

НЗУ

НАУКОВІ ЗАСАДИ

ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ
НОВОГО СІМЕЙНОГО КОДЕКСУ
УКРАЇНИ



КСИЛОН

АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ім. В.М. КОРЕЦЬКОГО НАН УКРАЇНИ

код екземпляра

323096



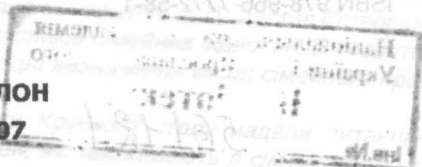
Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України

Збірник наукових праць

**За матеріалами Круглого столу
м. Київ, 25 травня 2006 року**

КСИЛОН

2007



X624-324

УДК. 347.61/.64(477)

ББК 67.(4УКР) 304.7

Н 34

Редакційна колегія:

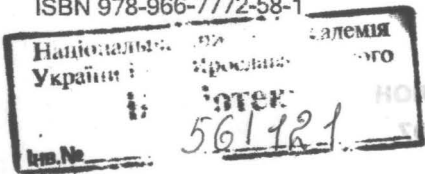
академік АПРн України, д.ю.н., професор **Я.М. Шевченко** (голова);
член-кореспондент АПРн України, д.ю.н., професор **І.В. Жилінкова** (співголова)

Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України. Матеріали Круглого столу. 25 травня 2006 р., м. Київ. - Х.: Ксилон, 2007. -212 с.

До збірки увійшли наукові праці, присвячені аналізу практики застосування нового Сімейного кодексу України, які були обговорені в рамках роботи Круглого столу (Київ, 25 травня 2006 р.). Основна увага приділена пошуку шляхів вдосконалення правового регулювання особистих та майнових відносин в сім'ї, всебічному захисту прав та інтересів дітей та влаштуванню дітей, позбавлених батьківського піклування. Результатом роботи Круглого столу стали схвалені його учасниками рекомендації щодо вдосконалення чинного сімейного законодавства.

Видання розраховано на науковців, практиків, усіх, кого хвилюють проблеми регулювання сімейних відносин в Україні.

ISBN 978-966-7772-58-1



© Академія правових наук України
Інститут держави і права
ім. В.М. Корещького НАН України, 2007

ВСТУП

Набрання чинності новим Сімейним кодексом України стало одночасно і результатом певних соціальних змін, що мали місце за останні роки в нашому суспільстві, і підставою подальшого розвитку правового регулювання сімейних відносин. Три роки дії нових законодавчих норм демонструють позитивні, рушійні зміни, і, водночас, - величезні проблеми, що виникли в практиці регулювання відносин в сім'ї в сучасних умовах.

За таких обставин перед науковцями та практиками постало завдання створення загальної концепції регулювання сімейних відносин в Україні; визначення соціально-правових пріоритетів в сімейній сфері; проведення моніторингу чинного законодавства з метою виявлення прогалин та неузгодженостей норм різних галузей законодавства, що регулюють відносини за участю членів сім'ї; розробки конкретних пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства.

Цим проблемам і був присвячений Круглий стіл, проведений Академією правових наук України та Інститутом держави і права НАН України ім. В.М. Корецького. В його роботі брали участь провідні фахівці в галузі цивільного і сімейного права усіх юридичних вузів України, практичні працівники.

Очолювали ведення Круглого столу віце-президент Академії правових наук, академік Академії правових наук, доктор юридичних наук, професор Копиленко О.Л., секретар відділення Академії правових наук, академік Академії правових наук, доктор юридичних наук, професор Кузнєцова Н.С. Голова організаційного комітету - академік Академії правових наук, доктор юридичних наук, професор Шевченко Я.М., співголова - член-кореспондент Академії правових наук, доктор юридичних наук, професор Жилінкова І.В.

Теми представлених на Круглому столі виступів продемонстрували інтерес науковців до усіх сфер сімейного буття. У зв'язку з цим розглядалися загальні теоретичні проблеми сучасного сімейного права, особливості регулювання особистих немайнових та майнових відносин подружжя, батьків та дітей, проблеми влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування. Не залишилися поза увагою учасників Круглого столу і питання відповідальності за порушення прав учасників сімейних відносин, а також застосування в практичній діяльності норм сімейного законодавства.

Метою Круглого столу було дати відповідь на ті численні запитання, які постали перед юридичною громадськістю при застосуванні Сімейного кодексу, прояснити спірні і дискусійні проблеми.

Учасники Круглого столу зазначили, що окремі норми нового Сімейного Кодексу України потребують подальшого вдосконалення. Перш за все це стосується легального визначення поняття сім'ї, підстав її створення та визначення суб'єктного складу учасників сімейних відносин. В теоретичному плані важливе значення має сьогодні визначення місця сімейного права в системі сучасного права України.

Особливу увагу учасники Круглого столу надали питанню належного виховання та утримання дітей, які проживають в сім'ях з батьками, а також

дітям, позбавленим батьківського піклування. Була проголошена необхідність розробки єдиної державної концепції демографічного розвитку України спрямована на зниження смертності, підвищення народжуваності, захист та всебічну підтримку сімей, в яких проживають діти.

Учасники Круглого столу зверталися і до вирішення конкретних проблем регулювання відносин, учасниками яких є діти. Аналізувалися окремі норми Сімейного Кодексу України, які закріплюють особисті немайнові права та обов'язки батьків та дітей, визначають особливості самостійного захисту дітьми своїх прав, розгляду спорів щодо виховання дитини, питання влаштування дітей, які позбавлені сімейного виховання. Відзначалося, що для влаштування дітей в сім'ю потрібен розвиток сімейних форм виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування - усиновлення, патронат, дитячі будинки сімейного типу, прийомні сім'ї.

Розглядалися питання втілення і врахування міжнародних Конвенцій, зокрема, Конвенції ООН про права дитини в українському законодавстві, питання удосконалення законодавства України щодо захисту прав дитини відповідно до міжнародно-правових стандартів.

В процесі роботи учасниками Круглого столу були розроблені теоретичні та практичні пропозиції щодо подальшого розвитку сімейного права, вдосконалення сімейного законодавства та розвитку соціальних інституцій, спрямованих на захист сімейних відносин, материнства, батьківства та дитинства.

Дуже спірними є висловлені в деяких небагатьох статтях посилання на значимість морально-етичних, релігійних та інших соціальних норм як підстав для утвердження висловлених в Сімейному кодексі понять сім'ї, появи спільної сумісної власності у осіб, які не перебувають в шлюбі, застосування до обґрунтування своїх позицій оціночних понять справедливості, соціально-етичних та морально-правових категорій, наголос на перевагу Сімейного кодексу через його „моральність” і т.п. Сімейний кодекс є правовим нормативним актом, а не сукупністю морально-етичних норм, моральні уявлення та почуття не підлягають правовому регулюванню, оскільки мають іншу соціальну природу.

Тому не можна наводити в якості підстав правових понять твердження щодо „справедливості” чи „несправедливості” їх введення, потрібно розмежувати право і мораль, яка є лише допоміжним засобом при вживанні і тлумаченні правових норм, хоча право і мораль взаємно пов'язані. На жаль, не всі автори належно зрозуміли цей зв'язок, проте укладачі збірника вважають, що свобода думок має бути в збірнику відображена, тому їх і наводять за текстом представлених статей, хоча їх не поділяють і не підтримують.

**доктор юридичних наук,
професор**

Шевченко Я.М.

**доктор юридичних наук,
професор**

Жилінкова І.В.

Розділ I

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Шевченко Я.М., доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Сім'я і сімейні правовідносини в Сімейному кодексі України

Учасниками сімейних відносин згідно статті 2 Сімейного кодексу України є подружжя, батьки і діти, усиновлювачі та усиновлені, мати і батько дитини, які її виховують, утримують і піклуються про її розвиток. Сімейний кодекс України регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між цими особами та іншими родичами, зазначеними в кодексі. Отже, учасників сімейних відносин Сімейний кодекс перераховує, проте концептуальної основи такого явища як сім'я, належним чином не має, хоча й має ст. 3 під заголовком „Сім'я”. Сім'я - це складне суспільне явище, тому не дивно, що „чисто” правового поняття сім'ї встановити неможливо. Сім'я здійснює багатогранні функції - економічну, демографічну, пов'язана з широким спектром інших відносин - трудових, житлових, виховних, організацією дозвілля, з інтимними відносинами та ін. Всі ці відносини у взаємозв'язку і породжують таке суспільне явище як сім'я.

Юридичний аспект поняття „сім'я” визначається тим, якого роду правовідносини становлять сутність цілісної єдності, що входить до поняття сім'ї в юридичному розумінні. Сімейні правовідносини існують як окремий вид правовідносин (їх зв'язок з цивільними правовідносинами - то окрема тема) і їх зв'язок з сімейними відносинами взагалі визначає, якого характеру набирає сім'я як суспільне явище, яке місце вона посідає в суспільстві, які сімейні відносини потребують правового захисту і які взагалі існують перспективи в розвитку такого соціального феномену як сім'я.

Від того, як визначається поняття сім'ї, залежить структура і зміст прав і обов'язків, що поєднують людину з сім'єю, залежить саме існування сім'ї як суспільного явища, визначення кола інтересів людини в сім'ї.

Як кожне суспільне утворення сім'я має свою структуру зв'язків, що її цементують. Як вказує І.О. Покровський, в Стародавньому Римі сім'я була побудована на абсолютній владі домовладки, яка об'єднувала сім'ю, надавала їй характер деякої юридичної єдності.¹

¹ Проковський І. А. Основные проблемы гражданского права. - М., 1998. - С. 163.

Юридична єдність властива, звичайно, і українській сім'ї, але вже зовсім на протилежних засадах. Як вказує ст. 1 Сімейного кодексу, регулювання сімейних відносин здійснюється на підставі побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки; утвердження почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї. І які ж підстави визначає кодекс, встановлюючи поняття сім'ї? В ст. 3 вказується: „сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки”. Вказана дефініція нівелює сім'ю до поняття будь-якого соціального утворення, що пов'язане із спільним проживанням людей, хоча можна спільно жити і це зовсім не означає створення сім'ї. А чого варта вказівка на те, що сім'ю складають особи, які пов'язані спільним побутом, чи є вона такою, що властива лише для сімейних зв'язків, чи ні? Спільне життя неможливо ототожнювати з спільним проживанням, спільне життя має значно ширшу сферу застосування. Поняття „спільне життя” охоплює такі важливі елементи процесу життя як взаємне піклування, виникнення спільних інтересів, появу домовленостей, що стосуються самого існування сім'ї, її розвитку, наприклад, народження дитини і т. ін.; поняття „спільний побут” охоплює поведінку осіб, яка пов'язана з організацією домашнього господарства, житла, власне проживання. А чи не можуть будь-які сторонні особи організовувати спільне проживання, не будучи сім'єю? Звичайно, можуть, наприклад, у гуртожитку. Організувати спільний побут, наприклад, на комунальній кухні. Все це свідчить про те, що у визначенні поняття сім'ї була зроблена концептуальна помилка. Не спільне проживання, а саме спільне життя є основою для визначення поняття сім'ї.

Пункт другий ст. 3 Сімейного кодексу до ознак сім'ї відносить також наявність у осіб, які складають сім'ю, взаємних прав та обов'язків. Але це зовсім не відмінна ознака сім'ї. Особи, що проживають у комунальній квартирі, і навіть сусіди теж мають взаємні права та обов'язки - не завдавати один одному шкоди, дотримуватися правил співжиття і т.ін. Отже, де ж та головна ознака, навколо якої гуртуються інші ознаки, яка дозволяє вказати, що дане соціальне утворення є саме сім'єю і породжує сімейні відносини?²

В радянській літературі з питань сімейного права найчастіше сім'ю визначали як союз осіб, заснований на шлюбі, спорідненні (або тільки на спорідненні), прийнятті дітей на виховання, який характеризується спільністю життя, інтересів, взаємною турботою. Це визначення має соціологічний ухил. Між тим і для сімейного законодавства,

² Див.: Рясенцева В. А. Сімейне право. - М., 1971. - С. 43.

і для сімейних правовідносин важливим є юридично структуроване поняття сім'ї. Тільки ті сімейні відносини, що породжують юридичні наслідки, можуть викликати правовідносини, отже, правовий зв'язок (а це власне і становить основу правовідношення) і є базою для визначення юридичного поняття сім'ї.

І тут вирішальне значення має встановлення суб'єктного складу головного сімейного правовідношення, яке охоплює поняття сім'ї і на підставі якого виникають інші сімейні правовідносини.

Правовий зв'язок між якими особами становить і становитиме ту цілісну єдність, яка дозволить сказати, що саме таке соціальне утворення є сім'єю і відображає юридичний аспект поняття сім'ї. В цьому плані визначальне значення, по-перше, має ст. 2 Сімейного кодексу, де вказані учасники сімейних відносин, що їх регулює Сімейний кодекс України, і завдяки чому визначається те правове поле, в якому виникають і народжуються сімейні правовідносини, бо саме правове регулювання сімейних відносин і служить підставою для їх виникнення.

По-друге, потрібно звернути увагу на таку властивість взагалі правовідношення як правової категорії, яка полягає в тому, що воно має двоїсту природу. Права і обов'язки суб'єктів правовідношення складають юридичний зміст відношення і є мірою тих можливостей, які може надати право при їх здійсненні у межах відповідної юридичної конструкції, в той час як поведінка осіб, яка будується відповідно до цієї конструкції, є тільки сукупністю життєвих фактичних обставин.³ Зрозуміло, що юридичний зміст відношення і становить підвалину юридичного поняття сім'ї, а сім'я в юридичному аспекті - це перш за все те коло осіб, які відповідно до ст. 2 Сімейного кодексу вступають у сімейні правовідносини і мають сімейно-правові права та обов'язки. Відповідно та юридична єдність, яку втілює сім'я, виражає волю рівних між собою суб'єктів сімейних правовідносин, що створюють сім'ю, і є виразом приватного права.

Сімейні правовідносини як ніякі інші пов'язані з особистістю особи, тому цілком закономірно, що сімейно-правове регулювання в Сімейному кодексі ґрунтується на тих правових інститутах, які пов'язані з особистістю людини і її поведінкою відповідно до сімейно-правових прав і обов'язків. Слід виділити 3 групи сімейних правовідносин, які відповідно охоплюють 3 великі групи фактичних обставин, які обумовлюють життєві сімейні відносини певного виду, так чи інакше пов'язані з суб'єктами сімейних правовідносин. Це - відносини, що ґрунтуються на шлюбі як спеціальному юридичному факті, який за

Див. також: Чеговадзе Л. А. Структура и состояние гражданского правоотношения. - М., 2004. - С. 3.

змістом означає сімейний союз жінки і чоловіка, зареєстрований у державному органі актів цивільного стану; кровне споріднення осіб; усиновлення. Інші підстави, не заборонені законом і такі, що не суперечать моральним засадам суспільства, про які йдеться в п. 4 ст. 3 Сімейного кодексу як про підстави створення сім'ї, дуже розпливчасті і не здатні слугувати для юридичного визначення поняття сім'ї.

Отже, шлюб, кровне споріднення, усиновлення відзначають те коло сімейних правовідносин, про які можна говорити, що на їх підставі створюється сім'я. Суб'єкти сімейних правовідносин мають свої, властиві їм назви, завдяки яким одразу можна визначити специфічний характер соціального утворення, мету і цілі його функціонування і таким чином визначити його місце в суспільстві. Суб'єктами сімейних правовідносин є подружжя, дитина, діти як потомство, усиновлені, усиновлювачі. Звідси визначення в Сімейному кодексі правил щодо походження дітей, прав і обов'язків по їх вихованню і пов'язаних з ними прав на спілкування з дітьми, прав на проживання з дітьми. Цим визначається соціальне обличчя сімейних правовідносин, пов'язаних з такими суб'єктами, якими є батьки і діти.

Соціальне утворення, яке має юридичний аспект цілісного утворення у вигляді сім'ї, пов'язане не лише з такими специфічними суб'єктами правовідносин як батьки і діти, але й з такими оригінальними суб'єктами як подружжя. Подружжя виникає в результаті укладення сімейного союзу жінки та чоловіка, зареєстрованого у державному органі реєстрації актів цивільного стану. Проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя (п. 2 ст. 21 Сімейного кодексу).

Отже, як висновок, шлюб є основою сім'ї. Проте, в Сімейний кодекс була введена новела, згідно з якою на майно, набуте чоловіком і жінкою, що проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, поширюється режим спільної сумісної власності, тобто режим, який властивий лише для правових відносин подружжя (ст. 74 Сімейного кодексу). Це означає, що частині правовідносин цивільно-правового характеру надається статус сімейно-правових відносин і, отже, юридичне поняття сім'ї безпідставно розширюється, бо підставою виникнення сімейного союзу чоловіка і жінки, про який йдеться в ст.21 Сімейного кодексу, є лише шлюб. І цивільно-правові, і сімейно-правові відносини є відносинами приватного права, тобто дуже близькими, проте вони генетично і за підставами виникнення - різні, це має визначальне значення для правового регулювання і тих, і інших, для системи правовідносин, для визначення статусу сімейних правовідносин і цивільних правовідносин - кожного виду зокрема, і, зрештою до підвалин сукупності життєвих обставин, які визначають

поведінку суб'єктів кожного виду правовідносин. За своїм положенням суб'єкти цивільних правовідносин є сторонніми між собою людьми, суб'єкти ж сімейно-правових відносин пов'язані між собою особливим сімейно-правовим зв'язком, який в якості фактичних обставин передбачає спільність життя і інтересів осіб. Тому вираз „проживання однією сім'єю” є невірним для визначення сімейних правовідносин, їх основою є юридична єдність, яка структурно складається з суб'єктів, визначених в ст. 2 Сімейного кодексу як учасників сімейних відносин, що їх регулює Сімейний кодекс України, а змістом їх відносин є здійснення сімейно-правових прав і обов'язків, що виражають волю рівних між собою суб'єктів саме сімейних правовідносин. Це й становить підставу для визначення юридичного поняття „сім'я”. Що стосується моментів, передбачених ст. 3, які стосуються спільності проживання, спільності побуту, взаємних прав і обов'язків взагалі, то ці моменти характеризують не юридичний статус утворення, а форми його існування як соціальної одиниці в суспільстві.

Важливо зауважити, що українське законодавство терміном „сім'я” не визначає меж між правовими нормами, що регулюють внутрішні відносини в сім'ї, а лише вказує на її складові частини. Це означає, що сім'я є юридичною одиницею, яка складається з суб'єктів, які пов'язані між собою особливим зв'язком, який виражає волю рівних між собою суб'єктів саме сімейних правовідносин. Це й становить підставу для визначення юридичного поняття „сім'я”. Що стосується моментів, передбачених ст. 3, які стосуються спільності проживання, спільності побуту, взаємних прав і обов'язків взагалі, то ці моменти характеризують не юридичний статус утворення, а форми його існування як соціальної одиниці в суспільстві.

Удосконалення законодавства України щодо захисту прав дитини відповідно до міжнародно-правових стандартів

Конституція України гарантує дітям рівні права «незалежно від походження, а також від того, народжені вони в шлюбі чи поза ним.»[1;с.142]. Це забезпечує розв'язання проблеми виховання і захисту прав дітей, яка завжди залишається актуальною для кожної держави, оскільки самі діти є безцінним скарбом щодо самозбереження здоров'я і рушійного поступу кожного народу.

Принцип рівності дітей і забезпечення їх прав закріплено також в інших статтях Конституції України. Зокрема, статтею 27 - гарантується захист державою права дітей на життя; статтями 48, 49, 50 - на достатній життєвий рівень, охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування, безпечне і здорове довкілля; статтею 52 - право дитини на свободу від насильства та експлуатації, а дітей, позбавлених батьківського піклування - на утримання і виховання державою.

Важливо зазначити, що українське законодавство гармонійно доповнюється міжнародними правовими нормами і стандартами у галузі прав дитини. Зокрема, у внутрішнє національне законодавство імплементовані основні положення Конвенції ООН про права дитини, яка набула чинності для України 27 вересня 1991 р., і відповідно з якими взяті зобов'язання щодо забезпечення добробуту, охорони здоров'я, житла, освіти для кожної дитини без будь-якої дискримінації, а також інтересів і прав дитини в усіх сферах суспільного життя.

На підставі положень Конституції України та Конвенції ООН про права дитини прийнято Закон України "Про охорону дитинства" (від 26.04.2001 р. № 2402-ІП), а також 16 законів, спрямованих на забезпечення захисту прав та інтересів дітей. Серед них Закони України "Про органи та служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх" (від 24.01.1995 р.), "Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям" (від 1.06. 2000 р. № 1768-ІІІ), "Про державну допомогу сім'ям з дітьми" (від 22.03.2001 р. № 2334-ІІІ), „Про соціальну роботу з дітьми та молоддю" (від 21.06.2001 р. № 2558-ІІІ), "Про попередження насильства в сім'ї" (від 15.11.2001 р. № 2789-ІІІ), "Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування" (від

13.01.2005 р. № 2342-ІУ), "Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей" (від 2.06.2005 р. № 2623-ІУ). У ряді інших законів також передбачені конкретні заходи, спрямовані на охорону дитинства.

Проте аналіз українського законодавства та порівняння з положеннями Конвенції про права дитини свідчить, що норми українського права поки не в повній мірі передбачають цілісного і дійового механізму для ефективного забезпечення прав та інтересів дитини, хоча і базуються на гуманістичних підходах і принципах.

За останні два роки істотно змінені підходи до осмислення й реалізації прав дітей, визначених Конвенцією ООН про права дитини і національним законодавством. Проблематика прав дитини неодноразово заслуховувалася на парламентських і громадських слуханнях, засіданнях Кабінету Міністрів України.

Дитяче населення в Україні становить майже 9 мільйонів 130 тисяч, і тому охорона дитинства визнана стратегічним загальнонаціональним пріоритетом в Україні. [2; с.361]

Указом Президента України 2006 рік оголошений роком дитини.

З ряду позицій у 2004-2006 роках збільшено асигнування на дитячі потреби.

Постійно підвищується рівень координації спільних зусиль державних та недержавних установ для допомоги дітям, які потрапили у скрутні та кризові умови.

Оцінюючи проведену Україною роботу, Комітет ООН з прав дитини висловив подяку Урядові України за увагу, яка приділяється державою для поліпшення становища дітей, попри усі труднощі політичного та економічного характеру.

Одночасно Комітетом ООН з прав дитини зроблено ряд зауважень за підсумками другої періодичної доповіді України (від 09.01.2002 р.): особливо підкреслено відсутність постійно діючого органу по координації заходів з реалізації Конвенції про права дитини на національному та місцевому рівнях і співробітництва з міжнародними організаціями, відсутність умов для навчання дітей-інвалідів у системі загальної освіти, а також необхідність заснування програми реабілітації та соціальної реінтеграції для постраждалих від насильства дітей, впровадження ювенальної юстиції та інші, які не вирішені на законодавчому рівні і досі. [3 ; с. 123-124]

Реалізація зазначених рекомендацій сприятиме вирішенню проблем щодо охорони дитинства, які потребують спільних зусиль державних органів влади та всього суспільства.

За даними Державного комітету статистики України, на 1 січня 2006 року налічується 97 829 дітей-сиріт і дітей, позбавлених бать-

ківського піклування. На жаль, серед них близько 70% - це так звані сироти при живих батьках.

Серед проблем такої категорії дітей слід зазначити високу їх кількість, що належать до неблагополучного середовища, тих, хто виховується поза родиною, яка є природною потребою кожної дитини. Латентний характер такого явища, як безпритульність та бездоглядність, не дає змоги встановити кількісну його характеристику, але можна констатувати, що вони набули загрозливого для країни масштабу.

Однією з болючих проблем залишається високий рівень дитячої злочинності. На січень 2005 р. кількість неповнолітніх правопорушників, які перебували на обліку в органах внутрішніх справ, становила понад 46 тис. осіб (у 2004 р. - 56842 підлітки). На профілактичному обліку служб у справах неповнолітніх на 1 січня 2005 р. було 129 тис. підлітків.

Останні два роки доля підліткової в загальній злочинності, зареєстрованої в Україні, складає близько 10 відсотків від числа скоєних злочинів. Збільшується кількість вчинення суспільно-небезпечних правопорушень до досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність.

Поширюються такі ганебні явища, як використання найгірших форм дитячої праці.

Половина вилучених з вулиці дітей проживає в рідних сім'ях, кожна четверта дитина - у сім'ях родичів чи друзів, кожна десята - в інтернатних закладах. При цьому майже половина таких дітей не ідентифікує себе з рідною сім'єю, відмовляється повертатися додому. Нерідко бездоглядні діти вчиняють злочини.

На профілактичному обліку правоохоронних органів та служб у справах неповнолітніх перебуває близько 150 тисяч неповнолітніх, які займаються бродяжництвом та жебракуванням, схильні до правопорушень, вживають наркотичні речовини та алкогольні напої.

Чимало дітей гине, стає інвалідами та жертвами різного роду насильства внаслідок пожеж, аварій, нещасних випадків, потрапляє в негативне середовище через неналежний нагляд з боку батьків або інших осіб, уповноважених доглядати за ними. І тому у суспільстві постійно лунають заклики щодо посилення відповідальності батьків, опікунів на законодавчому рівні.

І хоча в державі створено певну мережу закладів та установ соціального захисту дітей, серед яких - притулки, центри медико-соціальної та соціально-психологічної реабілітації та інші заклади догляду за дітьми, їх діяльність залишається недостатньо ефективною,

що зумовлює необхідність вжити дієвих заходів щодо захисту прав дитини. Цьому могло б сприяти удосконалення державного забезпечення функціонування мережі дитячих виховних закладів відповідно до потреб дитини.

Відповідальність за захист прав та інтересів дитини мають нести місцеві органи виконавчої влади, тому важливим є створення чіткої виконавчої вертикалі, на яку покладається відповідальність за долю кожної дитини.

Нагальною потребою сьогодення є об'єднання зусиль для ліквідації та створення умов для запобігання такого явища як дитяча безпритульність та бездоглядність. Враховуючи важливість та масштабність зазначеної проблеми, постає необхідність координації зусиль в цій сфері окремим самостійним органом виконавчої влади, який би здійснював на практиці ідеї соціального супроводу неблагополучних сімей, спираючись на зібрану інформацію, що вноситься в базу даних дітей вулиці, вживав ефективні засоби влаштування таких дітей.

Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини проаналізовані звернення безпосередньо самих неповнолітніх учнів та студентів з приводу порушення їхніх прав. В таблиці № 1 наведено дані щодо порушення прав неповнолітніх.

Таблиця № 1*

	2004 р.	2005 р.	2006 р. станом на 01.09.06
Право на захист свого життя і здоров'я	7	1	11
Свобода від катувань	1	5	1
Свобода від жорстокого та нелюдського поводження	3	4	3
Підтримка материнства та дитинства	2	6	12
Свобода від незаконного арешту чи затримання	4	20	4
Право оскаржити рішення суду з кримінальних справ	5	7	6
Право оскаржити рішення суду з цивільних справ	7	25	22
Свобода від порушень працівниками правоохоронних органів	5	29	33

Право на соціальний захисти в разі втрати годувальника	-	6	4
Надання матеріальної допомоги	7	9	16
Право на призначення виплат та допомоги	-	2	1
Право на житло	10	25	22
Право на надання житла	9	9	12
Право на освіту	21	14	11
Право на доступність освіти	5	7	1
Право власності	4	10	11
Право на достатній життєвий рівень	3	1	1
Право на охорону здоров'я	2	19	8
Свобода від насильства та сексуальної експлуатації дітей	4	3	2
Право на одержання аліментів	4	9	16
Свобода від приховуваного позбавлення права власності на житло	14	17	18
Кількість звернень від дітей (в т.ч. колективних)	143	190	160
Кількість дітей, які звернулися до Уповноваженого	385	2568	196
Загальна кількість звернень до Уповноваженого (в т.ч. колективних)	30817	27395	13425
Всього звернулося осіб до Уповноваженого	169035	170368	31390

* Колонка 3 в таблиці № 1 та інші доповнення внесено при підготовці даного матеріалу до друку у збірнику.

Звісно, наведені дані свідчать про широкий спектр порушених прав неповнолітніх, а тому вдосконалення законодавства щодо захисту прав неповнолітніх конче необхідно, як і впорядкування правозастосовчої практики у цій сфері правовідносин.

Болючою залишається *проблема торгівлі українськими дітьми під виглядом їх усиновлення іноземцями*. На жаль, як свідчить практика з питань усиновлення, Міністерство закордонних справ України, його дипломатичні представництва, на які відповідно до законодавства України, а також ст.31 Консульського статуту України, покладені

обов'язки ведення обліку усиновлених українських дітей, що проживають у сім'ях іноземних громадян за межами України, та здійснення нагляду за дотриманням їх прав, не завжди належним чином виконують вимоги національного законодавства.

Так, всупереч п.30 Порядку здійснення нагляду за дотриманням прав дітей-сиріт після усиновлення (затвердженого Кабінетом Міністрів України 28 серпня 2003 року за № 377), станом на 1 вересня 2006 року в Україні немає ніякої інформації про умови проживання і виховання 511 українських дітей з 2058, усиновлених іноземними громадянами ще у 2004 році.

У вересні 2005 року діючий на той час при Міністерстві освіти і науки України Центр з усиновлення дітей, висловивши стурбованість у зв'язку з відсутністю звітів стосовно 1300 дітей, усиновлених протягом 1996-2003 років, призупинив прийом документів від кандидатів на усиновлення з США, Італії, Франції, Німеччини, Іспанії, Канади. Завдяки цьому, а також діяльності Інтерполу ситуація дещо поліпшилась, проте серйозні проблеми залишилися. Особливо незадовільний стан щодо контролю за усиновленими дітьми-сиротами склався зі США, звідки в Україну на 1 вересня 2006 року не було надіслано інформацію про 795 дітей, усиновлених упродовж 1997-2005 років. Так, тільки після арешту у 2005 р. громадянки США Пеггі Сью Хілт за вбивство усиновленої нею дитини з Росії та звернення з цього приводу до МЗС Уповноваженого з прав людини підтвердилась інформація, що в сім'ї подружжя Хілт була друга дитина - українська дівчинка, удочерена ними з Рівненського дитячого будинку у 2001 році.

Після виявлення цього факту українські дипломати протягом п'яти місяців не допускались представниками американської влади до зустрічі з дитиною. Тільки 12 січня 2006 року відбулася зустріч з дівчинкою, яка за законодавством України до 18 років залишається громадянкою України. Її подальшу долю не вирішено, як це повинно бути, - з урахуванням інтересів самої дитини відповідно до Конвенції ООН про права дитини та законодавства обох країн. Досі так і не визначено питання щодо повернення української дівчинки на Батьківщину.

Не менш жahlливий випадок пов'язаний ще із одним громадянином США - Джоном Волтером Крюгером, який у 2002-2004 роках усиновив з Херсонського дитячого будинку трьох хлопчиків 1994, 1995 і 1997 років народження, а в грудні 2005 року Департаментом поліції м.Бейкерсфілд проти нього було порушено кримінальну справу за звинуваченням у сексуальних знущаннях над цими дітьми. Попри те, що Д.Крюгер вже у 1991 році був підозрюваний у сексуальних домаганнях, каліфорнійська агенція соціальних послуг Chrysalis House надала позитивний висновок на нього як потенційного усиновителя, що дало підстави українській стороні поставити його на облік кандидатом

Національний інститут України імені Ю. Крижанівського
Бібліотека
Інв.№ 561/121
17

на усиновителя, а потім тричі надавати дозвіл на усиновлення дітей-сиріт з України.

Наведені факти свідчать про відсутність будь-якого контролю з боку американських державних органів за виконанням усиновителями українських дітей зобов'язань, наданих Україні у нотаріально засвідченій формі (відповідно до українського національного законодавства). Міністерство закордонних справ України фактично стало споглядачем такого стану речей, не направивши жодної ноти американській стороні з вимогами усунення брутальних порушень прав дітей та негайного забезпечення зустрічі представників українських дипломатичних установ із дітьми - українськими громадянами. З метою усунення брутальних порушень прав дітей, усиновлених громадянами США - подружжям Хілт і Д.Крюгером, Уповноваженим внесено подання Президенту України.

Відбувається підготовка проекту Закону України «Про внесення змін і доповнень до деяких кодексів та законів України» (щодо захисту прав дітей) і пропонується внести зміни до Цивільного кодексу України, Кримінального кодексу України, до Законів України «Про охорону дитинства», «Про громадянство України», «Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», «Про соціальну адаптацію осіб, які відбували покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк», «Про соціальну роботу з дітьми та молоддю».

Зважаючи на те, що проблема захисту прав дитини потребує особливої уваги з боку держави та суспільства, проектом майбутнього закону передбачено створення окремого спеціально уповноваженого органу центральної виконавчої влади - *Національної агенції з безпечного дитинства*, саме для захисту прав дитини.

Передбачено посилення судового захисту майнових та житлових прав дітей шляхом забезпечення обов'язкової участі у судовому процесі, коли розглядаються майнові та (або) житлові права дітей, органів опіки та піклування, які на сьогодні, як правило, ухиляються від участі в таких процесах.

Органи опіки та піклування повинні негайно здійснювати передачу дитини, яка залишилась без батьків унаслідок їх смерті, або залишилась без батьківського піклування на підставі рішення суду про позбавлення батьків батьківських прав, до відповідного дитячого закладу; протягом двох тижнів вирішити питання щодо подальшого

влаштування дитини, яка була тимчасово передана до відповідного дитячого закладу у випадках, зазначених вище.

Орган опіки і піклування, зазначено в проекті Закону, бере участь у здійсненні заходів щодо соціального захисту дітей, включаючи їх страхування до досягнення 18 років, а також вирішення питання про призначення їм пенсії за втрату годувальника; інших заходів щодо забезпечення захисту прав та інтересів дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, і несе відповідальність за їх дотримання, а також координує здійснення таких заходів.

Передбачається також оформлення документів на усиновлення і влаштування дітей до дитячих закладів та до інших форм утримання та виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Окрім того, орган опіки і піклування буде здійснювати моніторинг діяльності цих закладів та інших визначених законом форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Прийняття зазначеного Закону сприятиме розв'язанню складної соціальної проблеми, а саме - ліквідації та профілактики явища безпритульності та бездоглядності дитини, посиленню ефективності захисту прав дитини, охороні її життя та здоров'я у відповідності до міжнародно-правових стандартів та з урахуванням інтересів самої дитини.

Використані матеріали:

1. Конституція України//Відомості Верховної Ради України. - 1996. - № 30 - с.142.
2. Статистичний щорічник України за 2004 / за ред. О.Г.Осауленко - Київ, видавництво «Консультант», 2005. - 361.
3. Заключні зауваження та рекомендації конвенційних органів ООН щодо доповідей України в сфері дотримання прав людини: збірка документів / Під ред. Н.І.Карпачової. - К.: «К.І.С.», 2004. - с.123-124.
4. Дитячі інтернатні заклади у 2005 році: Статистичний бюлетень. -Київ, 2006. - с.1.
5. Проблеми бездоглядності та безпритульності дітей: Тематична Державна доповідь про становище дітей в Україні за підсумками 2003 року. - К.: Державний ін-т проблем сім'ї та молоді, 2004. - с.116-119.
6. Державний комітет статистики України. - <http://www.ukrstat.gov.ua>.
7. О.В.Швед. Комерційна сексуальна експлуатація дітей (КСЕД) як нове соціальне явище в світі, країнах СНД та Україні. - Український соціум - 2005. - № 2-3. - с.83.
8. Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» (№776/97-ВР від 23.12.1997 р.) - Київ, 2002. - с.3-4.
9. Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні. Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. - Київ, 2004. - с.118.
10. Поточний архів Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за 2004-2006 роки.

Диспозитивне регулювання у сімейному праві

У сучасному праві дедалі більше привертають увагу законодавця та науковців особистість, її інтереси, права, які нерозривно пов'язані з нею; до останніх, власне, й належать всі суб'єктивні сімейні права. Як зазначав свого часу відомий вітчизняний цивіліст В.І.Синайський, сімейні права є невід'ємними від особи, оскільки юридично підкріплюють сімейні стани¹, отже, їх можна прирівняти до особистих прав. Ця ідея знайшла відтворення і в Сімейному кодексі України, згідно з якою сімейні права (ст. 14) та сімейні обов'язки (ст. 15) є такими, що тісно пов'язані з особою, отже не можуть бути передані іншій особі.

Саме тому розвиток вітчизняного сімейного законодавства в останні роки підкорявся конституційному принципу пріоритету особистості, всебічного забезпечення її прав та інтересів, захисту від свавільного втручання в особисте та сімейне життя. Так, Цивільний кодекс України у ст. 3 серед загальних засад цивільного законодавства називає неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини. А Сімейний кодекс України, визначаючи у ст. 7 загальні засади сімейного права, вказує, що регулювання сімейних відносин здійснюється з урахуванням права на таємницю особистого життя, особисту свободу учасників, недопустимості свавільного втручання у сімейне життя, хіба що лише у тій частині, у якій це є допустимим і можливим з точки зору інтересів їх учасників та суспільства. Питання, котрі знаходяться поза вказаними межами, вирішуються учасниками сімейних відносин на власний розсуд. У зв'язку з цим, очевидно, законодавець поступається методом імперативного впливу, який раніше превалював у сімейному праві, вказуючи у п.2 ст. 7 Сімейного кодексу України, що сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю між їх учасниками.

Слід зазначити, що до прийняття Сімейного кодексу України 2002 р. практично всі норми сімейного права були імперативними². Саме ця ознака розглядалася як один із ключових аргументів на користь

¹ Синайський В. І. Русское гражданское право. - М.: "Статут", 2002 (Классика русской цивилистики). - с. 485.

² Деякі фахівці вважають, що диспозитивність завжди була притаманна сімейному праву, навіть за часів, коли всі норми були імперативними, однак знаходилася "за межами права".

визнання сімейного права окремою галуззю у системі вітчизняного права. Проте, на сьогодні погляд на цю проблему дещо змінюється: по-перше, виключно імперативне регулювання сімейних відносин су-перечить вказаним вище принципам, які визначають статус особи в суспільстві та правовій системі, не узгоджується з концепцією цивільно-правового статусу особи; по-друге, введення на загальному рівні диспозитивного методу регулювання зумовлює необхідність переос-мислення усталених підходів до визначення місця правових норм, що регулюють сімейні відносини, у системі вітчизняного права.

Відмінності імперативного та диспозитивного регулювання відо-мі; вони добре досліджені науковцями у галузі теорії права та знани-ми цивілістами. Зокрема, Покровський І.О. ще на початку минулого століття вказував на те, що імперативний вплив здійснюється виключ-но приписами, що виходять з єдиного центру - державної влади, котра визначає місце для кожної окремої особи, її права і обов'язки стосовно інших і не дозволяє змінювати ці приписи ніякою іншою волею. Отже, у такому разі учасники сімейних відносин позбавлені можливості встановлювати для себе права та обов'язки самостійно, визначати їх власною волею або ж керуючись іншими, окрім правових, соціальни-ми нормами.

Згаданий вчений образно висловлювався щодо диспозитивного методу: «державна не ставить себе в положення єдиного визначаю-чого центру, а, навпаки, надає таке регулювання численним малень-ким центрам (приватним особам), які є носіями власної волі і власної ініціативи, саме їм надається можливість регулювати взаємні відно-сини між собою»³. Іншими словами, сутність диспозитивного мето-ду полягає у тому, що держава встановлює загальні приписи лише на той випадок, якщо учасники з якихось причин не встановлюють індивідуальних правил; держава утримується від безпосереднього владного впливу на відносини, але охороняє як свої власні приписи ті правила, котрі будуть встановлені приватними особами.

Диспозитивне регулювання безумовно означає перевагу волі учасників сімейних відносин порівняно з волею законодавця щодо тих питань, котрі можуть регулюватися на розсуд суб'єктів. Разом з тим, зазначаючи, що сімейні відносини можуть регулюватися за до-мовленістю (ч.2 ст.7), законодавець усе ж не визнає пріоритет волі учасників на такому ж рівні, як у ст. 6 Цивільного кодексу України 2003 р. Цьому є своє пояснення: дуже багато суб'єктів сімейного права є «слабкою» стороною правовідношення унаслідок відсутності повного обсягу дієздатності (діти), або можуть виявитися такою унас-

³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. - Пг., 1917.- с. 9-10.

лідок особливого ставлення, емоційної чи майнової залежності від іншої сторони, що позбавляє їх можливості приймати адекватні рішення. Крім того, низка інститутів сімейного права потребує виключно імперативного впливу: умови укладення шлюбу, визнання шлюбу недійсним, позбавлення батьківських прав, скасування або визнання недійсним усиновлення інші питання, пов'язані з сімейно-правовою відповідальністю чи захистом.

Уведення диспозитивного регулювання законодавець здійснює в Сімейному кодексі на кількох рівнях. Насамперед, на загальному: по-перше, у згаданій ч. 2 ст. 7 вказує на можливість регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором); по-друге, у ст. 9 більш докладно випишує правила щодо такого регулювання. Згідно з ч. 1 ст. 9 особи, відносини між якими регулює Сімейний кодекс, можуть врегулювати їх за домовленістю (договором), якщо це не суперечить законодавству та моральним засадам суспільства. Отже, чоловік та дружина, батьки дитини, батьки і діти, усиновлювачі та усиновлені діти, баба, дід, прабаба, прадід, внуки та правнуки, рідні брати та сестри, мачуха, вітчим, падчерка, пасинок - особи, яких законодавець безпосередньо називає як учасників сімейних відносин у ст.2 Сімейного кодексу України, можуть укладати договори між собою. Згідно з ч.3 вказаної статті це можуть бути також інші члени сім'ї, які визначені у Сімейному кодексі України: опікуни, піклувальники та підопічні, патронатні вихователі, діти, над якими встановлено патронат та ін.

Особи, відносини між котрими не регулює Сімейний кодекс, але які проживають однією сім'єю або є родичами за походженням, можуть регулювати свої сімейні (родинні) відносини за договором, який має бути укладено у письмовій формі (ч.2 ст.9); такий договір буде обов'язковим до виконання, якщо він не суперечить законодавству та моральним засадам суспільства. Цими особами можуть бути, наприклад, двоюрідні брати та сестри, тітки, дядьки, племінники та племінниці, інші родичі за походженням, відносини між якими відповідно до ч.4 ст. 2 Сімейним кодексом України безпосередньо не регулюються.

Вибудовуючи юридичну конструкцію відповідних статей Сімейного кодексу України, законодавець використовує терміни «за домовленістю» і «договором». При цьому у ч.2 ст. 7 та ч.1 ст. 9, а так само в деяких інших загальних нормах Сімейного кодексу України (ч. 1 ст. 10, ч.4 ст. 15, ч.2 ст. 18) вони наводяться як тотожні, оскільки подаються у формулюванні: «за домовленістю (договором)». На перший погляд, з цим можна погодитися, вони видаються близькими за змістом, однак, вже при першому наближенні до сутності цих термінів очевидна їх відмінність, котра впливає вже із самого використання

їх законодавцем для формулювання тієї чи іншої норми. Зокрема, ч. 6 ст. 18 вказує, що способом захисту сімейних прав може бути відшкодування матеріальної або моральної шкоди, якщо це передбачено Сімейним кодексом або договором, і не згадує домовленості. А в інститутах особливої частини кодексу кожен із вказаних термінів використовується самостійно. Так, виключно про домовленість йдеться у: ст. 63, яка передбачає рівність прав дружини та чоловіка на володіння, користування і розпорядження спільним сумісним майном, якщо інше не встановлено домовленістю між ними; ч.1 ст. 71, за якою неподільні речі присуджуються одному з подружжя, якщо інше не визначено домовленістю між ними; ч.1 та ч. 2 ст. 181, згідно з якою за домовленістю між батьками можуть визначатися способи виконання ними обов'язку утримувати дитину.

Виключно про договір законодавець веде мову у: ст. 78 щодо укладення договору подружжя про надання утримання одному з них; ч. 1 та ч. 3 ст. 89 щодо договору про припинення права на утримання та відповідно у ч. 3 ст. 91, де йдеться про аналогічні відносини між жінкою і чоловіком, які тривалий час проживали однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою; ст.ст. 92-103 стосовно шлюбного договору; ст. 74 щодо договору між чоловіком і жінкою, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, про визначення режиму спільного майна; ч.1 ст. 109 щодо договору подружжя про визначення місця проживання дітей та участь у забезпеченні умов їхнього життя і вихованні дітей того із них, хто проживатиме окремо після розірвання шлюбу; ч. 4 ст. 157 щодо договору батьків про здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо; ст. 189 стосовно договору між батьками про сплату аліментів на дитину; ст. 190 щодо договору про припинення права на аліменти на дитину.

