



АПАРАТ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Головне науково-експертне управління

01008, м.Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.:255-40-25, 255-45-01; факс: 255-41-86

До реєстр. № 1192 від 06.09.2019, доопр.
Народні депутати України
І. Климпуш-Цинцадзе та інші

ВИСНОВОК

на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення виконання Україною Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей»

Метою проекту, як зазначено у п. 2 пояснювальної записки до нього, визначено «створення законодавчих умов для ефективного виконання Україною міжнародних зобов'язань, взятих відповідно до Гаазької конвенції»¹. Для її досягнення пропонується внести ряд змін до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), Сімейного кодексу України (далі – СК), Кримінального кодексу України (далі – КК), Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) та законів України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про виконавче провадження». У вказаних змінах, зокрема: визначаються особливості розгляду судом справ про повернення дитини на підставі Конвенції; батькам-вихователям надається право вимагати відібрання дитини від інших осіб, які не мають на те законних повноважень; встановлюється кримінальна відповідальність одного із батьків (усиновлювачів), опікунів, піклувальників, які незаконно вивезли чи утримують за кордоном дитину, яка має постійне проживання в Україні, в порушення рішення органу опіки та піклування або суду, або прав, встановлених законодавством щодо визначення місця проживання дитини тощо.

¹ - Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року, укладена 25 жовтня 1980 року в м. Гаага, (далі – Конвенція), ратифікована відповідним Законом від 11 січня 2006 року № 3303-IV.

На погляд суб'єктів права законодавчої ініціативи, «загалом, з прийняттям законопроекту буде створено ефективний і дієвий механізм виконання судових рішень про повернення дитини, що сприятиме розвитку ефективного механізму виконання Україною своїх зобов'язань за Конвенцією про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дитини» (п. 6 пояснювальної записки).

Розглянувши проект, Головне управління вважає за доцільне висловити щодо його змісту наступні зауваження та пропозиції.

1. Насамперед, слід звернути увагу на те, що частина положень проекту регулюють більш загальні питання, ніж ті, які забезпечують виконання Конвенції, що є предметом проекту згідно з його назвою. Зокрема, це стосується запропонованих змін до ст. 188¹³ КУпАП; ч. 6 ст. 252, ст. 253 СК; ст. 437 ЦПК; ст. 6 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України»; ст. 22 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». У зв'язку з цим пропонуємо уточнити назву проекту або викласти вказані положення таким чином, щоб вони відповідали предмету проекту.

2. У проекті пропонується доповнити ст. 27 ЦПК новою ч. 3, в якій передбачається, що «позови про повернення дитини... пред'являються до одного з двох судів, визначених головою апеляційного суду відповідного апеляційного округу, з урахуванням зареєстрованого у встановленому законом порядку місця проживання або перебування особи, з якою перебуває дитина». Однак прийняття такої редакції, на наш погляд, може призвести до плутанини щодо підсудності вказаної категорії справ та ускладнень при їх розгляді. Зокрема, із положення, за яким позови пред'являються до «одного з двох судів, визначених головою апеляційного суду відповідного апеляційного округу» складається враження, що голова апеляційного суду визначає підсудність конкретної справи, а позивач до подачі позову має звернутися до голови апеляційного суду з тим, щоб останній визначив два місцевих суди, до яких позивач може подавати позов. Крім цього, залишається чітко не визначеним, яким чином позивачі мають дізнатися, до яких саме судів вони можуть звертатися з позовом.

Слід також врахувати, що у ч. 13 ст. 28 ЦПК встановлюється, що позови Міністерства юстиції України на підставі міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, в інтересах і за довіреністю позивача, який не має в Україні зареєстрованого місця проживання чи перебування, *можуть також пред'являтися за місцезнаходженням міністерства або його територіальних органів*, що також слід врахувати при визначенні підсудності вказаних справ, а у ст. 29 Конвенції передбачено, що «ця Конвенція не перешкоджає ніякій особі, установі або органу, що заявляє про порушення прав піклування або доступу... прямо звернутися до судових або адміністративних органів будь-якої Договірної держави, на основі положень цієї Конвенції або на іншій основі».

