейский Суд отмечает, что в настоящее время существует широкий консенсус, в том числе в международном праве, в поддержку идеи о том, что во всех решениях, касающихся детей, их наилучшие интересы должны иметь первостепенное значение (см. выше многочисленные ссылки, приведенные в §§ 49–56, и, в частности, пункт 2 статьи 24 Хартии Европейского союза об основных правах). Как, например, указывает Хартия, «каждый ребенок имеет право регулярно поддерживать личные отношения и прямые контакты с обоими родителями, если только это не противоречит его интересам».

136. Интересы ребенка имеют двойной аспект. С одной стороны, они требуют, чтобы поддерживались связи между ним и его семьей, за исключением случаев, когда семья оказалась особенно неподходящей. Поэтому только совершенно исключительные обстоятельства могут в принципе привести к разрыву семейных уз, и необходимо приложить все усилия для того, чтобы поддерживать личные отношения и по возможности в подходящий момент «восстановить» семью (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гнаоре против Франции» (*Gnahoré v. France*), § 59). С другой стороны, не вызывает сомнений, что в этих же интересах гарантировать ребенку развитие в здоровой обстановке и что статья 8 Конвенции не может позволить родителю принять меры, наносящие вред здоровью и развитию его ребенка (см., среди прочих, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Эльсхольц против Германии» (*Elsholz v. Germany*), жалоба № 25735/94, § 50, ECHR 2000-VIII; и Постановление Европейского Суда по делу «Маршалек против Чешской Республики» (*Maršálek v. Czech Republic*) от 4 апреля 2006 г., жалоба № 8153/04, § 71).

137. Та же философия лежит в основе Гагской конвенции, которая предусматривает, как правило, незамедлительное возвращение похищенного ребенка, за исключением случаев, когда имеется очень серьезный риск того, что это возвращение создаст угрозу причинения ему физического или психологического вреда или иным образом поставит его в невыносимые условия (см. пункт «b» статьи 13). Иными словами, понятие наилучших интересов ребенка является также основополагающим и для Гагской конвенции. Кроме того, некоторые внутригосударственные суды прямо включили это понятие в применение термина «очень серьезный риск» по смыслу пункта «b» статьи 13

этой конвенции (см. выше §§ 58–64). Принимая во внимание вышеизложенное, Европейский Суд полагает, что статья 13 Гагской конвенции должна толковаться в соответствии с Конвенцией.

138. Из статьи 8 Конвенции следует, что возвращение ребенка не может быть предписано автоматически или механически, как только применяется Гагская конвенция. Наилучшие интересы ребенка, с точки зрения его личного развития, зависят действительно от ряда индивидуальных обстоятельств, таких как его возраст и уровень зрелости, наличие или отсутствие родителей, окружение, в котором он живет, и его личный опыт (см. выше § 52: Руководящие принципы Управления Верховного комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ ООН)). Поэтому наилучшие интересы ребенка должны оцениваться в каждом конкретном случае. Эта задача возлагается в первую очередь на внутригосударственные органы власти, которые часто имеют прямые контакты с заинтересованными сторонами. Для этого они располагают определенной свободой усмотрения, сопровождаемой, однако, европейским контролем, в рамках которого Европейский Суд рассматривает с точки зрения Конвенции решения, вынесенные ими при осуществлении этих полномочий (см., например, Постановление Европейского Суда по делу «Хокканен против Финляндии» (*Hokkanen v. Finland*) от 23 сентября 1994 г., § 55, серия A, № 299-A, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Куцнер против Германии» (*Kutzner v. Germany*), §§ 65–66; см. также Решение Европейского Суда по делу «Тиманн против Франции и Германии» (*Tiemann v. France and Germany*), жалобы №№ 47457/99 и 47458/99, ECHR 2000-IV; упомянутые выше Постановления Европейского Суда по делам «Бьянки против Швейцарии» (*Bianchi v. Switzerland*), § 92; и «Карлсон против Швейцарии» (*Carlson v. Switzerland*), § 69).

139. Помимо этого, Европейский Суд должен удостовериться, что процесс принятия решений, который привел внутригосударственные судебные органы к принятию оспариваемой меры, являлся справедливым и позволил заинтересованным лицам в полной мере воспользоваться своими правами (см. упомянутое выше Решение Европейского Суда по делу «Тиманн против Франции и Германии» (*Tiemann v. France and Germany*) и Решение Европейского Суда по делу «Эскинази и Челюш против Турции» (*Eskinazi and Chelouche v. Turkey*), жалоба № 14600/05, ECHR 2005-XIII). Для этого Европейский Суд должен проверить, провели ли внутригосударственные суды тщательное изучение семейной ситуации в целом и целого ряда факторов, в частности, фактического, эмоционального, психологического, материального и медицинского характера, а также дали ли они сбалансированную и обоснованную оценку соответствующим интересам каждого с неизменным стремлением к опреде-

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2017. № 11 (примеч. редактора).

лению того, что является наилучшим для похищенного ребенка решением в рамках заявления о возвращении в страну его происхождения (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France), § 74).

140. Европейскому Суду уже приходилось рассматривать вопрос о том, являлись ли условия исполнения меры по возвращению ребенка совместимыми с требованиями статьи 8 Конвенции. В деле «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France) (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по этому делу, § 83) Европейский Суд следующим образом определил возлагаемые в связи с этим на государства обязательства:

«Если статья 8 Конвенции преследует главным образом цель защитить индивида от произвольных вмешательств со стороны органов государственной власти, Европейский Суд напоминает, что она, помимо этого, порождает позитивные обязательства, присущие эффективному “уважению” семейной жизни. Что касается обязательства государства принять позитивные меры, статья 8 Конвенции подразумевает право родителя, в данном случае отца, на меры, направленные на его воссоединение с ребенком, и обязанность внутригосударственных органов власти принять такие меры (см., например, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу “Игнакколо-Зениде против Румынии” (Ignaccolo-Zenide v. Romania), § 94). Тем не менее это обязательство не является абсолютным, так как случается, что воссоединение родителя со своими детьми не может произойти сразу и требует подготовки. Характер и масштабы такой подготовки зависят от обстоятельств каждого дела, но взаимопонимание и сотрудничество всех заинтересованных сторон всегда являются важным фактором. Кроме того, когда возникают трудности, обусловленные главным образом отказом родителя, с которым находится ребенок, исполнить решение, предписывающее его незамедлительное возвращение, компетентным органам необходимо принять надлежащие меры с целью наказать за такой отказ от сотрудничества и, хотя меры принуждения в отношении детей являются, как правило, нежелательными в этой деликатной сфере, не следует исключать применения санкций в случае явно незаконного поведения родителя, с которым проживает ребенок (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Мер против Португалии» (Maire v. Portugal), § 76). Наконец, в такого рода делах о надлежащем характере меры следует судить по оперативности ее осуществления: процедуры, касающиеся предоставления родительских прав, в том числе исполнение решения, принятого по их завершении, действительно требуют срочного рассмотрения, так как истечение времени может иметь непоправимые для отношений ребенка и не проживающего с ним родителя последствия. Гаагская конвенция к тому же признает это, предусматривая комплекс мер, направленных на обеспечение незамедлительного возвращения детей, незаконно перемещенных в любое из Договаривающихся

государств либо удерживаемых в любом из Договаривающихся государств. Согласно статье 11 Гаагской конвенции соответствующие судебные или административные органы должны принимать безотлагательные меры для возвращения детей, поскольку любая задержка в принятии мер, превышающая шесть недель, может привести к требованию об объяснении ее причин (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу “Мер против Португалии” (Maire v. Portugal), § 74)».

β) Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

141. Европейский Суд не должен подменять собой компетентные органы власти при рассмотрении вопроса о том, столкнется ли ребенок в случае возвращения в Израиль с очень серьезным риском угрозы причинения ему психологического вреда по смыслу статьи 13 Гаагской конвенции. Однако Европейский Суд обладает компетенцией по установлению того, были ли внутригосударственными судами при применении и толковании положений этой конвенции соблюдены гарантии статьи 8 Конвенции, с учетом, в частности, наилучших интересов ребенка.

142. Европейский Суд отмечает, что суды государства-ответчика, рассматривавшие дело, не были единодушны в отношении подлежащих принятию мер. Так, 29 августа 2006 г. мировой судья округа Лозанна оставил заявление отца о возвращении ребенка без удовлетворения, сочтя, что речь шла о применении пункта «b» статьи 13 Гаагской конвенции (см. выше § 36). 22 мая 2007 г. это решение коллегией по делам опеки кантонального суда кантона Во было оставлено без изменения по существу (см. выше § 41). Однако 16 августа 2007 г. Федеральный суд Швейцарии удовлетворил жалобу отца и предписал вернуть Ноама. По мнению Федерального суда Швейцарии, постановление кантонального суда не содержало каких-либо доказательств наличия очень серьезного риска угрозы причинения ребенку вреда или невыносимых для него условий в случае (допустимом, согласно Федеральному суду Швейцарии), если мать вернется в Израиль (см. выше § 44). Наконец, 29 июня 2009 г. председатель суда округа Лозанна вынес постановление о применении обеспечительных мер, определив местом жительства Ноама место жительства его матери в г. Лозанне, приостановив право доступа отца к своему сыну и предоставив родительские права исключительно матери. Председатель суда округа Лозанна, в частности, отметил, что ни отец ребенка, ни его адвокат ни разу не присутствовали на слушаниях в этом суде, и поэтому счел, что отец утратил интерес к делу (см. выше § 47).

143. Кроме того, в нескольких заключениях эксперта был сделан вывод о наличии угрозы причинения ребенку вреда в случае возвращения

в Израиль. В соответствии с первым заключением, данным 16 апреля 2007 г. доктором Б., возвращение ребенка в Израиль со своей матерью создаст угрозу причинения ему психологического вреда, интенсивность которой не может быть оценена без знания условий этого возможного возвращения, в частности условий, которые будут предусмотрены для матери, и их возможных последствий для ребенка. Что касается возвращения ребенка без его матери, оно также создаст угрозу причинения ему серьезного психологического вреда (см. выше § 37). Второе заключение, данное 23 февраля 2009 г. доктором М.-А., содержало вывод о том, что внезапное возвращение Ноама в Израиль без своей матери станет для этого ребенка серьезной травмой и серьезным психологическим потрясением (см. выше § 46).

144. Таким образом, представляется, что, по мнению судов и экспертов государства-ответчика, возвращение Ноама было возможно в любом случае только вместе с матерью. Даже Федеральный суд Швейцарии, единственный судебный орган государства-ответчика, предписавший возвращение ребенка, основывал свое решение на мнении о том, что в отсутствие оснований, объективно объясняющих отказ матери возвращаться в Израиль, от нее можно было разумно ожидать возвращения в эту страну вместе с ребенком. Поэтому необходимо определить, обоснован ли этот вывод с точки зрения статьи 8 Конвенции, то есть является ли принудительное возвращение ребенка в сопровождении матери, несмотря на то, что она, похоже, исключает эту возможность, соразмерным вмешательством в осуществление каждым из заявителей права на уважение семейной жизни.

145. Даже если сомнения по этому поводу могут показаться оправданными, Европейский Суд готов признать, что в настоящем деле оспариваемая мера еще остается в пределах свободы усмотрения внутригосударственных органов власти в этой области. Тем не менее, чтобы судить о соблюдении требований статьи 8 Конвенции, следует также учитывать изменения, которые произошли с момента вынесения Федеральным судом Швейцарии постановления, предписывающего вернуть ребенка (см., *mutatis mutandis*, Постановление Европейского Суда по делу «Сильвестер против Австрии» (Sylvester v. Austria) от 24 апреля 2003 г., жалобы №№ 36812/97 и 40104/98). Европейский Суд должен действительно посмотреть на ситуацию в момент исполнения оспариваемой меры (см., *mutatis mutandis*, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маслов против Австрии» (Maslov v. Austria), жалоба № 1638/03, § 91, ECHR 2008). Если исполнение этой меры происходит через некоторое время после похищения ребенка, это может повлиять, в частности, на значимость в данной области Гаагской конвенции, которая является преимущественно инструмен-

том процессуального характера, а не договором о защите прав человека, имеющим защиту индивидов в качестве своей цели. Более того, в соответствии с абзацем вторым статьи 12 Гаагской конвенции, если процедуры начались по истечении срока в один год, указанного в первом абзаце, судебный или административный орган обязан, разумеется, предписать возвратить ребенка, но при условии, что не будет доказано, что ребенок адаптировался в новой среде (см. по этому вопросу Постановление Европейского Суда по делу «Кунс против Италии» (Koons v. Italy) от 30 сентября 2008 г., жалоба № 68183/01, §§ 51 и следующие).

146. Европейский Суд полагает, что может в данном случае опираться, *mutatis mutandis*, на свою практику о высылке иностранцев (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маслов против Австрии» (Maslov v. Austria), § 71; и Постановление Европейского Суда по делу «Эмре против Швейцарии» (Emre v. Switzerland) от 22 мая 2008 г., жалоба № 42034/04, § 68), согласно которой для оценки соразмерности меры по высылке в отношении несовершеннолетнего, адаптировавшегося в принимающей стране, необходимо учитывать его интересы и благополучие, в частности, серьезность затруднений, с которыми он может столкнуться в стране назначения, а также силу социальных, культурных и семейных связей со страной пребывания, с одной стороны, и со страной назначения, с другой. Также должна приниматься во внимание серьезность затруднений, с которыми рискует столкнуться один из членов семьи лица, которому угрожает высылка, в стране, в которую это лицо должно быть выслано (см. по этому вопросу Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Унер против Нидерландов» (Üner v. Netherlands), жалоба № 46410/99, § 57, ECHR 2006-XII).

147. Что касается Ноама, Европейский Суд отмечает, что он является гражданином Швейцарии и прибыл в страну в июне 2005 года в возрасте двух лет. С тех пор он проживает в Швейцарии непрерывно. По словам заявителей, в Швейцарии Ноам прекрасно адаптировался и с 2006 года посещает там муниципальное светское детское учреждение и частное израильское детское учреждение, лицензированное государством. Кроме того, он ходит в школу в Швейцарии и говорит по-французски (см. постановление о применении обеспечительных мер от 29 июня 2009 г. в § 47 выше). Даже если справедливо, что в его возрасте всё еще велика способность к адаптации, еще одно перемещение из его привычной среды, вероятно, будет иметь для него серьезные последствия, особенно если он вернется один, как следует из медицинских заключений. Возвращение Ноама в Израиль не может, таким образом, рассматриваться как благотворное.

148. Поэтому серьезное расстройство, которое принудительное возвращение заявителя может вызвать в его сознании, необходимо сопоставить с выгодой, которую он может извлечь из такого возвращения. В связи с этим следует вместе с судом округа Лозанна отметить, что еще до похищения ребенка суды Израиля наложили ограничения на право доступа отца, которому было разрешено видеть ребенка только два раза в неделю под наблюдением социальных служб в контактном центре г. Тель-Авива (см. выше § 47). Кроме того, по утверждению заявителей, не опровергнутому властями государства-ответчика, отец Ноама снова женился 1 ноября 2005 г. и расторг брак всего несколько месяцев спустя, когда его новая супруга была беременна. Затем он заключил третий союз, и в отношении него вновь было возбуждено производство в 2008 году, на этот раз своей второй супругой, в связи с неуплатой алиментов на свою дочь. Европейский Суд сомневается, что подобные обстоятельства, если предположить, что они подтверждены, благоприятны для благополучия и развития ребенка.