В окремих випадках ці терміни протиставляються: у ч. 1 ст. 70 вказано, що частки дружини та чоловіка у спільному сумісному майні є рівними, якщо інше не визначено домовленістю між ними або шлюбним договором. З цього очевидно, що автори Сімейного кодексу України закладали різний зміст у поняття договору та домовленості; й це зрозуміло, адже у протилежному випадку немає сенсу в уведенні двох різних термінів.

Отже, домовленість і договір мають спільні риси: в них необхідний вияв ініціативи учасників сімейних відносин, взаємний вияв їхньої вільної волі, вони є юридичними діями, які зумовлюють виникнення сімейних прав та обов'язків. І домовленість, і договір втілюють принцип диспозитивності у регулюванні сімейних відносин. Однак, домовленість відрізняється від договору за своїм юридичним змістом: вона

не має такої правової гарантії, яку має договір, оскільки не може бути забезпечена силою державного примусу. Домовленість існує виключно за умов, що підтримується всіма учасниками правовідношення. Спір, який виникне у разі порушення одним із учасників домовленості, буде вирішуватися на підставі закону, а не на підставі домовленості. Тоді як спір про порушення договору буде вирішуватися судом, виходячи з умов договору.

За домовленістю можуть регулюватися і майнові, і особисті немайнові відносини, саме так, власне, врегульовуються особисті немайнові сімейні відносини, які прямо не врегульовані законом, у тому числі й ті, які не мають юридичного характеру.

З урахуванням цього формулювання відповідних статей Сімейного кодексу України, у яких «договір» та «домовленість» вживаються як тотожні, вбачаються не зовсім коректними.

Законодавець використовує у Сімейному кодексі України й інші формулювання, які вказують на ознаки диспозитивного регулювання. Зокрема: згідно з ч. 1 ст. 66 подружжя в змозі домовитися про порядок користування майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності; за ч. 1 ст. 71 якщо дружина та чоловік не домовилися про порядок поділу майна, спір може бути вирішений судом та ін. Зважаючи на спільне кореневе походження, здавалося б, такі формулювання слід ототожнювати з поняттям регулювання відносин «за домовленістю». Однак, це не завжди можливо. Візьмемо для прикладу ст. 89 Сімейного кодексу України: відповідно до ч. 1 подружжя та особи, шлюб між якими розірвано, мають право укласти договір про припинення права на утримання взамін на набуття права власності на нерухоме майно або одержання одноразової грошової виплати. Згідно з ч. 2 цієї ж статті, якщо особи домовилися про припинення права на утримання у зв'язку з одержанням одноразової грошової виплати, обумовлена сума має бути внесена на депозитний рахунок нотаріальної контори до посвідчення договору. Передбачена у цій частині домовленість не є регулюванням правовідносин, вона є лише попередньою стадією договірного правовідношення і до тих пір, поки вказана грошова сума не буде внесена на депозитний рахунок, договір не може бути укладено. А отже, до цього моменту диспозитивного регулювання як такого ще не існує, оскільки не виникло ні прав, ні обов'язків у сторін, відмінних від тих, які встановлені законом.

Зовсім інакше слід оцінювати положення, наприклад, ч. 1 ст. 66 Сімейного кодексу України: якщо подружжя домовилися про порядок користування рухомим майном, що їм належить на праві спільної сумісної власності (наприклад, автомобілем, комп'ютерною технікою) й дотримуються цих правил, то здійснюється безпосереднє регулю-

вання відносин. Так само, говорячи у ч.1 ст. 71 про те, що у разі, якщо подружжя не домовилося про порядок поділу майна, то спір буде вирішений судом, законодавець має на увазі поділ майна подружжя на підставі домовленості, яка існує як альтернатива легальному режиму майна подружжя.

У юридичних конструкціях деяких статей Сімейного кодексу України використано терміносполучення, які за змістом, на нашу думку, також передбачають існування домовленості між учасниками сімейних відносин, хоча ні поняття домовленості, ні договору в них не згадуються. До них слід віднести низку статей, згідно, якими певні питання можуть вирішуватися «спільно», «за згодою», «за спільною згодою», «за взаємною згодою» (подружжя, батьків, батьків і дітей тощо). Наприклад: дружина та чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя за взаємною згодою (ч.1 ст. 65); вони можуть розділити таке майно за взаємною згодою (ч.2 ст. 69); батьки вирішують питання про управління майном дитини спільно (ч.3 ст. 177); місце проживання дитини, яка не досягла десяти років, визначається за згодою батьків (ч.1 ст. 160), а якщо вік дитини від десяти до чотирнадцяти років - за згодою батьків та самої дитини (ч.2 ст. 160). Така згода, безумовно, передбачає встановлення домовленості між учасниками, оскільки і перша й остання за своїм змістом є ніщо інше, як погодження волі суб'єктів правовідношення. Регулювання сімейних відносин договором та за домовленістю є альтернативою регулюванню, яке передбачене законом, або ж застосовується щодо відносин, які не врегульовані законом.

І, насамкінець, є група норм, в яких диспозитивні начала подані у прихованому вигляді: вони лише припускаються остільки, оскільки неможливо реалізувати відповідні суб'єктивні права без погодження волі учасників, які у визначених законом загальних межах завжди регулюють свої відносини домовленостями, однак такі домовленості не завжди мають юридичний характер. Зокрема, ст. 257 передбачає право баби, діда, прабаби, прадіда спілкуватися з внуками, правнуками та брати участь у їх вихованні, а також обов'язок батьків не перешкоджати у здійсненні цих прав (що припускає домовленість між батьками дитини та іншими висхідними родичами з питань, способів участі у вихованні дитини, режиму спілкування тощо). Так само щодо здійснення батьківських прав: кодекс визначає рамки здійснення батьківських прав, у межах яких вони в змозі регулювати свої відносини будь-якими домовленостями. Тут диспозитивне регулювання не протиставляється правилам, що встановлені законом, оскільки існує лише в межах, визначених законом і, переважно, стосується питань, котрі не мають юридичного сенсу.

Необхідно зазначити, що саме так урегульовано переважну більшість особистих немайнових сімейних відносин. В реальному житті у цій сфері відносин відповідне право як певна можливість чи обов'язок, як міра необхідної поведінки одержують конкретне змістовне наповнення виключно завдяки домовленості між учасниками, без чого не можуть існувати. Так, в умовах існування шлюбного союзу реалізація, наприклад, права дружини та чоловіка на особисту свободу (ст. 56 Сімейного кодексу України) безпосередньо залежить від домовленості подружжя, які погоджують між собою, чи проживатимуть вони разом, чи окремо, який режим спілкування буде встановлено на випадок роздільного проживання, а в останньому випадку - з ким проживатимуть діти тощо.

Таким чином, диспозитивне регулювання відображене у Сімейному кодексі України на різних рівнях та у різний спосіб. По-перше, на загальному рівні, оскільки можливість регулювання сімейних відносин договором чи за домовленістю передбачена як така, а по-друге, в конкретних нормах сімейного права, які безпосередньо передбачають можливість регулювання певних питань на розсуд учасників.

Диспозитивне регулювання знаходить свій вияв у Сімейному кодексі України, насамперед, у диспозитивних нормах - це статті, в яких передбачено можливість регулювання сімейних відносин за договором та за домовленістю, а також у принципі диспозитивності, який притаманний значно більшій кількості норм. Цей принцип, за визначенням відомого вченого у галузі теорії права Алексєєва С.С., є більш широкою категорією, аніж диспозитивні норми; він характеризує самостійність, свободу суб'єктів у розпорядженні своїми правами і може бути виражений не лише в диспозитивних нормах, але і в імперативних⁴. В останньому випадку йдеться про згадані вище норми, в яких домовленість (диспозитивність) припускається і які за своєю природою можуть бути імперативними. Це можливо, як стверджує Антокольська М.В.⁵, унаслідок дозвольного регулювання, яке притаманне сімейному праву; останнє регулює далеко не всі сімейні відносини, встановлюючи лише зовнішні рамки; в їхніх межах самі суб'єкти діють вільно, на власний розсуд.

Зміна концепції сімейно-правового регулювання на користь диспозитивного методу, який одержує перевагу над імперативним, безперечно свідчить про те, що сімейне та цивільне право оперують однаковим методом, а отже мають ознаки єдиної системи.

⁴ Алексєєв С. С. Общая теория права. Учебник. Изм. втор., перераб. и доп. - М., 2002. - С. 27.

⁵ Антокольская М. В. Семейное право. Учебник. Изм. втор., перераб. и доп. - М., 2002. - с. 27.

За таким рішенням законодавця стоїть визнання пріоритету інтересів особистості, автономії волі приватної особи, яка може обирати - прийняти для себе індивідуальні права та обов'язки, чи усе ж таки скористатися усталеними правилами, що вироблені суспільною практикою і набули форми правової норми. Щодо тих питань, які знаходяться поза межами правового сенсу, де відмова однієї сторони не зумовлює втрату чи ушкодження правового інтересу для іншої сторони, домовленість учасників - єдиний спосіб наповнити відносини конкретним змістом. У таких випадках члени сім'ї самостійно вирішують, які права та обов'язки встановити для себе у залежності від того, яка модель сімейних відносин для них є прийнятною.

Таким чином, завдяки диспозитивному регулюванню учасники сімейних відносин одержують можливість індивідуалізувати своє правовідношення. За влучним визначенням відомого науковця⁶, вони «цеглинка за цеглинкою» вибудовують своє індивідуальне правовідношення, створюючи оригінальне «обличчя» своєї сім'ї.

⁶ Див.: Жилинкова І. В. Брачний договір. - Х., 2005. - с. 44.

Стефанчук Р.О., кандидат юридичних наук, доцент, проректор з наукової роботи, професор кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького університету управління та права

Шляхи вдосконалення системи особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері сімейних відносин

Сучасний стан цивільно-правового регулювання суспільних відносин свідчить про розширення сфери тих із них, які включаються до його предмету. Одним із найважливіших досягнень сучасного цивільного законодавства є розширення предмету його регулювання за рахунок низки відносин, які носять характер особистих немайнових та відносять своє вираження у найрізноманітніших сферах людської життєдіяльності.

При цьому слід відмітити, що найбільша кількість особистих відносин порівняно з іншими сферами людської життєдіяльності виникає насамперед у колі сім'ї. Так, зокрема, особисті відносини включають в себе відносини кохання, дружби, взаємної поваги, поведінки в сім'ї, взаємовідносини з дітьми тощо. Проте зрозуміло, що переважна більшість із них повинна бути виведена за межі правового регулювання. Адже це є саме тим кришталево чистим лоном суспільних відносин, сповненим духовності, моральності та інтиму, яке не може та й не повинно зазнавати впливу з боку права. Саме ці відносини повинні складатись виключно на засадах моральності, взаємоповаги та інших неправових категорій. Водночас серед вказаних особистих відносин виокремлюються також і ті з них, які можуть бути предметом правового опосередкування. Проте, як вірно відмічається в літературі, це не означає, що решта особистих немайнових відносин знаходяться десь в стороні та байдужі для їх юридичної оцінки, оскільки саме в даному випадку проявляється найтісніший зв'язок права та моралі, взаємодія між якими досягає найбільшої повноти¹.

Розглядаючи питання регулювання особистих немайнових відносин, які виникають у сфері сімейних відносин, слід зауважити, що попри їх позитивну регуляцію та охорону нормами Сімейного кодексу України² (далі по тексті - СК України), ми приєднуємось до тих методологічних позицій, які сповідують не східноєвропейську (візантій-

¹ Маслов В.Ф., Подопригора З.А., Пушкин А.А. Действующее законодательство о браке и семье. - Харьков, 1974. - С.53.

² Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України. - 2002. - № 21-22. - Ст. 135.

ську), а західноєвропейську правову традицію³ та стверджують про цивільно-правову природу даного виду відносин⁴. Причому існування такого підходу має вже тривалий час є предметом розгляду в науці і має ґрунтовні історико-наукові напрацювання⁵. Хоча справедливості заради потрібно зауважити, що однозначності при визначенні питання правової інституціоналізації та галузевої належності відносин, що виникають у сфері сім'ї, немає⁶. Проте, дана проблема не складає предмет нашого розгляду, тому ми зупинимось лише на питанні особистих немайнових прав, що виникають у сфері сімейних відносин, а також спробуємо запропонувати власну їх систему і визначити основні ознаки.

Розглядаючи це питання в літературі, автори не можуть дійти остаточної точки зору щодо прав, які слід відносити до даної категорії, а також щодо їх структури. Так, наприклад, Т.А. Фаддеева, розглядаючи свого часу ці питання, зводить їх переважно до відносин, що складаються між подружжям, та відносин між батьками й дітьми⁷.

³ Відповідно до вказаної моделі сімейне право не розглядається як окрема галузь права, а виключно як підгалузь цивільного права (див.: Харитонов О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства: Європейські традиції. - Х.: Одиссей, 2006. - С. 555).

⁴ Егоров Н.Д. Личные неимущественные права граждан и организаций как институт советского гражданского права // Правоведение. - 1984. - № 6. - С. 30.

⁵ Див.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. - М., 1879; Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В трех томах (по изданию 1896 г.). Том 2 / Под ред. В.А. Томсинова. - М.: Издательство «Зерцало», 2003; Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть (по изданию 1911 года) / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. - М.: Издательство «Зерцало», 2003; Синайский В.И. Русское гражданское право (по изданию 1914 г.) - М.: Статут, 2002 тощо.

⁶ При цьому слід відмітити, що такої єдності не було як у радянський період (див.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Советское семейное право. - М., 1974. - С. 8; Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. - М., 1977. - С. 4-5; Братусь С.Н. Отрасль советского права: понятие, предмет, метод // Советское государство и право. - 1979. - № 11. - С. 27; Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. - М., 1982. - С. 20-22; Матвеев Г.К. Советское семейное право: Учебник. - М., 1985. - С. 37 та ін.). При цьому така ж невизначеність збереглась і дотепер. Так, одні науковці стверджують, що сімейне право є самостійною галуззю права (див.: Сімейне право України: Підручник / За ред. В.С. Гопанчука. - К.: Істина, 2002. - С. 13; Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / Под ред. Ю.С. Червоного. - К., 2003. - С. 21 та ін.), інші переконані, що сімейні правовідносини є підгалуззю цивільного права (див.: Сімейне право України: Підручник / За ред. В.І. Борисової, І.В. Жилінкової. - К.: Юрінком Інтер, 2004. - С. 16; Науково-практичний коментар до Семейного кодексу України / За ред. Є.О. Харитонова. - Х.: Одиссей, 2006. - С. 9 та ін.).

⁷ Фаддеева Т.А. Личные права и обязанности граждан в семейных отношениях // Правоведение. - 1988. - № 2. - С. 62-65.

Ця позиція є актуальною й до цього часу та домінує серед сучасних російських дослідників⁸. Цікавим у цьому аспекті є аналіз поглядів при дослідженні даного питання в компаративістському аспекті. Так, досліджуючи питання особистих немайнових прав членів радянської сім'ї, Кіоко Футагамі доходить висновку, що основу цих правовідносин складають відносини, що виникають головним чином із шлюбу (правовідносини між подружжям), з народження (правовідносини між батьками та дітьми), та з усиновлення (правовідносини між усиновителями та усиновлюваними). При цьому автор також допускає виникнення подібних відносин між більш віддаленими родичами⁹. Дещо розширює сферу такого впливу О.Й. Фіцере, яка класифікує їх на три основних складових: а) особисті немайнові відносини між подружжям; б) особисті немайнові відносини між батьками та дітьми; в) особисті немайнові відносини між іншими учасниками сімейних правовідносин¹⁰. При цьому до останніх вона включає не лише відносини щодо усиновлення, але й відносини, які виникають щодо опіки та піклування над неповнолітніми.

В Україні питання класифікації особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері сім'ї багато в чому детерміновано існуванням СК України. В даному законодавчому акті чітко виділяються такі різновиди особистих немайнових прав фізичних осіб, як: а) особисті немайнові права подружжя (глава 6 СК України); б) особисті немайнові права батьків та дітей (глава 13 СК України); в) особисті немайнові права інших членів сім'ї та родини (глава 21 СК України). Саме в такому вигляді дана класифікація особистих немайнових прав перекочувала і в сучасну юридичну літературу¹¹.

На нашу думку, такий підхід має низку суперечностей та повинен бути уточнений наступним чином.

⁸ Див.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под ред. И.М. Кузнецовой. - М.: Бек, 1996; Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. - М.: Юристъ, 2002 тощо.

⁹ Футагамі К. Личные неимущественные права и обязанности членов советской семьи (Опыт сравнительно-правового исследования): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.712 / Киевский гос. ун-т. - К., 1972. - С. 4.

¹⁰ Фіцере А.И. Личные неимущественные отношения в семейном праве СССР и ВНР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Институт государства и права АН СССР. - М., 1981. - С. 7-14.

¹¹ Див.: Семейное право України: Підручник / За ред. В.С. Гопанчука. - К.: Істина, 2002. - С. 72-88, 213-224, 276-278; Ромовська З.В. Семейный кодекс України: Науково-практичний коментар. - К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. - С. 113-123, 285-352, 481-489; Семейное право України: Підручник / За ред. В.І. Борисової, І.В. Жилінкової. - К.: Юрінком Інтер, 2004. - С. 90-102, 154-165, 186-192 та ін.

По-перше, нам треба зосередити увагу на загальній системі особистих немайнових прав у сфері сімейних відносин. І тут, як нам видається, важливими є не лише особисті немайнові права, що виникають в сімейних правовідносин, а також і перелік особистих немайнових прав, які виникають до та після існування особистих немайнових правовідносин. З огляду на це, загальна пропонована система особистих немайнових прав фізичних осіб може виглядати таким чином:

а) особисті немайнові права, що виникають у фізичних осіб до створення сім'ї та пов'язані із таким створенням (право на створення сім'ї, право на заручини, право на укладення шлюбу, право на усиновлення тощо);

б) особисті немайнові права, що виникають в осіб під час перебування в сім'ї (особисті немайнові права подружжя, особисті немайнові права батьків та дітей, особисті немайнові права усиновителів та усиновлюваних, особисті немайнові права інших членів сім'ї тощо);

в) особисті немайнові права, що виникають після припинення (призупинення) сімейних відносин (право на поновлення шлюбу після його розірвання (ст. 117 СК України), право особи, яка була оголошена померлою, у випадку її появи на поновлення її шлюбу з іншою особою (ст. 118 СК України), право матері та батька, що позбавлені батьківських прав, на побачення з дитиною (ст. 168 СК України), право матері та батька, що позбавлені батьківських прав, на поновлення батьківських прав (ст. 169 СК України) тощо).

По-друге, важливим є встановлення чіткого та визначеного переліку особистих немайнових прав, які можуть існувати в сфері сімейних відносин. Необхідність встановлення необхідного, об'єктивного та повного каталогу особистих немайнових прав фізичної особи в цій сфері обумовлена, в першу чергу, правовою природою такого юридичного феномену, як суб'єктивне цивільне право. Адже коли ми певну правову можливість опосередковуємо поняттям "суб'єктивне цивільне право", то це означає, що вона, відповідно до принципу "юридичної синхронності", має всі підстави бути забезпеченою юридичним обов'язком дотримання та непорушення цього права, а невиконання цього обов'язку тягнутиме за собою відповідні правові наслідки у вигляді юридичної відповідальності. В іншому випадку ми не маємо підстав стверджувати, що відповідна правова можливість має бодай якісь ознаки юридичної гарантованості з боку держави. І тому важливо відокремити ті особисті немайнові права, які у сфері сімейних відносин складають для фізичної особи суттєву цінність та можуть бути опосередковані у формі відповідного суб'єктивного цивільного права.

Загальний аналіз чинного законодавства дає нам усі підстави вважати, що велика кількість закріплених в СК України особистих немайнових прав носить декларативний характер. При цьому декларативність цих прав визначається по-різному. Так, одні права містять просто кальку із загальноконституційних або особистих немайнових цивільних прав, не встановлюючи жодної галузевої особливості, яка б могла дати їм хоча б якесь сімейно-правове нашарування. До таких прав, на нашу думку, слід відносити право дружини та чоловіка на фізичний та духовний розвиток (ст. 52 СК України), право дружини та чоловіка на особисту свободу (ст. 56 СК України) тощо. Адже не зрозуміло, в чому така суттєва специфіка даних особистих немайнових прав в порівнянні із їх конституційними та цивілістичними близнюками? Невже вказівка на певного специфічного суб'єкта вносить певну специфіку у зміст та здійснення певного права? Тому видається, що в цьому випадку вочевидь є декларативна природа даного виду прав, а також їх повна юридична неспроможність, навіть у якості "законодавчого докору" чи "своєрідної перестороги"¹².

Водночас існує й інший бік такої декларативності, яка полягає у введенні суб'єктивних цивільних прав, які замість закріпити право на конкретне благо закріплюють право на повагу до даного блага. До таких прав СК України, зокрема, відносить право на повагу до сімейного життя (ч. 4 ст. 4 СК України), право дружини та чоловіка на повагу до своєї індивідуальності (ст. 51 ЦК України), право дитини на повагу до її людської гідності (п. 2 ч. 1 ст. 247 ЦК України) тощо. Аналізуючи подібну конструкцію "права на повагу до...", ще Г.Ф. Шершеневич писав, що "до сімейних прав не повинні бути прираховані встановлені законом права на... повагу, пошану, тому що це уявні права, позбавлені санкцій, - право має справу лише із внутрішнім світом, але не з духовним"¹³. Продовжуючи цю думку, М.В. Антокольська вказує, що цих "уявних прав", про які говорив Г.Ф. Шершеневич, право не знає способів їх примусового здійснення, а також не має навіть загальних меж здійснення цих прав¹⁴. До сказаного вище хотілося б додати, що встановлення права на повагу породжує кореспондуючий обов'язок ставитися з повагою до відповідного блага. За невиконання цього обов'язку повинна наступати юридична відповідальність. Однак повага - це почуття шани, прихильне ставлення, що ґрунтується на визнанні чиїх-небудь заслуг, високих позитивних якостей когось, чо-

¹² Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. - К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. - С. 118.

¹³ Шершеневич Г.Ф. Русское гражданское право. - СПб., 1894. - С. 455.

¹⁴ Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. - М.: Юристъ, 2002. - С. 17.

гось, тому зобов'язати поважати коось чи щось не зовсім відповідає конституційному праву на свободу думки і слова, вільного вираження своїх поглядів та переконань (ст.34 Конституції України). Інша справа, коли б у законі було встановлено обов'язок не порушувати відповідні блага, тоді встановлення юридичної відповідальності за порушення даного блага було б більш юридично правильним та виправданим.

Ще одним напрямком вдосконалення законодавства щодо особистих немайнових прав фізичних осіб в сфері сімейних відносин є переведення цих прав із однієї класифікаційної категорії до іншої. Так, прикладом такої невідповідності є включення до глави, де сконцентровані особисті немайнові права подружжя права на материнство та права на батьківство (ст. ст. 49, 50 СК України). На нашу думку, дані особисті немайнові права за своїм змістом є загальними, тобто такими, що властиві всім фізичним особам, незалежно від того, перебувають вони в державно зареєстрованому шлюбі чи ні. Про загальність даної норми йдеться і в самій статті. Так, якщо перша частина закріплює право дружини на материнство, то вже в частині третій вводиться новий суб'єкт - жінка, правовий статус якої визначається вже безвідносно до того, чи знаходиться вона у шлюбних відносинах, чи ні. Тому вважаємо, що такі права (точніше в такому формулюванні) в своїй сукупності складають загальне репродуктивне право батьківства і повинні бути винесені за межі особистих немайнових прав подружжя.

Попри те, що нами пропонується "прошерстити" окремі з особистих немайнових прав, що виникають у сфері сімейних правовідносин на предмет доцільності їх законодавчого закріплення, ми все ж таки переконані, що окремі особисті немайнові права не віднайшли свого чіткого законодавчого закріплення. Так, зокрема, незрозумілим стає той факт, чому, встановлюючи певні процедури, наприклад, подачу заяви до органів державної реєстрації, усиновлення, припинення шлюбу тощо, законодавець чітко не встановлює відповідні особисті немайнові права. Внаслідок цього виникає ситуація, що законодавець, не встановивши право особи як юридично гарантовану можливість, встановлює порядок його реалізації, що не є юридично коректним. У зв'язку з цим на практиці може виникати ціла низка запитань щодо суб'єктів цих прав, щодо повноважень, які складають їх зміст, щодо меж цього права тощо.

Доцільним нам також видається вивірити окремі особисті немайнові права на предмет гендерної рівності. Адже попри те, що СК України пройшов експертизу на гендерну рівність, в ньому все ж таки віднаходять місце окремі норми, які суттєво обмежують права осіб

залежно від статі. Так, зокрема, визначаючи суб'єктів, на яких покладається обов'язок забрати дитину із пологового будинку, ст. 143 СК України ставить це в залежність від такої обставини, як наявність перебування у шлюбі. Так, якщо батько та мати перебувають у шлюбі, то обов'язок забрати дитину з пологового будинку або з іншого закладу охорони здоров'я покладається на батька та матір. Водночас, коли вказані особи не перебувають між собою у шлюбі, то такий обов'язок покладається виключно на матір дитини. На нашу думку, такий підхід є не зовсім виправданим. Річ у тім, що по-перше, він суперечить статті 141 СК України, відповідно до положень якої мати та батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою, чи ні. А обов'язок забрати дитину із пологового будинку - це і є якраз обов'язком батьків стосовно дітей, а не стосовно один одного. І тому тут в основу повинен ставитись факт народження дитини та наявності спорідненості, а не факт наявності чи відсутності шлюбних відносин. По-друге, таке позбавлення батька, який не перебуває у шлюбі з матір'ю дитини, обов'язку забрати дитину із пологового будинку або іншого закладу охорони здоров'я суттєво суперечить конституційному принципу юридичної рівності (ст. 24 Конституції України), Закону України "Про забезпечення рівних прав та можливостей чоловіків і жінок" (ст. 6). Окрім цього, такий підхід по суті не вирішує проблему забирання дитини із пологового будинку чи іншого закладу охорони здоров'я батьком, чим порушує право дитини на сім'ю (ст. 291 ЦК України). Водночас, ми не поділяємо висловлену в літературі думку про те, що в даному положенні немає дискримінації щодо батька дитини, оскільки тут виходять із інтересів дитини, яку потрібно забрати із пологового будинку якомога скоріше.¹⁵ На наш погляд, така думка не виправдана, оскільки не дає відповіді на питання, на кого ж покладається обов'язок забрати дитину у випадку, коли мати не виконала свій обов'язок за різних обставин (смерть матері, відмова від дитини тощо). Окрім того, положення даної статті не поширюються виключно на випадки народження дитини, але й на будь-які інші випадки, коли дитина знаходиться у закладі охорони здоров'я. Тому видається, що дане положення повинно бути переглянуте, і батько також повинен бути наділений обов'язком забрати дитину з пологового будинку чи іншого закладу охорони здоров'я.

Тому з огляду на все вищенаведене, слід зауважити, що, лише врахувавши основні загальні тенденції, ми будемо в змозі вибудувати

¹⁵ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. - К.: Видавничий дім "Ін Юре", 2003. - С. 288.

реальну законодавчу картину щодо нормативного закріплення особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері сімейних відносин, чим реальним чином зможемо забезпечити їх безперешкодне здійснення та ефективний захист.

Модернізація Сімейного кодексу України

Кожна законодавча акція, спрямована на вдосконалення правової системи, повинна ґрунтуватися на ретельному аналізі наявних проблем та потреб суспільства. У випадку реформи Сімейного кодексу України це означає, що необхідно провести комплексне дослідження стану сімейних відносин в Україні, зокрема в аспекті правового захисту немайнових прав фізичних осіб. Це дослідження повинно охоплювати як теоретичні аспекти, так і практичні проблеми, що виникають у сімейній сфері. Важливо також врахувати міжнародний досвід у цій галузі та порівняти його з українським законодавством.

Розглядаючи стан законодавства в Україні, слід звернути увагу на те, що Сімейний кодекс України, прийнятий у 2001 році, є одним з перших кодифікованих актів у цій галузі. Він містить базові принципи регулювання сімейних відносин, зокрема стосовно шлюбу, розлучення, батьківських обов'язків тощо. Однак, з огляду на динамічні зміни в суспільстві та економіці, деякі положення цього кодексу втрачають актуальність. Наприклад, питання про захист немайнових прав фізичних осіб, зокрема в контексті шлюбу та розлучення, потребує більш детального розгляду.

Урядові органи, зокрема Міністерство юстиції, проводять дослідження щодо актуальності Сімейного кодексу України. Ці дослідження включають аналіз судової практики, опитування громадян та експертні оцінки. Результати цих досліджень використовуються для внесення змін до законодавства. Однак, процес реформи Сімейного кодексу України є складним та тривалим. Це пов'язано з необхідністю узгодження інтересів різних сторін суспільства та забезпечення стабільності правової системи.

Сімейний кодекс України

Модернізація Сімейного кодексу України

Моральність Сімейного кодексу України

Кожен закон повинен забезпечити піднесення рівня моральності суспільства або хоча б не сприяти його падінню.

Ця філософська установка, яка була сформульована дуже давно, при опрацюванні проекту Сімейного кодексу України не була забута. Здавалося, що у ньому немає й щонайменшого натяку, який би давав підстави для приголомшливого висновку про те, що „Сімейний кодекс відображає загальне падіння моральних норм у суспільстві, а в деяких аспектах прямо або посередньо погіршує реальний стан речей, відкриваючи правові шляхи до аморальної поведінки”¹.

Що ж викликало такий присуд?

Насамперед, „зневаження моральними засадами шлюбу”. Йдеться про відступлення від Божого Закону про нерозривність шлюбу: „Тож, що Бог спарував, - людина нехай не розлучає”.

Розірвання шлюбу було остаточно заборонено Римською католицькою церквою Тридентійським Собором 1563 р. Багаторічна боротьба у всій Європі за узаконення можливості розірвання шлюбу увінчалася успіхом ще на початку XIX ст. Так, у §109 Австрійського цивільного кодексу 1811р. було дозволено розірвання шлюбу за наявності таких підстав: безпідставного залишення позивача; визнання винним у чужолостві; ведення ледачого способу життя, чим була піддана небезпеці значна частина майна позиваючого подружжя чи добрі звичаї родини; подальші небезпечні замаху на життя та здоров'я; тяжкі тілесні зневаги; тяжка заразна тривала хвороба.

Українське звичаєве право не містило механізмів повернення дружини, яка через знуцання чоловіка чи його матері повернулася до своїх батьків.

Отже, можна зробити висновок, що європейська правнича культура давно сприйняла можливість розірвання шлюбу, але не як результат свавільного акту позивача, а як результат невиконання другим із подружжя того ж Закону Божого, яким чоловік та дружина зобов'язувалися до взаємної любові.

Якщо перенесемося у наше недалеке минуле, то знайдемо неодноразові нагадування судом з боку Пленумів Верховного Суду Союзу РСР та УРСР про те, що одне лиш небажання позивача продовжувати спільне проживання, без обґрунтування позову вагомими доказами,

¹ Миронова Г. Моральні засади Сімейного кодексу України// Право України. 2004., №4. - С. 102.

не може призвести до розірвання шлюбу. Отже, судова практика скеровувалася на серйозне ставлення до розгляду справ про розірвання шлюбу. Як це виглядало насправді - це вже інше питання.

Чи міг Сімейний кодекс посягнути на одне із завоювань демократії - можливість розірвання шлюбу? Звичайно, що ні. Навіть якщо б така заборона була вміщена у проекті Сімейного кодексу, хвиля подиву та протесту була б такою високою, що могла б "накрити" собою і саму ідею оновлення сімейного законодавства, не давши їй права підступитися до сесійної зали Парламенту. Тому наявність у Сімейному кодексі України норм, які дозволяють розірвання шлюбу, - явище, яке має під собою міцне історичне, морально-етичне підґрунтя. Вони є своєрідним актом стримування дружини та чоловіка від поведінки, яка може завдати шкоди їхньому союзі.

Розірвання шлюбу можна, особливо у сучасних умовах, коли зловживання алкогольними напоями та наркотиками досягнуло загрозливої межі, вважати не лише санкцією до одного з подружжя, а й засобом порятунку другого з подружжя, їхніх дітей та і сім'ї в цілому, яка у разі розлучення з такої причини не гине, а рятується від такої загибелі.

Пригадалася давня справа, яка розглядалася одним із судів м.Львова. Мати Т. як опікун звернулася з позовом до колишнього чоловіка своєї дочки про стягнення аліментів. Дочка захворіла психічною хворобою через систематичні фізичні знущання і була визнана недієздатною. До такого фатального результату призвело, очевидно, смирення, з яким вона несла важкий хрест своєї долі. Чи до цього закликає Закон Божий?

Можна, звичайно, сперечатися щодо того, наскільки дієвими, у плані гальмування росту кількості розлучень, є новели Сімейного кодексу. Але всім зрозуміло, що зменшити лише законодавчими заходами кількість розлучень неможливо. За радянських часів намагалися досягти цього результату за допомогою збільшення плати за розірвання шлюбу. Але це не мало успіху.

Для зменшення кількості розлучень, стабілізації шлюбу потрібні комплексні заходи, в тому числі соціально-економічні.

У зверненні Президента України Віктора Ющенка до українського народу з нагоди Дня матері було відзначено, що кількість шлюбів в Україні у 2005 р. зросла на 20,4 відсотка. Це засвідчує, що шлюб як основна форма організації сімейного життя жінки і чоловіка має світлу перспективу.

"Зневажання моральними засадами сім'ї" було побачено у цілій низці статей Сімейного кодексу, зокрема, глави 12 "Визначення походження дитини", "які безпосередньо суперечать моральним засадам суспільства".

Про що йдеться? Перш за все, про статтю 138 СК, яка "відверто визнає, що у дитини, народженої у законному шлюбі, може бути батько, який не є членом подружжя". Дивна постановка питання, адже в реальному житті таких випадків, які доходять до суду, чимало. То ж залишити їх поза увагою чи відповідним чином унормувати?

Прогресивними, в лапках, Г.Миронова називає норму, якою встановлено режим окремого проживання подружжя, а також норму про судове визнання нешлюбного батьківства, яка, зі слів автора, "зухвало зневажає природним моральним правом чоловіка мати дитину в законному шлюбі. У такий спосіб в Україні адюльтер прямо захищено на рівні державного закону."

Читати це без брому неможливо.

Насамперед, невідомо звідки зроблено висновок про існування такого природного права чоловіка. Отже, виходить, що чоловік може влаштовувати своє особисте життя так, щоб одержувати від нього насолоду, але без жодних обов'язків щодо дітей, які народилися всупереч його "природному праву" мати шлюбних дітей.

Адюльтер (від лат. слова "розпусний") насамперед стосується не лише жінки, а й чоловіка.

Проведеними дослідженнями давно вже було доведено, що можливість судового визнання батьківства на підставі самого лише походження дитини від чоловіка, без необхідності доведення додаткових обставин, наприклад, спільного проживання, піднімає рівень моральності суспільства. Адже над кожним чоловіком, що наважується вступити в інтимні стосунки без шлюбу, висить загроза судового визнання батьківства¹.

Закон не може заборонити дошлюбні статеві зв'язки. Не могли їх припинити і давні українські звичаї.

Якщо молода після того, як залишалася з молодим в коморі, виходила без доказів свого дівоцтва, вона сама та її батьки ставали об'єктом зневаги.

В Пакистані і досі щорічно за втрату дівочої цноти до шлюбу карають смертю понад тисячу жінок².

Закон може лише стримувати, гальмувати поведінку чоловіка (гальмувати жінку, як засвідчує історія, безперспективно) під страхом настання невігідних, небажаних для нього правових наслідків - тягаря батьківства.

Дитина, яка народжена батьками, що не перебували між собою у шлюбі, скривджена вже тим, що, за кращих умов, вона житиме лише

¹ Босонец М. Внебрачная семья. М., 1981. 0 С. 113-115.

² Газета по-київськи. 31 травня 2006 р. - С. 6.

з матір'ю, але без батька. Держава не може, враховуючи рівність усіх дітей, скривдити її додатково ще й тим, що юридично батька вона взагалі не матиме.

У основі статті 128 покладено і психологічні спостереження за поведінкою таких дітей.

Моральність цієї норми, як і відповідних норм у законах усіх (крім Республіки Білорусь) держав Європи є, на мій погляд, очевидною.

Що ж до сепарації, то цей новий для нас інститут є лише першим кроком до розірвання шлюбу, здатним загальмувати бажання розлучитися. Його застосування має сенс особливо тоді, коли в сім'ї є діти. Стаття 119 СК уже неодноразово застосовувалася і, як засвідчує практика усіх європейських держав, зокрема, Польщі, має позитивне майбутнє.

Деякі слова про главу 6 "Особисті права та обов'язки подружжя", яка неначе "є спробою примусово навчити людей жити у відповідності з моральними засадами суспільства", набором суто етичних норм.

Відомо, що морально-етичне правило поведінки, яке було перенесене на сторінки закону, одразу одержує нову якість - якість юридичного обов'язку, якщо, звичайно, існують юридичні наслідки (санкції) його невиконання.

Згідно із частинами другою та третьою статті 55 СК, дружина та чоловік зобов'язані утверджувати у сім'ї взаємну повагу один до одного. За неповагу можуть бути застосовані найрізноманітніші юридичні наслідки, насамперед, розірвання шлюбу чи сепарація. Такі ж наслідки можуть бути застосовані за невиконання обов'язку дбати про матеріальний добробут сім'ї. Додатково може бути зменшена частка ледачої дружини чи чоловіка у спільному майні подружжя.

Якщо відповідне правило поведінки не мало примусового належного забезпечення, воно не вважалось юридичним обов'язком. У Кодексі 1969 р. таких було щонайменше два: "особи, які одружуються, мають бути взаємно обізнані про стан здоров'я" (стаття 18); "подружжя повинно матеріально підтримувати один одного" (стаття 32). Їх присутність ніколи не трактувалася як недолік, з врахуванням особливостей відносин, що становлять предмет регулювання.

Можна знайти і у Сімейному кодексі кілька норм, які залишилися виключно морально-етичними настановами. Чи зайві вони - питання спірне.

Як відомо, Указом Президії Верховної Ради СРСР від 8.07.1944 р. було встановлено, що лише шлюб породжує права та обов'язки подружжя.

Початок відлиги у ставленні до осіб, які не перебували у шлюбі, пов'язаний із Основами законодавства про шлюб та сім'ю (1.10.1968 р.), якими була відновлена можливість судового визнання батьківства.

У 1973 р. було внесено зміну до статті 283 ЦК, згідно з якою членами сім'ї наймача могли стати інші особи (замість слова "родичі"). Ця зміна була обумовлена розглядом Судовою колегією в цивільних справах Верховного суду УРСР справи про виселення фактичної дружини померлого наймача, яка проживала понад двадцять років. Верховний суд заступився за неї, хоча родичкою померлого вона не була.

Подальшим проявом змін у ставленні до тих, хто обрав нешлюбну форму спільного життя, була стаття 17 Закону УРСР від 7.02.1991 р. "Про власність", якою було запроваджено існування сімейної власності: "майно, набуте спільними коштами, чи працею осіб, які спільно проживають, є їхньою спільною сумісною власністю...". Однак, дослідники-моралісти якось пропустили її повз свій погляд. Галас здійнявся після набрання чинності Сімейним кодексом, у якому стаття 74 лише конкретизувала норму статті 17 Закону про власність.

Що ж до поняття сім'ї та підстав її виникнення, які сформульовані у статті 3 СК, то вони повністю узгоджуються з рішенням Європейського Суду з прав людини та Конституційного Суду України.

Вони відповідають і правовій свідомості суспільства, яке все більше утверджується у тому, що основне значення має не те, чи живуть жінка і чоловік у шлюбі, а те, чи живуть вони з любов'ю один до одного. Чимало з тих, хто обійшов РАЦС, обвінчалися у церкві, отже живуть у мирі з Богом.

За статтею 24 Конституції України, не може бути жодної обставини (ознаки), яка була б підставою для пільг чи переваг. Конституція України у статті 51 проголосила державну охорону сім'ї, себто - кожної сім'ї, незалежно від підстав її створення. Це значить, що норма статті 74 СК є конституційною.

Чи є вона, водночас, моральною?

На мою думку, так. Вона справедлива, оскільки упереджує можливість економічної експлуатації: працювали спільно, але докажи, що і майно спільне.

Справедливою є і норма статті 91 СК, яка надає фактичній дружині чи чоловікові право на утримання, адже вона цілком відповідає християнській заповіді про відповідальність особи за того, кого вона взяла до себе.

Чи можна вважати, що цими нормами узаконено фактичний шлюб?

Чимало авторів поспішили відповісти на це запитання ствердно. Однак, для цього не було достатніх підстав. Перш за все, тому, що в жодній із статей СК відносини цих людей не названо фактичним шлюбом; а вони самі - подружжям.

Навпаки, у частині другій статті 21 СК чітко зазначено, що проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя.

У Сімейному кодексі немає норми, яка би відкрито надавала право жінці чи чоловікові вибрати одну із форм організації свого сімейного життя. Хоча всі знають, що така можливість, яка є елементом конституційного права на свободу, у них існує.

Останній часом серед української молоді знаходить усе більше прихильників теорія "склянки води" (вступити в інтимні відносини так же легко, як випити склянку води), якою захоплювалася молодь на початку ХХ століття. Жаль, що виховний процес спрямовується зараз не на утвердження дошлюбної чистоти серед хлопців та дівчат, а у навчанні методам безпечного сексу.

Широка реклама у доступний для дітей час різноманітних медичних препаратів, показ відкритих сцен статевих стосунків призвели до того, що аборти в Україні роблять дітям з 12 років.

Сімейний кодекс не потурає, а, навпаки, намагається стримувати ці процеси через урегулювання їх майнових наслідків. Поки жінка не народила дитину чи особи не придбали більш-менш цінного майна, Сімейний кодекс не містить засобів впливу на ситуацію.

У Сімейному кодексі є велика кількість інших значних і дрібних новел, кожна з яких утверджує справедливість, а отже є моральною.

Можна продовжити виклад з аналізу обов'язку батьків забрати свою новонароджену дитину, який з'явився у нашому законодавстві вперше. Водночас не можна вважати аморальним залишення матір'ю дитини в лікарні, якщо вона не має щонайменшої можливості (житла, заробітку), щоби забрати дитину, за умови, що вона не забуде про неї.

Моральним є обов'язок утримувати колишню дружину чи чоловіка, які присвятили себе сім'ї, залишившись після розлучення хоча і працездатними, але без засобів до життя.

Справедливою є норма, яка забезпечує право на утримання тому з батьків, хто опікується дитиною-інвалідом, на весь період життя цієї дитини.

Розумними є норми інституту усиновлення, які дозволяють усиновлення повнолітньої сироти, згладжують непорушність таємниці усиновлення. Такою ж є норма про позбавлення усиновлювача, записаного батьком дитини, батьківських прав, оскільки за наслідками цієї

санкції дитина залишається, хоча б юридично, членом нової родини з відповідними правами до діда, баби, з надією на можливість поновлення батьківських прав, з перспективою на спадкування.

Аналіз усіх інших новел потребує багато часу, та в цьому і немає потреби, адже мета цієї статті - у тому, щоби застерегти читача від охаювання нового суспільного явища, не дочекавшись, поки воно покаже себе сповна.

Не бачити у Сімейному кодексі України хорошого, того, що служить утвердженню розумності, справедливості, добросовісності, того, чому заздирать наші сусіди, може хіба що незрячий.

Миронова Г.А., кандидат філософських наук,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва АПРН України.

Зміст поняття "моральні засади" у Сімейному кодексі України

Серед новел сучасного українського цивільного законодавства є широке вживання поняття "моральні засади" та інших однокореневих із ним. Так, у новому Сімейному кодексі України (далі СК) є декілька посилань на "моральні засади суспільства" у зв'язку з тим, що правове регулювання шлюбних і сімейних відносин має відповідати цим засадам. Проголошуючи моральні засади суспільства основою побудови правової системи СК, визнається, що такі засади існують, вони є істотними для забезпечення цілісності правового регулювання шлюбно-сімейних відносин. Тому актуальним представляється дослідження питань методології застосування поняття "моральні засади" у СК, а саме таких: мета використання у нормативних актах та конкретний юридичний зміст, що вкладається в нього. Перелічені питання правового регулювання виходять на моральні проблеми, пов'язані зі свободою волі, - її походження, природу, ознаки і рамки. Тут допоможе філософський погляд, адже проблема потребує світоглядного аналізу, що виходить за межі компетенції конкретних правових наук.