3. У проекті розділ III «Позовне провадження» ЦПК доповнюється новою главою 13, у якій визначаються особливості розгляду судом справ про повернення дитини на підставі Конвенції, зокрема, встановлюються вимоги до змісту позовної заяви, перелік заходів забезпечення позову, строк врегулювання спору за участі судді, строки розгляду справ судами першої та апеляційної інстанцій тощо. До цієї глави є ряд зауважень.

3.1. Слід звернути увагу на те, що, наприклад, у новій ст. 292¹ ЦПК йдеться не про особливості позовної заяви та інших заяв по суті, а про їх зміст, про що свідчить дублювання у цій статті відповідних приписів ст. 175 ЦПК. Зокрема, у п. 1 ч. 1 нової ст. 292¹ ЦПК повторюється зміст п. 1 ч. 3 ст. 175 ЦПК, а у п. 7 ч. 1 нової ст. 292¹ ЦПК – зміст п. 5 ч. 3 ст. 175 ЦПК. Крім цього, за цих умов стає незрозумілим чи потрібно включати до позовної заяви, яка оформлюється відповідно до нової ст. 292¹ ЦПК, положення, які мають міститися у ній на підставі ст. 175 ЦПК. Зокрема, йдеться про спосіб (способи) захисту прав або інтересів, які передбачені законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, які не суперечать закону і які позивач просить суд визначити у рішенні; якщо позов подано до кількох відповідачів - зміст позовних вимог щодо кожного з них (п. 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК). Разом з тим, на наш погляд, у новій ст. 292¹ ЦПК було б доцільним передбачити, що у позовній заяві має бути вказано куди і кому слід повернути дитину, а також ім'я і адреса особи, з якою перебуває дитина в Україні. Також вважаємо, що у цій статті слід визначитися щодо довіреності представника, яка підтверджує його повноваження з урахуванням вимог ст. 28 зазначеної Конвенції, та з необхідністю перекладу документів, які додаються до заяви про повернення дитини, на державну мову, оскільки вони можуть бути викладені іноземною мовою, а також з їх легалізацією.

3.2. Викликають певні зауваження і положення ч. 4 нової ст. 292¹ ЦПК, згідно з якою відповідь на відзив та заперечення учасниками справи до суду не подаються. Вважаємо, що зазначене не враховує положення ст. 199 ЦПК, відповідно до якої позивач має право подати відповідь на відзив, а відповідач – подати заперечення у строк встановлений судом. До того ж, така заборона, на нашу думку, звужує зміст та обсяг прав учасників справи, що може негативно позначитися на захисті прав дитини.

3.3. Згідно з п. 3 ч. 1 нової ст. 292² ЦПК суд при підготовці справи до розгляду для забезпечення позову має вжити такі заходи як влаштування дитини до дитячого, лікувального закладу, в сім'ю родичів або патронатного вихователя для запобігання заподіяння їй шкоди, якщо існує загроза її життю і здоров'ю. На нашу думку, така пропозиція є недостатньо виваженою з огляду на наступне. Відповідно до ст. 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я закладом охорони здоров'я є юридична особа будь-якої форми власності та організаційно-правової форми або її відокремлений підрозділ, що забезпечує медичне обслуговування населення на основі відповідної ліцензії та професійної діяльності медичних (фармацевтичних) працівників. Зокрема, це можуть бути: лікувально-профілактичні заклади (лікарняні заклади;

амбулаторно-поліклінічні заклади; заклади переливання крові, швидкої та екстреної медичної допомоги; санаторно-курортні заклади); санітарно-профілактичні заклади; фармацевтичні (аптечні) заклади; інші заклади². У зв'язку з цим постає запитання чи потрібно влаштовувати дитину до зазначених закладів охорони здоров'я без нагальної необхідності, наприклад, хвороби дитини, а також необхідність конкретизації вказаних закладів. На нашу думку, питання влаштування дитини слід вирішувати шляхом застосування форм, наближених до сімейних, а до закладів охорони здоров'я влаштовувати лише хворих дітей на час до їх одужання.