149. Что касается неудобств, которые возвращение повлечет для матери, мать может подвергнуться риску уголовного наказания степень этого риска, однако, еще предстоит определить. При рассмотрении дела в Европейском Суде заявители сослались на письмо Центрального органа Израиля от 30 апреля 2007 г., из которого следует, что возможный отказ органов власти Израиля от уголовного преследования сопровождается соблюдением ряда условий, связанных с поведением заявительницы (см. выше § 40). При таких обстоятельствах подобное преследование, которое в соответствующем случае может привести к назначению наказания в виде лишения свободы, нельзя полностью исключить (см., *a contrario*, Решение Европейского Суда по делу «Парадис и другие против Германии» (*Paradis and Others v. Germany*) от 15 мая 2003 г., жалоба № 4783/03). Становится очевидным, что такой сценарий не будет отвечать наилучшим интересам ребенка, поскольку заявительница является, вероятно, единственным человеком, с которым он связан.

150. Поэтому отказ матери вернуться в Израиль не представляется совершенно необоснованным. Имея гражданство Швейцарии, она имеет право остаться в этой стране. Даже если предположить, что она согласится вернуться в Израиль, возникает вопрос о том, кто будет содержать ребенка в случае, если заявительница подвергнется преследованию, а затем заключению под стражу. Можно сомневаться в способности отца сделать это, учитывая его прошлое и ограниченные финансовые ресурсы. Отец никогда не жил один вместе с ребенком и не видел его с момента его отъезда.

151. В заключение, и в свете всех этих соображений, а именно последующих изменений в ситу-

ации заявителей, указанных, в частности, в постановлении от 29 июня 2009 г. о применении временных мер, Европейский Суд не убежден в том, что в наилучших интересах ребенка вернуться в Израиль. Что касается матери, она подвергнется несоразмерному вмешательству в осуществление ею права на уважение семейной жизни, если будет вынуждена вернуться в Израиль. Таким образом, будет иметь место нарушение статьи 8 Конвенции в отношении обоих заявителей, если решение, предписывающее возвращение второго заявителя в Израиль, будет исполнено.

III. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ ПУНКТА 1 СТАТЬИ 6 КОНВЕНЦИИ

152. Палата Европейского Суда сочла, что жалоба на нарушение пункта 1 статьи 6 Конвенции должна рассматриваться как составляющая одного из основных пунктов жалобы на нарушение статьи 8 Конвенции, и отсутствуют основания рассматривать ее отдельно (см. § 104 Постановления Палаты Европейского Суда).

153. Большая Палата Европейского Суда считает целесообразным подтвердить этот вывод и отмечает, кроме того, что стороны не оспорили его в ходе рассмотрения дела в Большой Палате Европейского Суда.

IV. ПРИМЕНЕНИЕ СТАТЬИ 41 КОНВЕНЦИИ

154. Статья 41 Конвенции гласит:

«Если Европейский Суд объявляет, что имело место нарушение Конвенции или Протоколов к ней, а внутреннее право Высокой Договаривающейся Стороны допускает возможность лишь частичного устранения последствий этого нарушения, Европейский Суд, в случае необходимости, присуждает справедливую компенсацию потерпевшей стороне».

А. Ущерб

155. Заявителями не было предъявлено какого-либо требования о возмещении материального ущерба. Заявители полагали, что возможного факта установления нарушения статьи 8 Конвенции будет достаточно для возмещения причиненного им морального вреда.

156. Европейский Суд разделяет мнение заявителей и приходит к выводу, что какая-либо компенсация в качестве возмещения ущерба присуждению не подлежит.

В. Судебные расходы и издержки

157. В качестве возмещения судебных расходов и издержек заявители требовали присуждения им общей суммы в размере 53 625 евро, которая распределяется следующим образом: 18 158,81 евро

в качестве возмещения судебных расходов и издержек, понесенных в ходе внутригосударственного разбирательства, 13 112,92 евро в качестве возмещения судебных расходов и издержек, понесенных в рамках рассмотрения дела Палатой Европейского Суда и 22 353,27 евро в качестве возмещения судебных расходов и издержек, понесенных в рамках рассмотрения дела Большой Палатой Европейского Суда.

158. Власти Швейцарии напомнили, что вопросы, переданные Палатой Европейского Суда, касаются только части поданных жалоб. Поэтому власти Швейцарии полагали, что если Европейский Суд должен будет установить факт нарушения прав заявителей, то общая сумма в размере 10 000 швейцарских франков (примерно 6 667 евро) будет уместна в настоящем деле в качестве возмещения судебных расходов и издержек, понесенных в ходе разбирательства в судах Швейцарии и при рассмотрении дела Палатой Европейского Суда. Что касается разбирательства в Большой Палате Европейского Суда, власти Швейцарии сочли уместной сумму в размере 7 000 швейцарских франков (примерно 4 667 евро).

159. Европейский Суд напоминает, что, когда им установлен факт нарушения Конвенции, он может присудить заявителям компенсацию судебных расходов и издержек, понесенных ими во внутригосударственных судах для предотвращения или устранения ими указанного нарушения (см. Постановления Европейского Суда по делам «Циммерманн и Штайнер против Швейцарии» (Zimmermann and Steiner v. Switzerland) от 13 июля 1983 г.,¹ § 36, Series A, № 66; и «Хертель против Швейцарии» (Hertel v. Switzerland) от 25 августа 1998 г.,² § 63, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI). Кроме того, необходимо доказать, что эти судебные расходы были понесены в действительности, необходимы и не превышали разумных пределов (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Боттацци против Италии» (Bottazzi v. Italy), жалоба № 34884/97, § 30, ECHR 1999-V; и Постановление Европейского Суда по делу «Линнекогель против Швейцарии» (Linnekogel v. Switzerland) от 1 марта 2005 г., жалоба № 43874/98, § 49).

160. Принимая во внимание вышеизложенное, Европейский Суд отмечает, что только жалоба на нарушение статьи 8 Конвенции привела в настоящем деле к установлению факта нарушения Конвенции. Остальные жалобы являются неприемлемыми для рассмотрения по существу. Кроме того, нет уверенности в том, что требования заявителей достаточно обоснованы, чтобы полностью удовлетворять требованиям пункта 2 пра-

вила 60 Регламента Европейского суда. В любом случае требования представляются преувеличенными, в частности, что касается суммы, истребуемой за разбирательство дела в Большой Палате Европейского Суда. Поскольку похищение Ноама уже было детально рассмотрено судами государства-ответчика и Палатой Европейского Суда, Европейский Суд не убежден в том, что разбирательство в Большой Палате Европейского Суда, а именно открытое заседание, проведенное 7 октября 2009 г., требовало помощи пяти адвокатов, общая сумма расходов на оплату услуг которых составила 21 456 евро.

161. Принимая во внимание имеющиеся в его распоряжении документы и выработанные его прецедентной практикой критерии, Европейский Суд присуждает заявителям совместно общую сумму в размере 15 000 евро в качестве возмещения судебных расходов и издержек, а также любой налог, который может быть начислен заявителям на указанную сумму.

С. Процентная ставка при просрочке платежей

162. Европейский Суд полагает, что процентная ставка при просрочке платежей должна определяться исходя из предельной кредитной ставки Европейского центрального банка плюс три процента.