По-перше, слід виходити з наступної передумови правового регулювання. Специфікою людини є такі видові особливості, як розумність і моральність, що разом складають її сутнісну властивість - свободу волі - виключно людський спосіб відображення, орієнтації та існування у світі зовнішніх законів і принципів. Людина як розумна та моральна істота здійснює свою поведінку тільки через особисте усвідомлення, оцінку, цілеспрямованість та волевиявлення. Людина не просто існує в світі певних реальностей (подібно до зоо- та біологічних суб'єктів, які прилаштовуються до об'єктивно встановленого устрою), вона до цього світу перш за все ставиться, тобто осмислює, перетворює, здійснює акт морального вибору. У свідомості закріплюються стійкі форми діяльності, що регулюють ставлення людини до природного і соціального середовища, до самої себе. Саме завдяки свідомості уможливується цілебудування індивідуальної і колективної поведінки, відтворення накопиченого досвіду та розвиток соціокультурних форм. Людина як суб'єкт розумної діяльності "не просто вписується в ситуацію завдяки натиску на неї чинників, що визначають

цю ситуацію, вона здатна ставитись до ситуації 'ззовні', включити її в більш широкий контекст розгляду, розрізняючи межі ситуації, власну позицію та можливості для своїх дій в даній ситуації"¹. Розумність, свідомість, раціональне мислення як вихідна властивість людини проявляється як здатність дивитись на світ очима виду, тобто через призму напрацьованих людством абстракцій, понять, норм.

Моральність - це апріорна здатність будувати свою діяльність у згоді із моральним законом, який передбачає врахування загального блага, добровільне підкорення особистої користі інтересу іншого. Витоки цього морального закону не можна диференціювати з емпіричного досвіду, навпаки, щоб досягнути цей закон, потрібно піднятися над досвідом та у такий спосіб відшукати позадосвідну норму, яка має слугувати мірилом для оцінки створених людьми правил. Саме тому вихідну формулу практичного розуму (совісті), що впливає з його природної сутності, І.Кант назвав категоричним імперативом, який вищим критерієм будь-якого досвіду проголошує підкорення приватних устремлінь усвідомленню загального закону. Моральний вимір людського буття природно впливає з самого факту соціальності і свідомості людини, яка замислена і створена "за образом" самого Творця і як така найбільш ефективно керується (на відміну від тварин) не інстинктами, а моральним законом. Отже моральні уявлення не є довільними видумками людського розуму, а виникають із вродженого морального почуття, що спонукує її до добра та відвертає від зла. Поняття "моральність" та "аморальність" застосовуються тільки до свідомих спонукань, що керують вчинками людини як істоти, що наділена розумом і волею"².

Ці дві риси, створюючи реально недиференційовану єдність, складають свободу волі - специфічний людський спосіб існування в казуальному світі. "Розумна істота є водночас вільною істотою, - писав філософ і правознавець Б.М.Чичерін. - Вона виконує моральний закон не в силу природної необхідності, а на підставі свого власного розумного рішення. Саме від неї залежить, чи виконати його, чи не виконати, ухилитися від закону чи повернутися до нього"³. Це дійсно саме так, оскільки вільною може бути тільки розумна істота, а розум є складовою та умовою свободи. Свобода волі характеризує здатність людини обирати, приймати свідомі рішення щодо власної поведінки, життєвої позиції та способу самовизначення у світі відповідно до

¹ Введение в философию в 2-х частях. М.: 1989. - ч. 2. - с. 306.

² Мушников А. А. О нравственности, праве и общежитии // Русская философия права (антология). - С. - Петербург, 1999. - С. 111.

³ Чичерин Б. Н. Нравственный мир // Русская философия права (антология). - С. - Петербург, 1999. - С. 327.

власних намірів та інтересів інших учасників. Фактично свобода волі є способом існування розумної і моральної людини, яка просто не може не обирати. Незважаючи навіть на власне бажання чи небажання, "людина приречена бути вільною"⁴. Як така вона живе, діє, існує тільки через особисте волевиявлення, і саме в такому контексті має сенс існування правової регламентації як особливої форми етичної.

Відтак розум і совість є необхідними складовими свободи волі. Розум розраховує варіанти реального вибору, виходячи з особистих міркувань, совість оцінює їх з точки зору інтересів інших учасників, теж наділених розумом і совістю. Відповідно мораль як нормативний регулятор вимагає врахування суспільного інтересу в індивідуальній поведінці, ставить вимоги "до себе", в той час як позитивне право захищає власний егоїстичний інтерес "від іншого". "Моральність надає оцінку інтересів, право ж їх розмежує. Встановлення мірила для оцінки наших інтересів є завданням моральної системи, таким же чином встановлення принципу для розмежування інтересів різних особистостей є завданням права. Саме через це пояснюються всі розбіжності між моральними та правовими нормами. Так, юридичні норми визначають тільки відношення до інших... Моральні правила, навпаки, встановлюють обов'язки у відношенні до себе"⁵. Отож маємо в принципі гармонійний тандем для врегулювання міжлюдських взаємовідносин, як на індивідуальному, так і на суспільному рівнях.

По-друге, необхідно взяти до уваги, що інститути суспільного життя мають свою феноменальну особливість - сутність, місце, функціональне навантаження -, тобто свої специфічні властивості, константні зв'язки, які будучи залежними від соціальної природи людини, є чимось постійним у людському суспільстві. І як такі вони (інститути) мають особливу модель своєї сутнісної реалізації і набувають етичної форми - форми, в якій здійснюються конкретні способи людської взаємодії. Використовуючи поняття "моральні засади", законодавець тим самим визнає реальність загального етичного порядку, в якому окремі соціальні інститути отримують свій сенс та характерні ознаки. Таку особливу визначеність в людському суспільстві має феномен шлюбу як соціального інституту, необхідність та фундаментальні якості якого містяться у природі людини як моральної істоти. Шлюб за своєю суттю є природним союзом чоловіка і жінки, оскільки вони були створені з потребами, які може задовольнити інший, а їхні особисті

⁴ Сартр Ж.-П. Екзистенціалізм - это гуманизм // Сумерки богов. М., 1989. - С. 327.

⁵ Коркунов Н. М. Проблемы права и нравственности // Русская философия права (антология). - С.-Петербург, 1999. - С.131-132.

якості за природою врівноважуються і доповнюються одне одним. Та як певний об'єктивний інститут, шлюб має свої об'єктивні закономірності, зокрема, моральні засади, що визначають його доцільність та ідентичність щодо загальної природи людини.

Основні етичні принципи, що закладено у ґрунт інституту шлюбу, містяться у християнській етичній доктрині, яку викладено в Біблії. Саме християнська мораль історично мала значний вплив у східнослов'янському, зокрема українському, етнічному просторі, і завдяки її авторитету поширювався моральний досвід поколінь та зберігалася єдність національного світогляду. Такими засадничими принципами шлюбних відносин в Україні можна вважати наступні ключові положення: 1. шлюб відповідає природі людини; 2. він є союзом чоловіка і жінки; 3. шлюб є в принципі безстроковим зобов'язанням сторін любити, поважати та підтримувати одне одного. Не важко помітити, що ці принципи складають універсальне вчення, яке відповідає моральній сутності багатьох культур.

Отже, моральними засадами шлюбу можна вважати певний етичний стандарт поведінки, яка очікується від учасників цього правовідношення та вільно обирається ними. Осереддям цього етичного стандарту, що визначає правову природу шлюбу в Україні, є принцип моногамності. У п. 1 ст.25 СК передбачено, що "жінка та чоловік можуть одночасно перебувати лише в одному шлюбі". Але моногамність як вихідний моральний принцип шлюбу не обмежується одношлюбністю, вона передбачає більш широке коло взаємних моральних обов'язків сторін підтримувати шлюбні стосунки (статеві, емоційні) тільки зі своїм шлюбним партнером. Йдеться про таку якість взаємовідносин, яка описується у Біблії: "стануть вони одним тілом" (Буття 2:24), "Нехай буде в усіх чесний шлюб та ложе непорочне" (До євреїв 13:4). Тобто взаємна вірність двох осіб різної статі є істотною умовою інституту шлюбу в Україні, на що сторони, власно кажучи, дають згоду, беручи шлюб.

Хоча свобода волі, яку має людина за природою, і передбачає можливість вибору форм поведінки, але цей вибір не є безмежним. Зокрема, у п.4 ст.13 Цивільного кодексу України визначено, що саме є межею здійснення цивільних прав: "при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватись моральних засад суспільства". Не дивлячись на те, що вирази "відповідно до моральних засад суспільства" та "на підставах, що не суперечать моральним засадам суспільства" зустрічаються у новому СК багато разів, є деякі спірні моменти, в яких досить помітно нехтування моральними засадами шлюбу та сім'ї. Наприклад, глава 12. *Визначення походження дитини* містить низку но-

вел дискусійного характеру. Так, стаття 129 - *Спір про батьківство між чоловіком матері дитини та особою, яка вважає себе батьком дитини*, та стаття 138. *Право матері дитини на оспорювання батьківства свого чоловіка* присвячені вирішенню непростих життєвих ситуацій. Фактично тут стикаються у нерозв'язну суперечність моральний обов'язок та приватне право, і хтось із них має поступитися. Як видно, СК у цій дилемі надає перевагу другому, свідомо жертвуючи головною моральною засадою шлюбу, проголошеною ним самим, - принципом моногамності.

Це не є провиною СК, скоріше це є "бідою" сучасної етичної ситуації, вихід з якої намагається знайти законодавець. Ця ситуація є характерною для сьогодення та відображає загальну трагедію нашого прагматичного часу, сенс якої полягає в наступному. Подвійна природа людини виявляє себе в тому, що індивід, з одного боку, прагне до щастя, самореалізації, чуттєвих задоволень тощо, а з іншого, як моральна істота, розрізняє поняття добра і зла, керуючись у своєму житті совістю, яка вимагає діяти для інших. Правове регулювання як управлінська діяльність повинно з'єднати специфічні одиниці - людських осіб не тільки вільних, але й таких, що при прийнятті рішень схильні більш керуватися міркуваннями особистої вигоди, яка ґрунтується на природному індивідуалізмі. Отож взаємне співіснування в людині альтруїстичних та егоїстичних спонукань створює об'єктивну основу для конкуренції між приватною волею та вимогами моралі, яка все частіше реалізується на користь особистих інтересів і на шкоду моральному обов'язку. Оскільки егоїстичні схильності в людей все більше перемагають та превалюють, для протидії цим схильностям нормативні акти все більше деталізуються, намагаючись передбачити та врегулювати якомога більше конкретних правових ситуацій, все менше залишаючи альтернатив для етичного вибору.

Але ж потрібно взяти до уваги те доведене твердження, що природною межею цивільних прав є права інших осіб, і це положення відповідно стосується також групи прав шлюбно-сімейної сфери. З огляду на це, представляється, що право на оспорювання батьківства не може бути абсолютним, оскільки його природною межею є законні права та моральні інтереси іншої особи, які впливають, зокрема, з вимог одношлюбності та моногамності. Йдеться про те, що право на оспорювання батьківства має бути юридично обмежено певними обставинами, зокрема, таким випадком, коли це право виникає у особи внаслідок порушення нею моральних та юридичних засад шлюбу, та її посягання на права та інтереси інших осіб. В першу чергу це стосується випадків адюльтеру та зґвалтування. Логічно та справедли-

во (розумно і морально) було б визнати, що особа, яка набула права на батьківство такими неправомірним діями та внаслідок порушення нею прав та моральних інтересів інших осіб, не має ані морального, ані юридичного права звертатись до держави за захистом цього права.

Таким чином, як впливає з факту свободи волі як сутнісної риси людини, правова система регулювання цивільних відносин має базуватись на двох постулатах: можливість вільного вибору індивідуальної моделі поведінки; обов'язковість індивідуальної відповідальності за створені цим вибором обставини та наслідки. Тобто людина як учасник цивільних правовідносин повинна мати як реальне право на вибір цілей та форм своєї життєдіяльності, так і реальну відповідальність перед суспільством та іншими людьми за результатами реалізації свого вибору. Отже, у разі порушення умов договору реєстрації шлюбу особа має взяти на себе відповідальність як за сам факт порушення, так і за створені своєю поведінкою наслідки та обставини. Звичайно ця відповідальність далеко не завжди може бути юридичною, враховуючи обмежені можливості втручання позитивного права у сферу інтимного життя. Характерним прикладом невідворотності відповідальності за порушення моральних засад шлюбу може стати сама неможливість здійснити певні юридичні права, які були набуті неморальним способом.

Онщенко Н.М., доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

Матвієнко О.В., доктор педагогічних наук, доцент, завідувач Центру правових досліджень ґендерної політики Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Теоретико-методичні засади реалізації принципу ґендерної рівності в Україні

Ґендерна рівність - складова загального принципу рівності як основи демократичного устрою держави та суспільства. Принцип рівності є універсальною категорією і виключає дискримінацію за будь-якою ознакою: раси, кольору шкіри, релігії, соціального статусу.

У 2000 році Україна разом із 189 країнами - членами ООН підписала Декларацію Тисячоліття, в якій сформульовані найважливіші цілі світового розвитку, серед яких одне з основних - досягнення рівності жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності.

Величезне значення цієї проблеми неодноразово обґрунтовувалося вітчизняним законодавством. Прикладом може слугувати Указ Президента України від 26.05.2005.року (№1135/2005) „Про вдосконалення роботи центральних і місцевих органів виконавчої влади щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків”. Однією з основних причин ґендерної нерівності в Україні є стійкі ґендерні стереотипи, відповідно до яких суспільні ролі жінок і чоловіків залежать від так званого „природного” розподілу.

Подолання цих стереотипів в першу чергу повинно стати складовою правової освіти.

Поняття ґендеру рецепційоване в сферу права із соціології, де позначає рольові соціальні очікування представників різних статей один від одного. У перекладі з грецької „ґендер” - це матеріальний носій спадщини, аналогом в українській мові є „рід”, „досвід роду”.

Ґендер не слід ототожнювати зі статтю. Стать - це системна, сукупність анатомо-фізіологічних властивостей людини, які відрізняють чоловіка від жінки. Ґендер - це соціальна стать, соціально визначені ролі, сфери діяльності чоловіків і жінок, які визначаються не біологічними статевими відмінностями, а соціальною організацією суспільства.

Якщо стать є природною даністю, то ґендер формується під впливом соціокультурних чинників і залежить від домінуючих у суспільстві традиційних поглядів на те, якою повинна бути жінка та яким має бути чоловік.

ґендерний вимір правової площини характеризується передусім рівністю жіночої та чоловічої соціальних статей. Встановлення такої рівності на практиці вимагає подолання патріархальних стереотипів, статевої ієрархічності соціальних зв'язків, у яких чоловіки заздалегідь сприймаються як вищі за розумовими та фізичними здібностями істоти, їхня діяльність є найбільш значущою та пріоритетною порівняно з діяльністю жінок.¹

Саме на зазначеному підході засновані ґендерні дослідження, які звернені до обох статей і пропонують встановити таку рівновагу соціальних прав та обов'язків, яка забезпечила б чоловікам та жінкам рівні можливості й водночас враховувати їхні анатомічні та психофізіологічні особливості.

Неможливо нівелювати відмінності чоловіка та жінки, визнати їх біологічну ідентичність, таке регулювання матиме дискримінаційний характер щодо тієї чи іншої статі. Необхідно забезпечити рівноправний розподіл соціальних, політичних, економічних можливостей та ресурсів. Провідна роль у цьому відводиться праву як передумові та наслідку суспільних відносин і їх змін.

У ст. 2 Конвенції ООН „Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок” (1979 р.) першим пунктом ставляться такі вимоги стосовно механізму захисту прав людини-жінки: 1) включення принципу рівноправності чоловіків і жінок у національні конституції чи інше відповідне законодавство; 2) забезпечення за допомогою закону та інших відповідних засобів практичного здійснення цього принципу.

Отже, в юриспруденції ґендерне питання стали розглядати в двох площинах: з одного боку, це формальне закріплення рівності чоловіків та жінок шляхом встановлення рівних прав і можливостей у правових нормах (є питання законотворчої діяльності); з іншого боку, практичне існування рівних умов реалізації наданих законом можливостей, втілення правових принципів і норм у повсякденній діяльності. Останнє є питання правореалізаційної та правозастосовчої діяльності, що пов'язане з функціонуванням судових органів, місцевих і загальнодержавних інститутів влади та органів місцевого самоврядування, а також усіх суб'єктів приватного права, включаючи кожного індивіда.

Важливо відзначити, що ґендерні перетворення в суспільстві на-

¹ Оніщенко Н. М., Матвієнко О. В., Береза С. В., Томашевська М. О. Європейський правовий вимір ґендерно чутливої політики. - К.: Юридична думка, 2005.

бувають розвитку найчастіше і найбільше поза державним впливом. Імпульс ґендерним процесам надається саме зсередини суспільства. При цьому право відіграє суттєву роль регулятора ґендерних відносин. Воно втілює їх у нормативно-абстрактній формі, робить мірилом, еталоном поведінки, надає ґендерній рівності загальнообов'язкового характеру та наділяє її юридичними гарантіями захисту. Введені в сферу правового простору ґендерні відносини стають об'єктом правового регулювання та елементом правової системи, а тому залежать від будь-яких структурних чи елементарних перетворень у ній. Отже, ґендерні відносини зазнають владного впливу з боку держави, стають регульованими, набувають ознак стійкості, органічності, упорядкованості, етапності розвитку.

Безперечно, еволюційність ґендерного розвитку, його історичність має велике позитивне значення. Разом з тим сучасне суспільство наділяє індивіда досить широким соціальним інструментарієм, зокрема правовим, який він використовує для захисту та реалізації своїх прав. На сьогодні індивід позбавлений досконалої системи правових засобів налагодження ґендерних відносин. Поділ ролей відбувається переважно стихійно, коли лише формуються, хоча й надто повільно, нові підходи до творення правових основ ґендеру. За умов існування сучасних правових механізмів та їх ролі в регулюванні суспільних відносин взагалі та в деяких сферах життя недоцільно залишати регулювання ґендерного питання в архаїчному стані стихійної саморегуляції. Недосконалість суспільного механізму в окремих випадках може призводити до „соціальних виключень”, які відбуваються, коли держава належним чином не забезпечує соціальні права громадян. Виконання жінкою специфічних біологічних функцій та особливих соціальних ролей створює передумови її виключення з економічного та соціального життя, позбавлення її можливості брати реальну участь у розподілі суспільних благ. Якщо жінка не має дієвих юридичних гарантій, то поділ громадян на тих, хто включений у суспільний обіг, і тих, хто є виключеним із нього, може відбуватися за статевою ознакою. Тривалий час правове регулювання щодо жінок мало дискримінаційний характер, тому таку дискримінацію треба ліквідувати саме правовими засобами.

Одним із завдань права є закріплення соціально корисних тенденцій суспільного розвитку. Правове регулювання ґендерних процесів необхідне для їх гармонійного становлення, усунення викривлень, які можуть призвести до наведених вище негативних наслідків та відкритого протистояння статей. Право має високу гуманітарну цінність як найвища форма соціальної взаємодії, яку не завжди мають

інші соціальні регулятори. Тому його вплив на ґендерні відносини має бути охарактеризований як позитивний.²

Необхідність правового регулювання ґендерних відносин зумовлена також їх фундаментальністю. На сьогодні ґендерна проблематика зачепила майже всі сфери самореалізацій сучасної людини - бізнесу, економіки, політики, спорту, культури. Наголошується, що навіть у засобах масової інформації частіше фігурують чоловіки, аніж жінки. Така „об'ємність” завдань потребує їх централізованого виконання, загальнодержавної координації, закріплення за допомогою сталих єдиних підходів. Реалізувати це стає можливим за допомогою права, яке має потужний механізм впливу на відносини в суспільстві.

Отже, своєчасне, ефективне, науково обґрунтоване правове регулювання ґендерних відносин відкриває широкі можливості для соціально справедливого розподілу прав та можливостей у суспільстві між різними статями. У свою чергу, ефективність правового регулювання буде залежати від ряду об'єктивних і суб'єктивних факторів.

Об'єктивні умови правового регулювання ґендерних відносин включають соціально-політичне становище чоловіка та жінки, рівень їх представлення в органах державної влади й органах місцевого самоврядування, входження до політичної та професійної еліти, реальний вплив на політичні процеси, переважні сфери соціальної активності кожної статі, розподіл між ними економічного ресурсу та власності, роль жінок і чоловіків в управлінні капіталом і виробництвом, пропорційність задіяності у сфері трудових відносин.

Суб'єктивні умови визначають внутрішні характеристики правового регулювання ґендеру, вони такі:

1. Всебічний аналіз стану суспільних відносин та перспективи їх розвитку. Втілення ґендерної рівності є питанням складним та великим за обсягом і не обмежується її нормативним закріпленням, на практиці праву кореспондують відносини в економічній, культурній, політичній, моральній сферах життя суспільства. Тому законодавець повинен заздалегідь враховувати комплексний вплив правового регулювання на ґендерні процеси в усіх сферах життєдіяльності, передбачити соціальний ефект, можливі та бажані наслідки, проаналізувати ґендерні перспективи.

2. Своєчасність правотворчості - право повинне задовольняти нагальні потреби суспільства й особи. Правове регулювання, яке не враховує сучасного стану відносин, та їх сьогоденних особливостей,

² Зайчук О. В., Оніщенко Н. М., Томашевська М. О., Береза С. В., Матвієнко О. В. Правові системи сучасності: ґендерний вимір / 36. Правова держава. - Вип. 17. - 2006. - 2006. - С.3-15.

не матиме бажаного регулятивного ефекту, а створюватиме недіючий, „мертвий” нормативний матеріал.

3. Удосконалення чинного законодавства - незважаючи на проголошення Україною рівності прав чоловіків і жінок, численні норми чинного законодавства й досі містять дискримінаційні ґендерні „викривлення”.

Основною проблемою вітчизняного законодавства у сфері ґендеру є декларативність його положень. виправити таку ситуацію може створення предметного законодавства, орієнтованого на розв'язання практичних ґендерних проблем, детальне регулювання окремих аспектів становлення ґендерної рівності, законодавче визначення всього спектра прав та можливостей, які містить поняття „ґендерна рівність”.

4. Ясність, чіткість правових приписів є важливим питанням не лише для правового регулювання, а й для законодавчої техніки. Загальновизнаною є думка, що мова права повинна бути чіткою, лаконічною, однозначною, мати досконалу термінологічну базу.

Не витримують критики й проекти законодавчих актів з питань ґендерної рівності, які обговорюються та розглядаються у Верховній Раді України. Так, у проекті Закону України „Про забезпечення рівності прав жінок та чоловіків” від 1 вересня 2004 року № 6074 не дано розгорнутого визначення багатьох термінів, а наведений перелік термінів має ряд суттєвих недоліків. Наприклад, дискримінація визначається як: 1) різне ставлення до жінок і чоловіків, що пов'язано з їхньою статтю; 2) різне ставлення до жінок і чоловіків, що пов'язано з їхнім батьківством, сімейними обов'язками або через інші причини, зумовлені статтю. Водночас дискримінація не може зводитись просто до різного ставлення до жінок і чоловіків, а може враховувати лише ті випадки, коли воно пов'язане з позбавленням чи обмеженням особи в правах або наданням одній особі порівняно з іншими переваг у правах за ознакою статі. Різне ставлення є неоднозначним поняттям і може втілювати як негативний зміст - дискримінацію, так і позитивний - право на відмінності.³

5. Свідомість, психологічна підготовленість громадян до здійснення ними суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Запроваджуючи основи ґендерної рівності у певній сфері соціального буття, необхідно закладати ґендерний компонент і в культурологічні та виховні процеси.⁴ Правосвідомість індивідів має бути підготовленою до сприйняття й використання практичних моделей рівних прав і можливостей чо-

³ Основи теорії ґендеру: Навчальний посібник. - К.: „К.І.С.”, 2004.

⁴ Ритцер Дж. Современные социологические теории. - СПб, „Питер”, 2002.

ловіків та жінок. Суб'єкти права повинні мати принаймні елементарні знання про основи ґендерної рівності, шляхи та способи її досягнення, про свої права та обов'язки.

Одним із завдань ґендерних досліджень є подолання на рівні суспільної та індивідуальної свідомості ідеології протиставлення. Жіночі права, обов'язки, ролі не повинні протиставлятися чоловічим, соціальні можливості обох статей мають взаємозумовлений характер та єдиний правовий орієнтир - свободу особистості.

На сьогодні перед законодавцем стоїть нелегке завдання: необхідно законодавчо визначити такий механізм правового регулювання, який би не лише відповідав досконалій правовій формі, мав високу прикладну оцінку, а й культивував правосвідомість громадян, закладав світоглядні основи ґендеру. При цьому слід враховувати такі споконвічні правові та моральні цінності, як справедливість, свобода, рівноправність. Адже на них ґрунтується правова свідомість громадян, яка миттєво реагує на викривлення цих категорій, неадекватне їх застосування. Тому своєчасним слід вважати Закон України „Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків” (№ 2866-IV) від 8.09.2005р.

Ґендер є комплексною категорією, яка проходить крізь всі зрізи юридичної матерії та суспільного життя. Тому на рівні національної правової системи має бути враховано досвід ООН стосовно секторального впровадження ґендерних підходів, коли виробляється певна програма впливу на жіноче та чоловіче населення з урахуванням специфіки сектора або сфери його життєдіяльності⁵.

⁵ Успенская В. И. Фетишистская критика современного социологического знания // Женщины. История. Общество. - Тверь, 2002.

Розділ II

ШЛЮБ, ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ТА МАЙНОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ ПОДРУЖЖЯ

Майнові правовідносини подружжя: проблеми застосування норм нового СК України

Набуття чинності новим Сімейним кодексом України (далі - СК України) без сумніву означає принципово новий період правового регулювання сімейних відносин. Законодавчі нововведення були об'єктивно необхідні і мали закріпити нові засади побудови відносин у сім'ї. Відмова від тотального усупільнення власності, усунення обмежень щодо складу та обсягу майна фізичних осіб, визнання приватної власності - це наочні прояви загальної зміни соціальних пріоритетів, які знайшли свій відбиток у новому сімейному законодавстві.

Принципово новими у цьому сенсі є закріплені в ст.7 СК України загальні засади регулювання сімейних відносин, які мають першочергове значення для розвитку майнових відносин у сім'ї. До них, зокрема, належать: регулювання сімейних відносин лише у тій частині, у якій це є допустимим і можливим з точки зору інтересів їх учасників та інтересів суспільства; недопустимість державного або будь-якого іншого втручання в сімейне життя; регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками.

Окрім загальних засад регулювання відносин у сім'ї, новий СК закріплює багато конкретних новел, які, безумовно, є прогресивними і такими, що відповідають потребам сучасного розвитку суспільства. В першу чергу це стосується закріплення в СК України багатьох видів майнових договорів, які можуть бути укладені подружжям, батьками та іншими членами сім'ї. У цьому сенсі СК України створює гнучкі правові механізми впливу на сімейну сферу, дає змогу самим учасникам сімейних відносин створювати для себе міні-норми, найбільш придатні для врегулювання тих чи інших "нетипових" сімейних відносин. Значна увага в новому СК України приділена найбільш важливому з подружніх договорів - шлюбному договору. Вперше встановлені норми, які регулюють договори подружжя щодо порядку визначення та сплати аліментів тощо.

Треба також відзначити, що в новому СК України вирішені певні проблеми, які протягом тривалого часу не знаходили свого законодавчого висвітлення. В ньому визначається правовий режим окремих видів майна, що належить кожному з подружжя - премій та нагород, які один з них одержав за особисті заслуги; страхових сум, які одер-

жані за обов'язковим або добровільним особистим страхуванням; плодів та доходів від роздільного майна подружжя тощо.

Вказані положення нового СК, безумовно, є важливими і викликають повну підтримку. Разом з цим, далеко не всі новели СК України, які стосуються майнових відносин в сім'ї, можна визнати вдалимими. Як показала практика, деякі з норм нового СК України, навпаки, значно ускладнили процес регулювання майнових відносин подружжя та створили штучні проблеми при їх застосуванні. Не всі концептуальні підходи також вбачаються обґрунтованими.

Перш за все необхідно розглянути питання щодо застосування нового для сімейного законодавства поняття «особиста приватна власність дружини та чоловіка». Не викликає сумнівів той факт, що юридична термінологія, яка застосовується в законодавчих актах, має бути чіткою і однозначною. У цьому сенсі особливе змістовне навантаження мають ключові терміни, які використовуються в нормативних актах, у зв'язку з чим їм приділяється особлива увага. Колізії, розбіжності між основними термінами як в одному нормативному акті, так і у всій системі законодавства, викликають вкрай негативні наслідки. Це питання набуває особливого значення у зв'язку з одночасним набуттям чинності цілої низки нормативних актів, в першу чергу, - Цивільного кодексу України (далі - ЦК України). В сімейному праві використовуються загальні цивілістичні категорії, що значно спрощує процес конструювання норм, які регулюють сімейні відносини. Поява в сімейному законодавстві категорій, що не співпадають або суперечать основним поняттям, які закріплені в цивільному законодавстві, означає прикрі прогалини в законодавчій техніці.

Треба визнати вкрай невдалою спробу введення в сімейне законодавство терміну "право особистої приватної власності дружини та чоловіка" (Гл.7 СК України). З точки зору змісту вказаної категорії треба відзначити, що вона поєднує дві речі, які не можуть бути поєднані за жодних обставин - особисту та приватну власність. Дійсним досягненням перетворень останніх років є виключення з юридичного обігу поняття "особиста власність", бо з цим пов'язана руйнація багатьох заборон та обмежень, які існували за часи СРСР, розширення вільного обігу майна в суспільстві, визнання права на приватне життя і приватне визначення особами своїх майнових інтересів. Крім того, введення в сімейне законодавство такого терміну як "особиста приватна власність" має заперечення і з точки зору юридичної техніки. Відомо, що такої форми власності як "особиста", а тим більш - "особиста приватна власність" немає в Конституції України. Не передбачені вони і в ЦК України. Тому введення такого терміну в Сімейний кодекс викликає тільки термінологічну та змістовну плутанину.

Загальною вимогою до нормативних актів є ясність та зрозумілість термінів та категорій, які в них застосовуються. В цьому сенсі юристів завжди бентежать випадки використання в законі так званих оціночних категорій, тобто таких, які в залежності від обставин можуть мати різне значення. В сімейному праві був свій перелік такого роду категорій - "інтереси сім'ї", "істотне збільшення вартості майна", "коштовності та предмети розкоші" тощо. На жаль, новий СК поповнився цілою низкою термінів, які не мають будь-яких чітких контурів - "дрібний побутовий правочин", "цінне майно", "особисті заслуги одного з подружжя", "бюджет сім'ї" тощо. Хоча застосування оціночних категорій в сімейному праві має свій сенс, однак новий СК України явно ними перевантажений.

Зміна порядку розташування норм у новому законі у порівнянні з тим, що діяв раніше, має виправдання тільки у тому разі, якщо вона сприяє його покращенню. Це питання виникає у зв'язку із суттєвими змінами порядку розташування норм, які регулюють майнові відносини подружжя. Кодекс про шлюб та сім'ю у першу чергу визначав правовий режим спільного майна подружжя (ст.22, 23). В цьому знаходила свій прояв ідея, що саме спільне майно складає майнову основу життя сім'ї. Новий СК, навпаки, перше місце відводить роздільному майну подружжя (Гл. 7 СК), а потім визначає режим спільного майна (Гл.8 СК). Можна було б припустити, що в СК застосовується спеціальний прийом юридичної техніки - спочатку визначаються усі види роздільного майна подружжя, а потім вказується, що усе інше майно, набуте за час шлюбу, є спільним.

На жаль, в СК така послідовність відсутня. По-перше, перелік видів роздільного майна, який закріплено в ст.57 СК, не є вичерпним. Всупереч логіці правовий режим окремих видів майна, які відповідно до СК також належать до роздільного, закріплюється в нормах, які розташовані в главі, присвяченій праву спільної сумісної власності подружжя (Гл.8 СК). По-друге, окрім загального правила щодо режиму спільності стосовно усього майна набутого за час шлюбу, СК України старанно намагається визначити окремі його види. Зокрема, в ч.2 ст.60 СК вказано, що речі індивідуального користування не належать до об'єктів права спільної власності. Однак, режим таких речей вже визначено в ч.2 ст.57, відповідно до якої речі індивідуального користування дружини та чоловіка належать до роздільного майна. Зрозуміло, що за таких обставин вони не можуть бути об'єктом права спільної власності подружжя.

В ст.60 СК України закріплено загальне правило, відповідно з яким майно, набуте за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності. Лаконічність та змістовність тради-

ційної для сімейного законодавства норми не викликає сумніву. Тому незрозумілою є спроба її дублювання у другій частині цієї ж статті. Яке змістовне навантаження має закріплене в ч.2 ст.60 СК правило - "кожна річ, набута за час шлюбу, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя"? Нема сумнівів, що якщо усе майно, набуте за час шлюбу, є спільним, то і кожна окрема річ, яка була набута за цей же час, теж.

У ст.61 СК України знову мова йде про окремі об'єкти права спільної власності подружжя. В даному випадку законодавець вирішив акцентувати увагу на таких різновидах подружнього майна як заробітна плата, пенсії, стипендії, інші доходи, одержані одним із подружжя за час шлюбу. Здавалося б, така деталізація видів спільного майна є зайвою, бо існує загальне правило щодо режиму майна, набутого подружжям за час шлюбу. І дійсно, сенс ч.2 ст.61 СК України полягає не у визначенні окремих видів спільного майна подружжя, а у встановленні режиму заробітної плати, пенсії, стипендії та інших доходів, які, навпаки, не внесені до сімейного бюджету або у банківську установу. Саме із змісту ч.2 ст.61 СК України випливає, що якщо один із подружжя не вніс заробітну плату або інші доходи до сімейного бюджету або на свій особистий рахунок у банківську установу, то така заробітна плата або інший дохід належить до роздільного майна подружжя. З точки зору техніки викладення нормативного матеріалу важко зрозуміти, чому, на відміну від інших видів роздільного майна (ст.57 СК України), режим пенсій та інших доходів викладено в такій завуальованій формі. Логічніше було б безпосередньо вказати, що пенсії та інші доходи належать до роздільного майна подружжя, і включити таке правило у ст.57 СК України. В даному разі мова йде про порядок викладення нормативного матеріалу в СК України, хоча треба сказати, що це нововведення в цілому вбачається невиправданим.

Відповідно до ч.2 ст.61 СК заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи належать до спільного майна подружжя лише у випадку, якщо вони були внесені: а) до сімейного бюджету, б) на особистий рахунок кожного з подружжя у банківську (кредитну) установу. Таким чином, надходження тільки тоді будуть вважатися спільним майном подружжя, якщо кожен з них виявив свою волю щодо передачі грошей до сімейного бюджету. Якщо цього зроблено не було, то майно вважається роздільним і належить тому з подружжя, який його отримав.

Треба відзначити, що вказана норма є новою для сімейного законодавства України. Правила, що діяли раніше, не пов'язували виникнення права спільної власності подружжя з фактом внесення заробітної плати, пенсії та стипендії до сімейного бюджету. Таким чином, це

майно вважалось спільним з моменту, коли виникало право власності на нього, тобто з моменту отримання заробітної плати одним із подружжя. Утім, законодавче рішення, що воно закріплено в новому Сімейному кодексі України, в теоретичному плані не є новим. Свого часу питання щодо правового режиму заробітної плати, пенсії та стипендії досить жваво обговорювалося в юридичній літературі. Деякі вчені дійсно пов'язували виникнення права спільної власності подружжя щодо заробітної плати і інших надходжень з фактом передачі їх до бюджету сім'ї¹. Свого часу така позиція зазнала значної критики, бо відповідно до неї між отриманням вказаних сум та їх переходом у спільну сумісну власність подружжя виникає певний розрив. Внаслідок цього з моменту отримання до моменту безпосередньої передачі грошей до спільного бюджету той з подружжя, хто отримав гроші, будучи їх власником, вправі самостійно володіти, користуватися та розпоряджатися ними. Він може і не передавати отриману заробітну плату або стипендію в спільний бюджет, а розпорядитися ними на свій розсуд.

Це суперечить основній ідеї режиму спільності майна, встановленого сімейним законодавством України. В літературі відзначається, що заробітна плата та інші різновиди грошових надходжень одного із подружжя вважаються спільним майном подружжя з моменту їх фактичного отримання, тому, що намір одного з подружжя внести їх до бюджету сім'ї передбачається², а спільність подружнього майна є "законним наслідком шлюбу і не залежить від поглядів подружжя - вносити чи не вносити отриману заробітну плату в спільний сімейний доход"³.

Виникнення права спільної власності на заробітну плату та інші надходження тільки після передачі їх до бюджету сім'ї, яке знайшло своє закріплення в новому СК, може викликати суто практичні проблеми. В літературі правильно відзначалося, що "встановити момент передачі грошових сум до бюджету сім'ї практично неможливо"⁴. Не треба забувати і того, що майно, придбане за час шлюбу за рахунок роздільних грошей одного з подружжя, також є роздільним. Отже, під час поділу подружнього майна цілком передбаченою є ситуація, коли один із подружжя буде стверджувати, що певне майно було придбане за рахунок тієї частки його заробітної плати, яку він не вніс до бюдже-

¹ Советское семейное право: Учебник/ Под ред. В.А.Рябенцева. - М., 1982. С.103-104.

² Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т.3. Л., 1965. С. 226-227.

³ Чиквашвили Ш.Д. Имущественные отношения в семье. М., 1976. С. 23-24.

⁴ Сімейне право України: /Підручн. За ред. Гопанчука В.С. - К., 2002. С.126.

ту сім'ї, внаслідок чого воно належить на праві власності йому особисто. Правило, що його закріплено в ч.2 ст.61 СК України, вразливе ще й тому, що ставить у вкрай не вигідне становище того з подружжя, який не має необхідного рівня власних доходів у зв'язку, наприклад, з доглядом за дитиною. Він не набуває прав щодо заробітної плати іншого з подружжя і цілком залежить від бажання або небажання останнього внести гроші до сімейного бюджету.

Особливе занепокоєння серед практиків викликає *ст.65 СК України*. В першу чергу це пов'язано з тим, ця норма необґрунтовано звужує «вільний простір» кожного із подружжя у майновій сфері. Буквально кожен правочин, що укладає особа, яка перебуває у шлюбі, потребує санкції другого з подружжя. Навіть якщо правочин і не потребує письмової згоди, він все одно може бути оскаржений другим із подружжя на тій підставі, що його було укладено без такої згоди. Фактично, за новим СК України, подружжя самостійно може укладати лише дрібні побутові правочини нарівні з дітьми у віці до 14 років. Навіть важко пояснити причини таких кардинальних змін законодавства. Ситуацію рятує лише масове невиконання суспільством вимог ст.65 СК України. Лише нотарі, які сумлінно виконують приписи закону, неодмінно вимагають нотаріально засвідченої згоди другого з подружжя на укладення договорів, що потребують нотаріального посвідчення. Однак, такі правила існували і раніше. Що ж стосується новел, то практично жодна фізична або юридична особа не вимагає письмової згоди другого з подружжя при укладенні договорів стосовно цінного майна чоловіка та дружини.

Треба також підкреслити, що ст.65 СК України в повному розумінні стосується не лише випадків відчуження спільного майна подружжя. В ст.65 СК України йдеться про розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. У свою чергу, згідно із ст.177, 190 ЦК України до майна належать речі, одним із різновидом яких є гроші. Таким чином розпорядження спільним майном означає і розпорядження спільними коштами подружжя. У зв'язку з цим більшість практиків широко тлумачить зміст ст.65 СК України і розповсюджує правила цієї статті на випадки не лише відчуження, а й набуття майна за спільні кошти подружжя.

Особливої гостроти цій проблемі додає те, що правила ст.65 СК України розповсюджуються також на фактичне подружжя (осіб, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу). Якщо такі особи мають спільне майно, то згідно із ст.74 СК України на них розповсюджуються норми глави 8 СК України, до якої належить і сумнозвісна ст.65 СК.

Таким чином, повне виконання вимог ст.65 СК України може призвести до визнання будь-якого правочину недійсним на тій підставі, що його було укладено без згоди другого з подружжя або другого з фактичного подружжя. Це може призвести до руйнації цивільного обігу, в тій частці, в якій у ньому беруть участь фізичні особи, бо практично кожна людина перебуває в зареєстрованому шлюбі або має фактичні шлюбні відносини.

В практиці застосування норм нового СК України виникла ще одна проблема. Вона стосується визначення розміру часток подружжя у спільному майні при його поділі. В ч.3 ст.70 СК України вказано, що за рішенням суду *частка майна дружини або чоловіка може бути збільшена*, якщо з нею, ним проживають діти, а також непрацездатні повнолітні син, дочка, за умови, що розмір аліментів, які вони одержують, недостатній для забезпечення їхнього фізичного, духовного розвитку та лікування.

З прямої вказівки закону випливає, що частка в праві на майно того з подружжя, з яким залишається дитина, може бути збільшена лише у разі, якщо недостатнім є розмір аліментів, *які вони одержують*. Таким чином, закон передбачає такий розвиток подій: а) дитині призначаються аліменти; б) розмір аліментів, які вона одержує, недостатній для забезпечення її фізичного, духовного розвитку та лікування; в) при поділі майна подружжя частка в майні того з них, хто опікується дитиною, за рішенням суду збільшується.

Зрозуміло, що виникає питання про можливість збільшення частки у майні у тому разі, коли поділ майна подружжя здійснюється до того, як дитині призначені аліменти. Із тексту закону, на жаль, випливає, що таке збільшення неможливе, і суд зобов'язаний поділити подружнє майно порівну. Саме на такому розумінні ч.3 ст.70 СК України наполягає і авторка Кодексу - Ромовська З.В. У своєму коментарі до СК України вона пише, що «сфера чинності норми частини третьої статті 70 СК може бути звужена або навіть зведена до мінімуму, якщо вимога про поділ майна заявлена другим з подружжя одночасно із вимогою про розірвання шлюбу. Тобто, коли ще невідомо, наскільки сумлінно він виконуватиме свій батьківський обов'язок»⁵. Іншими словами, вимога про збільшення частки при поділі майна подружжя не може бути заявлена одночасно із вимогою про розірвання шлюбу, якщо розмір аліментів ще не було визначено. Така вимога можлива лише після розірвання шлюбу, поділу майна та стягнення аліментів і лише у тому

⁵ Ромовська З.В. Семейный кодекс Украины: Научно-практический комментарий. - К.: Визначник Дім «Ін Юре», 2003. С.153.

разі, якщо розмір аліментів, які одержує дитина, недостатній для забезпечення її фізичного, духовного розвитку та лікування.

При цьому виникає питання про можливість подання нового позову про поділ майна подружжя після розірвання шлюбу. З.В. Ромовська відповідає на нього таким чином: «Якщо після поділу майна на рівні частки згодом виявиться, що розмір аліментів дітям є недостатнім, заінтересована особа не позбавлена права на звернення до суду... За умови появи інших, додаткових обставин спір про той самий предмет та між тими ж сторонами може бути предметом судового розгляду. А це означає, що поділене в минулому майно може бути перерозподілене»⁶. Зрозуміло, що виникає питання, а чи буде що перерозподіляти у той час, коли з'ясується, що розмір аліментів, які діти одержують, недостатній для забезпечення їхнього фізичного, духовного розвитку та лікування?

На жаль, це питання до законодавця. Що ж стосується судів, то вони мають виконувати положення ч.3 ст.70 СК України. Цікаво відзначити, що продемонстрував аналіз судових рішень щодо поділу майна подружжя. Вирішуючи питання про збільшення частки одного з подружжя при поділі майна у зв'язку з наявністю дитини, суди практично повністю ігнорували нові вимоги закону. Очевидно, що це пов'язано із «незручністю» вказаної норми та неможливістю її застосування. Намагаючись якимось «прив'язати» ч.3 ст.70 СК України до конкретних ситуацій, суди лише вказують, що відповідач не сплачує аліментів на дитину, хоча це і не відповідає змісту ч.3 ст.70 СК України. Нерідко в процесі розгляду справ суди не з'ясовують питання, чи є розмір аліментів, які сплачуються, недостатнім для розвитку дитини. Вони лише констатують, що відповідач не сплачує аліменти на дитину, у зв'язку з чим його частка в спільному майні подружжя зменшується і буде складати, наприклад, 1/3. Нерідко суди просто вказують, що збільшують частку одного з подружжя у зв'язку з тим, що суд може відійти від засад рівності часток подружжя з урахуванням наявності неповнолітніх дітей.

Мабуть, найбільший різнобій викликає сьогодні питання щодо співвідношення ст.21. та ст.74 СК. Справа в тому, що згідно із ст.21 СК проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя. Натомість, ст. 74 СК містить інше правило - на майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою, поширюються положення глави 8 СК, які регулюють відносини саме подружжя. Таке неспівпадіння норм на перший

⁶ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. - К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С.153.