3.4. У новій ст. 292⁵ ЦПК визначається порядок розгляду судами справ про повернення дитини на підставі Конвенції. Вважаємо, що ч. 3 вказаної статті, згідно з якою неявка в судове засідання без поважних причин належним чином повідомленого відповідача не перешкоджає розгляду справи, потребує уточнення. Зокрема, на нашу думку, було б доцільним доповнити цю частину положенням про те, що не перешкоджає розгляду справи неявка у судове засідання не тільки відповідача, а й особи, з якою перебуває дитина в Україні, чи її представника, якщо суд визнав їх участь необов'язковою з урахуванням особливостей розгляду справи. Крім цього, у ч. 4 цієї статті доречним було б передбачити, що, визнаючи інтереси дитини, суд за необхідності може провести, зокрема, заслуховування думки педагогів і психологів тощо.

Враховуючи характер та складність справ цієї категорії, пропонуємо доповнити нову ст. 292⁵ ЦПК положенням про право суду у виняткових випадках з урахуванням особливостей розгляду справи продовжити розгляд справи на певний невеликий строк.

3.5. У новій ст. 292⁶ «Вручення судового рішення» ЦПК розглядаються питання повідомлення про ухвалення судового рішення відповідача, місцезнаходження якого не встановлено (невідомо). Однак, при цьому, не враховується, що згідно з п. 4 ч. 1 нової ст. 292¹ ЦПК у позовній заяві має бути визначено місце проживання або перебування відповідача в Україні. Крім цього, слід звернути увагу на те, що у ст. 272 ЦПК вже визначений порядок видачі судових рішень, а тому Головне управління не вбачає необхідності у доповненні ЦПК новою ст. 292⁶. До того ж, у ст. 272 ЦПК передбачений більш детальний порядок направлення або вручення судового рішення особам, які беруть участь у справі.

Аналогічне зауваження стосується і нової ст. 292⁴ ЦПК, в якій йдеться про повідомлення відповідача про розгляд справи, оскільки відповідні положення вже визначені у ч. ч. 11, 12 ст. 128 ЦПК.

4. У проекті пропонується віднести до переліку справ, які не підлягатимуть касаційному оскарженню, рішення, ухвали суду першої інстанції та постанови, ухвали суду апеляційної інстанції у справах про повернення дитини відповідно до Конвенції за винятком випадків, коли

² - Перелік закладів охорони здоров'я, затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України від 28 жовтня 2002 року № 385 з наступними змінами.

касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики (зміни до ст. 389 ЦПК). У пояснювальній записці до проекту доцільність прийняття такої пропозиції обґрунтовується тим, що, як правило, касаційна інстанція використовується для затягування розгляду справи (п. 3 пояснювальної записки). Проте таке обґрунтування, на нашу думку, є доволі дискусійним, оскільки ставить під сумнів необхідність касаційного оскарження взагалі. Разом з тим, розгляд вказаної категорії судових справ виглядає доволі складним як в процесуальному, так і в морально-емоційному аспектах, а тому, на нашу думку, можливість касаційного оскарження відповідних судових рішень має забезпечити «справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави» (що у ст. 2 ЦПК визначено як завдання цивільного судочинства).

5. У законопроекті пропонується доповнити КК новою ст. 146², у якій встановлюється, що вивезення за межі України дитини, яка постійно проживає в Україні і не досягла шістнадцяти років, та/або утримування такої дитини за кордоном одним із батьків (усиновлювачем), опікуном, піклувальником є незаконним, якщо такі дії відбуваються в порушення: 1) рішення органу опіки та піклування; 2) суду; 3) прав, встановлених законодавством щодо визначення місця проживання дитини. Звертаємо увагу на те, що дії у вигляді вивезення за межі України дитини, яка постійно проживає в Україні і не досягла шістнадцяти років, та/або утримування такої дитини за кордоном, які вчинені особою в порушення рішення суду, підпадають під ознаки складу злочину, передбаченого чинною наразі ст. 382 КК (невиконання судового рішення).