На основании вышеизложенного Суд

1) постановил шестнадцатью голосами «за» и одним – «против», что в случае исполнения постановления Федерального суда Швейцарии от 16 августа 2007 г. будет иметь место нарушение статьи 8 Конвенции в отношении обоих заявителей;

2) постановил единогласно, что отсутствует необходимость рассматривать отдельно жалобу, касающуюся нарушения требований пункта 1 статьи 6 Конвенции;

3) постановил единогласно, что:

а) власти государства-ответчика обязаны в течение трех месяцев выплатить заявителям совместно сумму в размере 15 000 (пятнадцати тысяч) евро в качестве компенсации судебных расходов и издержек, подлежащую переводу в швейцарские франки по курсу, который будет установлен на день выплаты, а также любой налог, который может быть начислен заявителям на указанную сумму;

б) с даты истечения указанного трехмесячного срока и до момента выплаты на эту сумму должны начисляться простые проценты, размер которых определяется предельной кредитной ставкой Европейского центрального банка, действующей в период неуплаты, плюс три процентных пункта;

4. отклонил единогласно оставшуюся часть требований заявителей о справедливой компенсации.

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2017. № 10 (примеч. редактора).

² См.: там же. № 7 (примеч. редактора).

Совершено на французском и на английском языках, вынесено во время публичных слушаний во Дворце прав человека (г. Страсбург) 6 июля 2010 г.

Венсан БЕРЖЕ
Юрисконсульт
Европейского Суда

Жан-Поль КОСТА
Председатель
Большой Палаты Суда

В соответствии с пунктом 2 статьи 45 Конвенции и пунктом 2 правила 74 Регламента Европейского Суда к настоящему Постановлению прилагаются следующие отдельные мнения:

- совпадающее мнение судьи Лоренцена, к которому присоединяется судья Калайджиева;
- совпадающее мнение судьи Кабрал Баррету;
- совпадающее мнение судьи Малинверни;
- совместное особое мнение судей Йочиене, Шайо и Цоцория;
- особое мнение судьи Зупанчича.

Ж.-П.К.
В.Б.

СОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ЛОРЕНЦЕНА, К КОТОРОМУ ПРИСОЕДИНЯЕТСЯ СУДЬЯ КАЛАЙДЖИЕВА

(Перевод)

Я проголосовал вместе с большинством судей Европейского Суда за установление факта нарушения в случае исполнения постановления Федерального суда Швейцарии от 16 августа 2007 г. и частично согласен с аргументацией, которая привела к установлению факта нарушения. Тем не менее мне хотелось бы добавить несколько личных замечаний, касающихся, в частности, одного пункта, по которому мое мнение отличается от мнения, выраженного в Постановлении.

Прежде всего я хотел бы отметить, что полностью согласен с большинством судей в том, что Гагская конвенция применима в настоящем деле и что заявительница действовала «незаконно» по смыслу этого инструмента, так как увезла своего ребенка в Швейцарию, не получив от судебного органа Израиля необходимого разрешения. Поэтому очевидно, что данное дело должно оцениваться с точки зрения того, что ребенок должен был быть возвращен в Израиль в соответствии со статьей 12 Гагской конвенции, если только не будут выполнены закрепленные в статье 13 Гагской конвенции условия, являющиеся основанием не делать этого. Я полностью согласен с тем, что изложено в § 141 Постановления: Европейский Суд не должен подменять собой компетентные органы власти при рассмотрении вопроса о том, столкнется ли ребенок в случае возвращения с очень

серьезным риском угрозы причинения ему психологического вреда по смыслу этой статьи. Суды государства-ответчика, пребывающие в непосредственном контакте с действующими лицами, находятся в лучшем положении для проведения этой оценки, и им должна быть предоставлена разумная свобода усмотрения. Однако именно Европейскому Суду следует установить, были ли при применении Гагской конвенции соблюдены гарантии статьи 8 Европейской конвенции по правам человека.

В настоящем деле не оспаривается факт того, что возвращение заявителя в Израиль без матери подвергнет его очень серьезному риску угрозы причинения психологического вреда. Это было признано всеми судебными органами Швейцарии, которые рассматривали дело, и даже отцом ребенка. Власти государства-ответчика также признали это. Поэтому мне кажется, что Европейский Суд может рассматривать подобный риск как установленный факт без проведения дополнительного изучения.

Тем не менее постановление Федерального суда Швейцарии основывается на следующем предположении: «можно разумно ожидать от [заявительницы], [что она] будет сопровождать ребенка в Израиль». Подобным же образом Палата Европейского Суда сочла, что следовало «изучить вопрос о том, [было] ли возвращение в Израиль возможным для матери», и пришла к выводу, что «поскольку она не ссылалась на другие основания, которые помешали бы ей жить в Израиле, [можно было] разумно ожидать от нее возвращения в эту страну» (см. § 88 Постановления Палаты Европейского Суда).

Я не согласен с этими выводами и не нахожу, что большинство судей убедительно рассмотрели их по следующим причинам:

Гагская конвенция применяется к незаконным похищениям детей и в подобном случае устанавливает для Договаривающихся сторон обязательство гарантировать скорейшее возвращение этих детей в государство их происхождения. Она не может толковаться как обязывающая родителя или любое другое лицо, ответственное за похищение, тоже вернуться в соответствующую страну. Насколько мне известно, ни один другой закон Швейцарии также не налагает подобного обязательства. Если применять Гагскую конвенцию таким образом, то фактически будет создана возможность «обречь» человека на жизнь за пределами его страны происхождения на протяжении многих лет, со всеми сопутствующими сложностями, на том лишь основании, что в наилучших интересах ребенка иметь возможность видеть своего второго родителя. На мой взгляд, такой подход противоречил бы статье 8 Европейской конвенции по правам человека, которая гарантирует, в том числе, право на уважение частной жизни, а также ста-

тье 2 Протокола № 4 к Конвенции, которая гарантирует свободу передвижения (см., например, *mutatis mutandis*, Постановления Европейского Суда по делам «Ринер против Болгарии» (Riener v. Bulgaria) от 23 мая 2006 г., жалоба № 46343/99, и «Гочев против Болгарии» (Gochev v. Bulgaria) от 26 ноября 2009 г., жалоба № 34383/03). Поэтому я полагаю, что бессмысленно для целей решения, которое должно быть принято с учетом Гаагской конвенции, рассматривать, как это было сделано в настоящем деле, вопрос о том, имеет ли лицо соответствующие основания не проживать в конкретной стране; кроме того, я считаю неуместным проводить такое рассмотрение, так как единственным лицом, которое может разумно решить этот вопрос, является само заинтересованное лицо. Поражает, что Федеральный суд Швейцарии и Палата Европейского Суда пришли к выводу, что можно разумно ожидать от заявительницы возвращения в Израиль, тогда как израильский суд по семейным делам в своем решении от 27 марта 2005 г. указал, что заявительница «не имела связей с этой страной» (см. § 27 Постановления).

По моему мнению, то, что заявительница действовала «незаконно» по смыслу Гаагской конвенции, имеет значение только для определения того, могло ли в соответствии с этим инструментом существовать обязательство вернуть ребенка. В связи с этим не следует забывать, что в действительности заявительница сначала сделала то, чего от нее можно было разумно ожидать в ситуации, с которой она столкнулась, то есть она обратилась в суды Израиля с ходатайством о снятии запрета покидать территорию Израиля в отношении ее ребенка. Однако судьи отклонили ее ходатайство, похоже, не приняв во внимание ни ее личную ситуацию, ни наилучшие интересы ребенка. Реакция заявительницы на последствия этого категорического отказа, таким образом, вполне понятна, даже если она была «незаконной» по смыслу Гаагской конвенции.