погляд викликає подив. Воно заводиться у глухий кут практиків, які намагаються зрозуміти сутність нових положень СК. Треба відзначити, що в літературі було зроблено пояснення співвідношення ст.ст. 21 та 74 СК. До нього треба поставитися уважно, бо воно зроблено З.В. Ромовською - автором нового СК. Пояснення звучить таким чином: "Розвиток нашого законодавства має йти не шляхом надання жінці та чоловікові, які спільно проживають без шлюбу, прав та обов'язків подружжя, а надання їм прав та обов'язків, як особам, які проживають однією сім'єю. Ці права можуть бути тотожними за змістом... але підстави їх виникнення є різними".⁷ Важко зрозуміти таке пояснення. Виникає просте питання - чому жінці та чоловікові, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, не можуть бути надані такі ж самі права, як і подружжю, якщо в кінцевому підсумку вони такі права все одно набувають? Якщо нове законодавство визнає фактичні шлюби, то чому це робиться обхідними шляхами? Чому прямо не вказати в ч.4 ст.3 СК України, що сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення та фактичного шлюбу. Це б дало змогу уникнути такої вкрай невизначеної фрази як "інші підстави, не заборонені законом і такі, що не суперечать моральним засадам суспільства". В свою чергу ч.2 ст.21 СК України також могла б формулюватися інакше: "У випадках, передбачених законом, проживання чоловіка та жінки у фактичному шлюбі є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя". Новий СК України закріплює зовсім іншу логіку: фактичне подружжя не має прав та обов'язків подружжя, а набуває прав та обов'язків з факту проживання однією сім'єю. У зв'язку з тим, що загальних прав та обов'язків членів сім'ї не існує, права та обов'язки фактичного подружжя збігаються з правами та обов'язками подружжя. Така складна логіка нового СК здається невиправданою.

⁷ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. - К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С.65.

Право спільної сумісної власності подружжя на майно, що використовується в підприємницькій діяльності

Прийняття Цивільного та Господарського кодексів стало передумовою для проведення систематизації законодавства України, яке регулює підприємницьку діяльність. За останні роки в Україні була прийнята значна кількість нормативних актів, які регулюють діяльність окремих видів юридичних осіб - суб'єктів підприємницької діяльності. Водночас поза увагою правового регулювання залишився такий суб'єкт підприємницької діяльності, як фізична особа - підприємець. Тільки декілька статей у ЦК та ГК регулюють відносини, суб'єктом яких є підприємець - фізична особа. Так, ЦК встановлює загальні засади набуття фізичною особою права на здійснення підприємницької діяльності, правила про застосування до підприємницької діяльності фізичних осіб нормативно-правових актів, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб (якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин), загальні засади цивільно-правової відповідальності, управління майном, що використовується у підприємницькій діяльності органом опіки та піклування, визнання права власності фізичної особи-підприємця на підприємство-єдиний майновий комплекс (ст. 50-54, 192 ЦК). ГК визнає фізичну особу - підприємця суб'єктом господарювання, повторює загальне правило, встановлене ЦК, щодо її відповідальності за зобов'язаннями усім майном, основні принципи здійснення підприємницької діяльності, а також покладає на громадянина-підприємця обов'язки щодо одержання ліцензії, необхідності державної реєстрації та повідомлення про відомості, які відображаються у реєстраційних документах та ін. (ст. 58, 128, 159 ГК).

Але чи можливе здійснення підприємницької діяльності фізичною особою, яка є одруженою, без додержання вимог Сімейного кодексу щодо володіння, користування та розпорядження майном, яке є спільної сумісною власністю подружжя? На це питання потрібно дати негативну відповідь.

Відповідно до ст. 60 СК України майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причи-

ни (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Отже, незалежно від того, є фізична особа суб'єктом підприємницької діяльності, чи ні, майно, набуте нею в процесі здійснення підприємницької діяльності, є спільною сумісною власністю подружжя.

Такий правовий режим майна подружжя для підприємця має як негативні, так і позитивні моменти.

Негативним є встановлення в ст. 65, 67 СК України таких засад розпорядження майном подружжя, яке належить їм на праві спільної сумісної власності за взаємною згодою; при укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя; дружина, чоловік мають право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її/його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового; для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово, а на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена; договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї.

Виходячи із зазначеного вище, можна зробити такі висновки:

По-перше, для укладення підприємцем договорів при здійсненні підприємницької діяльності у будь-якому випадку необхідною є згода другого подружжя, оскільки підприємницькі договори виходять за межі дрібних побутових. І тому у будь-який час другий із подружжя підприємця може пред'явити позов про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її (його) згоди відповідно до ч. 2 ст. 65 СК.

Отже, у тому випадку, коли стороною договору є фізична особа-підприємець, потрібно брати згоду на його укладення у її дружини (чоловіка). При цьому така згода повинна бути у будь-якому випадку письмова, оскільки поняття цінного майна СК не дає, а отже, напевно, будь-яке майно може визнаватися цінним.

Таке положення може мати позитивний момент для підприємця, оскільки у тому випадку, коли у підприємця з якоїсь причини виникає потреба визнати договір недійсним, йому непотрібно довго думати і слід тільки домовитися з другим із подружжя про пред'явлення останнім позову про визнання договору недійсним, оскільки не було згоди останнього.

Особливо проблематичним на сьогодні є здійснення таких видів підприємницької діяльності як торгівля, оренда, лізинг нерухомості, транспортних засобів, землі, оскільки договори, предметом яких є зазначене майно, потребують державної реєстрації. В зв'язку з цим у літературі стали висловлюватися думки щодо необхідності внесення відповідних змін до Сімейного кодексу України, якими встановити, що у випадку, якщо підприємницька діяльність одного з подружжя пов'язана із здійсненням правочинів з нерухомістю, для цього не вимагається згода іншого з подружжя¹. Ця пропозиція деякою мірою полегшить долю підприємця, але все ж таки не вирішить питання про необхідність отримання згоди другого з подружжя на укладення підприємницьких договорів.

По-друге, зовсім абсурдною для здійснення підприємницької діяльності фізичною особою є положення про те, що договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї.

Якщо підприємець є зразковим сім'янином (його поведінка відповідає моральним засадам суспільства), то будь-який договір укладає в інтересах сім'ї, а майно, яке він отримує при здійсненні підприємницької діяльності, наприклад, квартиру, машину, може використовувати в інтересах сім'ї. Але чи можуть бути на другого з подружжя підприємця покладені обов'язки за договором, якщо майно, яке отримане за договором, використане в інтересах сім'ї? Напевно, що - ні. Наведемо приклад. За договором міні підприємець надав юридичні послуги, а друга сторона договору в оплату юридичних послуг передала підприємцю продукти харчування, які були спожиті сім'єю. В зв'язку з цим виникає питання, чи може бути зобов'язаний другий із подружжя підприємця надати юридичні послуги. Окрім цього, виникає питання про те, чи діє ця норма, коли майно ще не „використане” в інтересах сім'ї, але сім'я користується цим майном. Чи виникають у такому разі обов'язки у подружжя підприємця?

А що ж є позитивного у спільній сумісній власності подружжя? На мою думку, це ті випадки, коли провадиться звернення стягнення на майно підприємця за боргами, які виникли при здійсненні ним підприємницької діяльності, оскільки стягнення може бути накладене лише на його особисте майно і на частку у праві спільної сумісної власності подружжя, яка виділена йому в натурі (ч. 1 ст. 73 СК). А ще, відповідно до ст. 69 СК, другий із подружжя має право на виділ своєї частки

¹ Пацурківський Ю.П. Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. - К., 2001. - С.93.

із спільного майна подружжя. У будь-якому випадку майно для сім'ї буде збережене за рахунок майнових інтересів кредиторів.

І останнє: ч. 2 ст. 73 СК передбачає, що стягнення може бути накладено на майно, яке є спільною сумісною власністю подружжя, якщо судом встановлено, що договір був укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї і те, що було одержане за договором, використано на її потреби. Але знову виникає проблема - якщо договір укладався не в інтересах сім'ї, а з метою здійснення підприємницької діяльності, і воно не використовувалося сім'єю, то ще краще. Таке майно все одно буде спільною сумісною власністю подружжя, і другий з подружжя підприємця буде мати право на виділ його частки із цього майна.

Як же виходити з цієї ситуації?

1. Встановити облік майна, яке набувається підприємцем у власність в процесі здійснення підприємницької діяльності.

2. Не визнавати зазначене майно спільною сумісною власністю подружжя.

3. Укладені підприємцем договори в процесі здійснення підприємницької діяльності не повинні породжувати права та обов'язки для іншого подружжя.

4. Право спільної сумісної власності подружжя повинно виникати тільки на прибуток, який отримує підприємець особисто, і який виключається із майна, яке обліковується як таке, що використовується у підприємницькій діяльності.

Право приватної власності подружжя на житло за Сімейним кодексом

З появою нових об'єктів права власності подружжя, таких як квартири, земельні ділянки, майно підприємств та наданням подружжю права самим визначати свої майнові права і обов'язки виникає потреба перегляду історично сформованого інституту спільної власності. Норми сімейного законодавства регулюють відносини подружжя з приводу належного їм майна та взаємного утримання (аліментні відносини). Майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині, чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один із них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хворобу тощо) самостійного заробітку. Цю загальну норму не обмежено будь-якими іншими умовами, але у той же час це положення неможливо сприймати без відповідних уточнень. Так, шлюбним договором може бути визначено, що спільно набуте подружжям майно вважатиметься: спільною сумісною власністю; спільною частковою власністю; особистою приватною власністю кожного з подружжя.

Продовжується полеміка щодо вжитого терміну у ст. 57 Сімейного кодексу (далі - СК) «особиста приватна власність дружини та чоловіка». На думку С. Я. Фурси, поняття «особиста власність», яке також використовується у цивільному обігу, за своєю суттю та правовим значенням збігається з поняттям «приватна власність», що застосовується у ст. 325 ЦК, тому автори назвали цей розділ саме так з метою узгодження термінології. Ввівши термін «особиста власність» у понятійний апарат СК, законодавець тим самим хотів підкреслити, що це власність саме кожного із подружжя [1, с. 192]. Ю. С. Червоний зазначає, що ця назва є неточною, оскільки право особистої власності і право приватної власності - це різні правові категорії. Конституція України не містить поняття «особиста власність». Його замінено поняттям «приватна власність» (ст. 41 Конституції, ч. 4 ст. 2 Закону України від 7 лютого 1991 року «Про власність») [2, с. 93]. Крім того, якщо власність приватна, тобто однієї особи, вона не може бути роздільною, оскільки особі ні до чого її ділити з собою: особистий, той який є власністю окремої особи, безпосередньо належить їй; персональний,

власний [3, с. 150]. Отож, виходячи із ч. 1 ст. 57 СК, житло є об'єктом особистої приватної власності кожного з подружжя у наступних випадках: якщо житло набуто нею, ним до шлюбу; якщо житло набуто нею, ним за час шлюбу, але на підставі договору дарування або у порядку спадкування; якщо житло набуто нею, ним за час шлюбу, але за кошти, які належали їй, йому особисто.

Хоча за загальним правилом СК має регулювати спільну сумісну власність подружжя, положення даної статті регулюють питання щодо майна подружжя з винятку, а саме майна, яке є приватною власністю кожного із них, тобто дошлюбного майна. Тому законодавець говорить не про роздільну, тобто приватну власність подружжя, а про роздільність дошлюбного житла. Виходячи з даного положення статті при поділі житла подружжя у судовому порядку, яке набуто ним спільно у шлюбі, по-перше, встановлюватимуть обставини, чи є у подружжя житло, яке належить йому на праві особистої приватної власності, та перевіряти докази, які нададуть сторони на підтвердження належності їм цього майна як їх особистого. Наприклад, що житло, яке один із подружжя включив до переліку спільно набутого майна подружжя, є його особистим, оскільки воно набуто чоловіком чи дружиною до шлюбу чи набуто під час шлюбу, але у порядку дарування, спадкування.

При розподілі спільно набутого житла потрібно враховувати й те, що коли на придбання житла, крім спільних коштів подружжя, були вкладені кошти, які належали одному з подружжя, та є докази цього, то частка у цьому нерухомому майні, відповідно до розміру внеску, є особистою власністю того з подружжя, хто її вніс. Але належність грошей особисто одному з подружжя має бути належним чином підтверджено: це може бути відповідний рахунок у банківській установі, шлюбний договір, в якому буде обумовлено суму коштів одного з подружжя до шлюбу.

У СК закріплено положення про те, що той із подружжя, хто є власником нерухомості, визначає режим володіння та користування ним з урахуванням інтересів сім'ї, насамперед дітей (ст. 59 СК). При розпорядженні цим майном дружина, чоловік зобов'язані враховувати інтереси дитини, інших членів сім'ї, які відповідно до закону мають право користування ним. Так, якщо об'єктом роздільної приватної власності одного з подружжя є житлове приміщення, право користування ним належить усім членам сім'ї (ст. 156 ЖК). Розпоряджаючись житловим приміщенням, той із подружжя, хто є його власником, зобов'язаний враховувати інтереси дітей та інших членів сім'ї, непрацездатних членів сім'ї (ч. 8 ст. 7 СК). За СК неповнолітня дитина за життя батьків, які мають квартиру на праві приватної власності, не має

права на їхнє майно, вона має право на користування цією житловою площею. Тому така квартира з урахуванням інтересів неповнолітньої дитини не повинна продаватися без дозволу на це органу опіки та піклування, який захищає інтереси неповнолітньої дитини, тобто право на проживання у квартирі.

У сімейному законодавстві України закріплено режим спільності майна подружжя. Основним законним правовим режимом майна подружжя є правовий режим спільної сумісної власності. Відповідно до ч. 1 ст. 60, майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловіку на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Встановлюючи таку норму, законодавець виходить із необхідності надання чоловіком і дружиною взаємної моральної та матеріальної підтримки, забезпечення дотримання інтересів того з подружжя, хто займається вихованням дитини та веде домашнє господарство. Отже, будь-яке майно (у тому числі і житло), набуте подружжям за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Це має велике практичне значення як при здійсненні правомочності, пов'язаної зі спільною сумісною власністю подружжя, так і у разі поділу спільного майна дружини і чоловіка. Для визнання речей, набутих за час шлюбу, об'єктами спільної сумісної власності подружжя, не має значення, на ім'я кого з них оформлене це майно, оскільки із п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 жовтня 1992 р. № 7 "Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності громадян на жилий будинок" впливає, що для виникнення права спільної сумісної власності подружжя на збудований у період шлюбу житловий будинок не має значення, на ім'я кого з подружжя він оформлений.

Житлом, що належить на праві приватної власності одному з подружжя, під час сумісного проживання користуються обоє з подружжя, хоча роздільне їх проживання допускається законом. Тому чи виникають майнові права на житло у того з подружжя, хто не є власником, адже, здійснюючи догляд за будинком (квартирою), він вкладає спільні кошти та працю? У разі виникнення спору та поділу майна можливе закріплення майнових прав чоловіка чи дружини, але для цього потрібно надати докази про зароблені ним (нею) грошові або трудові внески в утримання та ремонт житла, яке належить іншому подружжю, та визнати це майно спільним. Тоді така позиція буде закріпленою ст. 62 СК, яка встановлює, що роздільне майно кожного з

подружжя може визнаватися об'єктом права спільної сумісної власності дружини і чоловіка, якщо за час шлюбу воно істотно збільшилося у своїй вартості внаслідок спільних трудових чи грошових затрат або затрат другого з подружжя. Якщо житло, яке належало одному з подружжя, було капітально відремонтовано у період шлюбу, то при вирішенні спору про нього треба враховувати вартість цього будинку до спільних затрат на нього та після цього.

Визнання майна об'єктом права спільної сумісної власності подружжя пояснюється тим, що у даному разі наявний юридичний склад, необхідний для виникнення цього права [2, с. 112]. Житло повинно істотно збільшитися у своїй вартості за час шлюбу внаслідок спільної праці подружжя або праці того з них, кому це житло не належало. Зокрема, якщо виникає спір щодо житлового будинку, то беруть до уваги такі обставини, як капітальний ремонт, добудова чи перебудова будинку (квартири), придбаного до шлюбу. У разі, якщо під час шлюбу подружжя здійснювало лише поточний ремонт житлового будинку (квартири), то це не дає підстав для визнання майна спільним. У цьому випадку другий з подружжя може вимагати лише відшкодування витрат, яких він зазнав. Отже, питання про те, наскільки суттєво збільшилася вартість спірного житла під час шлюбу, при винесенні судом рішення має оціночний і переважно суб'єктивний характер.

Крім того, залишається невизначеним питання, в яких частинах визначити роздільне житло спільною власністю подружжя при поділі між ними. М. Галянтич та Ю. Комаровська-Чуркіна пропонують, щоб суд при встановленні режиму роздільності в подібних випадках встановлював правило, за яким квартира належить обом, але в визначених частках - наприклад, одному з подружжя належатиме більша частка в житлі, ніж другому з подружжя (2/3, 4/5 в праві власності). Можна погодитися з цією думкою, оскільки подружжя буде власниками певного майна та їх відносини в цій частині регулюватимуться нормами цивільного законодавства, яке передбачає можливості для обмеження прав власника [4, с. 32].

Змістом права спільної власності, як і будь-якого права власності, є право володіння, користування та розпорядження спільною річчю (ст. 63, 65 СК; ст. 369 ЦК). Отож, закон надає подружжю рівні права на їхнє спільне житло, яким вони розпоряджаються за спільною згодою. Чоловік і дружина, як співвласники, мають право здійснювати різні цивільно-правові угоди щодо спільного житла. Відповідно до ст. 65 СК при укладанні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Дружина і чоловік у повсякденному житті укладають угоди, пов'язані з їх спільним майном, майже щод-

ня, це, наприклад, дрібні побутові угоди, спрямовані на придбання предметів споживання. Виходячи з припущення про єдність інтересів подружжя, ч. 2 ст. 65 СК встановлює презумпцію згоди одного з них при здійсненні операції зі спільним майном другим із подружжя. Це також передбачено ч. 2 ст. 369 ЦК щодо розпорядження майном, яке є об'єктом права спільної сумісної власності. Дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її (його) згоди.

Для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а також договорів, що стосуються цінного майна (квартири, будинку, земельної ділянки тощо), згоду другого з подружжя має бути подано письмово та нотаріально засвідчено. Право власності на житло за договором, який потребує нотаріального посвідчення, виникає у набувача з моменту посвідчення такого договору, а якщо договір підлягає державній реєстрації, то право власності виникає з моменту його реєстрації. У разі порушення подружжям цих вимог угода визнається недійсною.

Дружина і чоловік мають право розпоряджатися як майном, що належить їм на праві роздільної приватної власності, так і майном, яке є об'єктом права їх спільної сумісної власності. Тому вони можуть укласти між собою будь-який договір, не заборонений законом, як щодо роздільного майна кожного з них, так і щодо майна, яке є об'єктом їх права спільної сумісної власності. Так, подружжя можуть укласти договір про порядок користування житлом, що належить їм на праві спільної сумісної власності. Більшість договорів, які укладають між собою чоловік і дружина, мають цивільно-правовий характер і на них поширюються загальні правила про дійсність таких договорів.

Водночас ч. 2 ст. 64 СК передбачає виняток із загальних правил цивільно-правового регулювання договорів з приводу відчуження об'єктів права спільної сумісної власності, встановлюючи, що договір про відчуження одним із подружжя на користь другого з подружжя своєї частки у праві спільної сумісної власності дружини і чоловіка може бути укладений без виділу цієї частки. Це можна пояснити тим, що у разі такого відчуження право спільної сумісної власності подружжя припиняється і виникає право роздільної приватної власності того з них, на користь якого укладено договір про відчуження частки в праві спільної сумісної власності подружжя. Оскільки сімейне законодавство України не містить норм про порядок і форму укладання таких договорів, то в цьому випадку повинні застосовуватися норми цивільного законодавства.

Як вже зазначалося, подружжя зобов'язано не тільки не перешкоджати одне одному в здійсненні правомочностей, пов'язаних зі спільною сумісною власністю, а й узгоджувати свої наміри по здійс-

нення правомочностей щодо володіння, користування та розпорядження житлом, яке належить їм на праві цієї власності. Однак така домовленість не виключає права кожного з подружжя у разі виникнення спору про порядок користування житлом звертатися з позовом до суду. У разі, якщо порядок користування житловим будинком, квартирою, іншою будівлею чи спорудою було оформлено договором і нотаріально посвідчено, то цей договір має обов'язкову силу не тільки для дружини і чоловіка, а й для їх правонаступників (ч.2 ст. 66 СК).

При розірванні шлюбу право спільної сумісної власності на житло, набуте під час шлюбу, не припиняється. Якщо не здійснено поділ спільної сумісної власності подружжя або не визначено розмір часток у праві цієї власності, що належить кожному з колишнього подружжя, відносини, пов'язані з правом спільної сумісної власності, зберігаються. Однак, оскільки їх учасники вже не є подружжям, розпорядження цим житлом здійснюється за нормами ЦК.

Припинення спільної сумісної власності подружжя на житло відбувається шляхом поділу чи у разі смерті дружини або чоловіка. Зазначений поділ можливий на вимогу кожного з подружжя, а також кредитора одного з подружжя при зверненні стягнення на частку останнього у спільному майні. Тобто, подружжя за взаємною згодою має право на поділ житла незалежно від розірвання шлюбу. Договір про поділ житлового будинку, квартири, іншого нерухомого майна, а також про виділ нерухомого майна дружини, чоловіка зі складу усього майна подружжя має бути нотаріально посвідчений.

У результаті поділу спільного майна подружжя, як зазначає І. Жилінкова, припиняє діяти законний режим спільності майна і на його місці виникає договірний режим роздільності майна. Щодо такого майна діють правила, які визначають порядок володіння, користування і розпорядження роздільним майном кожним із подружжя. Інша справа, якщо поділ спільного майна подружжя здійснюється разом із розірванням шлюбу чи після цього. Тоді поділ майна припиняє будь-який режим подружнього майна, тому що у цих випадках припиняється саме подружнє правовідношення.

Поділ спільного житла подружжя означає припинення права спільної сумісної власності подружжя на це майно та виникнення на її основі особистої приватної власності дружини та чоловіка або спільної часткової власності подружжя. У разі поділу житла, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки дружини та чоловіка є рівними. При виникненні спору між ними щодо розміру їх часток у спільному майні суд виходить з визнання рівності цих часток. Відступити від принципу рівності часток подружжя суд може за обставин,

що мають істотне значення. Так, при поділі між подружжям житлової площі мають враховуватися інтереси дітей та непрацевдатних осіб. Але це положення не можна розуміти таким чином, що сама наявність дітей, залишених з одним із подружжя, є підставою для збільшення його частки.

Деякі автори зазначають, що на практиці може виникнути питання про межі свободи у порядку проведення поділу. О. Дзера вважає, що у СК мають бути передбачені норми, які містили б гарантію одержання одним із подружжя певної мінімальної частки у майні, що набувається під час шлюбу [5, с. 57].

З огляду на практику, з усіх видів майна особливу цінність для подружжя становить саме жилий будинок, квартира. Поділ житла супроводжується значними труднощами, оскільки кожен з подружжя бажає отримати певну частку жилого будинку в натурі. Задоволення їх вимог залежить від розміру жилого будинку, кількості кімнат, взаємовідносин між подружжям, наявності дітей та інших обставин. Згідно з п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності громадян на жилий будинок" від 04.10.1991 р. № 7 за неможливості поділу будинку, що є спільною власністю подружжя в натурі, і якщо немає згоди подружжя про спосіб поділу спільного майна, суд з урахуванням інтересів неповнолітніх дітей і таких, що заслуговують на увагу, інтересів одного з подружжя, може залишити будинок одному з подружжя і покласти на нього обов'язок компенсувати право на частку будинку другого за рахунок іншого спільного майна або грошми.

Поділ спільного майна подружжя, як вже зазначалося, має здійснюватися в натурі, якщо це можливо без втрати його цільового призначення (ч. 2 ст. 183 ЦК). У п. 6 вищезазначеної Постанови дається роз'яснення, що поділ права спільної власності на будинок можливий, якщо кожній із сторін може бути виділена його окрема частина (із самостійним виходом). За неможливості цього суд має право визначити порядок користування окремими приміщеннями. При цьому окремі підсобні приміщення (кухня, коридор, ванна кімната тощо) можуть бути залишені у спільному користуванні учасників спільної часткової власності. Порядок користування будинком може бути визначений і для учасників спільної сумісної власності. У разі неможливості поділу житла в натурі чи встановлення порядку користування ним співвласнику, який виділяється, за його згодою виплачується грошова компенсація, розмір якої визначається за згодою сторін, а при її відсутності – судом за дійсною вартістю житла на час розгляду справи.

Під дійсною вартістю житла розуміється грошова сума, за якою він може бути проданий у даному населеному пункті. В окремих випадках суд з урахуванням конкретних обставин справи може й без згоди учасника, який виділяється, зобов'язати інших учасників спільної власності виплатити йому грошову компенсацію. Зокрема, це можливо, якщо частка учасника, який виділяється, є незначною й не може бути виділена в натурі, а також, якщо він у будинку не проживав і забезпечений іншою житловою площею.

Отже, подружжя, беручи шлюб, повинні вирішити питання про власні майнові права, а також враховувати, що власність зобов'язує і може належати одному із подружжя на праві: особистої (приватної) власності; спільної часткової власності; спільної сумісної власності; угоди між подружжям. Поки подружжя проживає однією сім'єю, їх майно є неподільним спільним комплексом. І хоча поділ завжди порушує не тільки моральну, але й майнову рівновагу в сім'ї, він повинен здійснюватися таким чином, щоб після поділу майнові інтереси кожного з подружжя було обмежено найменшою мірою та кожен із подружжя отримав житло, яке необхідне йому для подальшого проживання.

Список використаної літератури:

1. Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук.-практ. посіб. з інформ. додатком на лазерному носії: У 2-х кн. / За заг. ред. С. Я. Фурси. - К.: Видавель Фурса С. Я., 2005. - Кн. 1 - 2005. - С. 192.
2. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред Ю. С. Червоного. - К.: Істина, 2003. - 464 с.
3. Новий тлумачний словник української мови: У 4-х т. Т. 3 / Уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. - К., 2001. - 928 с.
4. М. Галянтич, Ю. Комаровська-Чуркіна. Спільна власність подружжя на житло за нормами Сімейного та Цивільного кодексів України // Юридична Україна. - 2004. - № 5. - С. 31-35.
5. Дзера О. Деякі проблеми врегулювання відносин власності подружжя в новому СК України // Юридична Україна. - 2003. - № 1. - С. 56-58.
6. Жилінкова І.В. Правовий режим спільності майна подружжя // Вісник Академії правових наук України. - 1999. - № 3 (18). - С. 88-94.
7. Жилінкова І.В. Проблема визначення часток у праві спільної часткової власності // Право України. - 2005. - № 5. - С.115-118.

Житлові права подружжя за Сімейним кодексом України

Житло виступає одним із основних матеріальних умов життя особи, складовою частиною поняття достойного життєвого рівня. Право на житло є природним невід'ємним правом кожного громадянина. Ці положення закріплені в Загальній декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини та основних свобод, Конституції України (1).

З житлом пов'язане місце постійного проживання особи, саме через право на житло реалізується ряд особистих немайнових прав (2), таких як, наприклад, право на вільний вибір місця проживання, право на особисте життя та його таємницю і навіть право на сім'ю (3).

Безумовно, житло виступає необхідним елементом здійснення сімейного життя. Однією з ознак сім'ї, яка виділяється і в теорії (4,5), і на законодавчому рівні (ч.2 ст. 3 СК), є спільне проживання, що передбачає існування житла у членів сім'ї або хоча б у одного із них.

Для забезпечення спільного проживання подружжя може придбати житлове приміщення за договором купівлі-продажу або іншим не забороненим законодавством договором, збудувати житло, в тому числі і застосовуючи механізми іпотечного кредитування, приватизувати займане ними на підставі договору найму житлове приміщення державного (комунального) житлового фонду.

В таких випадках у подружжя, як правило, виникає спільна сумісна власність, і права подружжя на володіння, користування і розпорядження помешканням є рівними. Разом з тим дружина та чоловік мають право укласти між собою усі не заборонені законом договори щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності. Наприклад, подружжя бажає встановити частки у спільному майні. Засобом регулювання майнових відносин подружжя в цьому випадку виступає договір. В літературі справедливо відзначається (4), що встановлення правового режиму майна подружжя, яке вони придбали, яке вже є в наявності, може передбачатись як договором про визначення часток у праві власності, так і шлюбним договором.

Разом з тим, при придбанні житла у власність у подружжя може виникати спільна часткова власність. Встановлення режиму часткової власності можна здійснити, передбачивши це безпосередньо у договорі, який є підставою виникнення права власності на конкретне житло. Спільна часткова власність буде виникати і в силу шлюбного

договору, в якому вказано, що житло, придбане за час шлюбу, належить подружжю на праві спільної часткової власності. Особливість шлюбного договору полягає в тому, що він може регулювати відносини з приводу не лише наявного на момент укладення договору майна, але й майна, яке буде придбане подружжям у майбутньому.

Житлове приміщення може належати на праві приватної власності одному з подружжя. На його повноваження розповсюджуються правила, встановлені ст.41 Конституції України, ч.1 ст. 4 Закону України "Про власність", ч.1 ст. 317 ЦК. Власник має право володіння, користування та розпорядження належним йому майном.

Виходячи зі змісту законодавчих норм, подружжя-власник житла має право передати це майно у спільну (сумісну або часткову) власність, передати в приватну власність другому подружжю або здійснити будь-які інші не заборонені законом дії.

Сімейне законодавство, базуючись на конституційних засадах, визнає за подружжям повноваження власників, включаючи можливість встановлювати договірний режим майна (гл. 7-10 СК). Разом з тим ч.5 ст. 93 СК передбачає заборону передавати одному з подружжя у власність нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації саме за шлюбним договором. Така позиція є і нелогічною, і неправомірною. Укладення шлюбу не може призводити до обмеження конституційних прав (ч.2 ст. 22 Конституції) і до зменшення правосуб'єктності і, звичайно, не впливає і на об'єм повноважень власника. Ст. 64 СК визнає право дружини та чоловіка на укладення договорів між собою і щодо майна, яке є їх спільною сумісною власністю, і щодо приватного майна. Таким чином, заборона передавати у власність одному з подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації, стосується лише шлюбного договору. В теорії шлюбний договір розглядається як двостороння угода, що має певні особливості, але на яку розповсюджуються всі ознаки і вимоги, характерні для всіх угод (7,8). За загальним правилом, предметом договору може бути майно, що не вилучено з цивільного обороту. Житло належить до нерухомості і визнається об'єктом правовідносин (ст. 191 ЦК), що є у вільному обороті. Тому заборона у шлюбному договорі права власника розпоряджатись належним йому нерухомим майном, яке допущене у вільний оборот, та іншим майном, право на яке підлягає державній реєстрації, є неправомірною, такою, що обмежує конституційні права і не повинна братися до уваги при укладанні шлюбного договору.

Задоволення житлових потреб подружжя може здійснюватись не лише шляхом придбання житла у співвласність, або у власність, але й на підставі користування житлом, яким уже користується один із подружжя.

Підстави встановлення права користування житлом подружжя, об'єм повноважень щодо житла, підстави, порядок і наслідки припинення права на житло залежать в першу чергу від виду житлового фонду, до якого відноситься житлове приміщення і підстав користування цим житлом другого із подружжя.

Якщо йде мова про приватне житло одного із подружжя, то він як власник має право використовувати помешкання для проживання членів своєї сім'ї (ч.1 ст. 383 ЦК). У цьому випадку між подружжям-власником і другим із подружжя можуть виникати речово-правові відносини. Подружжя-невласник може набувати сервітутне право користування житлом іншого подружжя. Підставами виникнення сервітуту на житло є сукупність юридичних фактів, які прямо вказані в ст. 405 ЦК, а саме: укладення шлюбу (набрання статусу члена сім'ї власника) і вселення в приміщення.

Право на користування приватним житлом одного із подружжя є особистим сервітутом, який не може відчужуватись. Він встановлюється в першу чергу в інтересах подружжя-невласника і користуватися ним може лише ця особа. У будь-якому особистому сервітуті строк чинності завжди має бути визначений. В цьому випадку він може бути встановлений у межах довічного користування або більш короткого (6).

Право на користування житлом має ознаки як законного, так і договірною сервітуту. З одного боку, для виникнення права на користування житлом достатньо лише наявності сукупності фактів, які передбачені в законі: якщо один із подружжя вселився на житлову площу іншого-власника для проживання, то у нього в же виникло речове право. З іншого боку, обсяг прав сервітуарія визначається власником житла і саме власником визначається конкретний об'єкт користування. Це може бути будинок або його частина, вся квартира або її частина (кімната), інше приміщення, придатне для проживання. Але, визначивши це приміщення, власник в односторонньому порядку не може потім його змінити, як не може змінити і об'єм повноважень. Підстави припинення права користування житлом теж можуть визначатись та змінюватись домовленістю між сервітуарієм та власником, законодавство в диспозитивній формі зазначає лише одну підставу, що призводить до втрати права на житло: відсутність без поважних причин понад один рік (ч.2 ст 405 ЦК).

Таким чином, законодавство допускає можливість врегулювати житловий сервітут домовленістю між власником і користувачем. Найефективніше це зробити у шлюбному договорі. Кваліфікована форма шлюбного договору дає можливість переконатись у вільному воле-

виявленні сторін на обрання місцем спільного проживання житлового приміщення одного із подружжя, а також є безумовним підтвердженням виникнення речових відносин при вселенні одного із подружжя в житлове приміщення, яке належить другому на праві власності.

Саме у шлюбному договорі може бути визначений обсяг прав сервітуарія. Адже один із подружжя, який вселився в помешкання, має користуватись цим житлом у обсязі, визначеному подружжям-власником. Але й власник, окреслюючи обсяг прав на користування, має брати до уваги в першу чергу інтереси другого подружжя, забезпечуючи можливість стабільного, постійного і комфортного проживання в житловому приміщенні (ч.1 ст. 59 СК). Подружжя може визначати конкретні підстави припинення права на користування. Так, ч.1 ст. 98 СК однією із підстав звільнення приміщення тим із подружжя, хто вселився в нього, називає розірвання шлюбу. Певною гарантією прав сервітуарія є можливість передбачити у шлюбному договорі виплати йому грошової компенсації в разі втрати права на користування житлом. Припустимо, що розмір такої компенсації повинен дати можливість придбати у власність або у користування інше житло. Але домовленість про звільнення приміщення без грошової компенсації теж є правомірною (ч.2 ст. 405 ЦК, ч.1 ст. 98 СК).

Сімейне законодавство встановлює можливість домовитись у шлюбному договорі про проживання в житловому приміщенні, яке належить родичам подружжя. Така позиція законодавця викликає заперечення.

Шлюбний договір є двостороннім договором. Його сторонами є особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу (наречені) або подружжя. Особливістю є те, що шлюбний договір, укладений нареченими, набирає чинності у день реєстрації шлюбу. Шлюбний договір направлений на врегулювання майнових відносин між подружжям, може визначати їхні майнові права та обов'язки. Родичі не є стороною цього договору, не можуть вони виступати і на стороні одного із подружжя. Тому у шлюбному договорі неправомірно передбачити виникнення обов'язків третіх осіб, та ще й поза їх волею. Право на проживання у житловому приміщенні, яке належить родичеві подружжя, може виникнути лише в разі укладання договору найму. На стороні наймодавця буде виступати родич-власник житла, який виявив бажання передати це житло в користування, на стороні наймача виступає подружжя. Звісно, такий договір може бути укладений лише одним із подружжя і родичем-власником та породжувати право користування житлом у другого із подружжя за умови виконання вимог ст.ст. 816, 817 ЦК.

Право на користування житлом родича подружжя може виникнути за житловим сервітутом. Для виникнення права на користування житлом подружжя має отримати статус членів сім'ї родича-власника житла. Факт визнання подружжя членами сім'ї родича може відбуватися на основі домовленості власника з цими особами. Наступною обов'язковою умовою житлового сервітуту є спільне проживання. Таке проживання можливе, якщо родич-власник дасть згоду на вселення подружжя саме для спільного проживання і ведення спільного господарства. Таким чином, виникнення житлового сервітуту передбачає наявність чітко вираженої волі родичів-власника житла, яка не може бути закріплена шлюбним договором.

Тому умова шлюбного договору, яка передбачає право подружжя проживати у житловому приміщенні, що належить на праві власності їхнім родичам, є нікчемною.

Література:

1. Збірник міжнародних правових документів, законодавчих актів і нормативних документів України з питань соціально-правового захисту дітей. - "Столиця". Київ., 1998.
2. Красавчикова Л.О. Жилищное право и личные неимущественные права граждан // Актуальные проблемы жилищного права: Сб. памяти П.И. Седугина. - М.: Статут, 2003. - с. 53-55.
3. Аврамова О. Роль жителя в реализации osobistих немайнових прав громадянина // Підприємництво, господарство і право. - 2005. - №4.
4. Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. - "Кси-лон". Харьков., 2000. - с.29, с. 226.
5. Нечаева А.М. Семья и закон. - М, 1980. - с. 61.
6. Підпригора О.А. Коментар до ст. 405 ЦК. - Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. - Київ.: Юрінком Інтер, 2005. - т.1 с. 678.
7. Жилинкова И.В. Брачный контракт. - Харьков., 1995. - с. 33-34.
8. Антокольская М.В. Лекции по семейному праву: Учебное пособие. - М., 1995. - с. 166.

Окремі аспекти визначення у шлюбному договорі правового режиму майна подружжя

Режим спільності майна, що набувається подружжям у період шлюбу, закріплений нормою статті 60 Сімейного кодексу України (далі - СКУ), а тому не вимагає додаткової регламентації у шлюбному договорі. Однак за умовами шлюбного договору сторони можуть не поширити на майно, набуте ними в період шлюбу, положень статті 60 СКУ і вважати його спільною частковою або приватною (дисертанткою використовується термін «роздільна приватна власність», оскільки термін «особиста власність» не відповідає статті 41 Конституції України, яка передбачає існування права приватної, а не особистої власності; крім того, стаття 325 Цивільного кодексу України згадує лише про приватну власність) власністю кожного з них (ч. 1 ст. 97 СКУ). З огляду на це сторони шлюбного договору можуть зафіксувати, що: «На все майно, яке буде набуватися подружжям в період шлюбу, положення ст. 60 СКУ не поширюються, воно становить спільну часткову власність у розмірі 1/2 частини кожного з подружжя». Або ж: «На все майно, яке буде набуватися подружжям в період шлюбу положення 60 СКУ не поширюються, воно становитиме роздільну приватну власність кожного подружжя».

З метою додаткового захисту подружжя можуть у шлюбному договорі також закріпити загальну норму наступного змісту: «Майно, набуте подружжям під час шлюбу, крім майна, яке відповідно до закону становить роздільну приватну власність подружжя, а також крім випадків, прямо передбачених цим договором, складатиме спільну сумісну власність». Така норма не змінює законний правовий режим, але вона необхідна, оскільки вказує на обраний сторонами договірний режим подружнього майна, що зазначений у шлюбному договорі та вказує на непоширення умов шлюбного договору на майно, яке у будь-якому випадку залишається приватною власністю кожного.

За загальним правилом ч. 2 ст. 61 СКУ спільною сумісною власністю подружжя визнаються такі об'єкти як заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи, одержані одним із подружжя і внесені до сімейного бюджету або на його особистий рахунок у банківську (кредитну) установу. За умовами шлюбного договору подружжя можуть їх

зробити відповідно приватною власністю кожного або спільною частковою власністю.

Серед об'єктів права спільної сумісної власності подружжя сімейне законодавство особливо виділяє речі професійних занять, придбані за час шлюбу для одного з подружжя (музичні інструменти, оргтехніка, лікарське обладнання тощо), спеціально встановлюючи їх правовий режим (ч. 4 ст. 61 СКУ). В разі зміни ч. 4 ст. 61 СКУ щодо правового режиму професійних речей подружжя можуть встановити, що: «Речі професійних занять (музичні інструменти, оргтехніка, лікарське обладнання тощо), які будуть придбані в період шлюбу, незалежно від їх вартості, є в період шлюбу та в разі його розірвання приватною власністю того з подружжя, хто ними користується» або «Речі професійних занять (музичні інструменти, оргтехніка, лікарське обладнання тощо) вартістю до 5000-00 гривень є власністю дружини, а ті, вартість яких перевищує цю суму, - спільною сумісною власністю».

З огляду на право подружжя змінити режим спільної сумісної власності набуває актуальності і питання про можливість зміни умовами шлюбного договору і закріпленого законом (ст. 57 СКУ) правового режиму роздільності подружнього майна. Відповідно до ч. 1 ст. 57 СКУ приватною власністю дружини, чоловіка є майно: придбане до шлюбу; за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування; за час шлюбу, але за кошти, які належали одному з подружжя особисто. Відповідно до ч. 2 ст. 57 СКУ роздільною приватною власністю дружини і чоловіка є речі індивідуального користування, в тому числі коштовності, навіть тоді, коли вони були придбані за рахунок спільних коштів подружжя. Відповідно до ч. 3 ст. 57 СКУ роздільною приватною власністю чоловіка, дружини є премії, нагороди, які кожен із подружжя одержав за особисті заслуги. Роздільною приватною власністю дружини, чоловіка є також кошти, одержані як відшкодування за втрату (пошкодження) речі, яка кожному з подружжя належала, а також як відшкодування завданої моральної шкоди (ч. 4 ст. 57 СКУ). Відповідно до ч. 5 ст. 57 СКУ приватною власністю дружини або чоловіка є страхові суми, одержані кожним із них за обов'язковим або добровільним страхуванням.

Тож виникає питання: чи можуть сторони закріпити умовами шлюбного договору повну альтернативу вищезазначеним положенням? Адже чіткої відповіді про можливість договірної зміни правового режиму роздільності на режим спільності новий СКУ не містить. Однак необхідність з'ясування даного питання обумовлена появою в СКУ норми ч. 1 ст. 97, яка дозволяє сторонам у шлюбному договорі

визначати майно, яке вони передають для використання на спільні потреби сім'ї, а також правовий режим майна, подарованого подружжю у зв'язку з реєстрацією шлюбу.

Позитивне значення запровадження цієї статті відоме. Кожен із подружжя до дня реєстрації шлюбу вже має певне майно, наприклад, автомобіль, квартиру, частку у статутному фонді господарського товариства, депозитний внесок у банківській (кредитній) установі, коштовності, безцінну бібліотеку чи колекцію картин. Не зважаючи на те, що право власності на таке дошлюбне майно чи приватне майно кожного з подружжя і так захищається законом (ст. 57 СКУ), в разі судового спору володільцю майна (одному з подружжя) треба буде довести, що воно було набуто ним саме до, а не після укладення шлюбу. І тут можуть виникнути труднощі, оскільки якщо у добросовісного подружжя - володільця власності навіть і збереглися відповідні товарні чеки, суд може не прийняти їх до уваги як доказ, бо ж на бланках таких чеків не зазначаються прізвище та паспортні дані покупця, а колишній з подружжя може в суді заявити, що представлені товарні чеки в нього (в неї) були викрадені. Показання свідків також можуть не допомогти, оскільки в іншій сторони можуть з'явитися свідки, які даватимуть зовсім протилежні показання. Як вказує З.В. Ромовська, «введення ч. 1 ст. 97 СКУ обумовлене потребами судової практики, оскільки у численних спорах про поділ майна, придбаного за час шлюбу, фігурувала одна і та ж обставина, коли одна із сторін заявляла, що певне майно було придбане за кошти батьків чи подароване друзями, але не мала достатніх доказів на підтвердження цієї обставини¹». Таким чином відповідні положення шлюбного договору становитимуть належний доказ спірних ситуацій, що значно полегшить визначення частки кожного з подружжя при поділі майна.

Однак у зв'язку з введенням ч. 1 ст. 97 виникає чимало запитань щодо правових наслідків передачі майна на спільні потреби сім'ї. Якщо буквально тлумачити цю норму, то виходить, що законодавець чітко розмежує визначення умовами шлюбного договору майна, яке дружина, чоловік передає для використання на спільні потреби сім'ї, та встановлення правового режиму майна, подарованого подружжю у зв'язку з реєстрацією шлюбу. А тому незрозумілим уявляється, які правові наслідки такої передачі майна для використання на спільні потреби сім'ї настануть: це буде зміна правового режиму роздільної приватної власності на спільну сумісну (часткову) або ж просто надання іншому з подружжя в період шлюбу та дітям права користування

¹ Див.: Ромовська З.В. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. - К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. - С. 207.

таким майном без передачу до них права володіння та розпорядження. Адже майно, що передається для використання на спільні потреби сім'ї, за своїм статусом відрізняється від коштів, що вносяться до сімейного бюджету і є об'єктами права спільної сумісної власності. Крім того, в ч. 1 ст. 97 СКУ не вказано, яке майно - належне подружжю до шлюбу чи також те, що буде ними набуватися в період шлюбу на підставі договору дарування у роздільну приватну власність, можна передати на використання на спільні потреби сім'ї.