Якщо ж вищезазначені дії відбуваються в порушення прав, встановлених законодавством щодо визначення місця проживання дитини, для встановлення в діях відповідної особи ознак запропонованого складу злочину спочатку має бути доведений факт того, що вивезення за межі України та/або утримання дитини за кордоном було незаконним (ст. ст. 3, 12 та 13 Конвенції). Даний юридичний факт встановлюється на підставі відповідного рішення суду України (наприклад, рішення про повернення дитини в державу постійного проживання) та/або суду (в деяких іноземних країнах це можуть бути інші адміністративні органи) тієї держави, де знаходиться дитина. При цьому, відповідний судовий або адміністративний орган за наявності певних обставин, вичерпний перелік яких наведений у ст. ст. 3, 12, 13 та 20 Конвенції, має право відмовити в поверненні дитини до місця її постійного проживання. Наприклад, якщо з моменту переміщення пройшло більше року й дитина прижилась у новому середовищі (відвідує навчальний заклад, різноманітні гуртки, за дитиною здійснюється медичний догляд, у дитини є друзі, тощо). У той же час, якщо при розгляді справи про повернення дитини, все ж таки, буде встановлений факт її незаконного переміщення та/або утримування одним із

батьків (усиновлювачем), опікуном, піклувальником, єдиним однозначним наслідком буде повернення дитини до держави її постійного місця проживання. При цьому, треба враховувати, що у такому випадку винна особа, усвідомлюючи, що у разі її повернення на територію України, вона може бути притягнута до кримінальної відповідальності за незаконне вивезення чи утримування дитини за кордоном, буде залишатися (переховуватися) на території відповідної іноземної країни, а, отже, компетентним органам України необхідно буде ініціювати процес видачі особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Зважаючи на те, що процедура екстрадиції, як правило, є тривалою, а сам факт відкриття кримінального провадження за ст. 146² КК (у редакції проекту) щодо одного із батьків (усиновлювача), опікуна, піклувальника не відповідає цілям Конвенції, встановлення кримінальної відповідальності за незаконне вивезення чи утримування дитини за кордоном вищевказаними особами є недоцільним.

Окрім того, буквальне тлумачення назви Конвенції (використання словосполучення – «цивільно-правові аспекти») свідчить про те, що Конвенція покликана врегулювати відносини щодо забезпечення негайного повернення дітей, незаконно переміщених до будь-якої з Договірних держав або утримуваних у будь-якій із Договірних держав, а відповідні дії щодо порушення положень Конвенції розглядаються як акт порушення прав піклування або доступу до дитини, яка не досягла 16 років і постійно проживала в Договірній державі (ст. 4 Конвенції), а не як кримінальне правопорушення.

6. Припис нового п. 12¹ ч. 3 ст. 18 Закону України «Про виконавче провадження», згідно з яким виконавець під час здійснення виконавчого провадження має право безперешкодно входити на земельні ділянки, до житлових та інших приміщень боржника фізичної особи у зв'язку з примусовим виконанням рішення суду про відібрання дитини або про повернення дитини в державу постійного проживання не узгоджується зі ст. 30 Конституції України, згідно з якою «кожному гарантується недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду». Крім того, це положення не відповідає й з ч. 1 ст. 233 КПК, згідно з якою ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді.

Також цей пункт не узгоджується з п. 4 ч. 3 цієї ж статті Закону України «Про виконавче провадження», згідно з яким виконавець має право безперешкодно входити на земельні ділянки, до житлових та інших приміщень боржника - фізичної особи, особи, в якій перебуває майно боржника чи майно та кошти, належні боржникові від інших осіб *за наявності вмотивованого рішення суду* про примусове проникнення до житла чи іншого володіння фізичної особи.

7. Проект потребує відповідного техніко-юридичного вдосконалення. Зокрема, ч. 1 ст. 24 Закону України «Про виконавче провадження» юридично коректніше викласти не як нову редакцію, а доповнити її новим запропонованим абзацом. Крім цього, у п. 1 розділу II «Прикінцеві положення» проекту визначено, що «цей Закон набирає чинності через місяць з дня його опублікування, крім абзаців четвертого – шостого підпункту 1 пункту 3 розділу I цього Закону, який вводиться в дію з дня початку функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи». Проте звертаємо увагу на те, що у п. 3 розділу I вносяться зміни до СК, що не пов'язані з функціонуванням вказаної системи.

Керівник Головного управління

С. Тихонюк

Вик.: О. Куціпак, Є. Корнієнко



СЕДО ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Підписувач: ТИХОНЮК СВІТЛАНА АНДРІЙВНА

Сертифікат: 2B6C7DF9A3891DA104000000733B42008E588D01

Дійсний до: 27.05.2021 23:59:59

Апарат Верховної Ради України
№ 16/3-2020/224258 від 30.11.2020



276319