С учетом вышесказанного мне кажется, что Федеральный суд Швейцарии не наложил на заявительницу юридическое обязательство обосноваться в Израиле, и, кроме того, он не мог этого сделать. Поэтому постановление Федерального суда Швейцарии не могло быть исполнено в отношении заявительницы лично, если бы она отказалась покинуть Швейцарию; и по-прежнему отсутствует ясность по вопросу о том, могло ли в этом случае соответствующее постановление быть исполнено в части других его положений, учитывая, что основывалось оно на предположении о том, что мать будет сопровождать ребенка. Представляется скорее, что намерение судей в этой части их аргументации заключалось в оказании морального давления на заявительницу, чтобы она вернулась в Израиль с заявителем. Я плохо представляю, как суд может заявлять о своем праве основывать

решение такого рода на соображениях морального характера без какой-либо правовой основы. Как бы то ни было, в настоящем деле этот подход, к сожалению, привел к тому, что избавил Федеральный суд Швейцарии от необходимости сделать неизбежный вывод о том, что возвращение ребенка без матери не являлось обоснованным в соответствии со статьей 13 Гаагской конвенции. Это не означает, что Федеральный суд Швейцарии намеренно опирался на данную аргументацию, чтобы обойти статью 13 Гаагской конвенции. Наоборот, я убежден, что это не так, и что судьи руководствовались намерением обеспечить выполнение обязательств, вытекающих из Гаагской конвенции. Я, тем не менее, полагаю, что они неверно истолковали эту статью, в результате чего будет иметь место нарушение статьи 8 Европейской конвенции по правам человека в случае исполнения постановления, вынесенного ими 16 августа 2007 г., независимо от последующего развития ситуации заявителей.

Во избежание любого недопонимания относительно оснований такого мнения, я хотел бы еще добавить следующее: мне хотелось бы прояснить, что я ни в коем случае не намерен поставить под сомнение Гаагскую конвенцию, которая является чрезвычайно важным международным инструментом для борьбы с похищениями детей, или ее применение в практике Европейского Суда до настоящего времени. Тем не менее я полагаю, что обстоятельства настоящего дела являются исключительными, так как никто не оспаривает, что в наилучших интересах заявителя явно было остаться со своей матерью, независимо от страны, где она проживала. Я не помню, чтобы видел на рассмотрении Европейского Суда другие дела, в которых возвращение ребенка было бы предписано в подобных обстоятельствах. Поэтому отказ в возвращении заявителя в этом деле никоим образом не наносит ущерба нормальному применению Гаагской конвенции.

СОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ КАБРАЛ БАРРЕТУ

Хотя я согласен с тем, что будет иметь место нарушение статьи 8 Конвенции в случае исполнения решения, предписывающего возвращение заявителя в Израиль, мне хотелось бы добавить следующие замечания.

1. Ни Федеральный суд Швейцарии, ни власти Швейцарии не призывают к возвращению заявителя без учета его особой ситуации.

Федеральный суд Швейцарии всегда признавал, что возвращение заявителя будет осуществляться вместе с его матерью, и рассматривал этот элемент в качестве условия *sine qua non*:

«Если предположить, что этот риск [риск заключения матери под стражу по ее прибытии в Израиль] доказан, то от матери нельзя ожидать возвраще-

ния в Израиль с ребенком, что исключит, таким образом, возвращение [ребенка] в связи с угрозой причинения ему серьезного психологического вреда, которой его подвергнет разлука с его матерью» (см. § 44 Постановления).

В свою очередь власти Швейцарии уточнили, что «органы, уполномоченные организовать возвращение, имеют право и обязанность рассмотреть, в каких условиях это возвращение может быть осуществлено без нарушения прав заинтересованных лиц» (см. § 129 Постановления).

2. Большое значение в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда придается риску для матери подвергнуться преследованию, а затем заключению под стражу (см. § 150 Постановления).

Как и все, я согласен с тем, что этот риск делает возвращение невозможным.

Следовательно, этот риск необходимо устранить, что мне кажется возможным при предоставлении компетентными органами власти Израйла надежных гарантий властям Швейцарии и матери, что она не подвергнется преследованию за похищение ребенка.

3. Но мне этого не достаточно.

На мой взгляд, также необходимо, чтобы возвращение и пребывание ребенка и его матери в Израиле проходили в спокойной и способствующей их благополучию обстановке.

Таким образом, необходимо, чтобы был выполнен ряд условий, таких как подходящее жилье для матери и для ее сына и подходящая работа для матери.

Кроме того, у матери должна быть возможность инициировать процедуру пересмотра, что касается родительских прав и права доступа отца.

4. Наконец, я боюсь, что невозвращение ребенка в Израиль может иметь неблагоприятные последствия для его будущего: Израиль остается страной, где он родился, именно там находятся его корни, и его ситуация по отношению к своей стране остается неурегулированной.

5. С учетом всех перечисленных мною мер предосторожности и других, которые я, возможно, упустил, я был бы готов признать, что возвращение заявителя не повлечет за собой нарушения статьи 8 Конвенции.

6. Я не могу принять, что истечения времени достаточно для превращения «незаконной» ситуации в «законную».

Я не хочу одобрять поведение заявительницы и в некотором роде оправдывать похищения детей, исполнителям которых удастся противостоять правовым мерам, пока течет время.

Я против всего, что может быть расценено как своего рода принятие поведения, в результате которого Гагская конвенция от 25 октября 1980 г. о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей остается только на бумаге.

СОВПАДАЮЩЕЕ ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ МАЛИНВЕРНИ

8 января 2009 г. вместе с большинством судей Палаты Европейского Суда я высказал мнение, что возвращение Ноама в Израиль не приведет к нарушению статьи 8 Конвенции. Сегодня так же, как и большинство судей, я утверждаю, что права, гарантированные этим положением, будут нарушены в отношении обоих заявителей, если решение, предписывающее возвращение заявителя в Израиль, будет исполнено.

Я должен объяснить причины, по которым сегодня это дело представляется мне в ином свете и по которым я пересмотрел свою прежнюю позицию. Эти причины обусловлены рядом факторов, имевших место после вынесения Постановления Палатой Европейского Суда.

1. Цель Гагской конвенции заключается в том, помешать родителю-похитителю добиться узаконивания по прошествии времени, действующего в его пользу, незаконной ситуации, созданной им в одностороннем порядке. Следует, однако, признать, что чем дольше длится похищение, тем сложнее требовать возвращения ребенка, так как ситуация, созданная похищением, с течением времени закрепляется.

Как указал Европейский Суд в недавнем Постановлении,

«в такого рода делах о надлежащем характере меры следует судить по оперативности ее осуществления. Процедуры, касающиеся возвращения похищенного ребенка (...), требуют срочного рассмотрения, так как истечение времени может иметь непоправимые для отношений ребенка и не проживающего с ним родителя последствия»¹.

Иными словами, речь идет, таким образом, о том, чтобы, как только условия применения Гагской конвенции будут выполнены, как можно быстрее вернуться к *status quo ante*², чтобы избежать правового закрепления изначально незаконных фактических ситуаций.

В связи с этим следует отметить, что сама Гагская конвенция требует в статье 11, чтобы соответствующие судебные или административные органы приняли безотлагательные меры по возвращению ребенка, поскольку любое бездействие продолжительностью более шести недель может привести к требованию объяснить причины задержки.

Что касается статьи 12 Гагской конвенции, она предусматривает, что, если ребенок перемещен и со дня этого перемещения прошло менее одного

¹ См. Постановление Европейского Суда по делу «Макреди против Чешской Республики» (Macready v. Czech Republic) от 22 апреля 2010 г., жалобы №№ 4824/06 и 15512/08, еще не вступившее в силу на момент вынесения настоящего Постановления.