Дослідивши цю проблему, В.С. Гопанчук, Л.Б. Максимович, Бондов С.Н. вважають, що подружжю слід дозволити передавати на спільні потреби сім'ї роздільне приватне майно, при цьому воно стає спільною сумісною (частковою) власністю подружжя². Таким чином будуть захищатися інтереси одного з подружжя. Наприклад, кожен із подружжя мав до шлюбу свій власний автомобіль. Після вступу до шлюбу за взаємною згодою автомобіль дружини був проданий, а новостворена сім'я продовжила користуватися автомобілем чоловіка. Гроші, отримані від продажу автомобіля, були витрачені на потреби сім'ї. При розірванні шлюбу і поділі майна автомобіль, яким користувалися обидва з подружжя, відповідно до вимог закону був віднесений до власності чоловіка, як майно, що належало йому до шлюбу. Як бачимо, інтереси дружини залишилися незахищеними.

Таким чином підтримуємо думку про те, що шлюбним договором можна змінювати законний правовий режим майна, який є роздільною приватною власністю дружини, чоловіка (ст. 57 СКУ). Тож у шлюбному договорі можна обумовити, наприклад, наступні умови: «В разі, якщо у власності обох з подружжя з'явиться аналогічне майно, яке підлягає державній реєстрації, і один із подружжя за письмовою згодою іншого зробить відчуження такого майна, то після такого відчуження таке аналогічне майно іншого з подружжя, що підлягає державній реєстрації, стає спільною сумісною власністю подружжя як на період шлюбу, так і на випадок його розірвання»;

«Прикраси та коштовності вартістю до 5000-00 гривень є власністю дружини, а ті, вартість яких перевищує 5000-00 гривень, - спільною сумісною власністю»;

«Гроші та майно, які будуть отримані одним із подружжя як премії, винагороди за особисті успіхи в праці, спорті або за досягнення в сфері науки, техніки та мистецтва, стають спільною сумісною власністю подружжя і використовуються на спільні потреби сім'ї».

² Див.: Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред. Ю.С. Червоного. - К.: Істина, 2003. - С. 166; Максимович Л.Б. Брачный контракт. Комментарии. Разъяснения. - М., 1997. - С. 34-35; Бондов С.Н. Брачный договор (контракт) по семейному праву России. Дис...канд.юрид.наук: 12.00.03. - М., 1999. - С. 77.

-апіж: «На кошти, одержані кожним із подружжя як відшкодування за втрату (пошкодження) речі, що кожному з них належала, як відшкодування завданої моральної шкоди, а також на страхові суми, одержані одним із подружжя за обов'язковим чи добровільним страхуванням, встановлюється режим спільної сумісної власності».

При цьому змінювати режим речей індивідуального користування дисертанткою не вбачається за необхідне. Той факт, що речі індивідуального користування можуть стати речами спільного володіння, користування і розпоряджання, в юридичній літературі не піддається сумніву. Але, з іншого боку, оскільки ці речі є речами першої необхідності і потрібні кожній людині для задоволення її основних життєвих потреб, то перетворення їх на спільне подружнє майно за умовами шлюбного договору не має логічного підґрунтя.

З огляду на висновок про можливість умовами шлюбного договору змінювати правовий режим роздільного майна на режим спільної сумісної чи часткової власності, уявляється за доцільне імперативну норму ст. 57 СКУ, яка закріплює «Майно, що є роздільною приватною власністю дружини, чоловіка», змінити на диспозитивну норму, доповнивши текст статті наступними словами: «якщо договором між подружжям не передбачено інше».

Як вже зазначалося, на противагу Сімейному кодексу Російської Федерації, що не містить норм, які б обмежували передачу об'єктів нерухомості за умовами шлюбного договору (навпаки, в даних випадках такий шлюбний договір підлягає державній реєстрації в установі юстиції по реєстрації прав на нерухоме майно³), в Україні передавати об'єкти нерухомості, право на яке підлягає державній реєстрації, за шлюбним договором не можна (ч. 5 ст. 93 СКУ). Такою підставою може бути інший можливий вид майнового правочину між подружжям, наприклад, договір про поділ квартири, будинку, іншого нерухомого майна, а також договір про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу всього майна подружжя чи договір дарування (ч. 2 ст. 69 СКУ). Тож шлюбний договір сам по собі не становить правовстановлюючого документу для подружжя, а є попередньою угодою про наступну зміну правового статусу такого майна чи власника такого майна.

Закріплене ч. 5 ст. 93 СКУ обмеження сьогодні піддається критиці, оскільки в проекті СКУ даного обмеження не існувало⁴. На дум-

³ Див.: Гонгало Б.М., Крашенников П.В. Брачный договор. Комментарий семейного и гражданского законодательства. Изд. 2-е, перераб. и доп. - М.: Статут, 2004. - С. 24.

⁴ Документи про розробку «Сімейного кодексу України» (постанова, проекти кодексу, висновки). Справа комітету з питань правової політики № 06-1/3, Т. 2, почато 19 липня 1999 року, закінчено 18 травня 2000 року // Архів Верховної ради України. - Фонд № Р-1, опис № 22, од. зберіг., № 4201. - С. 41.

ку Ю.С. Червоного, заборона законодавця є незрозумілою, оскільки передача одним із подружжя другому за шлюбним договором у власність нерухомого та іншого майна, право на яке підлягає державній реєстрації, не суперечить іншим вимогам сімейного законодавства, бо не ставить одного з подружжя у надзвичайно невідгідне матеріальне становище (ч. 4 ст. 93 СКУ) й не суперечить моральним засадам суспільства (ч. 5 ст. 97 СКУ)⁵. На думку С.Я. Фурси, заборона передачі за шлюбним договором нерухомого майна суперечить договірній суті шлюбного договору, адже така воля сторін не містить ознак правопорушення і є вільною, тоді «чому закон забороняє цю волю вважати дійсною»⁶.

У зв'язку з цим дисертантка приходить до наступних висновків. Відповідно до ст. 41 Конституції України та ч. 1 ст. 317 ЦКУ власник має право володіти, користуватися та розпоряджатися належним йому майном. Таким чином законодавча норма ч. 5 ст. 93 СКУ обмежує конституційне право власника розпоряджатися належним йому нерухомим та іншим майном, право на яке підлягає державній реєстрації (ст. 22 Конституції України). З огляду на це, на зразок цивільного права Франції⁷ та Німеччини (п. 3 §1416), вбачається за необхідне дозволити і в Україні сторонам шлюбного договору обумовлювати свої наміри щодо нерухомого майна. Крім того, як відомо, жодних складнощів сьогодні у реєстрації нотаріально посвідчених договорів купівлі-продажу чи дарування нерухомого майна у відповідних органах реєстрації (наприклад, Бюро технічної інвентаризації) немає. Єдина ситуація, що насторожує, то це - як чинити, коли шлюбний договір, що визначає долю нерухомого майна, буде укладений не за місцем його знаходження?

⁵ Див.: Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред. Ю.С. Червоного. - К.: Істина, 2003. - С. 162; Сімейне право України: Підручн. / За ред. Ю.С. Червоного. - К.: Істина, 2004. - С. 195.

⁶ Див.: Сімейне право: Нотаріат Адвокатура Суд: Наук.-практ. посіб. з інформ. додатком на лазерному носії: У 2-х кн. / Драгневич Л.Ю., Пульнева О.С., Фурса Є.І., Фурса С.Я. та ін. / За заг. ред. С.Я. Фурси. - К.: Видавець Фурса С.Я., 2005. - Кн. 1. - С. 307.

⁷ Див.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юристъ, 2000. - С. 117.

Нетрадиційне майно, як об'єкт спільної власності подружжя

З моменту реєстрації шлюбу і протягом усього періоду подружнього життя, відносини чоловіка і дружини носять як особистий немайновий, так і майновий характер. Але іноді важко провести межу цих відносин. Як приклад, можна навести звичайну для України ситуацію, коли дружина веде домашнє господарство, виховує дітей, доглядає за літніми батьками тощо, в той час коли чоловік отримує вищу освіту, працює за ненормованим графіком, досягаючи згодом кар'єрного росту, отримуючи в результаті роботи з високою зарплатнею, повагу в суспільстві, гідний рівень життя. Як у такому разі оцінювати відносини чоловіка і дружини в сфері побуту, - як особисті немайнові? (готуючи вечерю, дружина лише робить приємне своєму чоловіку та всій сім'ї), чи все ж таки як майнові - дружина виконує певну роботу, яка має бути оплачена, окрім того, дружина, як будь-який працівник, має право на соціальне та медичне страхування, пенсійне забезпечення тощо? Вважаю, що відносини подружжя в даній ситуації є аналогічними відносинам договору побутового підряду "...підрядник,...зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу" - п.1 ст.865 Цивільного кодексу України (далі - ЦКУ)¹. Тобто, побут та догляд за дітьми і літніми батьками - це певна робота, яка має бути виконана в будь-якому разі. І якби дружина відмовилася виконувати цю роботу, сім'я повинна була б найняти цілий штат працівників (кухарку, домогосподарку, няню, покоївку тощо), зазнаючи при цьому значних збитків. Недаремно португальська народна приказка каже: "зекономлені гроші - все одно, що зароблені". Тобто, виконуючи всю хатню роботу самостійно і економлячи, таким чином кошти, дружина робить такий самий внесок у сімейний бюджет, як і чоловік, який гроші заробляє. Звідси виходить, що, оскільки чоловік користується затишком і комфортом, створеним дружиною, то, відповідно, й дружина в тій самій мірі має право на гроші, зароблені чоловіком. І, відповідно,

¹ Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 року № 435- IV.

все майно, придбане за гроші, зароблені чоловіком, є спільним майном подружжя.

Законодавець подібний висновок зробив уже давно, згідно зі ст.60 Сімейного кодексу України (далі - СКУ): "Майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності, незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини...самостійного заробітку (доходу)"². А, отже, у випадку розлучення все майно, крім особистих речей ділиться порівну.

Подружжя розлучене, майно поділене, і ось починається проблема, яка українським законодавством майже не врахована - матеріальне становище кожного з подружжя змінюється. Добробут, який подружжя створювало разом, після розлучення буде лише у одного з них. Дружина, відмовившись від власної кар'єри на користь кар'єри чоловіка, не маючи змоги отримати освіту чи підвищити рівень своєї професійної кваліфікації, після розлучення вимушена влаштуватися на низькооплачувану роботу, погіршуючи при цьому своє матеріальне становище. Жінка позбавляється звичного для неї стилю життя, нерідко їй доводиться відмовлятися від певних звичок, уподобань (наприклад, від занять спортом, не маючи коштів купувати абонемент до спортзалу; купувати дешевший одяг тощо), колишня дружина зазнає неабиякі моральні переживання, що, в свою чергу, негативно позначається на її стані здоров'я. І це в той час, як життя чоловіка (йдеться про фінансову сторону) не змінюється взагалі, йому не доводиться відмовлятися ні від своїх звичок, ні від звичного способу життя.

Навіть якщо провести аналогію зі згадуваним вище договором підряду, то підрядник має певний робочий графік і у вільний від роботи час може отримати освіту, а згодом змінити місце роботи на більш високооплачуване, до того ж, окрім зарплатні, він заробляє собі право на пенсійне забезпечення, в той час, як дружина-домогосподарка, нерідко суміщуючи обов'язки і няні, і кухарки, і прибиральниці, просто не має вільного часу для здобуття певної кваліфікації, до того ж, при досягненні пенсійного віку вона, звісно, не матиме права на пенсію.

Подібна ситуація вбачається й тоді коли дружина працює на низькооплачуваній роботі і свідомо відмовляється від кар'єрного росту, аби більше часу приділяти сім'ї та дому. Подібне явище в цивільному праві називається "неодержані доходи (втрачена вигода)" - ч. 4 ст. 623 ЦКУ, і передбачає вжиття заходів щодо їх одержання³. В сімейному

² Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2974- III.

³ Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 року № 435- IV.

житті термін "упущена вигода" навіть не вживається, хоча фактично подружжя нерідко відмовляються від певної вигоди заради сім'ї. Але, навіть якби законодавець поставив питання про відшкодування збитків, які подружжя понесло одне через одного, то вирахувати "упущену вигоду" в твердій сумі є неможливим.

Оскільки, навіть якщо вважати "упущеною вигодою" зарплатню на посаді, від якої один з подружжя свідомо відмовився, то неможливо знати, як довго працівник займав би цю посаду - з одного боку, його могли б звільнити або понизити через певний строк за невідповідність займаній посаді, а з іншого - він міг би значно розвинути свої професійні здібності і згодом отримати посаду ще вищу.

А, отже, єдине, що можна вирахувати абсолютно точно - це досягнення чоловіка, його доходи, які він має на сьогодні завдяки дружині, а саме, завдяки виконанню нею не лише своїх, але й його (чоловіка) побутових та батьківських обов'язків.

Юристи США вже декілька десятиріч використовують термін "нетрадиційне майно", яке за своєю суттю майном не є, а якщо і є, то доволі специфічним, але підлягає розподілу на рівні з традиційним⁴. Законодавство майже всіх штатів визначає перелік "нетрадиційного майна", зокрема, це:

- ступінь спеціаліста (що відповідає в українській правовій системі диплому про вищу освіту);
- ділову репутацію фірми, включаючи її фірмову назву, товарний знак;
- ділові зв'язки;
- пенсію за віком, призначену одному з подружжя;
- пенсію за добровільним пенсійним страхуванням;
- накопичені кошти фондом добровільного страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань.

При порівнянні з українським законодавством, ми бачимо, що український законодавець намагається охороняти право кожного з подружжя на особисті досягнення, хоча також зазначає, що ці досягнення могли відбутися завдяки іншому з подружжя.

З одного боку, "суд може визнати за другим з подружжя право на частку ... премії, нагороди, якщо буде встановлено, що він своїми діями (ведення домашнього господарства, виховання дітей тощо) сприяв її одержанню" - ч.2 п.3 ст.57 СКУ⁵, але, з іншого боку - "Якщо у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуван-

⁴ Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В.Залесского. - М.: 2004. - 310с.

⁵ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2974- III.

ням про членів сім'ї, хворобою або іншими обставинами, що мають істотне значення, один із подружжя не мав можливості одержати освіти, працювати, зайняти відповідну посаду, він має право на *утримання* у зв'язку з розірванням шлюбу і тоді, якщо є працездатним, за умови, що потребує матеріальної допомоги і що колишній чоловік, колишня дружина може надавати матеріальну допомогу. Право на утримання у цьому випадку триває протягом трьох років від дня розірвання шлюбу" - п.4 ст.76 СКУ⁶.

Український законодавець підкреслює, що досягнення одного з в подружжя не є їх спільним досягненням, і якщо чоловік (дружина, на) не зміг зробити собі кар'єру, досягти певного соціального та матеріального рівня, допомагаючи зробити кар'єру іншому з подружжя, то він має право лише на короткострокове утримання від іншого з подружжя, але в жодному разі не на половину всіх прибутків. Вважаю, що постановка питання в корені невірна. Дружина, без допомоги якої чоловік не досяг би певного статусу і не мав би високого матеріального достатку, не повинна після розлучення носити цей принизливий статус утриманки - і це питання є принциповим! - вона працювала, вона створювала умови для кар'єрного росту свого чоловіка і, отже, має законне право на частину всіх його досягнень, тобто, на половину "нетрадиційного майна".

Вважаю, що в даній ситуації закон повинен захистити того з подружжя, чиї інтереси виявились обмеженими.

Практика короткострокового утримання дружини після розлучення вже досить давно існує в США та країнах Західної Європи. Таке явище отримало назву "реабілітаційні аліменти"; метою яких є надання можливості подружжю, на користь якого вони сплачуються, здобуття чи поновлення кваліфікації, певних знань, навичок, освіти для можливості утримувати себе в подальшому. Однак, подібне явище має низку недоліків і зазнає критики з боку як західноєвропейських, так і американських науковців і практикуючих юристів⁷.

Як свідчить практика, через невеликі розміри таких аліментів та незначний термін, на який вони призначаються, лише незначна кількість розлучених жінок може покращити своє матеріальне становище та отримати спеціальність. Тому після розлучення жінка потрапляє в більш скрутне матеріальне становище, ніж чоловік⁸.

⁶ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2974- III

⁷ Справочная книга по брачно-семейным отношениям в США, Англии, Франции, ФРГ. - М., Наука, 1992. - 84с.

⁸ Липець Л. В. //Правове регулювання аліментних зобов'язань подружжя в зарубіжних країнах // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 31. - К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2006. - 454с.

Законодавство Великобританії спробувало захистити інтереси подружжя наступною нормою: "Кошти, що виплачуються на утримання одному подружжю іншим, повинні забезпечити його попередній рівень життя"⁹. Але така норма уцімлює інтереси того з подружжя, на кого покладений аліментний обов'язок, оскільки існує безліч випадків зловживання нею. І, іноді, пробувши в шлюбі лише декілька років, заможніший з подружжя повинен утримувати свою дружину після розлучення.

Отже, враховуючи вищевикладене, вважаю, що короткострокова сплата аліментів іншому з подружжя після розлучення, встановлена ЦКУ, не в змозі захистити інтереси кожного з подружжя, до того ж, вона певною мірою принижує честь і гідність аліментотримувача.

Тому, пропоную:

- імплементувати норми законодавства штатів США, зокрема Family and fuacssion Law - Suppl 6, West. Publishing, St. Paul 1998, § 1 ch 3. в Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2974- III та Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 року № 435- IV, а саме - закріпити перелік "нетрадиційного майна", яке підлягає розподілу при розлученні, нарівні з традиційним майном.

- додатковими нормами передбачити перелік випадків, лише за наявності яких (одного або декількох) вищезазначену норму слід застосовувати українським судами до подружжя, що розлучається. Це, зокрема:

1. якщо подружжя прожило разом не менше 20 років;
2. якщо один з подружжя отримав освіту чи зробив кар'єру під час подружнього життя, в той час, як інший з подружжя займався домашнім господарством та/або виховував дітей;
3. якщо протягом усього подружнього життя подружжя не наймало побутових підрядників (няні, кухарки тощо), а побутом займався дійсно один із подружжя, або на безоплатній основі батьки чи інші родичі того з подружжя, хто претендує на половину "нетрадиційного майна";
4. якщо отримувати освіту, відкривати власний бізнес, робити кар'єру одному з подружжю допомагали батьки (інші родичі) іншого з подружжя;
5. якщо один із подружжя покинув навчання в навчальному закладі на вимогу іншого з подружжя, або з метою догляду за спільними дітьми (дитиною), або дитиною (дітьми) іншого з подружжя, або за батьками (іншими родичами), які потребують спеціального догляду;

⁹ Семейное право зарубежных европейских социалистических стран. // Под ред. В.П. Грибанова, А.М. Беляковой. - М.: Норма, 1979. - 147с.

6. якщо один із подружжя закінчив навчання, але не влаштувався на роботу з причин п.3;

7. якщо один із подружжя влаштувався на роботу, але відмовився від певної посади з причин п.3;

8. якщо весь, або майже весь період подружнього життя один із подружжя працював на низькооплачуваній роботі, хоча освіта і рівень кваліфікації дозволяли йому мати іншу роботу;

9. інші обставини, що підтверджують вагому допомогу кар'єрного росту одного з подружжя іншому.

Вважаю, що закріплення даних норм у законодавстві України, сприятиме зміцненню сім'ї, взаємоповазі між подружжям, оскільки, кожен із подружжя знатиме, що все, чого він досяг, він досяг лише завдяки іншому з подружжя, і все, що він має, за законом належить їм обом. Той з подружжя, хто займається господарством та вихованням дітей, почуватиметься захищеним державою, не хвилюватиметься за своє майбутнє, що також лише позитивно позначиться на взаємовідносинах у сім'ї. В минуле відійдуть ті жахливі ситуації, які, на жаль, часто мають місце в окремих сім'ях, коли жінки вимушені терпіти негідне ставлення своїх чоловіків до них через те, що свого часу жінки створили надійний тил для чоловіків, для їх кар'єри, а сьогодні чоловіки - відомі політики і бізнесмени - маніпулюють матеріально залежними від них дружинами. Маю надію, що позитивний досвід іноземних держав, а також історичний досвід нашої країни буде враховано при законотворчому процесі, який невпинно відбувається в Україні¹⁰.

¹⁰ Липець Людмила/"Нетрадиційне майно" - частина спільного майна подружжя // ЮРИСПРУДЕНЦІЯ теорія і практика. - 2006. - № 6 (20) - С. 25-30.

Махінчук В.М., кандидат юридичних
Учений секретар Інституту
наук приватного права
і підприємництва Академії
правових наук України, адвокат

Конкубінат за Сімейним кодексом України: проблеми правореалізації

Процес зміни традиційних, усталених правових інститутів охопив практично всі галузі права, в тому числі й інститут шлюбу в сімейно-му законодавстві, який до певного часу здавався досить “міцним” та “непорушним”.

Зміни, що сталися у ставленні до шлюбу, викликані цілим комплексом соціально-економічних, культурних та інших факторів. Перш за все, необхідно відзначити наслідки тих процесів, що мали місце у 90-х роках минулого століття. Економічні негаразди суттєво змінили ставлення великої частини людей до шлюбу (неготовність до вступу до шлюбу, необхідність утримання подружжя у шлюбі) з орієнтацією на “вільні стосунки”, в яких люди формально не беруть на себе зобов'язань стосовно один одного. Більш того, змінилися й самі стосунки між чоловіком та жінкою, сталась зміна ролей, які звично виконували жінка та чоловік, що стало також суттєвим фактором у зміні ставлення до шлюбу.

Треба зазначити, що, на нашу думку, також одним із факторів, який відіграв певну роль у поширенні конкубінату в Україні, став шлюбний контракт, який був уведений до чинного законодавства у 1992 році¹ і з часом порушив усталену думку людей про шлюб, як про певну одну спільноту та єдність (союз) людей, яких пов'язує щось більше, аніж майно та майнові права. Однак осмислення процесів, які складаються (створюються) сьогодні в сфері законодавства про сім'ю, неможливе без аналізу того багатого досвіду, який склався в процесі правового регулювання шлюбних відносин.

Слід зазначити, що новим Сімейним кодексом визначені підстави набуття права спільної сумісної власності подружжя, який, на відміну від Кодексу про шлюб та сім'ю України, у майнових стосунках прирівнює співжиття (сумісне помешкання чоловіка та жінки) до зареєстрованого шлюбу. Фактично мова йде про простий конкубінат. Часто можна чути, що співжиття чоловіка та жінки називають “гражданским

¹ Мова у цьому випадку йде про ст.27-1 КпШС України, яка була введена в 1992 році.

браком" (грамадянським шлюбом), "цивільним шлюбом"), "фактичним шлюбом". Проте, слід зазначити, що такі дефініції не можуть бути визнані належними, оскільки не відповідають не лише з точки зору граматичної відповідності. Так, 18 грудня 1917 року ВЦВК РНК РРФСР був виданий декрет "Про громадянський шлюб, дітей і про ведення книг актів громадянського стану" (в Україні аналогічним документом був Декрет Раднаркому України "Про громадянський шлюб і про ведення книг актів громадянського стану" від 20 лютого 1919 року). Цей документ і ввів поняття "громадянського шлюбу" на відміну і на заміну церковного шлюбу.²

Тому, на нашу думку, найбільш вдалим у цьому випадку є використання терміну, що був поширений у дореволюційній Росії - конкубінат (від латинського "concubinatus" - тривале позашлюбне співжиття з неодруженою жінкою, незаконне співжиття), який найбільш повно і вдало відображає цей стан.

На нашу думку, найбільш спірним, не беручи до уваги морально-етичний бік цього явища, є питання вироблення критеріїв визначення самого факту спільного (сумісного) проживання, співжиття. Іншими словами, виникає питання, з якого моменту виникають підстави говорити, що конкубінат має (мав) місце та саме за яких умов одна із сторін такого конкубінату набуває певних майнових прав стосовно іншої.

По-друге, на відміну від зареєстрованого шлюбу, де один із подружжя може не працювати за об'єктивних причин (догляд за дитиною та т.ін.), незрозуміло, як бути з конкубінатом, а саме, чи може інша сторона, як фактично не брала участі у створенні матеріальних благ, претендувати на отримання певної частки і за яких умов (що у цьому випадку буде використовуватися у якості аргументів).

По-третє, до якої черги спадкоємців буде відноситися особа, що перебувала у конкубінаті, чи виключно до п'ятої черги спадкоємців згідно ст.1265 ЦК України, чи, можливо, до першої за ст.1261 ЦК України?

По-четверте, як такий інститут (явище) вплине на рівень одружень, який тільки - но набирає певних рис стабілізації?

Так, дійсно, кожна людина має право на своє висловлення та самовираження, включаючи і певні сторони інтимного життя. Проте, в цьому випадку незрозумілий об'єкт реалізації такого особистого немайнового права. На перший погляд, таким може бути право на інтимне життя (право на свободу вибору форм реалізації права на інтимне життя). І дійсно, на нашу думку, таке право, як право на

² Законодательство зарубежных стран. Зарубежная информация. Выпуск № 27. законодательство о регистрации и расторжении брака (НРБ, ВНР, ГДР, ПНР, СРР, ЧСР, Франция, ФРГ, Англия, США). М.

свободу інтимного життя, притаманне кожній людині, більші того, має захищатися державою. Проте, у цьому разі йдеться вже не просто про право на самореалізацію у сфері інтимного життя. Мова про певний "обов'язок" держави прирівнювати до незареєстрованого шлюбу "фактичний" шлюб (співжиття, конкубінат). Парадоксальність останнього полягає у тому, що люди добровільно відмовляються від того, аби їх стосунки та інтереси були під охороною держави шляхом взяття шлюбу, однак хочуть отримати певний захист у подальшому, про всяк випадок. Однак, у цьому випадку держава сама йде на порушення цього критерію (балансу) між публічними та приватними інтересами. Особа, що не хоче втручання держави у його особисті права (як то право на інтимне життя) шляхом реєстрації шлюбу, цілком достатньо володіє можливостями захисту свої інтересів за допомогою загальних засад цивільного законодавства, при цьому не варто спотворювати поняття "шлюбу", оскільки останній все ж регулює не тільки майнові правовідносини подружжя (людей), але й містить цілу низку інших важливих факторів (причин, умов), які мають враховуватись при вирішенні майнових питань подружжя, і навряд чи їх можна автоматично (чи механістично) поширювати на людей, які "просто" спільно проживають, не беручи свідомо шлюб, при цьому маючи напевно якісь аргументи на цю користь.

Також конкубінат містить у собі і загрозу скасування такої превентивної функції (властивості) шлюбу, як заборона на укладання шлюбу між близькими родичами. Ні за яких умов, згідно чинного законодавства, не допускається, по-перше, укладання шлюбу між родичами по висхідній лінії; між повнородними і неповнородними братами і сестрами; по-друге, між особами, з котрих хоча б один визнаний судом недієздатним внаслідок душевної хвороби або недоумства. В обох випадках попереджуються шлюби, які містять у собі небезпеку появи неповноцінних нащадків³.

Треба зазначити, що ми вже маємо недалекий досвід існування конкубінату на теренах нашої країни. Так 30 травня 1926 року в Україні (УРСР) був прийнятий Кодекс законів про шлюб, сім'ю і опіку. Цей кодекс, як і кодекси деяких інших союзних республік (зокрема РРФСР, БРСР), поряд із зареєстрованим шлюбом визнавав і так званий фактичний, тобто не оформлений в органах РАГСУ. Правда, як пише Гопанчук В.С., визнання таких шлюбів могло бути здійснене тільки через суд, де необхідно було довести наявність фактичного шлюбу.³

Як пише М.В.Антокольська, саме послідовне проведення світської концепції шлюбу як угоди примушувало надавати вирішального

³ Сімейне право України. Київ, 1997 рік, "Вентури". с. 25

значення не факту реєстрації шлюбу, а взаємній згоді сторін. Тому під час дискусії (мається на увазі дискусія з приводу прийняття нового Кодексу законів про шлюб, сім'ю і опіку - автор) були висунуті численні аргументи на користь скасування реєстрації шлюбу взагалі. На прийняття рішення також мали вплив модні на той час теорії про відмирання шлюбу⁴.

Цікавим є той факт, що визнання законного шлюбу за фактичними шлюбними відносинами призвело по суті до зміни трактування і самого значення реєстрації шлюбу. Так, наприклад, С.І.Раєвич писав, що реєстрація за кодексом 1926 року не є моментом укладення шлюбу. Шлюб, на його думку, не укладається, а оформлюється реєстрацією.⁵

Таким чином, сам шлюб за своєю суттю перетворився (на кшталт стародавнього Риму) у приватно - правову угоду. На практиці мало місце таке явище як втрата контролю державою за ситуацією з укладанням та розірванням шлюбу. Це було наслідком впровадження у практику тези про неможливість розмежування відносин на приватні та публічні⁶.

Цікавим та повчальним для нас мають бути результати деформалізації шлюбу, що вже мало місце у 20-30 роки 20 сторіччя у нашій країні. Як пише М.В.Антокольська, паралельне існування фактичного і зареєстрованого шлюбу ні до чого, окрім правової невизначеності, плутанини та підриву принципу моногамії призвести не могла.⁷ Зокрема виникла необхідність вирішення "конкуренції" між фактичним та зареєстрованим шлюбом. Так, зокрема, в одній з ухвал Верховний Суд РРФСР вказав, що у ситуації, коли особа не розірвавши зареєстрований шлюб, припиняє шлюбні стосунки зі своїм подружжям у цьому шлюбі і вступає до фактичних шлюбних відносин з іншою особою, перевагу має фактичний шлюб⁸. Обґрунтовувалось це тим, що реєстрації розлучення не надавалось конститутивного значення, головним був намір особи розірвати шлюб. Реєстрація розглядалась як формаль-

⁴ М.В.Антокольская. Лекции по семейному праву.М.: , 1995, г., Юристь, С.65.

⁵ С.І. Раєвич Брачное и семейное право.//Основы советского права.Под редакцией Д.Магеровского.-М.-Л., 1927 г., - С.426.

⁶ Необхідно дати посилання на Ступку про те, що для нас будь-які приватні стосунки є публічними, та публічні є приватними. Лист Леніна Д.І.Курському, у якому Ленін зазначав, що "Мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное".

⁷ М.В. Антокольская. Лекции по семейному праву.М.: , 1995, г., Юристь, С.67.

⁸ Определение ГKK Верховного Суда РСФСР №32927// Судебная практика.-1927.- №19

ність, яка завжди може бути реалізована за бажанням однієї з сторін. У той же час, якщо зареєстрований шлюб не був припинений і одночасно з ним виникали фактичні шлюбні відносини, визнання сили за фактичним шлюбом не допускалось. У цьому випадку перевага надавалась зареєстрованому шлюбу.⁹ Проте, як пише М.В.Антокольська, реально проводити принцип одношлюбності за такого законодавства було практично неможливо. Невирішеним залишалось також питання про паралельне існування декількох фактичних шлюбів¹⁰.

Якщо продовжити вищезазначену думку, то справді занепокоєння з приводу певного "підриву" фундаментального принципу шлюбно-сімейних відносин - моногамності - існують. Адже важко говорити про моногамність, якщо законодавець дає підстави (мова саме про ст. 74 Сімейного кодексу) говорити про можливість існування двох "паралельних", одночасних шлюбів: зареєстрованого (офіційного) та фактичного (конкубіату). Наслідки такої позиції законодавця передбачити досить важко, якщо взагалі можливо, адже ще нещодавно принцип моногамності був незаперечний та був одним із наріжних каменів шлюбно-сімейної сфери. Як зазначалося свого часу: "Що стосується моногамної сторони шлюбу, то встановлено, що два шлюби рівного значення одночасно існувати не можуть, навіть протягом одного моменту"¹¹. І хоча ст.74 Сімейного кодексу України не прирівнює конкубіат до зареєстрованого шлюбу у повному обсязі, проте крок до цього, на нашу думку, зроблено суттєвий.

Стосовно суто майнових прав у фактичному шлюбі варто зазначити наступне. Якщо офіційно зареєстрований шлюб має юридичні наслідки, то незареєстрований шлюб не тягне за собою правових наслідків, а майнові права "співмешканців" можуть захищатися, на нашу думку, тільки нормами Цивільного кодексу, совісті та моралі, які знаходять своє відображення в більшості статей нового Цивільного кодексу. Вища основа духовної єдності чоловіка та жінки, яка складає моральну сторону незареєстрованого шлюбу, не може регулюватися сімейним законодавством. Як писав Чичерин, "Прирівнювати до цього (до шлюбу-автор) випадкові поєднання статей, що відбуваються в силу миттєвої примхи або навіть тривалого взаємного потягу, означає не розуміти самої сутності юридичних стосунків (у шлюбі-автор) і високого їх призначення у людському житті"¹².

⁹ Постанова Президиума Верховного Суду РСФСР от 16 сентября 1935 года // Советская юстиция. -1935.-№20-21.

¹⁰ М.В.Антокольська. Там же., С.68.

¹² Философия права. С-П. 1905 г. с. 239

Тому можна знову ж заперечити проти існування норми в новому Сімейному кодексі. Згідно зі ст.74 СК України, жінка та чоловік, що проживають однією сім'єю, але не перебувають у зареєстрованому шлюбі між собою, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не передбачено письмовим договором між ними. Сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Запропонований в новому Сімейному кодексі правовий підхід може потягнути непередбачувані правові наслідки, особливо у випадку швидких розривів численних тимчасових незареєстрованих союзів. Батьки не можуть таким чином позбавляти своїх дітей майна. Слід пам'ятати усталену думку в праві дореволюційної Росії, що концентровано знайшла своє вираження у вислові одного з відомих філософів права (Л.Й.Петражицького): "Не люди існують для шлюбу, а шлюб для людей"¹³.

До речі, не треба забувати і те, що "Свободный брак требует идеальности, которая редка, а сознание своей зависимости ведет человека к большой привязанности и облегчает страдания (другого супруга в тяжелых ситуациях)".¹⁴ Дійсно, певна частка розумності та, що більш цінно, тверезості у цій цитаті є. Справедливим буде твердження, що сам шлюб та шлюбно-сімейні відносини будуються перш за все на любові та повазі. Проте, не можна заперечувати і певної профілактичної, запобігаючої (превентивної) функції (властивості) шлюбі, оскільки у певних скрутних ситуаціях саме усвідомлення свого обов'язку, що виникає з факту укладання шлюбу, може зупинити одного із подружжя перед необдуманим кроком або рішенням.

До речі, проект Цивільного кодексу від 25 серпня 1996 року, однією із складових якої була книга "Сімейне право" (книга шоста), у ст.1281 зазначав про те, що "наявність між жінкою і чоловіком фактичних шлюбних відносин без зареєстрованого в державному органі реєстрації актів цивільного стану шлюбу не є підставою для поширення на зазначених осіб норм цієї Книги (крім встановлення батьківства). Права та обов'язки осіб, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах, не є сімейними і регулюються на загальних підставах".¹⁵

Підсумовуючи, слід зазначити, що дивна метаморфоза сталася за шість років, коли законодавець принципово змінив свою позицію до так званих "фактичних шлюбних відносин".

¹³ Философия права. С-П. 1905 г.с.. 240.

¹⁴ Гражданское право Германии. С-П. Перевод с немецкого под редакцией В.М.Нечаева. Сенатская типография, 1910 г., с. 329.

¹⁵ Українське право.1996 рік, Число 2 (специвипуск). Українська правнича фундація. с. 387.

Цивільним законодавством України, а також іншими нормативними актами визначаються інші особливості поділу житлових будинків та квартир, що мають високу вартість, які часто стають предметом спорів та судової тяганини, але треба знати, що жодна цивільно-правова угода між подружжям не може гарантувати права одного з них, якщо не має ладу в сім'ї.

Хотілося навести цитату відомого дореволюційного філософа права Чичерина, який писав: "Основание этих (шлюбних - автор) отношений лежит в физической природе человека. Животные, так же как и человек, совокупляются и производят детей. У некоторых из них связь не ограничивается одним выводком, а продолжается всю жизнь. Как взаимное влечение полов, так и любовь к детям в полной мере проявляется у животных. На этих отношениях зиждется продолжение рода. Но у человека к этим установленным природой определениям присоединяются иные, метафизические начала, отношение права и нравственности, которые делают из семейства специально человеческий союз".¹⁶

Стосовно захисту прав жінок, щодо яких так часто говорять, ведучи мову про конкубінат (гражданський брак), напевно слід все ж таки намагатися знайти більш ефективні та цивілізовані шляхи покращення ролі та місця жінки у сучасному суспільстві. Зокрема, до таких слід віднести: постійне зростання освіченості жінок, надання останнім реальних можливостей на рівних конкурувати з чоловіками у традиційно "чоловічих" сферах суспільного виробництва, зрівняння в оплаті між жінками та чоловіками.

Зрозуміло, що вирішити всі питання у сфері сімейного права, а, точніше, у сфері шлюбно-сімейних відносин, за допомогою ані нового Сімейного кодексу, ані інших нормативно-правових актів навряд чи можливо. Проте, з іншого боку, постає питання, чи варто законодавцю йти на "поводу" модних віянь, зокрема щодо конкубінату. У цьому випадку, на нашу думку, експерименти навряд чи є доречними, а учасниками таких "експериментів", озброївшись новелами чинного сімейного законодавства, можуть стати недосить сформовані молоді особи, які навряд чи можуть до кінця осмислити значення та наслідки поширених на сьогодні конкубінатів.

Важливо також звернути увагу на ті мотиви, які призводять прихильників конкубінату до аргументів на його користь. Найчастіше вони зводяться та мають своїми коренями (певні виключно негативні) два моменти подружнього життя, а саме: можливість краще пізнати одина одного до шлюбу, та, по-друге, мати більш легкий шлях до розлучен-

¹⁶ Философия права. С-П. 1905 г. с.148.

Розділ III

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ТА МАЙНОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ БАТЬКІВ ТА ДІТЕЙ

Деякі проблеми виокремлення особистих немайнових та майнових прав дитини в сімейному законодавстві України

Однією з найважливіших потреб і проблем будь-якого суспільства є зміцнення сім'ї, підвищення її ролі у розбудові демократичної, правової, соціальної держави. Безперечно, всі суб'єкти сімейних відносин потребують всебічного захисту їх прав та законних інтересів. Проте, на перше місце закон намагається вивести дітей - суб'єктів, які не завжди здатні захистити себе, але чиє життя і поступове формування як особистості є важливими для суспільства і держави, оскільки від того, ким стануть сьогоднішні діти - справжніми громадянами: культурними, доброзичливими та інтелігентними або, навпаки - небезпечними для суспільства - залежить майбутнє нашої держави, добробут і безпека близьких нам людей.

Вдосконалення законодавчої регламентації захисту прав та законних інтересів дитини є пріоритетним не лише для окремих країн, а й для всього міжнародного співтовариства. Не дивно, що в цій сфері на сьогодні діє величезна кількість міжнародних нормативних актів, які проголошують необхідність поважати і захищати кожну дитину в світі.

Зокрема, у Преамбулі Конвенції ООН „Про права дитини” (Документу ООН, схваленого на 44 сесії Генеральної Асамблеї ООН, резолюція 44/25 від 20.11.1989 р., ратифікованого Постановою ВР України від 27.02.1991 р. №789-XII), зазначається, що „сім'ї як основному осередку суспільства і природному середовищу для зростання і благополуччя всіх її членів і особливо дітей мають бути надані необхідні захист і сприяння, з тим щоб вона могла повністю покласти на себе зобов'язання в рамках суспільства, а дитині для повного і гармонійного розвитку її особи необхідно зростати в сімейному оточенні, в атмосфері щастя, любові і розуміння”.

Чинне сімейне законодавство повинно відповідати положенням Конвенції про права дитини та іншим міжнародно-правовим актам, ратифікованим Верховною Радою України. Проте, незважаючи на певні позитивні зміни, що відбуваються у сфері законодавчої регла-

ментації відносин за участю дітей, відносин між батьками та дітьми, ще залишається чимало проблем.

Однією з таких проблем є, на нашу думку, певна нечіткість норм Сімейного кодексу України, присвячених визначенню та виокремленню прав та законних інтересів дитини і, відповідно взаємних прав та обов'язків батьків і дітей.

В Сімейному кодексі України зазначені норми не виокремлюються взагалі. Для того, щоб виділити та з'ясувати комплекс прав та законних інтересів дитини, необхідно здійснювати аналіз статей, присвячених регламентації прав та обов'язків батьків (Глава 13 „Особисті немайнові права та обов'язки батьків та дітей“; Глава 14), положень діючих у цій сфері законодавчих актів, серед яких слід назвати Закон України „Про охорону дитинства“ від 26.04.2001 року, Закон України „Про попередження насильства в сім'ї“ від 15.11.2001 року.

Таким чином, у кодифікованому нормативному акті - Сімейному кодексі України здійснюється регламентація тільки взаємних прав батьків та дітей з акцентом на правах та обов'язках батьків.

Не можна не погодитися з висловленням М.В.Антокольської, що не завжди права батьків та дітей кореспондують одне одному і поняття прав дітей ширше за обсягом порівняно з поняттям батьківських прав.¹

Безумовно, такі права, як право дитини на життя та охорону здоров'я, право на ім'я та громадянство, право на достатній життєвий рівень, право на вільне висловлення думки та отримання інформації, право на захист від усіх форм насильства - це абсолютні права, які захищаються від усіх та кожного, включаючи батьків дитини. Зазначені права складають основу правового статусу такого особливого суб'єкта права, яким є дитина.

Стосовно проблеми визначеності правового статусу як певної категорії права слід звернути увагу, що, не зважаючи на дискусійність даного питання, основні точки зору сформувалися і їх можна дотримуватися. Зокрема, С.С. Алексєєв підкреслює, що коли йдеться про правовий статус особи, то це означає, що, вона володіє і правосуб'єктністю, і певним колом основних прав, що характеризують її правове становище в суспільстві чи в даній сфері суспільного життя.² На думку А.Черданцева, правовий статус особи - це сукупність її прав та обов'язків. Правовий статус відбиває індивідуальні особливості суб'єктів права, їхнє реальне становище в системі різноманіт-

¹ Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. - М., 2002. - С.194.

² Алексєєв С.С. Право: Азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. - М., 1999. - С.70.

них відносин у конкретних умовах. Правовий статус окреслюється об'єктивним правом (юридичними нормами), тобто держава здійснює фіксацію в нормах чинного законодавства певної моделі правового статусу. Вважаємо, що саме у Сімейному кодексі України необхідно виділити права дитини, що виникають у сімейних відносинах і складають значну частину правового статусу дитини.

До прав дитини, які слід виокремити у відповідній Главі Сімейного кодексу України, необхідно віднести наступні права.

1. Право дитини на збереження своєї індивідуальності. Згідно з ч.1 ст.8 Конвенції ООН „Про права дитини” Держави-учасниці зобов'язуються поважати право дитини на збереження індивідуальності, включаючи, громадянство, ім'я і сімейні зв'язки. У статті 7 „Право на ім'я та громадянство” Закону України „Про охорону дитинства” дещо по-іншому трактується зазначене право дитини: кожна дитина з моменту народження має право на ім'я та громадянство. Місце і порядок реєстрацією народження дитини визначаються сімейним законодавством, реєстрацію актів цивільного стану, а підстави і порядок набуття та зміни громадянства визначаються Законом України “Про громадянство України”, іншими нормативно-правовими актами.

Необхідно підкреслити, що у Конвенції ООН „Про права дитини” право дитини на збереження своєї індивідуальності має більш розширений зміст і включає до себе і право на збереження сімейних зв'язків. Згідно із судовою практикою Європейського Суду з прав людини стосовно застосування ст.8 Конвенції право на спілкування з дитиною можуть вимагати вітчима, мачухи, фактичні вихователі, фактичне подружжя матері чи батька дитини, якщо вони проживали однією сім'єю, оскільки сімейне життя, яке надає право на спілкування після її припинення виникає, на думку Суду, не лише з факту спорідненості, а й з факту спільного проживання.³

На нашу думку, право дитини на збереження сімейних зв'язків є правом на спілкування зі своїми родичами та іншими членами сім'ї. У Сімейному кодексі України зазначене право дитини представлено нечітко. Зазначене право мають лише брати та сестри (ст 259 СК України). Мачуха і вітчим (ст.260 СК України), а також фактичний вихователь (ст.261 СК України) можуть мати право на виховання, а не на спілкування. Вважаємо, що слід розрізняти право на спілкування і право на виховання. Останнє, на нашу думку, є більш широким за змістом і не завжди суб'єкти сімейних відносин бажають реалізувати саме його, а не просто право на спілкування.

Крім цього, в СК України жодне з цих прв не надається одному з фактичного подружжя, які проживають однією сім'єю з дитиною ін-

³ Антокольская М.В. Вказ.праця. - С.192.

шого з подружжя. В окремих випадках таке спілкування може бути надане в інтересах дитини.

2. Право дитини на виховання (воно включає в себе і право на навчання).

Право дитини на виховання регламентується чинним законодавством без визначення сутності даного права (ст.152 СК України, ст.12 Закону України про охорону дитинства). Більш конкретизованою виглядає регламентація обов'язку батьків із включенням до обов'язку з виховання також і обов'язку з надання дитині повної загальної середньої освіти, що, на нашу думку, є окремим правом дитини і кореспондуючим йому обов'язком батьків.

Стосовно проблематики права дитини на виховання, слід зазначити, що у сімейно-правовій літературі вказується на неможливість визначення поняття права на виховання тому, що воно повинно бути наповнено неправовими критеріями,⁴ або у зв'язку з тим, що не можна чітко окреслити межі даного права - воно тісно переплітається з іншими батьківськими правами (правом на спільне проживання чи спілкування з дитиною)⁵

Проте, вважаємо, що практично всі особисті немайнові права в сімейному праві дуже важко визначити, оскільки в більшості своїй вони регулюються нормами моралі, а право лише визначає їх межі, але це не означає, що не можна надати законодавче визначення хоча б таких меж. На нашу думку, право дитини на виховання слід визначити з врахуванням кореспондуючих йому обов'язків батьків. Право на виховання можна визначити таким чином: дитина має право на належне виховання в сім'ї, виховання, що ґрунтується на повазі до особистості дитини, спрямоване на формуванні у дитини поваги до прав та свобод інших людей. Право на виховання на належне виховання порушується застосуванням таких форм насильства, які принижують дитину, завдають їй моральні та фізичні страждання.

Слід зазначити, що можливість застосування батьками фізичних методів покарання дитини є дискусійним питанням. Безумовно, дискусія стосується більш-менш дозволених методів. Так, З.Ромовська вважає, що не можна ні в якому вигляді застосовувати фізичні покарання.⁶ Проте, О.Калітенко підкреслює, що оскільки покарання є

⁴ Кузьмичева Л.А., Жилинкова И.В. Личные права и обязанности родителей и детей: Учеб. пособ. - К.,1991. - С.3.

⁵ Савченко Л.А. Особисті права та обов'язки батьків і дітей за сімейним законодавством України // Автореф на здоб. вчен. звання канд. наук. - К., 1997.- 27 с.

⁶ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. - К.,2003. - С.299.

частиною виховного процесу, не можна повністю обмежувати батьків у можливості карати свою дитину. Мова в даному випадку повинна йти про неможливість застосування насилля в сім'ї, а не про заборону застосування покарання до дитини.⁷

Безумовно, визначення права дитини на виховання є складним, дискусійним питанням, але його можна після необхідних узгоджень визначити в окремій, присвяченій йому статті СК України.

3. Окремо слід виділити право дитини на достатній життєвий рівень (ст.8 Закону України „Про охорону дитинства“).

Кожна дитина має право на рівень життя, достатній для її фізичного, інтелектуального, морального, культурного, духовного і соціального розвитку. Батьки або особи, які їх замінюють, несуть відповідальність за створення умов, необхідних для всебічного розвитку дитини, відповідно до законів України.

4. Право дитини на вільне висловлення думки. Кожна дитина має право на вільне висловлювання особистої думки, формування власних поглядів, розвиток власної суспільної активності, отримання інформації, що відповідає її віку (ст.9 Закону України „Про охорону дитинства“, ст.12 Конвенції ООН „Про права дитини“, ст.171 СК України). Необхідно зазначити, що діюче сімейне законодавство надає волі дитини важливе значення і повністю відображує положення Конвенції „Про права дитини“. Проте, на нашу думку, слід викласти ці положення в статті з відповідною назвою - „Право дитини на вільне висловлення думки“, а не в статті з назвою „Врахування думки дитини при вирішенні питань, що стосуються її життя“ (ст.171 СК України).

5. Право дитини на отримання інформації (ст.9 Закону України „Про охорону дитинства“, ст.13 Конвенції ООН „Про права дитини“).

Право на отримання інформації включає свободу розшукувати, одержувати, використовувати, поширювати та зберігати інформацію в усній, письмовій чи іншій формі, за допомогою творів мистецтва, літератури, засобів масової інформації, засобів зв'язку (комп'ютерної, телефонної мережі тощо) чи інших засобів на вибір дитини. Їй забезпечується доступ до інформації та матеріалів з різних національних і міжнародних джерел, особливо тих, які сприяють здоровому фізичному і психічному розвитку, соціальному, духовному та моральному благополуччю.(ст.9 Закону України „Про охорону дитинства“)

Діти мають право звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, засобів масової інформації та їх посадових осіб із зауваженнями та

⁷ Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / Под ред. Ю.С.Червоного. - К.,2003. - С.214.

пропозиціями стосовно їхньої діяльності, заявами та клопотаннями щодо реалізації своїх прав і законних інтересів та скаргами про їх порушення.

Здійснення прав дитини на вільне висловлювання думки та отримання інформації може бути обмежене законом.

6. Право дитини на захист від усіх форм насильства, у тому числі від насильства у сім'ї (ст.10 Закону України „Про охорону дитини“).

Держава здійснює захист дитини від усіх форм фізичного і психічного насильства, образи, недбалого і жорстокого поводження з нею, експлуатації, включаючи сексуальні зловживання, у тому числі з боку батьків або осіб, які їх замінюють.

Наступна категорія прав дітей - це майнові права. Їх дві категорії: речові права та права на утримання (аліменти). Тут можна виділити право дитини на власне майно (одноособова чи спільна власність), право дитини на належну реалізацію батьками її права власності, право на користування майном батьків, право на утримання.

Слід зазначити, що правове регулювання аліментних відносин на сучасному етапі зазнало певних змін, але деякі проблемні питання залишилися.

Право дитини на матеріальне забезпечення посідає одне з центральних місць у переліку прав дитини. Дане право передбачено, зокрема, у Конвенції ООН „Про права дитини“. Так, у ст.27 Конвенції вказується, що держави-учасниці визнають право кожної дитини на рівень життя, необхідний для фізичного, розумового, духовного, морального і соціального розвитку дитини. Батьки або інші особи, які виховують дитину, несуть основну відповідальність за забезпечення в межах своїх здібностей і фінансових можливостей умов життя, необхідних для розвитку дитини.

Проте, одним із проблемних питань сьогодення є складність визначення розміру аліментів, який би задовольнив потреби дитини.

У ч.3 ст. 181 СК України зазначається, що „за рішенням суду кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька або у твердій грошовій сумі“. Але частка доходу у законодавстві не визначена. Це створює умови для ускладнення прийняття рішення судом тому, що при визначенні розміру аліментів суд має брати до уваги обставини, що мають істотне значення (стан здоров'я та матеріальне становище дитини та платника аліментів, наявність у платника аліментів інших дітей, непрацездатних чоловіка, дружини, батьків, дочки, сина, інші обставини, що мають істотне значення). Так передбачено у ст.182 СК. Тобто рахування частки судом

залежить від багатьох показників, перелік яких не є вичерпним і підтвердження яких не завжди можна вважати достатнім.

Відтак, для захисту права дитини на відповідний розмір аліментів частка від доходу платника повинна чітко встановлюватися в законі, а розмір доходу платника і кінцевий розмір аліментів - судом.

У сімейному законодавстві чітко визначено лише мінімальний розмір аліментів. Згідно з ч.2 ст. 182 СК України „мінімальний розмір аліментів на дитину не може бути меншим, ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку”. Крім цього, держава, згідно ч.3 ст.184 СК бере на себе обов'язок забезпечити дитину матеріальною допомогою в розмірі різниці між визначеним розміром аліментів і 30 відсотками прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку у разі якщо розмір аліментів, визначений судом у твердій грошовій сумі, менше мінімального розміру аліментів.

Втім, не зважаючи на досить позитивний крок з боку держави у напрямку захисту прав дитини на достатній матеріальний рівень життя, слід звернути увагу на наступні негативні моменти.

По-перше, 30 відсотків прожиткового мінімуму - надто невелика сума. Зокрема, згідно зі ст.65 Закону України „Про Державний бюджет України на 2006 рік” від 20.12.2005 р.№ 3235-IV прожитковий мінімум на дітей віком до 6 років складає: з 1 січня - 400 гривень, з 1 квітня - 410 гривень, з 1 жовтня - 418 гривень.

Відповідно аліменти у розмірі 120, 123 та 125,4 гривень будуть складати 30% зазначених сум. Безумовно, таких аліментів не вистачить і на тиждень тільки для забезпечення нормального харчування дитині.

По-друге, конкретизація лише мінімальної суми аліментів може мати негативні наслідки залежності судових рішень від вказаного мінімуму при визначенні розміру аліментів.

Слід також зазначити, що інформація про доходи платника аліментів, як правило, є недоступною як для позивача, так і для виконавчої служби. Існують ситуації, коли платник аліментів має суттєві доходи від підприємницької діяльності, а дитині буде сплачувати мінімальну суму аліментів, оскільки бізнес оформлено на інших осіб.

На нашу думку, вказану проблему можна вирішити шляхом встановлення в законі такої суми, яка забезпечувала дитині хоча б приблизно той обсяг благ, який би вона отримувала у повній сім'ї.

У зв'язку з вищенаведеним, розмір аліментів слід встановити у розмірі прожиткового мінімуму (з проведенням автоматичної індексації) на дитину відповідного віку, встановленого законом. При неможливості сплачувати аліменти у такому розмірі платник повинен надати необхідні докази.

Необхідно також передбачити у сімейному законодавстві санкцію за недостатнє утримання батьками своїх дітей і позбавити батьків права на утримання від своїх повнолітніх, працездатних дітей у майбутньому, якщо вони без поважних причин сплачували аліменти у мінімальному розмірі.

Проблемним питанням є також питання щодо управління батьками майном дитини. Зазначені відносини регламентуються різними законодавчими актами: СК України, ЦК України, Законом України „Про охорону дитинства”. Згідно із прийняттям Закону України „Про внесення змін до статті 177 СК України і статті 32 ЦК України” від 2.06.2005 р. №2620-15 в Сімейному кодексі з'явилася більш чітка і досконала стаття, не зважаючи на дублювання відповідних положень інших нормативних актів - ЦК України та Закону України „Про охорону дитинства”. Проте, залишається не вирішеною проблема щодо збереження частки дитини у праві власності на квартиру при будівництві житла у кредит. Органи опіки та піклування не слідкують за тим, що відбувається з часткою дитини, коли гроші від продажу квартири, в якій була частка дитини, використовуються на інвестиції у будівництво житла, а в праві власності на нову квартиру частка дитині не виділяється. Це суттєве порушення майнових прав дитини.

Необхідно, на нашу думку, прийняти окремий закон, який би регламентував захист майнових та особистих немайнових прав дитини, визначав би чітко функції органу опіки та піклування та служб у справах неповнолітніх.

Таким чином, необхідно зробити висновок про необхідність перегляду положень діючого СК України з метою внесення відповідних змін щодо виділення та доопрацювання норм, які регламентують особисті немайнові та майнові права дитини та виокремлення положень про права дитини в окрему главу Сімейного кодексу України.

Бірюков І.А., кандидат юридичних наук,
професор кафедри
цивільно-правових дисциплін
Київського національного
університету внутрішніх справ

Співвідношення природних прав з цивільною правоздатністю і суб'єктивними правами батьків та дітей

В радянській цивілістиці пануючою була концепція, згідно, якою такі блага як життя, здоров'я, тілесна недоторканність не визнавались об'єктами цивільних правовідносин. Така позиція обґрунтовувалась тим, що стосовно вказаних прав не можуть виникати спори, подібні до тих, що виникають при порушенні інших особистих прав, таких як авторські права.

Саме тому вважалось безплідним заняття щодо конструювання в цивільному праві особливого суб'єктивного права на життя, на здоров'я, на тілесну недоторканність. Стверджувалося, що захист названих благ повинен здійснюватись адміністративним та кримінальним правом і лише відшкодування шкоди, що завдавалась порушенням зазначених прав, могло відбуватися на підставі цивільно-правового інституту відшкодування шкоди.¹ При цьому було критичним ставлення до відшкодування моральної шкоди. Це пояснювалось тим, що грошове відшкодування моральної шкоди є нічим іншим як переведенням людської гідності на гроші. Ми не можемо йти по цьому шляху, писав М.М. Агарков. Цей шлях суперечить соціалістичній етиці, достоїнству громадянина соціалістичного суспільства.²

Наслідком таких науково-правових обґрунтувань було невключення у цивільні кодекси (далі - ЦК) союзних республік, в тому числі ЦК УРСР, низки особистих немайнових прав, а ті, що включались (право на захист честі та гідності), суттєвого впливу на предмет цивільного права не мали.

На основі наведених засад формулювались основні положення щодо змісту цивільної правоздатності громадян, правової природи належних їм особистих немайнових суб'єктивних прав. Вважалось, що правоздатність є передумовою суб'єктивного права.

Включення в ЦК України 2003 року Книги другої - особисті немайнові права фізичної особи, частина з яких визначені як права,

¹ Див.: Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 - х т. Т. II. - М.: Центр ЮрИнфор, 2002. - С. 305.

² Там же. - С. 302.

що забезпечують природне існування фізичної особи, вимагає переосмислення усталених в цивілістиці тверджень щодо юридичної природи багатьох цивільно-правових конструкцій, зокрема таких як цивільна правоздатність, суб'єктивне цивільне право, цивільна правосуб'єктність.

Так, згідно ст. 26 ЦК України, обсяг правоздатності фізичної особи складають усі особисті немайнові права, які особа має, та всі особисті немайнові права, які особа здатна мати. Включивши в обсяг правоздатності фізичної особи особисті права, які виникають від народження (природні права), законодавець зазначив, що ці права особа має на відміну від тих прав, які особа *здатна мати*.

З цього приводу в літературі (Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України) зверталась увага на те, що особисті немайнові права фізичної особи мають такий самий правовий режим як і цивільна правоздатність.³ Тобто, відповідно до зазначеної позиції особисті немайнові права, що виникають від народження виводяться за межі поняття правоздатність. Зазначається, що існування цих прав є паралельним з наявністю правоздатності. Якщо погодитись з авторами вказаного твердження, то виникає питання: чому законодавець включив в ці права в обсяг правоздатності? На це питання у коментарі до ст. 26 ЦК України відповіді немає.

Немає такої відповіді і в коментарі до ст. 25 ЦК України, у ч. 1 якої зазначено, що здатність мати цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність) мають усі фізичні особи. Коментуючи зміст цієї норми, автори коментаря не узгоджують його з коментарем до ст. 26 ЦК України і зазначають, що наявність цивільної правоздатності - це ще не володіння суб'єктивним цивільним (майновим чи особистим) правом, а лише передумова до цього. Цивільна правоздатність - це закріплене у законі визнання громадянина (фізичної особи) суб'єктом цивільного права, його здатність мати права та обов'язки, здатність до володіння суб'єктивним цивільним правом. Автори стверджують, що відмінність суб'єктивного цивільного права від правоздатності полягає у тому, що особа може, за загальним правилом, без обмежень розпоряджатись своїм суб'єктивним правом (уступати його, відмовлятися від нього, змінювати його тощо).⁴

Такі твердження не викликають заперечень щодо майнових суб'єктивних прав, які особа здатна мати. Що ж стосується особистих

³ Див.: Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України [В 4-Т.] А.Г. Ярема, В.Я. Корабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. - Т.1. - К.: «А.С.К.» Севастополь, 2004. - С. 168.

⁴ Там же. - С. 164.

немайнових прав, то у Цивільному кодексі чітко зазначено, що особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав. Особистими немайними правами фізична особа володіє довічно (ч. 3 і ч. 4 ст. 269).

Отже, з одного боку, є твердження про те, що особисті немайнові права мають такий же режим, як і цивільна правоздатність, це твердження впливає з чинного цивільного законодавства, а з іншого - правоздатність є передумовою суб'єктивного права.

Як бачимо, суттєві зміни, внесені законодавцем до змісту цивільного законодавства, поки що не знайшли належного теоретичного обґрунтування і не призвели до зміни усталених в доктрині поглядів щодо правової сутності цивільної правоздатності і співвідношення понять правоздатність та суб'єктивне цивільне право.⁵ Залишається нез'ясованим питання, що є первинним - право на життя чи правоздатність фізичної особи?

Відсутність обґрунтованої відповіді на це питання негативно впливає і на правозастосовчу діяльність - виникають проблеми, пов'язані зі здійсненням особою належних їй суб'єктивних прав. Беззаперечним є той факт, що самостійно здійснювати свої суб'єктивні особисті немайнові права одразу з моменту народження особа не в змозі. Виходячи з цього, постає необхідність забезпечення вказаних прав за допомогою інших осіб (батьків, усиновителів, опікунів тощо). Ці особи повинні бути не лише носіями цивільної правоздатності і дієздатності, а й дотримуватись у своїй поведінці щодо до малолітнього засад справедливості, добросовісності та розумності - загальних принципів цивільного законодавства.

Погоджуючись з думкою М.М. Агарова про те, що правоздатність не є абстрактною передумовою правоволодіння, її зміст завжди конкретний, але і змінюваний, динамічний, бо зміст правоздатності залежить від характеру відносин, що зв'язують її з іншими особами,⁶ можна стверджувати, що обсяг правоздатності осіб, які мають дітей і не позбавлені батьківських прав значно ширший від обсягу правоздатності осіб, у яких дітей немає.

⁵ Крім авторів названого коментаря, думку про те, що правоздатність є лише основою для правоволодіння, а також про те, що наявність правоздатності ще не означає фактичну реальну наявність в собі конкретних прав і обов'язків з числа тих, що передбачені, чи допускаються законодавством, дотримується, зокрема М.В. Венецька. Див.: Цивільне право України. Академічний курс. У двох томах /За ред. Я.М.Шевченко/. - Т.1. - К.: Видавничий дім «Інюре», 2003. - С. 120

⁶ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. -С. 70.

Саме тому однією з проблем науки цивільного права є визначення сутності правової природи та співвідношення суб'єктивних особистих немайнових прав малолітнього з правоздатністю та суб'єктивними правами його батьків (усиновителів).

Для вирішення цієї проблеми, на наш погляд, необхідно виходити з умовності поділу правоздатності батьків і дітей на цивільно-правову та сімейно-правову. Для батьків немає різниці, нормами якої правової галузі регулюються їхні відносини з дітьми. У процесі виховання і утримання дитини батьки забезпечують функціонування не тільки природних прав дитини на життя, здоров'я, сім'ю, безпечне для життя та здоров'я довкілля, а й здійснюють свої суб'єктивні цивільні (сімейні) права і виконують обов'язки щодо дитини.

Визнавши природним право на життя, здоров'я, сім'ю, законодавець включив ці права не тільки в обсяг правоздатності дитини, а й у зміст правоздатності батьків. Перелік цих прав знайшов закріплення у Главі 13 Сімейного кодексу.

Виходячи з викладеного, є всі підстави стверджувати, що батьки виступають співносіями правоздатності і суб'єктивних прав своїх дітей. До того часу, поки дитина не досягла певного встановленого законом віку, провести межу розподілу цих прав дуже важко або й навіть неможливо.

У зв'язку з народженням дитини у її батьків обсяг цивільної правоздатності значно розширюється. У них виникають права та обов'язки щодо утримання, виховання, розвитку та захисту дитини. З фактом народження не тільки дитина набуває правоздатності, стає носієм природного суб'єктивного права, а й у її батьків значно розширюється обсяг цивільної правоздатності і виникають додаткові суб'єктивні права й обов'язки. Такий висновок збігається з позицією М.М. Агаркова і С.М. Братуся, які стверджували, що правоздатність і правосуб'єктність - поняття рівнозначні.

Необхідно звернути увагу й на те, що обсяг прав і обов'язків (зміст правоздатності) батьків і дітей постійно змінюється. Обсяг правоздатності батьків у зв'язку з підростанням дітей зменшується, а їхніх дітей - розширюється.

Так, дитина, яка досягла чотирнадцяти років, має право на вільне самостійне пересування по території України. До цього моменту вона мала можливість реалізувати таке право лише за згодою батьків та в їхньому супроводі. По досягненні шістнадцяти років повнолітня особа має право самостійно виїжджати за межі України (ст. 315 ЦК України).

Розглядаючи правове становище батьків і дітей через призму правоздатності і суб'єктивних прав, не можна обійти мовчанням і правовий статус батьків у сфері представництва.

В літературі зверталась увага на те, що є суттєва різниця між правовим статусом опікуна при укладенні ним правочинів від імені недієздатної особи і правовим статусом представника, який діє на підставі довіреності, виданої дієздатною особою. Р.О.Калфіна вважала за недоцільне об'єднувати ці абсолютно різні за своїм характером відносини в один інститут представництва.⁷

Якщо таким критичним було ставлення до представницьких функцій опікуна по відношенню до недієздатної особи, яка знаходиться під його опікою, то ще більш критично можна ставитись до представництва батьків стосовно їх малолітніх дітей. Такий висновок знаходить підтвердження і в законі.

Так, згідно ст. 174 Сімейного кодексу України (далі - СК України) майно, придбане батьками або одним із них для забезпечення розвитку, навчання та виховання дитини (одяг, інші речі особистого вжитку, іграшки, книги, музичні інструменти, спортивне обладнання тощо), є власністю дитини.

Необхідно підкреслити, що дитина стає власником цього майна не тому, що її батьки виконували щодо неї представницькі функції. Представник, як правило, діє в інтересах особи, яку представляє за її рахунок. Підставою набуття дитиною права власності на перелічені речі є односторонні правочини батьків.

Відповідно до ст. 179 СК України аліменти, одержані на дитину, є власністю того з батьків, на чие ім'я вони виплачуються, і мають використовуватися за цільовим призначенням. Представник не може стати власником майна, одержаного на користь особи, яку він представляє. На підставі ст. 178 СК України дохід, одержаний від використання майна малолітньої дитини, батьки мають право використовувати на виховання та утримання дитини та на невідкладні потреби сім'ї.

Представник зобов'язаний звітувати перед особою, яку він представляє, за використання її майна і не має права використовувати це майно на користь інших осіб.

Як бачимо, із СК України не впливає того, що батьки є представниками своїх дітей. Правове становище батьків визначається батьківством (материнством), а не представництвом. Саме тому, укладаючи від свого імені правочини на користь малолітньої дитини, батьки діють на свій розсуд. Такі правочини за своїм змістом носять характер односторонніх правочинів. У разі, коли закон передбачає обов'язкове нотаріальне посвідчення такого правочину (передача батьками у власність дитини квартири чи іншої нерухомості тощо),

⁷ Халфіна Р.О. Значение и сущность договора в советском гражданском праве. - М., 1954. - С. 73.

нотаріус з дотриманням вимог щодо посвідчення односторонніх правочинів повинен його посвідчити. Якщо такий правочин, виходячи з вимог закону підлягає державній реєстрації, він буде вчинений з моменту такої реєстрації.

Отже, батьки не так здійснюють представницькі функції, як виступають співносійми правоздатності і суб'єктивних прав дітей.

Для того, щоб не були порушені природні права дитини, органи опіки і піклування, громадськість, компетентні державні органи у деяких випадках повинні надавати батькам допомогу у здійсненні виховання та утримання дитини, а інколи і втручатися у поведінку батьків щодо здійснення ними прав та обов'язків дитини.

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що введення в ЦК України концепції природного права тягне за собою необхідність перегляду традиційних поглядів щодо співвідношення понять правоздатності і суб'єктивного цивільного права, правової природи законного представництва, обсягу та підстав виникнення цивільної правоздатності та вирішення інших споріднених проблем.

Особливості розгляду судами справ про визначення батьківства

Частина 1 ст.3 Конвенції про права дитини передбачає, що в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Сімейний кодекс України (далі - СК України), який набрав чинності з 1 січня 2004 року, встановлюючи загальні засади регулювання сімейних відносин, у ч.8 ст.7 закріплює, що регулювання сімейних відносин має здійснюватися з максимально можливим урахуванням інтересів дитини, непрацездатних членів сім'ї.

Якнайкраще забезпечення інтересів дитини тісно переплітається з правом дитини знати своїх батька та матір. Саме це положення закріплено в ст. 9 Декларації про соціальні і правові принципи, що стосуються захисту і благополуччя дітей, особливо при передачі дітей на виховання і їхнє усиновлення на національному і міжнародному рівнях, прийнятої резолюцією 41/ 85 Генеральної Асамблеї від 3 грудня 1986 року, яка передбачає, що Генеральна Асамблея проголосує право дитини знати про своє походження, якщо тільки це не суперечить якнайкращому забезпеченню інтересів дитини.

Питання встановлення батьківства у судовому порядку вже досліджувалися в роботах таких вчених-правників як М.М. Бородин, В.А. Кройтор [1], З.В. Ромовська [2, с.66-74], Я.М. Шевченко [3, с.45-51] та інших, проте в більшості своїй дослідження здійснювались за чинним на той час КпШС УРСР, який чітко визначав, які обставини повинні бути встановлені для того, щоб зробити обґрунтований висновок про батьківство. На сьогодні підстави визнання батьківства за рішенням суду, передбачені СК України, дещо змінились. Розгляд судами справ про визнання батьківства досить розповсюджений у судовій практиці. Так, наприклад, якщо у 2002 році судами Донецької області було постановлено рішень про встановлення батьківства за 97 справами, з них були задоволені позовні вимоги у 91 випадку, то вже у 2004 році було постановлено рішення за 139 справами, з яких у 131 випадку позов було задоволено. Проте положення новітнього сімейного законодавства викликають багато питань у судовій практиці, тому дослід-

ження особливостей розгляду справ про визнання батьківства судом є актуальною проблемою сьогодення, саме цим і визначається мета цього дослідження.

Загальновідомо законодавче положення, що права та обов'язки батьків та дітей ґрунтуються на походженні дітей, засвідченому у встановленому законом порядку (ст. 121 СК України). Ще з часів Стародавнього Риму визнається, що мати дитини завжди відома, навіть якщо вона зачала поза шлюбом. Батьком дитини вважали того, хто знаходиться у шлюбі з матір'ю дитини - *Pater is est quem nuptiae demonstrant* - відома юридична презумпція, сформульована ще юристом Павлом. Походження дитини від матері визначається на підставі документа закладу охорони здоров'я про народження жінкою дитини, походження ж дитини від батька визначається юридично і залежить від народження дитини у шлюбі чи поза шлюбом.

Видається, що саме тут слід згадати наведене З.В. Ромовською положення, що народження дитини від певної особи, як писав у свій час І. Гуревич, не може бути доказано «суворо юридично», оскільки зачаття дитини «належить до таємниць природи». Зараз генетика відкрила ці таємниці, і з її допомогою можна з абсолютною точністю встановити дійсне походження дитини [2, с.70-71]. З цим положенням безумовно слід погодитись, в той же час сьогодні *de facto* та *de jure* щодо батьківства при реєстрації народження дитини можуть не співпадати, або запис про батька дитини взагалі зроблений зі слів матері. Саме коли запис про батька зроблений за вказівкою матері, коли дитина народжена поза шлюбом і немає спільної заяви батьків, можна подавати позов про визнання батьківства за рішенням суду.

За чинним до 1 січня 2004 року КпШС України мова йшла про встановлення батьківства у судовому порядку. Стаття 53 КпШС України виділяла три групи обставин, якими могло бути підтверджено батьківство: 1) спільне проживання та ведення спільного господарства матір'ю дитини та відповідачем до народження дитини; 2) спільне виховання чи утримання ними дитини; 3) докази, що з достовірністю підтверджують визнання відповідачем батьківства (будь-яка із названих обставин мала самостійне значення для встановлення батьківства). Відповідно до ч.2 ст.128 СК України підставою для визнання батьківства є будь-які відомості, що засвідчують походження дитини від певної особи, зібрані відповідно до ЦПК України.

Достатньо цікаві підстави для встановлення батьківства передбачені законодавством іноземних держав. Наприклад, за Законом про сім'ю Чехії батьком визнається чоловік, який проживав разом із жінкою - матір'ю дитини у період зачаття, з якого до народження ди-

тини пройшло не менше 180 та не більше 300 днів, якщо факт його батьківства не виключається [4, с.191].

У 1990 році Інститутом молекулярної біології АН СРСР був розроблений та впроваджений на практиці метод генної ідентифікації, який дозволяє беззаперечно зробити висновок про походження дитини від батька, на сьогодні проведення такої експертизи стає доступним для багатьох верств населення. Отже, ми можемо говорити про те, що проведення судово-генетичної експертизи та її позитивний висновок, що особа є батьком дитини, може бути однією з підстав для визнання батьківства у судовому порядку і не треба встановлювати наявність стійких тривалих відносин між жінкою, яка народила дитину, та відповідачем, що необхідно було встановлювати за КпШС України.

До речі, ч.2 ст.146 ЦПК України передбачає, що при ухиленні відповідача від проведення судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи за справами про визнання батьківства суд має право постановити ухвалу про примусовий привід на проведення такої експертизи (наприклад, за ЦПК РФ таке неможливе).

Як бачимо, якщо у позивачки є кошти для проведення судово-генетичної експертизи, то не треба інших доказів, що засвідчували б походження дитини від певної особи. Можна говорити, що дещо спрощено процедуру визнання батьківства за рішенням суду за СК України у порівнянні з КпШС України. У зв'язку з цим виникають у правозастосовчій практиці деякі питання, зокрема, чи можна застосувати такі підстави визнання батьківства за рішенням суду, передбачені СК України, щодо дітей, які народились до 1 січня 2004 року (до набуття чинності СК України), чи можна ще раз розглянути у суді справи щодо визнання батьківства, за якими у задоволенні позовних вимог було відмовлено, оскільки справа розглядалась під час дії КпШС України, і не змогли встановити юридичні підстави, а на сьогодні у позивачки є кошти для проведення судово-генетичної експертизи.

Якщо звернутись до сімейного законодавства Російської Федерації (підстави визнання батьківства за рішенням суду аналогічні підставам, передбаченим СК України), то ст.169 СК РФ передбачає, що норми СК РФ застосовуються до сімейних відносин, які виникли після введення його в дію, а щодо сімейних відносин, які виникли до введення в дію СК РФ, то його норми застосовуються щодо тих прав та обов'язків, які виникнуть після введення його в дію, тобто після 1 березня 1996 року.

Постанова Пленуму Верховного Суду Російської Федерації №9 від 25 жовтня 1996 року "Про застосування судами Сімейного кодексу Російської Федерації при розгляді справ про встановлення бать-

ківства та про стягнення аліментів” у п.2 передбачає, що у відношенні дітей, які народилися після введення в дію СК РФ (тобто 1 березня 1996 року і пізніше) суд, виходячи зі ст.49 СК РФ, приймає до уваги будь-які докази, що з достовірністю підтверджують походження дитини від конкретної особи. До таких доказів належать будь-які фактичні дані, встановлені з використанням засобів доказування, перерахованих у ст.49 ЦПК. Щодо дітей, які народилися до введення в дію СК РФ, суд приймає до уваги спільне проживання та ведення спільного господарства матір'ю дитини та відповідачем до народження дитини; спільне виховання чи утримання ними дитини; докази, що з достовірністю підтверджують визнання відповідачем батьківства.

Щодо цих положень, то безумовно, враховуючи дію закону у часі, аналогічно слід розглядати справи і у судах України, застосовуючи норми Сімейного кодексу України тільки щодо дітей, які народилися після набуття ним чинності. Проте, на мій погляд, відносини щодо визначення походження дитини є тривалими у часі, оскільки, як правило, сімейні відносини мають тривалий характер, і тому можна тут вести мову про те, що такі відносини виникли до набуття чинності СК України (мати зареєструвала народження дитини до 1 січня 2004 року і запис про батька був зроблений за її вказівкою у порядку, передбаченому ст. 135 СК України), але продовжують існувати після набуття чинності СК України (мати подала позов про визнання батьківства вже під час дії СК України, між нею та відповідачем існує спір про батьківство). Можливо, що з урахуванням інтересів дитини, слід в законодавчому порядку дозволити розглядати такі справи за СК України через закріплення перехідних положень дії СК України. Щодо тих справ, які вже були розглянуті, то безумовно, сторони вже реалізували своє право на судовий захист порушеного права, отже, перегляду вони не підлягають, оскільки немає підстав, а у прийнятті нової позовної заяви повинно бути відмовлено.

Як бути, якщо жодна зі сторін не заявляла клопотання про проведення судово-генетичної експертизи? Тоді суду необхідно встановлювати відомості, що засвідчують походження дитини від певної особи, іншими засобами доказування, наприклад, свідченнями свідків, письмовими доказами, і оцінивши їх, вирішити справу по суті. Судова практика і йде таким же шляхом, який був нароблений раніше, а саме: встановлюють так звані юридичні підстави для визнання батьківства, що були визначені КпШС України.

Хотілось би зупинитися на аналізі ч.3 ст. 128 СК України, відповідно до якої позов про визнання батьківства може бути пред'явлений матір'ю, опікуном, піклувальником дитини, особою, яка утримує та

виховує дитину, а також самою дитиною, яка досягла повноліття. Позов про визнання батьківства може бути пред'явлений особою, яка вважає себе батьком дитини. Уявімо ситуацію, що коли дитині, яку виховувала одна матір, вже майже 18 років, і по відношенню до неї у більшості випадків у батька в майбутньому вже не буде обов'язків щодо утримання, „з'являється” особа, яка подає позов про визнання батьківства. Видається, що з метою урахування інтересів дитини абз. 2 ч.3 ст.128 СК України слід викласти в редакції „позов про визнання батьківства може бути пред'явлений особою, яка вважає себе батьком дитини, до досягнення дитиною повноліття. Суд розглядає цей спір з урахуванням інтересів дитини, вислухавши думку дитини”.

Таким чином, видається, що задля встановлення єдиної судової практики в Україні сьогодні вкрай необхідним є розробка та прийняття постанови Пленуму Верховного Суду України щодо застосування норм СК України, оскільки ми вже сьогодні офіційно визнаємо судову практику Європейського суду з прав людини джерелом права. Крім того, безперечно, потребують уточнення й деякі положення СК України, зокрема, абз. 2 ч.3 ст.128, ст.171, Прикінцеві положення.

Література:

1. Бородін М.М., Кройтор В.А. Встановлення та оспорування батьківства: Практикум з розгляду цивільних справ у суді. - Харків, 1998. - 82с.
2. Ромовская З.В. Защита в советском семейном праве. - Львов: Изд-во при ЛГУ изд. объедин. «Вища школа», 1985. - 180с.
3. Шевченко Я.Н. Основы семейного законодательства. - Киев: «Вища школа», 1982. - 89с.
4. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В. Залесского. - М.: Издание г-на Тихомирова М.Ю., 2004. - 310 с.

Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України

Право на материнство (батьківство) є природним правом жінки (чоловіка), воно має бути забезпечене примусовою силою держави. Від визначення правової природи вказаних прав буде залежати, методами якої саме галузі права будуть захищатися ці права. Правова природа права на материнство та батьківство на сьогоднішній день є майже не дослідженою.

Вперше на законодавчому рівні Сімейний кодекс України закріпив право дружини та чоловіка відповідно на материнство та батьківство. На перший погляд, здається, що вищеозначена проблема є вирішеною - право на материнство (батьківство) має охоронятися нормами СК України, але проти цього існують певні заперечення. Аналіз змісту вказаних прав та їх особливостей дозволить з'ясувати їх правову природу.

Перш ніж розглянути зміст вказаних прав, необхідно з'ясувати зміст категорій «материнство» та «батьківство», оскільки чинне законодавство не містить визначення вказаних понять, а у науковій літературі ці поняття визначаються неоднозначно.

На думку ряду вчених-юристів, «материнство - це стан жінки, яка має дитину. Він (цей стан) виникає у момент народження дитини і припиняється з її загибеллю або смертю самої матері»¹. Це визначення не можна визнати задовільним, оскільки за медичним трактуванням жінка стає матір'ю з моменту зачаття, і як вона сама, так і зачата, але ще не народжена дитина, з моменту зачаття та до моменту пологів теж потребують захисту з боку законодавства.

У навчальній літературі останнім часом зустрічається визначення материнства як забезпеченої законом можливості «жінки здійснювати репродуктивну функцію - народжувати дітей, утримувати та виховувати їх»². Це визначення також не є прийнятним. Можливість

¹ Мироненко В. Охорона сім'ї, материнства, дитинства - основа удосконалення шлюбно-сімейного законодавства України // Українське право. - 1998. - № 1. - С. 186; Нечаева А.М. Семья как самостоятельный объект правовой охраны // Государство и право. - 1996. - № 12. - С. 104.

² Сімейне право України: Підручник / За ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. - К.: Юрінком Інтер, 2004. - С. 94; Сімейне право України: Підручник / За ред. Гопанчука В.С. - К.: Істина, 2002. - С. 78.

жінки мати чи не мати дитину частіше за все забезпечується її власною волею та станом її здоров'я. Законодавче ж забезпечення вказаної можливості не впливає на можливість мати дитину. Здається, у даному визначенні змішані поняття «право на материнство» та «материнство». Отже, як тлумачення поняття «право на материнство» це визначення можна взяти за основу, але поняття «материнство» має, на наш погляд, дещо інший зміст. Воно включає в себе і фізіологічний стан жінки під час вагітності, і її соціальне становище, а також її моральний настрій.

Отже, на нашу думку, *материнство – це фізіологічний та соціальний стан жінки з моменту зачаття до смерті дитини або смерті самої матері.*

Батьківство в праві визначається як факт походження дитини від певного чоловіка, юридично посвідчений записом в державних органах РАЦС про народження. Відмінності в правах чоловіка та дружини зумовлюються фізіологічними особливостями жінки та чоловіка та соціальним станом жінки-матері. Але, слід зауважити, що батьківство не обмежується юридично посвідченим записом в державних органах РАЦС про народження. Із змісту статей 49 та 50 СК України випливає, що батьківство також починається з моменту зачаття і є соціальним станом чоловіка, оскільки він має теж певні права та обов'язки в той час, коли його дружина є вагітною.

Зміст права на материнство, як і зміст будь-якого суб'єктивного права, становлять триєдині правомочності: 1) можливість здійснювати власні позитивні дії з метою задоволення свого інтересу; 2) можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб з метою задоволення свого власного інтересу; 3) можливість звернутися до компетентних державних органів за захистом своїх порушених прав³. Вказані правомочності також знайшли своє відображення у нормах Цивільного кодексу України.

Отже, кожна жінка має можливість вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя (ст. 271 ЦК України), яка у даному випадку буде спрямована на вирішення питання мати чи не мати дитину.

Відповідно до ст. 272 ЦК України фізична особа здійснює особисті немайнові права самостійно, а крім того має право вимагати від посадових і службових осіб вчинення відповідних дій, спрямованих на

³ Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учебное пособие для высших учебных заведений / Под ред. профессора В.Г. Стрекозова. - М., 2001. - С. 316; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибко-Фатеевої, В.Л. Яроцького. - К.: Юрінком Інтер, 2004. - С. 85.

забезпечення здійснення нею особистих немайнових прав. Але, слід зазначити, що специфіка права на материнство та права на батьківство є такою, що, по-перше, вказані права важко здійснити самостійно, а, по-друге, оскільки посадові і службові особи не є суб'єктами сімейних правовідносин, то вони і не можуть бути зобов'язаними особами у вказаних правовідносинах.

Постає питання: хто є зобов'язаною особою при здійсненні жінкою права на материнство? Відповідь на це питання скоріш за все лежить у визначенні правової природи вказаних прав. Традиційно у правовій літературі особисті немайнові права визначаються як абсолютні⁴. З цього випливає висновок, що жінка має можливість вимагати від кожного поведінки, яка сприятиме здійсненню нею свого права на материнство, та утримання від дій, які перешкоджають здійсненню нею цього права. Але назва глави 6 СК України дає підстави вважати, що право на материнство є відносним правом, і зобов'язаною особою щодо жінки-матері є її чоловік⁵. Вказана неточність робить норми частин 4 та 5 ст. 49 СК декларативними, оскільки, покладаючи на чоловіка обов'язки створити вагітній дружині умови для збереження її здоров'я та народження здорової дитини, а також умови для поєднання материнства із здійсненням нею інших прав та обов'язків, норма не встановлює механізму відповідальності за їх невиконання.

Здійснюючи право на материнство, жінка також має право на захист свого особистого немайнового права від протиправних посягань інших осіб способами, встановленими главою 3 ЦК України, а також іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило це порушення (ст. 275 ЦК України).

Право на батьківство знаходиться у тісному зв'язку з правом на материнство і також складається з трьох правомочностей. Ці правомочності полягають у тих же самих можливостях, які має жінка-мати, але з певними особливостями. Так, чоловік, так само як і дружина, має право вирішувати, мати чи не мати йому дитину, вимагати від усіх та кожного певної поведінки, яка б не перешкождала здійсненню його права на батьківство, а також можливість захисту своїх батьківських прав у суді.

⁴ Малеїна М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан (Пособие для слушателей народных университетов). - М.: Знание, 1991. - С. 14; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту ЦК України. - К.: Істина, 2004. - С. 222.

⁵ Жилинкова И. Личные неимущественные права и обязанности супругов: парадоксы нового СК // Юридическая практика. - 2004. - № 24. - С. 10.

Розглядаючи права на материнство та батьківство у контексті шлюбу, необхідно звернути увагу на те, що, відповідно до статті 54 СК, усі найважливіші питання життя сім'ї мають вирішуватися подружжям спільно, на засадах рівності. Це означає, що дружина та чоловік, здійснюючи своє право на материнство та батьківство, обмежені відповідним правом один одного, тобто, по-перше, питання, мати чи не мати дитину, повинно вирішуватися ними спільно, а, по-друге, дії, спрямовані на здійснення кожним з них своєї репродуктивної функції, мають здійснюватися ними щодо один одного, а не щодо сторонніх осіб.

Право на материнство (батьківство) має особистий немайновий характер, оскільки відповідає всім ознакам, які притаманні вказаним правам у цивільному праві⁶.

Так, по-перше, воно має немайновий характер, оскільки позбавлене економічного змісту, тобто не може бути оцінене. Але, з огляду на сучасний розвиток медичної науки та можливість штучного запліднення, вказана ознака набуває спірний характер. Так, є невизначеними правова природа та зміст прав сурогатної матері. Виникає питання, чи не передається сурогатній матері право на материнство? Вирішення вказаного питання має значення для захисту прав сурогатної матері та подружжя, яке надає свій генетичний матеріал для імплантації. При позитивній відповіді на нього пріоритетне право на материнство слід визнати за сурогатною матір'ю, при негативній - батьками слід вважати подружжя.

У юридичній періодиці сурогатне материнство визначається як «запліднення жінки, шляхом імплантації ембріона з використанням генетичного матеріалу подружжя, з метою виношування і народження дитини, яка в подальшому буде визнана такою, що походить від подружжя, як правило, на комерційній основі на підставі відповідного договору між подружжям та сурогатною матір'ю»⁷. Отже, за згаданим договором сурогатна матір, можна сказати, надає подружжю свій організм для виношування їх дитини, а сама при цьому одержує певне утримання у вигляді грошей та посиленого харчування, ліків тощо. Але їй не передається право вирішувати долю імплантованого їй ембріона, ці питання має вирішувати подружжя. Наприклад, у разі ускладнень при перебігу вагітності, якщо постає питання про штучне її переривання, це питання має вирішувати подружжя, а воно складає зміст саме права на материнство (батьківство).

⁶ Малеїна М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан (Пособие для слушателей народных университетов). - М.: Знание, 1991. - С. 6.

⁷ Ватрас В.А. Суб'єктний склад правовідносин щодо імплантації ембріона дитини із генетичного матеріалу подружжя // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. - 2002. - № 4. - С. 72.

Ще одним аргументом на користь негативної відповіді є невідчужуваний характер права на материнство, яке тісно пов'язане з особою жінки. Подружжя піклується про здоров'я та добробут своєї майбутньої дитини, не зважаючи на те, що вона виношується іншою жінкою. Крім того, сама по собі згода дружини та чоловіка на імплантацію ембріона з використанням їх генетичного матеріалу у організм іншої жінки має розглядатися як дія, спрямована на виконання їх репродуктивної функції, тобто як здійснення однієї з правомочностей, яка складає зміст суб'єктивного права на материнство (батьківство). Також, визнавши, що за договором між сурогатною матір'ю та подружжям, яке надає свій генетичний матеріал для імплантації, сурогатній матері (хай навіть і тимчасово) передається право на материнство, яке належить дружині, необхідно визнавати також і той факт, що це право оцінюється певною сумою грошей, оскільки свої обов'язки сурогатна матір виконує відплатно. Вказана ситуація є абсурдною і протирічить природі особистих немайнових прав.

Таким чином, право на материнство (батьківство) не передається іншій особі, навіть з огляду на сучасні медичні технології, та не може бути еквівалентно оцінене.