² *Status quo ante* (лат.) – ранее существовавшее положение; возврат к исходному состоянию (примеч. переводчика).

года, соответствующий орган обязан предписать немедленно возвратить ребенка (абзац первый). Если со дня перемещения прошло более одного года, соответствующий орган также обязан предписать возвратить ребенка, если только, тем не менее, не будет доказано, что ребенок адаптировался в новой среде (абзац второй).

Ноам родился 10 июня 2003 г. Он прибыл в Швейцарию 24 июня 2005 г. в возрасте двух лет и нескольких дней. Центральный орган Израиля смог установить его местонахождение только 21 мая 2006 г., и на следующий день Министерство юстиции Израиля обратилось в Федеральное управление юстиции Швейцарии в г. Берне с заявлением о возвращении ребенка.

Судебная процедура в Швейцарии началась 8 июня 2006 г., когда отец Ноама обратился с заявлением в мировой суд округа Лозанна с целью получения предписания о возвращении ребенка в Израиль. Процедура завершилась постановлением, вынесенным Федеральным судом Швейцарии 16 августа 2007 г. и доведенным до сведения адвоката заявительницы 21 сентября 2007 г. В этом постановлении Федеральный суд Швейцарии предписал матери Ноама обеспечить его возвращение в Израиль до конца сентября 2007 года.

Ребенку тогда было около четырех лет и трех месяцев. Из них он провел примерно два года в Швейцарии и столько же в Израиле.

Палата Европейского Суда вынесла Постановление 8 января 2009 г., а Большая Палата Европейского Суда – 2 июня 2010 г.

На сегодняшний день Ноаму семь лет, из которых два года были проведены в Израиле и пять лет – в Швейцарии.

На мой взгляд, по истечении такого периода времени восстановление *status quo ante* попросту больше невозможно.

2. Палата Европейского Суда признала, что от матери можно было требовать возвращения в Израиль вместе с сыном. Заявительница прожила там шесть лет, и можно было предположить, что у нее там еще была определенная социальная сеть. Что касается риска заявительницы подвергнуться наказанию в виде лишения свободы в случае возвращения в Израиль, Палата Европейского Суда полагалась на гарантии, предоставленные органами власти Израиля. Представляется, однако, что возможный отказ указанных органов от уголовного преследования сопровождается соблюдением ряда условий, связанных с поведением заявительницы. Таким образом, нельзя считать, что письмо Центрального органа Израиля от 30 апреля 2007 г. содержит убедительные гарантии, согласно которым в отношении заявительницы каких-либо уголовных санкций не последует. В связи с этим возникает вопрос о том, кто будет содержать ребенка в случае, если его мать подвергнется преследованию, а затем заключению под стражу.

3. Палата Европейского Суда сочла, что перемещение Ноама в Швейцарию являлось незаконным, так как отец совместно с матерью был наделен родительскими правами (*guardianship*), которые включают, согласно законодательству Израиля, право определять место жительства ребенка (статья 5 Гаагской конвенции). Мать, таким образом, не могла самостоятельно определять место, где будет проживать ее сын. Кроме того, это перемещение делало иллюзорным на практике право доступа, предоставленное отцу. Сама цель возможного возвращения Ноама в Израиль заключалась, следовательно, в том, чтобы позволить ему узнать своего отца и поддерживать с ним отношения.

Палата Европейского Суда придала определенное значение заключению доктора Б., детского психиатра, согласно которому существовал серьезный риск того, что отсутствие фигуры отца, с которой можно себя идентифицировать, может оказать на Ноама влияние в подростковом возрасте, особенно когда он узнает, при каких обстоятельствах его разлучили с отцом.

Тем не менее из вынесенного после Постановления Палаты Европейского Суда постановления от 29 июня 2009 г., которое является последним внутрисударственным судебным решением в этом деле и которое, по всей видимости, сторонами не обжаловалось, следует, что текущее место жительства отца не известно, он никогда не пытался увидеть своего сына с тех пор, как ребенок находится в Швейцарии, и сейчас, похоже, потерял интерес к делу. К тому же, по утверждению заявителей, не опровергнутому властями государства-ответчика, отец Ноама снова женился 1 ноября 2005 г. и расторг брак всего несколько месяцев спустя, когда его новая супруга была беременна. Затем он заключил третий союз и вновь в отношении него было возбуждено производство в 2008 году второй супругой в связи с неуплатой алиментов на свою дочь.

4. Наконец, последняя причина, заставившая меня пересмотреть свою позицию: речь идет о федеральном законе «О международном похищении детей», вступившем в силу 1 июля 2009 г., то есть после вынесения постановления Федерального суда Швейцарии и Постановления Палаты Европейского Суда. Статья 5 данного закона направлена на конкретизацию исключения, предусмотренного в подпункте «b» абзаца первого статьи 13 Гаагской конвенции, в связи с трудностями толкования этого положения, с которыми столкнулись органы власти Швейцарии, ответственные за его применение.

Будучи озаглавленной как «Возвращение и интересы ребенка», эта статья предусматривает, в частности, что ребенок поставлен в невыносимые условия по смыслу подпункта «b» абзаца первого статьи 13 Гаагской конвенции в следующих случаях:

а) прежде всего, когда передача ребенка родителю-заявителю явно не отвечает его интересам. Это условие представляется мне выполненным в настоящем случае, с учетом личности отца Ноама, как она проявляется в нескольких разделах Постановления. Кроме того, можно сомневаться в способности отца заниматься ребенком, учитывая его прошлое и ограниченные финансовые ресурсы. Отец никогда не жил один вместе со своим сыном и больше не видел его с момента его отъезда из Израиля.

б) Далее, когда родитель-похититель, с учетом обстоятельств, не в состоянии заботиться о ребенке в государстве, в котором ребенок постоянно проживал в момент похищения, или от такого родителя явно невозможно этого требовать. Это условие мне также представляется выполненным. Как справедливо было отмечено Европейским Судом, отказ матери вернуться в Израиль не представляется совершенно необоснованным. Имея гражданство Швейцарии, она имеет право остаться в Швейцарии. Даже если предположить, что она согласится вернуться в Израиль, возник бы вопрос о том, кто будет содержать ребенка в случае, если заявительница подвергнется заключению под стражу (см. § 150 Постановления).

В заключение: таким образом, преимущественно истечение времени, наряду с открытием истинного лица отца Ноама, привело меня к изменению моей оценки проблем в этом деле и к выводу о том, что возвращение ребенка в Израиль не будет отвечать его интересам.

СОВМЕСТНОЕ ОТДЕЛЬНОЕ МНЕНИЕ СУДЕЙ ЙОЧИЕНЕ, ШАЙО И ЦОЦОРИЯ

1. Мы согласны с большинством судей в том, что будет иметь место нарушение статьи 8 Конвенции в случае исполнения постановления Федерального суда Швейцарии от 16 августа 2007 г.

Кроме того, мы полагаем, что возвращение в Израиль, произведенное в соответствии с постановлением Федерального суда Швейцарии (предписывающим матери отправить своего сына обратно в эту страну без каких-либо дополнительных условий), привело бы к нарушению статьи 8 Конвенции, так как Федеральный суд Швейцарии, применяя Гагскую конвенцию, надлежащим образом не принял во внимание права заявителей, защищаемые этой статьей.

2. Из того, что первая заявительница действовала «незаконно» по смыслу Гагской конвенции, похитив своего ребенка и увезя его в Швейцарию без разрешения судебных органов Израиля, следует, что эта конвенция применима в настоящем деле.