По-друге, право на материнство (батьківство) має особливий об'єкт, яким є репродуктивна спроможність жінки (чоловіка).

По-третє, за загальним правилом особисті немайнові права мають специфічні підстави виникнення. Не є виключенням і права, які нами розглядаються, але підстави їх виникнення визначити доволі важко.

Право на материнство (батьківство) є природнім правом жінки та чоловіка. У своїй переважній більшості природні права людини, такі як право на життя, здоров'я, ім'я, честь, гідність, свободу пересування тощо, виникають з моменту її народження. Але цього не можна сказати про право на материнство (батьківство), оскільки з моменту народження людина ще не здатна зачати, виносити, народити та вигодувати дитину і навіть вирішити питання про те, мати її чи не мати. Отже, здається, що підставою виникнення права на материнство (батьківство) є подія у вигляді досягнення жінкою чи чоловіком статевої зрілості. Статева зрілість не стосується соціальних факторів, зокрема здатності виховувати дитину і матеріальної спроможності утримувати її, а є природнім станом людини і настає у кожній особи при досягненні певного віку. Саме з цього віку, на нашу думку, і виникає право у жінки та чоловіка здійснювати свої репродуктивні функції, тобто право на материнство (батьківство) у повному обсязі. З огляду на це викликає щонайменше подив визнання Сімейним кодексом України права на материнство (батьківство) тільки за подружжям.

Таким чином, право на материнство (батьківство) можна визначити як особисте немайнове право, яке виникає з приводу здійснення жінкою та чоловіком їх репродуктивної функції з моменту досягнення ними статевої зрілості та є забезпеченими законом можливостями самостійно вирішувати питання, мати чи не мати дитину, вимагати від усіх та кожного поведінки, яка сприятиме здійсненню права на материнство (батьківство), та вимагати утримуватися від дій, які перешкоджають здійсненню цього права, звертатися за захистом свого права від протиправних посягань інших осіб способами, встановленими чинним законодавством.

Все вищенаведене дозволяє зробити висновок, що право на материнство (батьківство) має цивільно-правову природу, оскільки воно є, з одного боку, особистим немайновим правом жінки та чоловіка, а з іншого, не залежить від наявності чи відсутності шлюбу між особами. Воно передує батьківським правам, які виникають з моменту народження дитини і мають сімейно-правовий характер. Отже, права на материнство та батьківство мають визначатися не як особисті немайнові права подружжя, а як природні особисті немайнові права будь-якої людини, розглядатися у контексті права на життя і забезпечуватися на загальних підставах нормами цивільного законодавства.

До питання визначення місця проживання дитини, батьки якої проживають окремо

Конституцією України, Конвенцією ООН "Про права дитини", Законом України "Про охорону дитинства", Законом України "Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні", а також Сімейним Кодексом України закріплюються права малолітніх та неповнолітніх дітей щодо місця проживання.

Місце проживання має важливе правове значення в питаннях про спадщину; при визнанні громадянина безвісно відсутнім чи оголошенні померлим, при необхідності реєстрації військовослужбовців строкової служби. Значну кількість юридично значимих дій фізична особа зобов'язана вчиняти лише з урахуванням свого постійного місця проживання, наприклад, укладання правочину та його реєстрація, укладання шлюбу, реєстрація як підприємця без утворення юридичної особи тощо (1).

Питання про визначення фактичного і юридичного місця проживання малолітніх дітей може постати у зв'язку з роздільним проживанням батьків через припинення шлюбних відносин. Особливо складними є спори між подружжям, яке має декілька дітей. Сторони погоджуються на "примусовий поділ", що часто негативно впливає на розвиток дітей, завдає їм душевних страждань. Судова практика ще не виробила, на жаль, твердої позиції.

Тривалий час право громадян на свободу місця проживання обмежувалося інститутом прописки хоча ст. 33 Конституції України гарантує кожному вільний вибір місця проживання. Згідно зі ст. 310 ЦК України фізична особа має право на місце проживання, на вільний вибір і його зміну, крім випадків, установлених законом, наприклад, перебування громадян у місцях ув'язнення, на військовій службі, в експедиції тощо. Отже, право на вибір місця проживання означає можливість, яку допускає Закон, на самостійне визначення громадянином місця свого постійного чи тимчасового мешкання (2). Надаючи цю можливість, закон пов'язує з нею настання правових наслідків. Наприклад, місцем відкриття спадщини визнається останнє відоме місце проживання спадкодавця, а якщо воно не відоме, то місце знаходження майна. Місцем виконання зобов'язання залежно від його змісту є місце проживання боржника або місце проживання кредитора. За Сімейним Кодексом України місцем проживання малолітніх,

що не досягли 14 років, є місце проживання їх батьків або опікунів, або законних представників, усиновлювачів, або місцезнаходження навчального чи лікувально-профілактичного закладу, в якому дитина тимчасово проживає.

Дитина має право жити та виховуватися у сім'ї своїх батьків. Вона має право на батьківську турботу, забезпечення своїх інтересів та повагу до себе як до особистості. Здійснюючи своє право на виховання, дитина має права: на проживання разом зі своїми батьками, знати своїх батьків, знати своїх батьків навіть коли дитина усиновлена, право на забезпечення та захист своїх інтересів з боку батьків, на спілкування з тим із батьків, який проживає окремо від дитини.

Іноді право на виховання зводиться до діяльності батьків по захисту інтересів дітей, як їх представників(5). До змісту права на виховання В.П. Шахматов включає право батьків визначати місце проживання дитини і право влаштування її в дитячі заклади, право на спілкування з дитиною, на передання їй своїх знань, життєвого досвіду, переконань (3). Більш вдалим можна вважати тлумачення права на виховання науковцями А.М. Беляковим та Є.М. Ворожейкіним, які розглядають це право, як комплекс заходів морального і правового характеру, які полягають у турботі про стан здоров'я дитини, її психічний та розумовий розвиток. Суть цього права складають різноманітні дії батьків, спрямовані на духовний розвиток дітей, формування їх особистості, лікування у випадку хвороби, організацію літнього відпочинку, придбання для них одягу тощо, а також влаштування їх у дитячі заклади (4).

Згідно ст. 141 СК України батьки мають рівні права та обов'язки щодо дитини. І мати, і батько повинні брати участь у вихованні дитини, навіть коли один із них проживає окремо. Здійснюючи свої права, батьки повинні діяти в інтересах дитини, не порушуючи її прав, не спричиняти шкоду своїми діями, прислуховуватися до думки дитини, сприяти її моральному розвитку. Щодо обов'язків батьків, то головними залишаються обов'язки щодо виховання та утримання дитини.

В.А.Рясенцев виділяв ознаки батьківських прав: строковість, співпадання інтересів батьків та дітей. Автор підкреслював, що батьківські права належать батькам тільки до досягнення дитиною 18 років. Якщо дитина є повнолітньо недієздатною, це не означає продовження батьківських правовідносин. Зміст правовідношення між опікуном та недієздатною дитиною не є тотожним змісту батьківського правовідношення (5).

М.В.Антокольська погоджується з точкою зору В.А.Рясенцева та доповнює до ознак - захист з боку Закону, рівність прав та обов'язків між батьками (7).

Можна дійти висновку, що жити разом з батьками - це є природна потреба і право дитини, а під правом дитини на місце проживання слід розуміти юридичну можливість дитини до 14 років через законних представників, а у віці від 14 до 18 років - особисто визначати місце проживання в межах України, змінювати його, жадати від інших осіб не порушувати це право, звертатися за захистом до відповідного органу держави в разі його порушення.

Якщо батьки в силу різноманітних обставин змінюють місце проживання, то місце проживання змінюється і для дитини. Ст. 160 СК України закріплює право батьків на визначення місця проживання дитини. Назване право батьки здійснюють за взаємною згодою або за договором про визначення місця проживання дитини (ст. 109 СК). Цей договір є консенсуальним, двостороннім, може бути укладений в усній або в письмовій формі. Вперше в сімейному законодавстві закріплено правило, що дитина, яка досягла 10 років, може брати участь у договірному процесі між батьками щодо визначення питання її місця проживання. Отже, при вирішенні питання місця проживання дитини враховується думка матері, батька і десятирічної дитини (ст. 171 СК). Таким чином, з одного боку, забезпечується право батьків на особисте виховання своєї дитини, а з іншого - забезпечуються інтереси дитини, враховуючи її особисту думку.

Згідно ч. 1 ст. 161 СК України, якщо мати та батько проживають окремо, то місце проживання малолітньої дитини встановлюється за їх згодою. Отже, головним є не та обставина, де буде зареєстровано місце проживання дитини (8), а та обставина, з ким із батьків вона буде знаходитися.

Якщо батьки не дійдуть згоди щодо того, з ким із них буде проживати малолітня дитина, спір між ними вирішуватиме суд. Згідно ч. 4 ст. 119 СК України, ст. 158 СК України, органи опіки та піклування обов'язково беруть участь у розгляді справи про місце проживання дитини, а також можуть визначати способи участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею того з батьків, хто проживає окремо.

Судом вирішуються питання, хто саме з батьків стане безпосереднім вихователем дитини. При цьому суд враховує: ставлення батьків до виконання своїх обов'язків, особисту прихильність дитини до кожного з них, до братів та сестер, вік дитини, стан її здоров'я, особисті та моральні якості батьків, сімейне становище батьків, можливість створення дитині належних умов для виховання та розвитку та інші обставини, що мають істотне значення. В п. 24 Постанови Пленуму Верховного Суду України "Про застосування судами деяких норм Кодексу про шлюб та сім'ю України" від 12 червня 1998 року зазначено,

що при вирішенні спору про місце проживання дитини суд має враховувати те, хто з батьків виявляє більшу увагу до дитини і турботу про неї, особисті якості батьків, можливість створення належних умов для виховання дитини (9).

Згідно з ч. 3 ст. 160 СК України, якщо батьки проживають окремо, місце проживання дитини, яка досягла 14 років, визначається нею самою. Неповнолітня дитина має право бути вільною у праві визначення свого місця проживання. Але виникають спірні питання: по-перше, дитина самостійно вирішує, з ким із батьків їй проживати, по-друге, переселяючись до іншого міста, помешкання з метою отримання освіти або з інших підстав, як дитина пройде перереєстрацію місця проживання. З цього слідує, що дитині, якій виповнилося 14 років, повинно бути видано паспорт громадянина України.

Можна дійти висновку, що спір між матір'ю та батьком щодо місця проживання неповнолітньої дитини є безпредметним і не може розглядатися судом. Спір про місце проживання неповнолітнього суд може розглядати лише тоді, коли один із батьків тримає біля себе дитину за допомогою психічного або фізичного насильства.

Хоча факт окремого проживання одного з батьків обмежує батьківські права та обов'язки, але останній не втрачає ці права, а саме право на участь у вихованні дитини, рішення щодо способів і методів виховання, рішення питань отримання освіти, участь щодо утримання дитини тощо.

Той із батьків, з яким дитина продовжує проживати, не повинен чинити перешкоди при спілкуванні її з іншим з батьків. Винятком із цього правила є, наприклад, якщо спілкування завдає шкоди фізичному стану або психічному здоров'ю дитини, її розумовому розвитку, то краще своєчасно запобігти цьому.

Виходячи з інтересів дитини, батьки можуть дійти згоди, а саме в письмовій формі укласти договір про порядок здійснення батьківських прав і участь у вихованні дитини тим з батьків, який проживає окремо. У договорі можна конкретно вказати, в які дні тижня, години дитина буде спілкуватися, проводити час з тим із батьків, що проживає окремо, з ким вона залишатиметься на святкові дні або шкільні канікули тощо.

Добре, коли батьки можуть дійти згоди, але на практиці через напружені стосунки між батьками заключити договір неможливо. Спір вирішується судом за участю органів опіки та піклування. Виходячи з цього і враховуючи інтереси дитини, суд може встановити більш реальний порядок участі у вихованні дитини тим батьком, який проживає окремо. Той з батьків, хто продовжуватиме проживати спільно з

дитиною, повинен виконувати рішення суду і не чинити перешкод до спілкування з іншим із батьків.

Спір про визнання місця проживання дитини суд може розглядати і до припинення шлюбу між батьками, і під час розірвання шлюбу, і після розірвання шлюбу. Але головне, щоб рішення суду дійсно відповідало інтересам дитини. Вирішення справи залежить від віку дитини; так, з десяти років суд повинен заслухати думку дитини, з ким із батьків вона хоче жити.

Спори про місце проживання дитини можуть вирішуватися судом неодноразово, тому, що умови виховання дитини можуть змінюватися під впливом різних обставин, наприклад, зміна стану здоров'я батька (матері), поява вітчима (мачухи), зміна умов проживання тощо. Можна вважати, що суд не може відмовити прийняти позовну заяву лише за тієї причини, що цей спір вже був предметом судового розгляду. Спір про місце проживання дитини розглядається судом за місцем проживання дитини та того батька, що проживає разом з нею. Якщо один із батьків проживає на території сусідньої держави, спір вирішується за законодавством тієї країни, де постійно проживає дитина. При вирішенні спору суд віддає перевагу тому з батьків, який може забезпечити більш сприятливі умови виховання дитини. Якості моральні та особисті матері чи батька, як вихователів - важливий критерій для вирішенні долі заявленого позову. За точкою зору М.В. Антокольської, під особистими якостями батьків-вихователів можна враховувати освіту, фізичний та психічний стан здоров'я. Моральними якостями, які можуть негативно вплинути на рішення суду, є зловживання спиртними напоями, наркотичними речовинами, зайняття видами діяльності, які заборонені законом, невиконання батьківських обов'язків, притягнення до судової або адміністративної відповідальності та інші обставини, що тягнуть позбавлення батьківських прав (9).

Дуже тривалий час на законодавчому рівні неможливо було забезпечити захист прав та інтересів того з батьків, хто проживає окремо. Пропонувалися різні способи впливу на недобросовісного батька (матір). Наприклад, пропонувалося припинити виплату аліментів тому з батьків, який перешкоджає в спілкуванні, вихованні дитини іншому батькові (матері), хто проживає окремо. Але цей спосіб в першу чергу порушував би права та інтереси дитини. Право на спілкування є особистим правом батьків. Отже, якщо один із батьків чинить перешкоди у спілкуванні другому з батьків, то це є порушенням не тільки права останнього, але й права дитини на спілкування (ст. 153 СК України). Тому за ч. 4 ст. 157 СК України, батьки можуть укласти договір щодо здійснення батьківських прав на спілкування, виховання тим із бать-

ків, що проживає окремо, а у разі його порушення, батько, з яким проживає дитина, зобов'язаний відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану другому з батьків, хто проживає окремо від дитини.

Вперше в Сімейному Кодексі України передбачена санкція до того з батьків, з ким проживає дитина, якщо той чинить перешкоди при спілкуванні з іншим з батьків, ухиляється від виконання рішення суду про способи участі одного з батьків у вихованні дитини, останній має право подати позов про передачу йому дитини. Особа, яка ухиляється від виконання рішення суду, зобов'язана також відшкодувати матеріальну і моральну шкоду тому з батьків, хто проживає окремо від дитини (ст. 159 СК).

Таким чином, судовий порядок захисту прав дитини, прав батька (матері), який проживає окремо від дитини, є гарантією здійснення батьківських прав та обов'язків щодо питання виховання дитини. Гарантією захисту є й та обставина, що за Сімейним законодавством України дитина має право на захист своїх прав особисто з чотирнадцяти років.

За ст. 162 СК України самостійна зміна місця проживання малолітньої дитини, в тому числі викрадення її без згоди другого з батьків, або без рішення суду, також тягне повернення дитини тому з батьків, з ким вона проживала, та відшкодування моральної та матеріальної шкоди.

Можна зробити висновок, що в цивільному законодавстві необхідно чітко визначити питання щодо місця проживання неповнолітніх осіб, які навчаються в навчальних закладах поза постійним місцем свого проживання, та інших громадян, які самостійно тимчасово не можуть обирати його собі.

Держава наділяє батьків певними правами та обов'язками, зазначеними в Сімейному Кодексі України, піклування про дітей, його виконання є рівним правом і обов'язком батьків. Вони повинні враховувати думку своїх малолітніх дітей, та не порушувати інтересів своїх неповнолітніх дітей. За будь-яких обставин, які порушують права дитини, батьки мають позачергове право захисту інтересів своїх дітей.

Окремі проблеми правового регулювання виховання дитини батьками

Виховання дитини – це складний безперервний процес, який потребує від батьків багато часу та уваги. Одним із основних батьківських обов'язків є обов'язок по належному вихованню дитини, прищеплення їй моральних цінностей, духовності, культури своєї нації. Саме батьки повинні навчити дитину формувати систему пріоритетів та ні в якому разі не дати їй спотворити існуюче світосприйняття. Батьки повинні виховати особистість, яка б із повагою ставилася до прав та свобод інших людей, любила б свою сім'ю, свій народ, свою Батьківщину. Саме тому правове регулювання питання виховання дитини батьками займає одне із центральних місць в системі особистих немайнових прав, які врегульовуються нормами сімейного права.

Сімейний кодекс, пропагуючи моральні цінності, закріпив у своїх нормах переважне право батьків перед іншими особами на особисте виховання дитини. Переважність наданого їм права полягає у тому, що саме батьки обирають ті моральні та духовні цінності, релігію та віровчення, які вони хочуть передати своїй дитині, і ніхто не вправі їм у цьому завадити. Без дозволу батьків жодна інша людина не має права впливати на поведінку дитини та застосовувати до неї виховні заходи. Виховання в сім'ї є першоосновою розвитку особистості дитини. На кожного з батьків покладається однакова відповідальність та виховання, навчання і розвиток дитини. Батьки або особи, які їх замінюють, мають право і зобов'язані виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, духовний і моральний розвиток, навчання, створювати належні умови для розвитку її природних здібностей, поважати гідність дитини, готувати її до самостійного життя та праці.

Слід зазначити, що законодавець, враховуючи інтерес суспільства, чітко визначає вектор виховання майбутнього покоління – виховання дитини в дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини (ст. 150 Сімейного кодексу України), розвиток її особистості (ст. 23 Конституції України), розвиток особи, талантів, розумових і фізичних здібностей дитини в найповнішому обсязі, виховання поваги до прав людини та основних свобод, виховання поваги до батьків дитини, її культурної самобутності, мови і національних цінностей країни, в якій дити-

на проживає, країни її походження та до цивілізацій, відмінних від її власної, підготовка дитини до свідомого життя у вільному суспільстві в дусі розуміння, миру, терпимості, рівноправності чоловіків і жінок та дружби між усіма народами, етнічними, національними і релігійними групами, а також особами з корінного населення, виховання поваги до навколишньої природи (Ст. 29 Конвенції про права дитини). Дотримуючись цих напрямів розвитку духовного світу дитини, можна виховати повноцінного члена суспільства із адекватним світоглядом, що є надзвичайно важливим для держави.

Такий ціннісний орієнтир також необхідний і тому, що батьки мають право обирати форми та методи виховання. При цьому, Сімейний кодекс України (ч. 3 ст. 151) децю обмежує батьків у виборі лише нормами права та нормами моралі. Незаконні або аморальні форми та методи виховання дитини можуть бути підставою для позбавлення батьківських прав.

Одним із традиційних методів виховання дітей в Україні є застосування до них фізичної сили, але орієнтуючись на Європейські цінності, законодавець вважає, що застосування фізичних покарань дитини є недопустимим, оскільки, по-перше, такі покарання принижують дитину та порушують принципи здійснення батьками своїх прав та виконання обов'язків, які мають ґрунтуватися на повазі до прав дитини та її людської гідності, по-друге, ще й тому, що вона негативно впливає на світосприйняття дитини, може шкодити її духовному та фізичному розвитку та перешкоджає формуванню повноцінної особистості. Це свого роду є реальною проблемою та перешкодою у вихованні дитини, оскільки будь-яке фізичне покарання дитини (навіть незначне) вважатиметься порушенням норм сімейного права і є підставою для звернення дитини за захистом до держави, адже право на батьківське виховання забезпечується системою державного контролю. Відповідно до чинного законодавства державний контроль за належним здійсненням покладається на низку державних органів, провідне місце серед яких посідають органи опіки і піклування. Звернення до відповідних органів за захистом своїх прав до відповідних органів є визначальним способом відстоювання власних прав та охоронюваних законом інтересів, які може протиставити дитина неправомірній поведінці своїх батьків. І саме важлива роль тут покладається на державу, яка захищаючи дитину від протиправності батьків, повинна здійснити її своєчасний та ефективний захист від: усіх форм фізичного і психічного насильства, образи, недбалого і жорстокого поводження з нею, експлуатації, включаючи сексуальні зловживання, у тому числі з боку батьків або осіб, які їх замінюють; втягнення у злочинну діяльність, залучення до вживання алкоголю, наркотичних засобів і

психотропних речовин; залучення до екстремістських релігійних психокультових угруповань та течій, використання її для створення та розповсюдження порнографічних матеріалів, примушування до проституції, жебрацтва, бродяжництва, втягнення до азартних ігор тощо.

Справді, з одного боку, дитина захищається і від фізичного, і від психічного насилля, але з іншого - у Сімейному кодексі не передбачено відповідальності за психічне насилля батьків над дитиною, яке має набагато важчі наслідки, аніж невеликі фізичні покарання. Можна, звичайно, піддати розширеному тлумаченню п. 3 ч. 1 ст. 164 Сімейного кодексу України, яка передбачає, що жорстоке поводження з дитиною є підставою позбавлення батьківських прав, але визначити ступінь жорстокості психічного насилля є досить проблематичним. Чи буде визнаватись жорстоким поводженням з дитиною постійне нагадування їй про те, що вона живе за батьківські кошти, не допомагає по господарству, натяки на те, що їй час жити окремо, залякування, що її комусь віддадуть і т.ін? Навряд чи, хоча така поведінка пригнічує дитину набагато більше, аніж фізичні покарання, тому слід було б визначити критерії впливу на дитину, а не піддавати фізичний вплив повній забороні.

У зв'язку з тим, що діти до досягнення певного віку мають дещо обмежені фізичні та розумові властивості, що обумовлюється недостатністю життєвого досвіду та неможливістю адекватно відтворювати дійсність, то саме батьки і повинні піклуватись про них, слідкувати за їх здоров'ям, за їх фізичним, духовним та моральним розвитком, а у випадках хвороби або виявлення аморальності у вчинках дитини батьки зобов'язані негайно вжити заходів по відновленню нормально-го психофізіологічного стану дитини. Саме тут іноді буває просто необхідним застосувати фізичне покарання (наприклад, силою відібрати алкоголь, наркотичні чи психотропні речовини, силою доставити дитину на примусове лікування після вживання лікарських препаратів в обсязі, що перевищує терапевтичний ефект тощо), яке забороняється нормами цивільного права.

Своєрідною гарантією належного виховання дитини виступає і надане їй право противитись неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї, що може виражатись у відмові виконувати протиправні, або такі, що принижують дитину, вказівки батьків; у вимозі до батьків про виконання їх обов'язків; у зверненні до відповідних органів за захистом своїх прав та у інших, не заборонених законом способах. Коли ж дитині виповниться 14 років, то в неї виникає нове право - звернутись за захистом своїх прав до найбільш ефективної системи державної влади - судової. Проте це не означає, що до досягнення чотирнадцятирічного віку дитина позбавлена такого права.

Зовсім ні, проте в цьому випадку замість неї до суду за захистом її прав можуть звернутись органи опіки та піклування чи інші з вказаних вище органів, які будуть виступати представниками цієї дитини. Це необхідно для того, щоб батьків, які систематично ухиляються від виконання своїх обов'язків по вихованню дитини, можна було позбавити батьківських прав та передати дитину у майбутньому на виховання опікунам чи усиновителям.

Продовжуючи розглядати можливість застосування фізичних покарань дітей батьками, слід все ж таки відмітити, що мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо вона, він жорстоко поводяться з дитиною. У відповідності із Принципом 9 Декларації прав дитини, «дитина повинна бути захищена від усіх форм недбалого відношення, жорстокості та експлуатації». Саме тому державою створено мережу органів та установи, на які покладається здійснення заходів з попередження насильства в сім'ї (спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань попередження насильства в сім'ї; службу дільничних інспекторів міліції та кримінальну міліцію у справах неповнолітніх органів внутрішніх справ; органи опіки і піклування; спеціалізовані установи для жертв насильства в сім'ї: кризові центри для жертв насильства в сім'ї та членів сім'ї, стосовно яких існує реальна загроза вчинення насильства в сім'ї; центри медико-соціальної реабілітації жертв насильства в сім'ї). При цьому під жорстоким поводженням з дитиною доцільно розуміти будь-які умисні дії фізичного насильства (умисне нанесення дитині побоїв, тілесних ушкоджень, що може призвести або призвело до її смерті, порушення фізичного чи психічного здоров'я, нанесення шкоди її честі і гідності), сексуального (протиправне посягання батьків чи одного з них на статеву недоторканність дитини, а також дії сексуального характеру по відношенню до неї), психологічного (пов'язане з впливом на дитячу психіку шляхом словесних образ або погроз, переслідування, залякування, якими навмисно спричиняється емоційна невпевненість, нездатність захистити себе та може завдаватися або завдається шкода психічному здоров'ю) чи економічного насильства (умисне позбавлення дитини житла, їжі, одягу та іншого майна чи коштів, на які вона має передбачене законом право, що може призвести до її смерті, викликати порушення фізичного чи психічного здоров'я), якщо ці дії порушують конституційні права і свободи члена дитини як людини та громадянина і завдають їй моральну шкоду, шкоду її фізичному чи психічному здоров'ю.

Таким чином, можна відмітити деякий взаємозв'язок між поведінковими впливами: фізичне покарання - завжди протиправне; психічний

вплив - протиправний лише тоді, коли визнається жорстоким поведінням (хоча процедура та критерії визнання законодавцем не встановлені і віддаються на суб'єктивний розсуд суду). Ми ж вважаємо таке відношення до методики виховання не зовсім вірним, тому пропонуємо визначити ті критерії, які допускати будуть застосування фізичного впливу на дітей.

За орієнтир варто було б узяти такі критерії, наприклад, як крайня необхідність застосування фізичного покарання, оскільки основною метою здійснення будь-яких батьківських прав є задоволення інтересів дитини, а покарання дитини за те, що вона вчинила (чи має на меті вчинити) вбереже її від необдуманих кроків і в перспективі задовольнить її інтерес у більшій мірі, ніж вчинювана нею поведінка (наприклад, покарати дитину за те, що вона намагалась підпалити старий вибухонебезпечний снаряд в момент розпалювання вогнища навколо нього); своєчасність покарання, яка полягає в тому, що не можна після спливу певного часу фізично карати дитину за провину, про вчинення якої стало відомо багато раніше; розумність покарання, яка охоплює цілий ряд категорій (припинення покарання після припинення шкідливої поведінки дитини; співрозмірність шкоди і покарання; доцільність застосування покарання в даний момент; частота застосування тощо) і в цілому виражає правильність застосування фізичних покарань.

Представництво малолітніх, неповнолітніх осіб та фізичних осіб, визнаних недієздатними

У ст. 242 ЦК України зазначено, що батьки (усиновлювачі) є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей, а опікуни є законними представниками малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною [1]. Звідси видно, що закон прирівняв батьків та опікунів за їх правовим становищем до представників.

В теорії цивільного права вже ставилось питання про недоцільність визнавати батьків в якості законних представників, але, на думку Я.Р. Веберса, теорія не дає їм іншої кваліфікації [4, с. 143]. У зв'язку з цим зупинимось на питанні визначення правової природи волевиявлення батьків у майнових відносинах щодо дитини, порівнюючи їх із представництвом.

Слід підкреслити, що представник, як правило, діє в інтересах особи, яку представляє за її рахунок. Відповідно ст. 179 СК України аліменти, одержані на дитину, є власністю того з батьків, на ім'я кого вони виплачуються, і мають використовуватися за цільовим призначенням. Представник не може стати власником майна, одержаного на користь особи, яку він представляє. На підставі ст. 178 СК України дохід, одержаний від використання майна малолітньої дитини, батьки мають право використовувати на виховання та утримання інших дітей та на невідкладні потреби сім'ї.

Представник же зобов'язаний звітуватися перед особою, яку він представляє, за використання її майна і не має права використовувати це майно на користь інших осіб.

Те, що правове становище батьків визначається батьківством (материнством), а не представництвом, доводить і той факт, що повноваження по управлінню майном недієздатних не завжди реалізується за допомогою представництва. Ті правочини батьків, які вони вчиняють у відношенні майна недієздатного, але від власного імені, наприклад, продаж речей, які належать дитині, не підпадають під поняття представництва.

Необхідно звернути увагу й на те, що обсяг прав і обов'язків (зміст правоздатності) батьків і дітей постійно змінюється. Обсяг правоздатності батьків у зв'язку з підростанням дитини зростає, а у їх дітей розширюється. Так, дитина, яка досягла чотирнадцяти років, має право на вільне самостійне пересування по території України.

До цього вона мала право пересуватись по території України лише за згодою батьків та в їхньому супроводі. По досягненні шістнадцяти років неповнолітній має право самостійно виїжджати за межі України (ст. 315 ЦК України).

Якщо відносини між батьками і їх малолітніми дітьми не носять характеру представницьких відносин, то батьки не виступають також представниками своїх неповнолітніх дітей. Такий висновок випливає із ст. 32 ЦК України. Згідно з цією статтею неповнолітній сам вчиняє правочини, а те, що батьки дали згоду на це, впливає не з їх представницьких функцій, а з обсягу їх правоздатності і суб'єктивних прав [5, с. 87].

Тому, приєднуючись до думки І.А. Бірюкова, хочемо зазначити, що правове становище батьків визначається батьківством (материнством), а не представництвом.

Зазначимо, що якщо права батьків щодо своїх неповнолітніх дітей впливають з природних прав людини, частина з яких визначені законом, і будь-яких додаткових заходів для встановлення цих прав не потребується, то зовсім по іншому вирішується питання щодо опіки та піклування.

За цивільним законодавством опікун - це особа, на якій лежить весь комплекс обов'язків по догляду, вихованню, турботі про підопічних. Закон установлює суворі вимоги щодо особистості опікуна [3, с. 72-73].

Опікуни недієздатних не вправі вчиняти правочини з підопічними, а також представляти інтереси осіб, які знаходяться у них під опікою й піклуванням при вчиненні правочинів або веденні судових справ між підопічним і чоловіком (дружиною) опікуна і його близьких родичів. Але є випадки, коли цього правила не дотримуються. Підтвердженням цього може бути наступна ухвала Вінницького апеляційного суду.

А пред'явила позов до Б і К про перерозподіл часток у домоволодінні. Переглядаючи рішення в справі, апеляційний суд м. Вінниці встановив, що будинок спірного домоволодіння належить малолітньому П, який знаходився під опікою А, і якого не було залучено судом до участі в справі, в результаті чого задоволення позову спричинило зменшення його частки. Скасувавши рішення районного суду, апеляційний суд постановив ухвалу, у якій зазначив, що при новому розгляді справи необхідно залучити в якості відповідача малолітнього П і забезпечити участь у справі опікуна або іншого законного представника [7]. Однак єдиним представником П є його опікун А, що виступає позивачем. Апеляційний суд не роз'яснив, як діяти в такому випадку.

Хоча в ч. 3 ст. 238 ЦК України і зазначено, що представник не може вчиняти правочин від імені особи, яку він представляє, у своїх

інтересах або в інтересах іншої особи, такі випадки, як бачимо, все ж таки трапляються. І справа тут, здається, не в судових помилках. На нашу думку, ці випадки свідчать про недостатньо чітке врегулювання правового становища опікунів (піклувальників) у судовому процесі. З одного боку, закон забороняє брати участь у справі представнику, якщо інтереси підопічного суперечать його інтересам або інтересам його дружини (чоловіка) й близьких родичів, а з іншого боку, не вказує, як же повинні бути здійснені цивільні й процесуальні права підопічного, якщо така колізія інтересів все-таки виникла [8, с. 124].

Зазначені норми акцентують увагу на правовому становищі опікуна і не згадують органи опіки і піклування. Між тим опіка (піклування) є особливою формою державної турботи про неповнолітніх дітей, що залишились без піклування батьків, та повнолітніх осіб, які потребують допомоги щодо забезпечення їх прав та інтересів [6].

Держава наділила органи опіки і піклування широкими повноваженнями щодо здійснення суб'єктивних прав і виконання обов'язків осіб, які за станом здоров'я чи віком не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки [5, с. 88].

У зв'язку з тим, що орган опіки і піклування створено державою і є складовою частиною державного управління в сфері забезпечення прав та інтересів дітей, недієздатних та обмежено дієздатних осіб, а також те, що ці органи наділені низкою прав та обов'язків щодо організації опіки і піклування, то є всі підстави стверджувати, що ці органи займають чільне місце в представницьких правовідносинах. Специфіка діяльності органів опіки і піклування проявляється в тому, що вони хоч і не є безпосередніми учасниками представницьких правовідносин, але перебирають на себе право визначати волю недієздатної особи при призначенні опікуна та здійсненні контролю за його діяльністю.

Так, згідно зі ст. 71 ЦК України, опікун не має права без дозволу органу опіки та піклування:

відмовитися від майнових прав підопічного;

видавати письмові зобов'язання від імені підопічного;

укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договору щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири;

укладати договори щодо іншого цінного майна [9, с. 231-232].

Опікун повинен погоджувати свої дії з волею органу опіки і піклування. Це дає підстави стверджувати, що опікун є представником органу опіки і піклування щодо здійснення прав і виконання обов'язків підопічного.

Необхідність попередньої згоди органів опіки на вчинення правочинів забезпечує інтереси неповнолітніх. В житті не виключені випадки, коли опікун змушений в інтересах підопічного вчинити правочин до отримання відповідного дозволу. Наприклад, при тяжкій хворобі підопічного може виникнути необхідність в швидкій реалізації частини його майна для використання отриманих коштів на лікування. Визнавши продаж доцільним, органи опіки вправі погодити дії опікуна, і договір купівлі-продажу, проведений при таких обставинах, буде визнано дійсним [10, с. 188].

Саме тому за своїм правовим становищем опікун виступає не так представником недієздатного, як представником органу опіки і піклування, який доручив йому здійснювати суб'єктивні цивільні права і виконувати обов'язки підопічного. Таке доручення засноване на рішенні суду про призначення опікуна.

На орган опіки і піклування як носія волі недієздатного чи малолітнього повинно бути покладено відповідальність за дії опікуна щодо порушення прав підопічного як за власні (це відповідатиме вимогам ст. 240 ЦК України).

Такий висновок не тільки впливає з правової природи представництва, як слушно, на нашу думку, зазначив І.А. Бірюков, а й відповідає принципу справедливості, що є складовою частиною загальних засад цивільного законодавства України [2, с. 70].

Недієздатні особи не можуть розуміти значення своїх дій, отже, вони не можуть і нести відповідальності за завдану у результаті правочину шкоду майну особи, що вступили з ним в правочин. У свою чергу, дієздатна особа, що вчинила з недієздатною особою правочин й спричинила у зв'язку із цим майновий збиток останній, зобов'язана цей збиток відшкодувати [11, с. 27].

Наприклад, Котів виміняв у недієздатного Ясова під час відсутності його опікуна чоботи на хутряну шапку, знаючи, що Ясов недієздатний. Суд визнав цей правочин недійсним і зобов'язав Котова повернути чоботи підопічному. Шапка ж Котова Ясовим була приведена в непридатність. У цьому випадку збитки лягають на самого власника шапки, який вчинив правочин з недієздатною особою.

Опікуни в подібних випадках ніякої відповідальності за дії підопічних не несуть [12].

Шкода, завдана недієздатною фізичною особою, відшкодовується опікуном або закладом, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, якщо він не доведе, що шкода була завдана не з його вини. Обов'язок цих осіб відшкодувати шкоду, завдану недієздатною фізичною особою, не припиняється в разі поновлення її цивільної дієздатності (ч. 1 ст. 1184 ЦК України) [1]. Але в цьому законодавчому визначенні закладено можливість порушення принципу справедливості та

добросовісності. Адже не секрет, що недієздатний може завдати шкоду іншій особі за умови невинуватості опікуна. То чи справедливим для потерпілого буде відмова у відшкодуванні завданої йому шкоди? Може статись і так, що опікун хоч і не доведе, що шкода була завдана не з його вини, але виявиться неплатоспроможним, то і в цьому випадку потерпілий залишиться без задоволення, що теж буде несправедливим.

Необхідно звернути також увагу і на те, що, наділяючи органи опіки і піклування широкими повноваженнями щодо захисту прав підопічних та визначаючи різні форми турботи про них, держава в той же час не покладає майнової відповідальності за завдану шкоду особі, яка знаходиться під опікою, ні на ці органи, ні на себе. Обов'язок органу опіки та піклування вимагати від опікуна відшкодування майнових збитків, завданих підопічному недобросовісним або недбалим виконанням опікунських обов'язків (п.4.16. Правил опіки та піклування), є занадто слабкою ланкою у загальній системі заходів щодо відшкодування завданої цим особам шкоди (у опікуна може не виявитись майна, він може втратити заробіток тощо) [5, с. 88].

Про те, що підопічним завдається шкода, свідчить випадок, що стався на початку 2004 року у м. Каневі. Четверо малолітніх дітей віком від 9 до 13 років залишили дитячий будинок, в якому вони знаходились за направленням органу опіки і піклування, і пішли в м. Черкаси. До Черкас вони добирались 10 діб. Внаслідок переохолодження одному з цих дітей було ампутовано ступні ніг. Всі вони довгий час знаходились на стаціонарному лікуванні [13, с. 3].

Залишається не визначеним питання - за чий рахунок і в якому обсязі буде відшкодовуватись шкода, заподіяна цим дітям? Ст. 1199 та інші статті ЦК України чіткої відповіді на ці питання не дають.

Така невизначеність є несправедливою, особливо в порівнянні зі ст. 1177 ЦК України, в якій держава взяла на себе обов'язок відшкодувати майнову шкоду, завдану майну фізичної особи внаслідок злочину, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною.

Взявши передбачений ст. 1177 ЦК України обов'язок, держава проявила турботу про майно фізичної особи, і це похвально, але, приєднуючись до думки І.А. Бірюкова, хочемо зазначити, що було б ще краще, якби держава взяла на себе обов'язок відшкодувати майнову і моральну шкоду особі, яка, знаходячись під опікою, втратила не тільки майно, а й здоров'я, не говорячи вже про її честь та гідність.

Визнання за органом опіки і піклування статусу носія волі недієздатної чи малолітньої особи, а за опікуном статусу особи, що безпосередньо втілює цю волю в життя, потягне за собою не тільки перегляд теоретичних положень у сфері представництва, а й призведе до

більш дієвого забезпечення особистих немайнових та майнових прав підопічних [5, с. 88].

У зв'язку з вищевикладеним пропонуємо ст. 242 ЦК України викласти в такій редакції:

„1. Батьки здійснюють свої права та обов'язки щодо дітей на підставі сімейного законодавства.

2. Орган опіки і піклування є виразником волі малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною.

Опікун є представником органу опіки і піклування.”

Крім того, на нашу думку, ЦК України слід доповнити статтею 1177-1 „Відшкодування майнової шкоди, завданої малолітній чи недієздатній особі її опікуном” наступного змісту:

1. Майнова шкода, завдана малолітній чи недієздатній особі з вини її опікуна, відшкодовується ним у повному обсязі.

У разі виявлення неплатоспроможності опікуна така шкода відшкодовується державою.

2. Умови та порядок відшкодування державою майнової шкоди, завданої малолітній чи недієздатній особі її опікуном, встановлюється законом.”

А також ст. 1184 ЦК України доповнити пунктом третім наступного змісту: „3. Якщо буде доведено, що майнова шкода була завдана недієздатною фізичною особою не з вини опікуна або закладу, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, або він виявиться неплатоспроможним, то така шкода відшкодовується державою.

Умови та порядок відшкодування майнової шкоди, завданої майну фізичної особи недієздатним, встановлюється законом.”

Що ж стосується віднесення на сьогоднішній день патронатних вихователів, прийомних батьків та батьків-вихователів до представників за законом, як це запроваджено змінами, внесеними до Сімейного кодексу України, то, на нашу думку, це не відповідає дійсності. Для отримання дітей на виховання та утримання патронатні вихователі, прийомні батьки, батьки-вихователі укладають договір з органом опіки та піклування. Звідси випливає, що за підставами виникнення представництва, здійснюване названими особами, швидше можна назвати договірним, ніж законним.

Використана література:

1. Цивільний кодекс України. Затверджений Законом України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник. - 2003. - № 11. - Ст. 461.

2. Бірюков І.А. Правове становище батьків і опікунів при укладенні ними правочинів стосовно своїх малолітніх дітей чи підопічних ним осіб // Бюлетень Міністерства юстиції України. - №6. - 2004. - С. 65-71.

3. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. - М.: Академия наук СССР, 1954. - 238 с.

4. Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. - Рига: Знание, 1976. - 231 с.

5. Бірюков І.А. Співвідношення природних прав з цивільною правоздатністю та суб'єктивними правами фізичної особи // Бюлетень Міністерства юстиції України. - №8. - 2004. - С. 83-89.

6. Правила опіки та піклування: Затверджені Наказом Державного комітету у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, МОЗ України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26.05.1999 року № 34 // Офіційний вісник України. - 1999. - №26. - Ст. 1012.

7. Справа № 3-135 за 2002 р., Апеляційного суду м. Вінниці.

8. Бобренко Я., Скловский К. Вопросы гражданского представительства в судебной практике // Советская юстиция. - 1982. - №9. - С. 120-124.

9. Гражданское право: Учебное пособие: В 2 т. / Под общ. ред. П.Е. Орловского и С.М. Корнеева. - М.: Юрид. лит., 1969. - Ч. 1. - 558 с.

10. Пергамент А.И. Опекун как гражданско-правовой представитель несовершеннолетнего // Ученые записки ВЮЮН. - М. - 1968. - № 14. - С. 174 - 197.

11. Ершова Н.М. Опекa и попечительство над взрослыми. - М.: Госюриздат, 1962. - 43 с.

12. Справа № 12-662 за 2001 р., Дарницького районного суду м. Києва.

13. Калинов С.О. Чому постраждали діти? // Факти. - 2004. - 24 лютого. - №38. - С. 3.

Демиденко К.Є., старший викладач кафедри теорії та історії держави і права Київської державної академії водного транспорту ім. П. Конашевича-Сагайдачного

Особисті немайнові права дитини – від зачаття до повноліття в рамках застосування нового Сімейного кодексу України

На сьогодні дитина розглядається як повноправний суб'єкт права, як повноправний член сім'ї (ст. 3 СК України), як повноправна особистість. Втім, у зв'язку з вузьким розумінням поняття "суб'єкт права", дитина, яка ще знаходиться в утробі, статусу суб'єкта не має. Прийнято вважати, що конкретні суб'єктивні права закріплюються лише за суб'єктом, який існує реально та самостійно, тобто після повного відділення плоду від матері.

Дитина як людська істота^[1] поєднує в собі біологічні та соціальні начала з вищою формою розвитку психіки - свідомістю, яку вона повинна мати^[2]. Тобто саме такою з юридичної точки зору дитина стає в момент народження. Поки що факт народження, підтверджений медичною наукою (медицина, як правило, при визначенні моменту народження керується критерієм початку самостійного дихання^[3]), вважається самим підходящим моментом, який визначає існування нової людини з точки зору права^[4].

Зачата дитина розглядається як можливий суб'єкт права. Держава в такий спосіб лише гарантує, але не визначає права за майбутнім суб'єктом. Проблема полягає в тому, що не існує чіткого визначення того моменту, коли зародок набуває прав особи^[5], тобто стає свідомим. Прихильники концепції природного права, зокрема Е.Вольф

¹ Конвенція про права дитини від 20.11.1989 р. Набула чинності для України з 27.09.1991 р. - Ст. 1.

² Див.: Клеандров М.И. О более широком понимании правосубъектности или о странных субъектах права. // www.philosophy.nsc.ru.

³ Гражданское право: Учеб.: В 3т. Т.1. / Н.Д.Егоров, И.В. Елисеев и др.; Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. - М., 2004. - С. 116.

⁴ Див.: Analyzing moral issues. / Judith A.Boss. - Mayfield Publishing Company, 1999. - S. 137.

⁵ Грищенко В.І. Морально-етичні аспекти допоміжних репродуктивних технологій. // Нова медицина. - № 4. - 2002. - С. 46.

(E.Wolf), розглядають ембріон в якості живої істоти та підкреслюють, що ембріон має самостійне життя і дорівнюється в правах до новонародженого^[6]. Але більшість авторів продовжують дотримуватися думки, що ні на жодній стадії свого розвитку ембріон не отримує критеріїв особистості^[7]. Різниця між вже народженою людиною і ембріоном полягає саме в усвідомленні права на життя^[8].