3. Европейский Суд не должен подменять собой внутригосударственные органы власти при выполнении ими своих обязательств (см., среди других Постановлений, Постановления Европейского Суда

по делам «Хокканен против Финляндии» (Hokkanen v. Finland) от 23 сентября 1994 г., § 55, серия А, № 299-А; и «Куцнер против Германии» (Kutzner v. Germany), жалоба № 46544/99¹, § 65, ECHR 2002-I). Тем не менее мы полностью согласны с большинством судей в том, что Европейский Суд обладает компетенцией по определению того, было ли внутригосударственными судами при применении и толковании ими положений Гагской конвенции обеспечено соблюдение гарантий, закрепленных в Европейской конвенции по правам человека, и, в частности, гарантий, изложенных в ее статье 8 (см. § 133 Постановления). Поэтому вопрос, возникающий в настоящем деле, заключается в том, были ли Федеральным судом Швейцарии соблюдены гарантии статьи 8 Конвенции в отношении обоих заявителей, когда он принял решение и предписал принудительное возвращение второго заявителя в Израиль.

4. При рассмотрении дела с точки зрения статьи 13 Гагской конвенции Федеральный суд Швейцарии счел, что «исключения из правила возвращения, предусмотренные в статье 13 Гагской конвенции, подлежали *ограничительному* толкованию», и уточнил, что «совершивший похищение ребенка родитель не должен извлекать выгоду из своего незаконного поведения» и что «во внимание должны приниматься *только очень серьезные риски, за исключением* доводов, касающихся воспитательных возможностей родителей...» (извлечения из постановления Федерального суда Швейцарии, приведенного в § 44 Постановления Большой Палаты Европейского Суда; курсив добавлен авторами мнения). Федеральный суд Швейцарии должен был, однако, обеспечить соблюдение гарантий статьи 8 Европейской конвенции по правам человека (см. § 133 Постановления). Серьезность риска следует толковать в соответствии с Европейской конвенцией по правам человека и в свете ее положений. Интересы общественного порядка, состоящие в обеспечении того, чтобы незаконное поведение не предоставляло своему исполнителю каких-либо преимуществ, не могут исключать другие соображения, относящиеся к защите индивидуальных прав, в частности, к защите наилучших интересов ребенка. Сама Гагская конвенция допускает посредством своей статьи 13 такой взвешенный подход.

Для надлежащего применения статьи 13 Гагской конвенции следовало бы должным образом учитывать права, защищаемые статьей 8 Конвенции, не забывая о том, что в этом контексте справедливое равновесие может быть обеспечено, только если наилучшим интересам ребенка придается первостепенное значение. Например, когда внутригосударственный орган власти должен

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2017. № 11 (примеч. редактора).

устранить негативные последствия незаконного перемещения или удержания ребенка, он должен учесть последствия его возвращения; иными словами, он должен применить Гаагскую конвенцию, смотря в будущее. Ограничительная концепция понятия очень серьезного риска может препятствовать взвешенной оценке. Кроме того, применение статьи 13 Гаагской конвенции требует всестороннего анализа, предусмотренного пунктом «b» этого положения, который прямо поручает избегать «невыносимых условий», связанных с возвращением ребенка.

Мы полагаем, что из-за принятого им ограничительного толкования Федеральный суд Швейцарии не придал необходимого значения интересам и правам, защищаемым статьей 8 Конвенции, во взаимосвязи с другими правами, гарантированными Конвенцией (в частности, с правом г-жи Нойлингер как самостоятельной личности на достоинство).

5. Федеральный суд Швейцарии не представил разумных доводов, чтобы обосновать отклонение им заключения экспертизы доктора Б., которая была назначена и принята судом кантона Во. Согласно заключению этой экспертизы возвращение ребенка в Израиль со своей матерью создало бы угрозу причинения ему психологического вреда, интенсивность которой не может быть оценена без знания условий этого возможного возвращения, в частности, условий, которые будут предусмотрены для матери, и их возможных последствий для ребенка (см. § 37 Постановления). Судьи также не изучили влияние ограниченного характера прав доступа отца и возможного финансового ущерба. Вместе с тем это факторы, которые крайне важно принимать во внимание при применении статьи 8 Конвенции, даже когда речь идет о принятии решения о возвращении ребенка, подвергшегося незаконному перемещению. Разумеется, с учетом особого характера ситуации соответствующее значение различных факторов (например, значение общественного порядка, что касается сдерживания от идеи похищения) отличается от того, что применимо в «обычных» делах о передаче детей на воспитание. Суды государства-ответчика, пребывающие в непосредственном контакте с заинтересованными сторонами, находятся в лучшем положении для проведения этой оценки, и им должна быть предоставлена разумная свобода усмотрения.

6. В Постановлении Большой Палаты Европейского Суда изложен ряд соображений, которые Европейский Суд считает на сегодняшний день уместными для оценки соблюдения требований статьи 8 Конвенции. Аргументация большинства судей указывает на то, что при применении Гаагской конвенции статья 8 Конвенции требует ориентированного на будущее подхода, который служит наилучшим интересам ребенка.

Мы полагаем, что в подавляющем большинстве эти соображения уже были применимы 16 августа 2007 г. В частности, Европейский Суд упоминает адаптацию заявителя в его новой среде (см. § 145 Постановления) и серьезность затруднений, с которыми он и его мать могут столкнуться в стране назначения (см. § 146 Постановления). Однако в 2007 году ребенок, который провел в Швейцарии два года, уже адаптировался в своей новой среде. Это было продемонстрировано в ходе внутригосударственной процедуры. Это же было установлено и самим Европейским Судом, когда он отметил, что заявитель с 2006 года регулярно посещал школу. Тем не менее постановление Федерального суда Швейцарии не учитывает этот фактор. Европейский Суд также полагает, что ограничения, введенные в отношении права доступа отца до 2007 года, являются значимым фактором оценки рисков для благополучия ребенка в случае возвращения в Израиль (см. §§ 22 и 24 Постановления). И в этом случае Федеральный суд Швейцарии прямо отказался принимать во внимание данные факторы, придерживаясь осознанно ограничительного толкования Гаагской конвенции. Наконец, согласно мнению большинства судей, уголовное наказание, которому могла подвергнуться мать в случае возвращения, также представляет собой значимую для благополучия ребенка угрозу. Действительно, поскольку заявительница является, вероятно, единственным человеком, с которым связан ее сын, Европейский Суд не считает подобную угрозу допустимой в 2010 году. Вместе с тем обстоятельства и вытекающие из них угрозы были теми же самыми и в 2007 году.

7. Федеральный суд Швейцарии признал, что возвращение заявителя без матери подвергнет его очень серьезному риску, но счел, что от заявительницы можно разумно ожидать сопровождения своего сына в Израиль и что вышеупомянутый риск, таким образом, не существует.

Федеральный суд Швейцарии отметил, что заявительница не привела оснований, которые бы объективно оправдывали ее решение не возвращаться в Израиль. Придерживаясь ограничительного толкования статьи 13 Гаагской конвенции, Федеральный суд Швейцарии, в частности, счел, что заявительница должна была удовлетворительным образом продемонстрировать наличие предполагаемого риска преследований в случае возвращения в Израиль, что она не доказала реальность подобного риска, и поэтому он не являлся объективным основанием для невозвращения. Такая аргументация подразумевает, что в отсутствие объективных причин мать обязана вернуться вместе со своим ребенком в страну отправления. Тем не менее, хотя не оспаривается, что законные представители ребенка юридически обязаны заботиться о нем лично, эта обязанность не требует от них безоговорочно делать это в установленном месте,

что полностью противоречило бы их правам, гарантированным Конвенцией. В своей аргументации Федеральный суд Швейцарии исключил возможность и соответствующий риск того, что ребенок не будет сопровождаться своей матерью, исходя из принципа, что мать должна следовать за ребенком, и игнорируя, таким образом, права заявительницы, гарантированные статьей 8 Конвенции, ее свободу передвижения и ее личную независимость. В связи с этим мы полностью поддерживаем совпадающее мнение судьи Лоренцена, к которому присоединилась судья Калайджиева.

8. Как и вышеуказанные судьи Европейского Суда, мы убеждены, что судьи Федерального суда Швейцарии руководствовались самыми лучшими намерениями и хотели обеспечить выполнение обязательств, вытекающих из Гаагской конвенции, но мы полагаем, что они неправильно истолковали статью 13 данной конвенции в свете Европейской конвенции по правам человека, и поэтому их постановление от 16 августа 2007 г. привело к нарушению статьи 8 Европейской конвенции по правам человека, независимо от последующего развития ситуации заявителей.

ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ЗУПАНЧИЧА

1. Я проголосовал против установления факта условного нарушения статьи 8 Конвенции (иными словами, против установления того, что будет иметь место нарушение статьи 8 Конвенции *в том случае, если* постановление Федерального суда Швейцарии от 16 августа 2007 г. будет исполнено). На мой взгляд, положения статьи 8 Конвенции уже нарушены по двум причинам.

2. Совершенно очевидно, что нарушение состоялось бы, то есть решение суда Швейцарии было бы исполнено, если бы Европейский Суд не указал на предварительные меры (в соответствии с правилом 39 Регламента Европейского Суда).

3. В этом смысле и в некоторых других аспектах нарушение явно было совершено в Швейцарии.

4. Европейский Суд до настоящего времени никогда не рассматривал в качестве потенциальных нарушений простое исполнение вступивших в силу судебных решений (тогда как неисполнение может привести к нарушению).

5. Когда Европейский Суд устанавливает факт нарушения, составным элементом является вступившее в силу решение суда государства-ответчика, а не просто исполнение соответствующего решения.

6. Если говорить конкретнее, гипотетический характер нарушения, факт которого был установлен большинством судей, вероятно теперь мешает заявителям добиться возобновления разбирательства во внутригосударственных судах. Кроме того, в соответствии с законодательством Швейцарии,

которое достойным похвалы образом сыграло роль первопроходца в этой области, установление Европейским Судом явного нарушения, а не чисто гипотетического нарушения в случае исполнения вступившего в силу судебного решения приведет не только к возобновлению производства по делу во внутригосударственных судах.

7. Действительно, сегодня очевидно, что такое возобновление потребует, кроме того, от швейцарского суда следовать Постановлению Европейского Суда не только в его резолютивной, но и в его мотивировочной части.

8. Также совершенно очевидно, что, если бы судьи государства-ответчика не исполнили это обязательство, заявители могли бы вновь обратиться в Европейский Суд по правам человека и ходатайствовать о том, чтобы решение внутригосударственного суда, каким бы оно ни было, было приведено в соответствие с этим Постановлением.

9. Эта вторая причина носит не только прагматический характер. Она также поднимает важный вопрос о том, в какой мере постановления Европейского Суда по правам человека действительно имеют для судов государства-ответчика обязательную силу.

10. Тем не менее именно первая причина, разумеется, имеет решающее значение, так как вывод большинства судей означает, что установление Европейским Судом факта нарушения или отсутствия нарушения может зависеть от того простого факта, что вступившее в силу решение внутригосударственных судов было или не было исполнено, даже когда приостановление исполнения обусловлено, как в настоящем деле, лишь принятием Европейским Судом предварительных мер (в соответствии с правилом 39 Регламента Европейского Суда).

11. Мое возражение по существу против мнения большинства судей заключается, однако, в том, что абсолютно ошибочно опираться на дело «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France) (см. Постановление Европейского Суда от 6 декабря 2007 г., жалоба № 39388/05) для установления факта нарушения.

12. Аналогичные дела должны были бы решаться одинаково. Совершенно очевидно, что фактические обстоятельства обоих дел аналогичны, за исключением того, что в деле «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France) риск, которому подверглась бы мать, если бы вернулась в Соединенные Штаты Америки, был бы гораздо серьезнее, поскольку в таком случае она столкнулась бы с задержанием на границе, обязанностью внести залог в размере 25 000 долларов и невозможностью видеть свою дочь кроме как в присутствии охранника в суде в течение около получаса, если привести лишь некоторые из драконовских условий, установленных судьями по семейным делам штата Нью-Йорк в первой инстанции.

13. Если бы здесь имелось отличие от дела «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France), оно заключалось бы, таким образом, в том, что рассматриваемая в этом деле ситуация была намного хуже, чем ситуация, о которой идет речь в настоящем деле.

14. Вследствие этого представляется, что дело «Нойлингер и Шурук против Швейцарии» (Neulinger and Shuruk v. Switzerland) представляет собой полное изменение позиции по сравнению с Постановлением, вынесенным Третьей Секцией Европейского Суда по делу «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France).

15. К тому же это очень легко продемонстрировать. В настоящем деле государство-ответчик Швейцария открыто опиралось на Постановление, вынесенное Третьей Секцией Европейского Суда по делу «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France) (см. § 119 Постановления).

16. В этом деле большинство судей Третьей Секцией Европейского Суда заявили (см., однако, мое особое мнение), что цель Гаагской конвенции заключается в том, чтобы помешать «родителю-похитителю» добиться узаконивания по прошествии времени, действующего в его пользу, фактической ситуации, созданной им в одностороннем порядке (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹). Большинство судей, таким образом, предпочло проигнорировать наилучшие интересы ребенка, определяемые течением времени и другими факторами, касающимися его отца.

17. Из этого следует, что с точки зрения принципа *stare decisis*, подход властей Швейцарии, основанный на использовании Постановления Европейского Суда по делу «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France), отличался несравненной логикой.

18. Власти Швейцарии могли *a fortiori* считать само собой разумеющимся, что фактические об-

стоятельства дела «Нойлингер и Шурук против Швейцарии» (Neulinger and Shuruk v. Switzerland) в сравнении с фактическими обстоятельствами дела «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France) являлись гораздо менее катастрофическими для матери и для ребенка. В деле против Франции, действительно, девочка была, в конце концов, жестоко отнята у своей матери для передачи в г. Нью-Йорке своему отцу, с которым она, в частности, никогда не жила одна.

19. Уже разъяснив свою позицию в деле «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France), я лишь скажу, что органы власти Швейцарии имели все основания полагать, опираясь на этот прецедент, что в деле «Нойлингер и Шурук против Швейцарии» (Neulinger and Shuruk v. Switzerland) Европейский Суд сочтет *a fortiori*, что в случае возвращения ребенка в Израиль нарушения допущено не будет.

20. В деле «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France) коллегия судей Большой Палаты Европейского Суда необъяснимым образом отклонила ходатайство о передаче дела на ее рассмотрение.

21. Тем не менее вопрос, решенный тогда столь спорным образом, возник вновь, и Европейский Суд принял решение, которое, несмотря на гипотетический характер установленного в настоящем деле нарушения, является приемлемым.

22. Это неизбежно означает, что дело «Нойлингер и Шурук против Швейцарии» (Neulinger and Shuruk v. Switzerland) представляет собой полное изменение позиции по сравнению с делом «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France) и его «логикой».

23. Поэтому я нахожу несколько странным ссылаться на Постановление Европейского Суда по делу «Момуссо и Вашингтон против Франции» (Maumousseau and Washington v. France), как если бы оно не только было совместимо с Постановлением Большой Палаты Европейского Суда по делу «Нойлингер и Шурук против Швейцарии» (Neulinger and Shuruk v. Switzerland), но еще и обоживало его.

¹ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (лат.) – никто не может ссылаться на свои собственные бесчестные поступки/свою собственную вину (примеч. переводчика).