Спираючись на медико-філософську концепцію, можна зробити припущення, що людина в процесі свого розвитку проходить дві загальні стадії: а) від моменту свого зачаття до народження, і, б) від народження до смерті. З огляду на це слід погодитись з точкою зору М.І.Клеандрова, який зауважує, що людина зачата і людина, яка вже народилась - це одна й та ж сама людина, яка у своєму розвитку проходить дві стадії. І різні права та законні інтереси цієї людини на двох стадіях її розвитку повинні бути повністю захищені. Успіхи сучасної медицини на сьогоднішній день можна назвати такими, при яких вірогідність нормального переходу розвитку людини з першої в другу стадію практично дорівнюють ста відсоткам^[9]. Той факт, що ембріон - це майже людина, дає можливість розглядати проблему правового статусу ембріона лише з моральних позицій.

На даному етапі маємо констатувати, що понятійний юридичний апарат є неповним, термінологія - недосконала, а спеціального терміну, який би визначав наявність прав у ембріона (порівняно, наприклад, з правоздатністю вже народженої дитини) немає взагалі.

З огляду на ст. 123 СК України спробуємо зробити деякі висновки: *по-перше*, національне законодавство має відповідати сучасному рівню новітніх технологій, тому пропонується прийняти проект Закону щодо допоміжних репродуктивних технологій, який розширить та розв'є норми ст. 123 СК; *по-друге*, дитина, народжена з застосуванням допоміжних репродуктивних технологій, у правових відносинах з батьками, за своїм правовим статусом дорівнюється до інших дітей, народжених в шлюбі природним способом. Однією з етико-правових проблем при застосуванні запліднення *in vitro* (в пробірці), вважається недотримання права майбутньої дитини народитися від подружжя;

⁶ Див.: Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. - Рига, 1976. - С. 107.

⁷ Див.: Analyzing moral issues. / Judith A.Boss. - Mayfield Publishing Company, 1999. - S. 116.

⁸ Див.: Matters of life and death. New introductory essays in moral philosophy. / Tom Regan. North Carolina state university at raleigh, 2002. - S. 262.

⁹ Клеандров М.И. О более широком понимании правосубъектности или о странных субъектах права. // www.philosophy.nsc.ru.

по-третє, у відносинах між донором і замовниками батьківство визнається за замовниками дитини; в якості специфічного об'єкта донорства пропонується визначати організм сурогатної матері; по-четверте, матір'ю дитини при штучному заплідненні (як методом інсемінації, коли яйцеклітина належить саме цій жінці, так і методом іновуляції, коли донор яйцеклітини і штучно запліднена жінка не співпадають в одній особі) та сурогатному материнстві слід вважати жінку, яка є нездатною народити дитину самостійно (і цей факт має бути підтверджено медичною наукою) і на лікування якої було застосовано штучне запліднення; по-п'яте, на сьогодні в національному законодавстві не існує відповідної термінології, яка б визначала правове положення нових суб'єктів права, наприклад, ембріона (пропонуємо визнати ембріон ("nasciturus") новим суб'єктом права), що надасть змогу захищати його потенційні права на законодавчому рівні.

Право дитини на виховання розглядається як одне з найважливіших серед інших немайнових прав вже народженої дитини. Право дитини на отримання сімейного (батьківського) виховання (ст. 152 СК) необхідно розглядати у відповідності до обов'язку батьків щодо виховання та розвитку дитини (ст. 150 СК).

Виховання в межах сім'ї розглядається як процес, що відбувається між батьками і дітьми, відносно останніх; за межами ж сім'ї виховання розглядається як процес, безпосередньо пов'язаний з напрямками політики щодо охорони материнства та дитинства і стратегії держави щодо виховання підростаючого покоління. Обидва процеси тісно пов'язані між собою та складають єдине ціле, що стає підґрунтям сімейного виховання та ідентифікації дитини в суспільстві. Ці процеси настільки взаємообумовлені, наскільки пов'язані між собою сім'я та суспільство, тобто, умовно кажучи, дитина розглядається як специфічний "продукт" взаємовідносин сім'ї та суспільства. Тому інтереси дитини мають бути захищеними як зсередини сім'ї, так і ззовні.

Право дитини на отримання належного сімейного виховання виникає у неї в момент народження. Кожна дитина, яка народжується, наділяється правом на сімейне виховання, як невід'ємним від її особистості суб'єктивним правом, яке виникає разом з визнанням дитини суб'єктом права, тобто з моменту її народження¹⁰.

Законодавство, зокрема ч. 3 ст. 5 СК, віддає перевагу саме сімейному вихованню (виконуючи свої обов'язки, батьки здійснюють своє право на особисте виховання дітей (ч. 1 ст. 151 СК), забезпечуючи тим самим реалізацію права дитини на отримання належного сімейного виховання (ст. 152 СК) перед іншими його формами - усинов-

¹⁰ Див.: Пергамент А.И. Основания возникновения и сущность родительских прав. // Правовые вопросы семьи и воспитания детей. - М., 1968. - С. 59.

ленням, встановленням опіки та піклування, патронажу. Деякі автори право (обов'язок) батьків на виховання дитини доповнюють правом (обов'язком) батьків щодо надання дитині мінімального освітнього рівня^[11], а інколи поширюють й на вибір віросповідання. Оскільки в праві на виховання тісно переплітаються майже всі особисті права та обов'язки батьків, його не можна відокремлювати від інших батьківських прав^[12].

У СК міститься чимало норм, які слугують забезпеченню особистого контакту вихователя з тим, кого він виховує. Зокрема, право батьків на особисте виховання дитини, крім інших правомочностей, включає в себе право батьків визначати місце проживання дітей, як членів однієї сім'ї. Саме тому місце проживання малолітньої дитини, виходячи зі ст. 160 СК, визначається місцем проживання її батьків або інших законних опікунів. При вирішенні спору щодо місця проживання малолітньої дитини, суд виходить з існуючої тенденції визначення місця проживання малолітньої дитини з матір'ю, оскільки дитина в більшості випадків потребує саме материнської турботи та догляду.

Якщо розглядати процес виховання дитини більш широко, то можна помітити, що він складається з двох блоків - виховання в сім'ї, яке здійснюється зазвичай батьками дитини, і виховання за межами сім'ї, яке здійснюється сторонніми особами, зокрема, вихователями, учителями, педагогами тощо. Таким чином, особистість і характер поведінки дитини формується не лише в сім'ї, але й поза нею.

За відсутністю релігійної освіти в державі виникає необхідність розширення світоглядних рамок батьків і дітей, враховуючи як їх особисті, так і внутрішньосімейні релігійні переконання. Пропонуємо розглядати релігійне виховання з одного боку як альтернативу сімейного виховання, коли воно має діяти на принципі паліативності (тобто епізодично, якщо це вважається доречним за переконаннями сім'ї та не протирічить законодавству), а також з іншого боку як елемент сучасної освіти, наприклад, через введення предмету "Релігійна етика" в загальноосвітніх закладах.

Виходячи з визначення Конвенції ООН про права дитини^[13], а також з визначення деяких авторів, дитиною є особа у віці психофі-

¹¹ Див.: Кудрявцев О.Н. Правовые отношения между родителями и детьми. - Харьков, 1975. - С. 24-27; Рябов А.М. Личные и имущественные отношения между родителями и детьми. - Воронеж, 1961, - С. 25, 27; Яцкевич В.Н. Закон и родители. - Мн., 1989. - С. 22.

¹² Див.: Кузьмичева Л.А., Жилинкова И.В. Личные права и обязанности родителей и детей: Учеб. пособие. - К., 1991. - С. 23.

¹³ Див.: Конвенція про права дитини від 20.11.1989 р. Набула чинності для України з 27.09.1991 р. - Ст. 1.

зичної та суспільно-моральної незрілості, яка ще не досягла 18 років ^[14]. Однак, ст. 156 СК прирівнює у здійсненні прав та обов'язків щодо дитини неповнолітніх і повнолітніх батьків. Виходячи з ч. 1 ст. 6 СК, правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття. Не беручи до уваги те, що неповнолітні особи мають вже своїх дітей, вони самі ще продовжують залишатися дітьми, а тому не можуть повною мірою опікуватися своїми дітьми та виховувати їх, хоча законодавець і вказує, що ці права та обов'язки здійснюються неповнолітніми самостійно. Малолітні батьки, про яких в СК навіть не йдеться, самостійно не зможуть здійснювати покладені на них законом батьківські права та виконувати батьківські обов'язки.

З огляду на правовідносини з опіки та піклування, де правовий статус опікуна може мати спеціальна юридична особа, вважаємо за потрібне виробити механізм роботи Будинків дитини, яким би надавався спеціальний статус. Необхідно організувати Будинки дитини, де могли б мешкати малолітні матері, тобто особи, які народили дитину до досягнення 14 років, разом зі своїми дітьми. Ч. 3 ст. 243 СК передбачає, що над малолітньою матір'ю повинна бути встановлена опіка, і відповідно до цього вона не зможе бути опікуном своєї дитини. На нашу думку, якщо таких осіб разом з дітьми поміщати в такі Будинки дитини, навіть якщо вони не позбавлені батьківського піклування, то Будинки дитини, як навчально-виховний заклад зможе здійснювати функції з опіки й щодо малолітньої матері, й щодо її дитини. У випадку проживання малолітньої матері в сім'ї своїх батьків, її дитині органи опіки та піклування повинні призначити опікуна з числа осіб, запропонованих батьками малолітньої матері. Вважаємо, що статус опікуна дитини, народженої малолітньою матір'ю, повинна мати третя особа.

Щодо інших немайнових прав, притаманних дитині, то треба виокремити лише ті, які стосуються дитини як члена сім'ї. Крім розглянутого вище права дитини на отримання батьківського (сімейного) виховання (ст. ст. 4, 152 СК), будь-яка дитина як специфічний суб'єкт має ще такі особисті немайнові права:

- право на ім'я, по батькові та прізвище; - право на вибір місця проживання; - право на спілкування з батьками та іншими родичами; - право висловлювати свою думку; - право на представництво і захист прав та законних інтересів. Зауважимо, що лише деякі з вказаних прав є суто сімейними.

Так, право на ім'я (ст. 146 СК), яке складається з прізвища, власного імені та по батькові, дитина набуває з моменту народження. Дане

¹⁴ Див.: Balcerek Marian. Prawa dziecka. - Warszawa, 1986; Нечаева А.М. Некоторые направления дальнейшего развития брачно-семейного законодательства. // Государство и право. - 1994. - № 12. - С. 67.

право реалізується батьками дитини, а за їх відсутності - особами, які їх замінюють, під час реєстрації народження дитини у встановленому законом порядку (ст. 144 СК). Виходячи з ст. 8 Конвенції ООН про права дитини, ім'я є найдавнішим способом індивідуалізації дитини в суспільстві. Через ім'я досягається персоніфікація правовідносин. Отже, особисте ім'я - це юридично зафіксоване слово, за допомогою якого здійснюється легалізація новонародженого¹⁵. Право на присвоєння дитині кількох імен на законодавчому рівні (ч. 2 ст. 146 СК) надане вперше.

Можливість надання дитині подвійного прізвища, передбачене законодавством (ст. 145 СК), не вирішує ситуації, коли один із батьків має подвійне прізвище. В даному випадку погоджуємось з пропозицією Б.К.Левківського щодо удосконалення ч. 2 ст. 145 СК. Ч. 2 ст. 145 СК пропонується доповнити абзацем, викладеним у наступній редакції: "якщо один із батьків має подвійне прізвище, при присвоєнні дитині подвійного прізвища, батьки мають вирішити, яку із складових подвійного прізвища батька (матері) вони бажають закріпити в подвійному прізвищі дитини"¹⁶.

У випадку, коли батьки дитини не знаходяться в шлюбі між собою, дитині може бути присвоєно або прізвище матері, або прізвище батька - в даному випадку батьки дитини повинні мати рівні права на присвоєння прізвища. Випадки, коли діти, які живуть в одній сім'ї, мають різні прізвища, суперечать інтересам дитини.

Ім'я та прізвище - це речі, які є невідчужуваними від особи та тісно з нею пов'язані, тобто їх можна розглядати як якісь індивідуальні права.

По батькові дитини визначається у порядку, встановленому ст. 147 СК. Якщо ім'я батька є подвійним, то по батькові дитини може бути записано відповідно до одного з цих імен. Випадки визначення по батькові за двома іменами батька не зафіксовані¹⁷. На нашу думку, присвоєння дитині по батькові є анахронізмом.

Право дитини на вибір місця проживання. СК (ч. 3 ст. 160) взагалі не передбачає можливості проживання неповнолітніх окремо від їх батьків, усиновлювачів, піклувальників. Втім, на нашу думку, хоча СК й не передбачає окремого проживання неповнолітніх дітей, батьки, за наявності поважних причин, а за необхідності й з дозволу органів опіки

¹⁵ Левківський Б.К. Особисті немайнові права та обов'язки членів сім'ї. - Автореф... канд. юрид. наук. - К., 2004. - С. 13.

¹⁶ Там же. - С. 6.

¹⁷ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. - К., 2003. - С. 294.

та піклування, повинні погодитися на такий захід. У випадку відмови батьків в окремому проживанні орган опіки та піклування, виходячи виключно з інтересів дитини та з аналізу обставин конкретної справи, може прийняти рішення на користь неповнолітніх осіб, підтверджуючи тим самим їхнє право на вільний вибір місця проживання. Вважаємо, що з метою прийняття правильного рішення, у кожному конкретному випадку важливими факторами є неупередженість працівників органів опіки та піклування, а також доскональне вивчення деталей та звернення уваги на ситуацію в сім'ї, зокрема на взаємовідносини між батьками та дітьми.

Дитина має право на спілкування з батьками та іншими родичами (ст. 153 СК). Дане право є тісно пов'язаним з правом дитини жити та виховуватися в сім'ї. Вважаємо, що це право, яке дитина зберігає й у випадку розірвання шлюбу між батьками чи визнання шлюбу недійсним, пов'язане, насамперед, з правом дитини на особистий захист з боку сім'ї, суспільства та держави.

Право дитини на представництво і захист прав та законних інтересів в немайновій сфері. У галузі сімейного права батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники вважаються законними представниками як своїх малолітніх, так і неповнолітніх дітей. В процесі здійснення більшості немайнових прав, безпосередній зв'язок з носієм права має значення. Виходячи з ст. 154 СК, в першу чергу батьки, з огляду на їх кровний зв'язок з дитиною, є найближчими до дитини особами, здатними здійснювати представницькі функції.

Немайновий характер представництва можна виявити, наприклад, у представництві дітей у дошкільних закладах освіти, загальноосвітніх закладах, у різноманітних закладах системи позашкільної освіти тощо. Батьки виступають представниками дітей в системі охорони здоров'я, а також різного роду фондах і громадських організаціях.

Право дитини висловлювати свою думку (ст. 171 СК). Втім, вказівка на вік дитини, після досягнення якого повинна братися до уваги її думка, СК не передбачає¹⁸. Вважаємо, що даний факт залежить від рівня розумового розвитку дитини. На нашу думку, визначення рівня розвитку дитини у випадках, коли необхідно зафіксувати її думку юридично, не може бути жорстко закріплене віковими показниками. Втім, абсолютно логічно сприймати показник рівня розумового розвитку дитини у зв'язку з її адаптацією в суспільстві, зокрема, початковою загальною освітою (6-10 років), а також індивідуальними показниками розвитку окремої дитини. Пропонуємо встановити вікову межу (нап-

¹⁸ Сімейне право України: Підручн. / За ред. Ю.С. Червоного. - К., 2004. . - С. 246.

риклад, 7 років), починаючи з якої висловлена дитиною думка з приводу того чи іншого питання сприймалася б як обов'язкова.

Сьогодні, з внесенням певної кількості новел до СК, дитина розглядається не тільки як специфічний суб'єкт права, але й як самостійна людська особистість, яка ідентифікується у суспільстві з певним обсягом притаманних тільки їй особистих немайнових прав.

Поступово, через процеси демократизації, суспільство приходить до зміни постулатів щодо дитини та цінності її особистості, зокрема до думки, що дитина, як і доросла людина, має свої уподобання, бажання, потреби та інтереси. Наділення дитини правом щодо висловлення своєї думки, пов'язане, в першу чергу, з визнанням дитини повноцінним суб'єктом права, яка є здатною усвідомлювати і висловлювати свої інтереси, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

У сучасній правовій теорії існують дві тенденції щодо визначення сутності права дитини. Згідно з першою тенденцією, право дитини є частинкою права дорослої людини, яка має певні особливості. Згідно з другою тенденцією, право дитини є самостійним видом права, який має свої специфічні риси. На нашу думку, перша тенденція є більш прийнятною, оскільки вона дозволяє уникнути розриву між правами дитини та правами дорослої людини.

Важливо, що законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Окрім цього, законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Конкретні положення Конституції України, що стосуються прав дитини, можна знайти в статтях 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100.

Умовно це можна розділити на дві частини: права дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи, та права дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Насамперед, це стосується права дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Згідно з Конституцією України, кожна людина має право на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Окрім цього, законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Важливо, що законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Окрім цього, законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Важливо, що законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Окрім цього, законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Важливо, що законодавство України визнає право дитини на висловлення своєї думки, побажання, а не тільки виступати в якості "об'єкта" чийсь турботи.

Проблеми правового регулювання управління майном дитини

Термін „управління майном дитини” зустрічається як у цивільному, так і сімейному законодавстві. Але, ні сімейне, ні цивільне законодавство, по-перше, не дає йому визначення, по-друге, не конкретизує порядок управління майном дитини.

Відсутність законодавчого вирішення цього питання призводить до послаблення правових гарантій майнових прав та інтересів дітей та хаотичного вирішення його в практичній діяльності.

У науковій літературі висловлювались точки зору щодо необхідності прийняття закону про управління майном дитини, але пропозиції щодо його положень не вносились. Отож, питання управління майном дитини продовжує бути актуальним. Метою теперішнього його обговорювання є висвітлення пропозиції щодо положень Закону України про порядок управління майном дитини.

Вважаємо, що положення Закону про управління майном дитини повинні передбачити:

1. *Конкретизований порядок управління майном дитини насамперед для законних представників та дітей, щодо яких вони виконують ці функції, оскільки порядок укладення договору про управління майном дитини з довірчим представником знаходить своє відображення у ст.ст. 1029-1045 ЦК України.*

2. *Умови та підстави передачі управління майном дитини довірчому представнику.* Наприклад, підставою порушення питання про укладення договору про управління майном дитини може бути заява законного представника дитини, або заява неповнолітньої дитини до органа опіки та піклування, чи клопотання державного органу з питань контролю за дотриманням майнових прав дитини. Окрім цього, призначення довірчого представника органом опіки та піклування може мати місце тільки за результатами конкурсного відбору, при наявності доказів щодо уміння виконувати функцію управління майном та при наявності свого приватного майна.

3. *Права, обов'язки та обмеження щодо кожного суб'єкту правовідносин з питань управління майном дитини, а саме: для малолітньої та неповнолітньої дитини, її законного представника чи довірчого представника.* Разом з цим, впровадити правові гарантії щодо можли-

вості дитини, в залежності від рівня розумової здатності впливати на прийняття рішення щодо управління її майном.

4. *Право на виплату винагороди за виконання обов'язків щодо належного управління майном дитини, у випадках коли майно дитини дає прибуток, то за рішенням органу опіки та піклування така винагорода може бути призначена у розмірі не більше 10 відсотків доходу.*

5. *Реєстрація прав власності на майно дитини в державному органі з питань контролю за дотриманням майнових прав дитини та щорічне звітування перед ним, насамперед опікунів та піклувальників, батьків та усиновлювачів, на яких розповсюджено режим опікуна та піклувальника, довірчого представника про стан управління майном дитини. Режим опікуна та піклувальника пропонується розповсюджувати за рішенням органу опіки та піклування за пропозицією державного органу з питань контролю за дотриманням майнових прав дитини, у випадках, коли батьки та усиновлювачі ставляться до управління майном дитини недбало, або неспроможні управляти майном дитини, у зв'язку зі зловживанням спиртними напоями, наркотичними засобами, веденням аморального способу життя та в інших випадках. Метою розповсюдження режиму опікуна та піклування є вжиття заходів, які упереджують можливість заподіяння шкоди малолітній дитині. Окрім цього, неповнолітня особа органом опіки та піклування може бути позбавлена права щодо управління своїм майном за заявою законних представників або клопотанням органу з питань контролю за дотриманням майнових прав дитини, у випадках, коли неповнолітня дитина недбало, або неспроможна належно управляти своїм майном, чи вживає спиртні напої або наркотичні засоби, та у інших подібних випадках. В останньому випадку теж постає питання щодо передачі майна неповнолітньої особи в управління або законних представників, або довірчого представника.*

6. *Державний контроль з питань управління майном дитини, який здійснюється в особі органу опіки та піклування. Поточну роботу щодо державного контролю за управлінням майном дитини виконують державні органи з питань контролю за дотриманням майнових прав дитини. Пропонується такому органу дати назву „Служба з охорони прав дитини органу опіки та піклування”. Службою з охорони прав дитини органу опіки та піклування повинна бути установа, що володіє правами юридичної особи, утворюється за рішенням органу опіки та піклування для виконання поточної роботи щодо забезпечення здійснення державного контролю за управлінням майном дитини органом опіки та піклування.*

7. Основні повноваження органу опіки та піклування щодо здійснення державного контролю за управлінням майном дитини:

1) приймати рішення про затвердження щорічних звітів опікунів, батьків та усиновлювачів, на яких розповсюджено режим опікуна та піклувальника;

2) приймати рішення про розповсюдження режиму опікунів та піклувальників щодо батьків та усиновлювачів дітей;

3) приймати рішення про позбавлення неповнолітньої дитини на період неповноліття (з 14 до 18 років) права щодо управління своїм майном, у випадках, передбачених законодавством;

4) приймати рішення щодо дачі дозволу на вчинення правочинів з майном дітей;

5) приймати рішення щодо призначення винагороди за здійснення належного управління майном дитини;

6) приймати рішення щодо дозволу особі приймати на себе права та обов'язки довірчого представника щодо майна дитини на підставі укладення угоди;

7) та інші.

8. Основні повноваження служби з охорони прав дитини органу опіки та піклування:

1) здійснювати безкоштовно реєстрацію прав дитини на майно;

2) накопичувати інформацію про права дитини на майно, підтримувати її у контрольному стані, передати дитині по досягненню повноліття та забезпечити передачу її до архівної установи;

3) зберігати конфіденційність про одержану інформацію про права дитини на майно;

4) при виявленні фактів порушень прав дитини на майно, вживати заходи щодо захисту прав дитини;

5) вносити пропозицію щодо прийняття органом опіки та піклування рішень відповідно до його повноважень;

6) приймати письмові звіти опікунів та піклувальників та перевіряти вказані в них данні;

7) приймати та давати оцінку документам законних та довірчих представників дітей щодо вчинення правочинів з майном дитини, давати їм попередню оцінку та вносити по ним пропозицію органу опіки та піклування щодо прийняття відповідного рішення;

8) та інші.

9. Порядок отримання законними та довірчими представниками дозволу органу опіки та піклування на вчинення правочинів з майном дитини:

1. Перелік документів для отримання дозволу:

До заяви про одержання дозволу на вчинення правочинів з майном малолітньої дитини додаються наступні документи: 1) запит нотаріуса, який буде вчиняти правочин, про надання органом опіки та піклування дозволу законним представникам на вчинення правочину з майном малолітньої дитини; 2) нотаріально посвідчена копія свідоцтва про народження малолітньої дитини; 3) копія рішення про призначення органом опіки та піклування заявника опікуном; 4) довідка з місця проживання малолітньої дитини; 5) нотаріально посвідчена копія документа, що підтверджує право власності малолітньої дитини на майно, або право володіння користування житловим приміщенням у будинках державного житлового фонду згідно з договором найму житлового приміщення; або ощадна книжка про грошові кошти в установі банку, внесені на ім'я малолітньої дитини; 6) нотаріально посвідчена копія технічної документації (для нерухомого майна); 7) нотаріально посвідчена копія правовстановлюючих документів та копія технічної документації до них на майно, яке буде придбане (або вже придбане) для малолітньої дитини; 8) копія бухгалтерських особистих рахунків житлової площі окремо з місця відчуження та з місця придбання житлової площі; 9) довідка державної податкової інспекції про відсутність заборгованості по сплаті податків на майно окремо з місця відчуження та місця придбання; 10) письмова згода малолітньої дитини на вчинення правочину з її майном, якщо вона може її дати відповідно до віку та розумової здатності (щодо витребування цього документу служба з охорони прав дитини органу опіки та піклування вирішує у кожному конкретному випадку, та про недоцільність його витребування зазначає у своїх пропозиціях до органу опіки та піклування); 11) інші, при необхідності для прийняття відповідного рішення.

2. Порядок прийняття рішення:

Після отримання заяви законних представників про дачу дозволу на вчинення правочинів із майном малолітньої дитини зі всіма необхідними документами, службою з охорони прав дитини органу опіки та піклування: 1) вивчається (при необхідності перевіряється) причина необхідності вчинення правочину із майном малолітньої дитини; 2) розглядаються докази законних представників щодо захисту майнових прав та обов'язків малолітньої дитини, унаслідок вчинення правочину; 3) при наявності позитивної можливості вчинення правочину з майном малолітньої дитини вносить пропозицію органу опіки та піклування щодо прийняття відповідного рішення.

Орган опіки та піклування приймає рішення про дачу законним представникам дозволу на вчинення правочину із майном малолітньої

Розділ IV

ОПІКА ТА ПІКЛУВАННЯ НАД ДІТЬМИ

Юридична сутність опіки як правового інституту

Як відомо, кожний інститут цивільного права покликаний своїми специфічними засобами охороняти та захищати інтереси громадян та держави. Це стосується й інституту опіки. Однак, в розумінні суті та специфіки даного інституту в цивільно-правовій літературі немає єдності поглядів, що негативно впливає на вирішення практичних завдань.

Для вирішення цієї проблеми, при з'ясуванні місця опіки в системі права доцільним видається розглядати її під різними кутами зору. З одного боку, опіка, як правова форма виховання дітей, позбавлених батьківського піклування, є інститутом сімейного права, але з іншого - як спосіб охорони майнових прав певних категорій осіб, безумовно, - є й цивільно-правовим інститутом. На користь такого підходу свідчить і аналіз законодавства, що регулює відносини, які виникають у зв'язку із виникненням, здійсненням та припиненням опіки. Тим паче, що основна частина норм, які регулюють опікунські відносини, у сучасному законодавстві України переміщена з Сімейного кодексу до Цивільного. У цивільному законодавстві містяться норми, що регулюють підстави виникнення опікунських відносин (ст. 55 ЦК), умови та порядок призначення опікунів (ст.ст. 60-66 ЦК), загальні засади їх діяльності (ст.ст. 67-75 ЦК) та ін. Сімейним законодавством регулюються лише відносини по вихованню малолітніх підопічних (ст.ст. 243-251 СК). Усе це, безумовно, свідчить про зміну основної парадигми опікунських правовідносин, і, як наслідок, усієї концепції опіки - чинним законодавством вона визнається вже не лише сімейним, а й цивільно-правовим інститутом.

Для з'ясування місця правових норм, що регулюють опікунські відносини, перш за все видається доцільним виділити два основних види подібних відносин: внутрішні - власне відносини по опіці (відносини між опікуном та підопічним); зовнішні - відносини, пов'язані з опікою (між опікуном та органом опіки та піклування, між опікуном та третіми особами тощо).

Внутрішні відносини - відносини між опікуном та підопічним - складають ядро всіх відносин по опіці, оскільки саме в них реалізується мета опіки - охорона особистих та майнових прав осіб. У зв'язку з цим норми, які регулюють названі відносини, займають в інституті опіки основне місце. У формально-юридичному аспекті у цих відно-

синах відсутні владні засади, їх суб'єкти є рівними. Чинне позитивне право не містить поняття "опікунська влада", яке було властиве до революційному законодавству [1, с. 770]. Разом з тим, з точки зору психологічних, вікових, соціальних та інших подібних характеристик, відносини, які виникають між опікуном та підопічним, неможливо визнати рівними. Виходячи з цього, держава звертає особливу увагу на їх врегулювання, зокрема, за допомогою чітко визначених, імперативних норм, зміст яких неможливо змінити домовленістю сторін. Так, опікун не може вчиняти певні правочини, а для укладення інших повинен отримати попередній дозвіл спеціально створеного державного органу (органу опіки та піклування); держава контролює діяльність опікунів за допомогою перевірки їх щорічних звітів тощо.

У цілому відносини по здійсненню опіки, а особливо по опіці над майном, регулюються нормами цивільного права, в результаті чого набувають форми цивільних правовідносин. І хоча підставою їх виникнення є владний акт - рішення про встановлення опіки та призначення опікуна - це не свідчить про їх адміністративно-правову природу: згідно зі ст. 11 ЦК України цивільні права та обов'язки можуть виникати і з адміністративних актів.

До зовнішніх відносин можна віднести дві групи правових зв'язків:

а) відносини, які виникають між державними органами різної компетенції - місцевими виконкомми і відділами по охороні здоров'я, соціального забезпечення тощо, а також відносини між органом опіки та піклування й опікуном;

б) відносини, в які вступає опікун з третіми особами при здійсненні своїх повноважень.

Перша група названих правовідносин ґрунтується на засадах влади і підпорядкування. Ці відносини є організаційними, адміністративно-правовими, що пояснюється цілою низкою обставин. По-перше, юридичним фактом, на підставі якого виникають правовідносини по опіці, є владний адміністративний акт. Рішення суду, органу опіки та піклування, постанова нотаріуса про встановлення опіки не породжує правовідносин між опікуном та підопічним (а у деяких випадках, наприклад, при опіці над майном безвісно відсутнього, підопічної особи взагалі немає). По-друге, правовідносини, які виникають між органом опіки та піклування та опікуном, за своєю природою також є адміністративними, оскільки орган опіки, контролюючи діяльність опікуна, здійснює властиві йому адміністративно-владні повноваження. По-третє, адміністративними є й відносини, які складаються між виконкомми та їх відділами. Якщо відділи освіти, охорони здоров'я, соціального за-

безпечення тощо, на які покладається обов'язок з ведення справ по опіці, здійснюють контрольні функції, виконують комплекс підготовчих заходів, то виконками є керівними органами, які вирішують виникаючі суперечки, скасовують опіку внаслідок протиправної поведінки опікунів чи неможливості виконання ними опікунських обов'язків і т.д. Крім цього, адміністративним законодавством регулюється порядок створення та діяльності органів опіки та піклування, розподілу функцій охорони різних категорій осіб між різними підрозділами органів, покладенню на тих чи інших посадових осіб окремих обов'язків по контролю за опікунами тощо. І, нарешті, враховуючи те, що прийняття рішення про звільнення опікуна від його обов'язків є складовою правосуб'єктності органу опіки та піклування, а також те, що опіка, як правило, припиняється не автоматично, а за рішенням органу опіки та піклування, можна стверджувати, що опіка припиняється у випадках, встановлених цивільним та адміністративним законодавством України.

Друга група зовнішніх правовідносин включає до свого складу різноманітні правові зв'язки, що виникають при здійсненні опікунами своїх функцій. Ці відносини неоднорідні. В одних випадках опікун виступає як законний представник підопічного і вчиняє від його імені правочини (ч. 3 ст. 67 ЦК), а також захищає права та інтереси останнього (ч. 4 ст. 67 ЦК), що робить їх цивільно-правовими. Інші (у зв'язку з турботою опікуна про утримання підопічного і створення йому необхідних побутових умов, а також у зв'язку з забезпеченням його доглядом та лікуванням) тісно пов'язані з нормами інших галузей права. Норми сімейного законодавства регулюють порядок стягнення аліментів на утримання неповнолітнього підопічного. Правом соціального забезпечення створюється необхідна матеріальна база для задоволення життєвих потреб підопічного. Фінансовим - регулюється порядок перерахування пенсій та грошових коштів підопічного на банківський рахунок. Н.А. Кіреєва відзначає, що органи опіки та піклування є найбільш типовими органами державного управління, що беруть участь у судовому процесі, зокрема, при порушенні цивільних справ або наданні висновків у цивільному процесі з метою захисту прав та інтересів неповнолітніх, недієздатних та інших осіб [2, с. 8, 9]. Опікун може виступати і суб'єктом нотаріальних процесуальних відносин, який не заінтересований в наслідках нотаріальної справи, але також бере участь у нотаріальному процесі [3, с. 18].

Отже, можна констатувати, що правові норми, які регулюють відносини по опіці, взяті у своїй єдності, утворюють певний відособлений блок, який є відносно самостійною, стійкою та автономною частиною

системи права. У правознавстві подібну об'єктивно відособлену систему взаємно пов'язаних правових норм, що регулюють однорідну групу суспільних відносин, зазвичай визначають як правовий інститут [4, с. 233].

У чинному законодавстві України відносини, що виникають при встановленні та здійсненні опіки, регулюються нормами цивільного, сімейного, адміністративного законодавства. Вони деталізовані нормами Правил опіки та піклування в Україні, Законів України "Про охорону дитинства", "Про психіатричну допомогу" тощо. Так, преамбула Закону України "Про охорону дитинства" визначає охорону дитинства в Україні як "стратегічний загальнонаціональний пріоритет". У ст. 25 Закону України "Про психіатричну допомогу" встановлюються загальні засади рівності правового становища всіх громадян і проголошується, що особи, які страждають на психічні розлади, мають права і свободи громадян, передбачені Конституцією України та чинним законодавством, визначаються правові гарантії, згідно з якими обмеження прав та свобод психічно хворих осіб можливе лише на підставі психіатричного діагнозу, фактів знаходження під диспансерним наглядом, в психіатричному стаціонарі або в психоневрологічному закладі соціального забезпечення чи спеціального навчання.

Основним нормативним актом, що регулює відносини по опіці, є Цивільний кодекс України, глава 6 якого закріплює основні засади опіки, встановлює поняття опіки, підстави її виникнення та припинення, визначає основні права та обов'язки опікунів. У ст. 1 ЦК проголошується, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Відповідно, нормами цивільного права регулюються лише відносини опікуна з самим підопічним, а також з тими третіми особами, які не мають щодо даної особи (опікуна) владних повноважень. До них належать, наприклад, відносини опікуна з контрагентами по договорах, які укладаються щодо майна, переданого під опіку. Крім цього, у ЦК містяться норми, які визначають обов'язки органів опіки та піклування (щодо призначення опікунів та нагляду за їх діяльністю), а також підстави звільнення опікунів від виконання їх обов'язків. У розумінні ст. 1 ЦК ці правовідносини не мають цивільно-правового характеру. Однак, у зв'язку з тим, що вказані правила закріплені саме в Цивільному кодексі, вони входять до цивільного законодавства, структура якого наведена в ст. 4 ЦК.

У той же час деякі права та обов'язки опікунів над неповнолітніми особами визначаються також сімейним законодавством України.

Сімейний кодекс України регламентує права та обов'язки по вихованню підопічних, відносини опікуна з батьками дитини та її іншими родичами з приводу спілкування з дитиною, надання їй утримання тощо.

Правове положення органів опіки та піклування визначається адміністративним законодавством. Його нормами регулюються питання створення органів опіки та піклування, розподіл компетенції різних підрозділів органів щодо різних категорій підопічних, покладення на тих чи інших посадових осіб окремих обов'язків по контролю за опікою і т.д.

Таким чином, аналіз правовідносин по опіці підтверджує лише одне: при опіці елементи різних галузей права переплітаються настільки тісно, що розділити їх неможливо. Однак, у цілому норми, які регулюють опікунські відносини, є однорідними. Вони пов'язані єдиною метою - охороною особистих та майнових прав громадян, які не можуть ці права самостійно здійснювати. Але, виходячи з того, що названі норми містяться у нормах різних галузей права, опіку слід вважати міжгалузевим правовим інститутом. Норми, які входять до названого інституту, являють собою невід'ємні складові частини відповідно цивільного, сімейного, адміністративного та інших галузей законодавства.

Таким чином, опіка, як правовий інститут, являє собою систему норм різних галузей права, основною метою яких є охорона особистих та майнових прав малолітніх, недієздатних осіб та осіб, які через тривалу відсутність у місці свого проживання не можуть самостійно здійснювати свої права, та виконувати обов'язки.

Крім цього, на субінституційному рівні можна виділити певні субінститути опіки. Критерієм їх розмежування є об'єкти правової охорони, суб'єкти, що її здійснюють та обсяг їх опікунських функцій.

По об'єкту правової охорони виділяють опіку над особою підопічного та опіку над його майном. Так, згідно зі ст. 58 ЦК, опіка встановлюється над малолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування, та фізичними особами, які визнані недієздатними. Основною метою такого різновиду опіки є в основному виховання малолітніх підопічних та нагляд за недієздатними особами.

Опіка ж над майном, хоча переважно й пов'язана з опікою над особою підопічного і є в необхідних випадках обов'язковим доповненням особистих правовідносин відповідними майновими повноваженнями, може встановлюватися й незалежно від опіки над особою, наприклад, у випадках, коли у підопічного є майно, розташоване в іншій місцевості, або при встановленні опіки над майном особи, визнаної безвісно відсутньою.

На практиці найчастіше опіка над особою та над її майном встановлюються одночасно, і саме це дозволяє говорити про комплексний характер інституту опіки.

Суб'єктами опікунських правовідносин можуть бути як фізичні, так і юридичні особи: навчально-виховні заклади для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, психіатричні лікарні, психоневрологічні будинки-інтернати, органи опіки та піклування тощо. Відповідно, відрізняється й правове регулювання опіки, яка здійснюється фізичними чи юридичними особами. Безпосередньо опіку (в повному обсязі) може здійснювати лише людина.

Виконання опікунських обов'язків юридичними особами є дещо іншим. Так, значна частка правових наслідків, які випливають з призначення особи опікуном, є засобами державної підтримки цій особі. Наприклад, опікуну за його бажанням надається додаткова щорічна оплачувана відпустка. Відповідно, можна стверджувати, що подібні права надаються громадянину саме у зв'язку з тим, що він безкорисливо прийняв на себе виконання обов'язків щодо переданого під опіку майна. Тому більш вірним видається положення ст. 245 СК України, яка говорить про те, що адміністрація відповідного навчального, дитячого закладу або закладу охорони здоров'я чи соціального захисту населення лише виконує функції опікуна.

Узагальнюючи вищенаведене, можна стверджувати, що опіка, як певна система норм, покликаних забезпечувати безпробільність регулювання відносин, що виникають при здійсненні особистих та майнових прав осіб, які в силу тих чи інших причин не можуть ці права здійснювати самостійно, є комплексним міжгалузевим правовим інститутом.

Список використаної літератури:

1. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-ч.). Изд. 2, испр. - М.: Статут, 2000. - 831 с.
2. Киреева Н. А. Участие органов опеки и попечительства в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03 / М., 1985. - 20 с.
3. Баранкова В.В. Проблеми нотаріальної форми охорони та захисту прав: Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія ім. Я. Мудрого.- Х., 1987. - 24 с.
4. Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е, перераб. и доп. Отв. ред. М.Н. Марченко.- М.: ИКД "Зерцало-М", 2001. - Том 2. - 528 с.

Законодавство про встановлення опіки і піклування потребує удосконалення

В усі часи, в усіх країнах особливої уваги та піклування потребували діти - сироти та діти, які залишились без піклування батьків.

Причини, через які діти залишаються без батьківського піклування та виховання, різні, але наслідок один - дитина позбувається конституційного права на сімейне виховання. Це означає, що порушується одне з базових прав дитини, проголошених Конвенцією ООН про права дитини, яка для України набула чинності 27 вересня 1991 року. Ратифікувавши Конвенцію, Україна тим самим, ґрунтуючись на першорядності загальнолюдських цінностей, визнала пріоритет інтересів дитини у суспільстві та необхідність особливої турботи про соціально незахищених дітей.

Складовою концепції розвитку українського суспільства є державна політика захисту дитинства. Вона закріплена у Конституції України та інших нормативних актах.

Сучасне становище дітей в Україні викликає обґрунтоване хвилювання суспільства і вимагає від держави нових підходів в аналізі і вирішенні цієї проблеми, удосконалення законодавства про влаштування, утримання та виховання дітей - сиріт і дітей, які залишились без батьківського піклування. Незаперечним є те, що кількість таких дітей в Україні зростає з кожним роком. Так, за офіційними даними, на початку цього століття в Україні налічувалося близько 90 тис. дітей, які залишились без піклування батьків. Тільки 7 % з них круглі сироти. Понад 50 тис. таких дітей перебували та перебувають у державних виховних закладах, становище в яких за останні роки погіршилось внаслідок кризової ситуації в економіці та нестачі коштів у бюджеті.¹ До того ж морально - психологічний клімат, як свідчать психологічні дослідження, у таких закладах не сприяє повноцінній соціалізації дитини та підготовці її до самостійного життя. Вихованці будинків малюків, інтернатів, державних дитячих будинків відрізняються від дітей, які виховуються у сім'ях за станом здоров'я, своїм інтелектуальним та моральним розвитком. Тому діяльність держави повинна бути спрямована на створення таких правових форм утримання і вихован-

¹ Сегедін В. Нагляд у справах неповнолітніх // Прокуратура. Людина. Держава. - 2005 № 3 (45). - С. 32.

ня найбільш незахищених категорій дітей, які були б здатні замінити батьківську сім'ю.

Згідно з чинним Сімейним кодексом України діти - сироти і діти, які залишилися без батьківського піклування, мають можливість потрапити у сім'ю шляхом їх усиновлення, влаштування під опіку (піклування) у сім'ю, влаштування до дитячого будинку сімейного типу, в прийомну сім'ю. Саме в сім'ї діти отримують більш повний та гармонійний розвиток особистості та, як правило, перебувають в оточенні та атмосфері турботи, розуміння та любові.

Найбільш поширеною в Україні правовою формою влаштування дітей - сиріт і дітей, які залишились без батьківського піклування, в сім'ю, є опіка та піклування.

Поняття термінів «опіка і піклування» законодавцем не визначається, тому є дискусійним. Під опікою і піклуванням розуміють передусім правовий інститут, тобто сукупність юридичних норм, які регулюють суспільні відносини по встановленню опіки і піклування, здійсненню функцій опіки і піклування та припинення опіки і піклування. Крім того, під опікою та піклуванням розуміють систему засобів, спрямованих на забезпечення діяльності органів опіки і піклування по вихованню малолітніх та неповнолітніх дітей, а також захисту прав та законних інтересів недієздатних і обмежено дієздатних осіб. Також під опікою та піклуванням розуміють і правовідносини по здійсненню опіки і піклування, в першу чергу між опікуном (піклувальником) і підопічними, правовідносини між органами опіки і піклування і опікунами та піклувальниками.

Згідно зі ст. 55 ЦК України опіка і піклування над дітьми встановлюється з метою забезпечення їх особистих немайнових і майнових прав та інтересів. При цьому опіка встановлюється над малолітніми особами (тобто фізичними особами, які не досягли 14 років), а піклування - над неповнолітніми особами (тобто фізичними особами у віці від 14 до 18 років).

До дітей, які залишилися без батьківського піклування, належать діти, батьки яких померли, невідомі, визнані у судовому порядку безвісно відсутніми або померлими. Опіку і піклування може бути встановлено і при житті батьків дітей, у випадках, коли: батьки судом позбавлені батьківських прав або прийнято рішення про відібрання дитини, оскільки перебування з батьками небезпечно для життя дитини; батьки визнані у встановленому порядку недієздатними або обмежено дієздатними; батьки понад 6 місяців не проживають разом з дитиною та без поважних причин не беруть участі в її вихованні та утриманні, не виявляють щодо дитини батьківської уваги та турботи

або підкинули дитину, і це підтверджено відповідними актами органів внутрішніх справ; батьки відмовилися від дітей, переїхали на постійне місце проживання або на постійне місце роботи за кордон чи перебувають у тривалому відраядженні; батьки перебувають під слідством.

Інститут опіки та піклування має комплексний характер. Його норми згідно із ст.ст. 58, 59, 60 ЦК України і ст. 243 СК України регулюють відносини по вихованню дітей та захисту їх майнових та особистих прав.

До прийняття нового ЦК України існував лише адміністративний порядок встановлення опіки та піклування над дітьми - в усіх випадках органами опіки та піклування, що передбачались ст.ст. 129, 153 КпШС України 1969 р. та п. 3.1 Правил опіки та піклування. З прийняттям нового ЦК України поряд з адміністративним порядком встановлення опіки та піклування над дітьми згідно зі ст. 60 ЦК України передбачається судовий порядок встановлення опіки над малолітніми, піклування над неповнолітніми дітьми.

Питанням встановлення опіки і піклування над дітьми і до прийняття нових ЦК України і СК України значну увагу приділяли в своїх наукових публікаціях Н.М.Єршова, С.А.Іванова, А.М.Нечаєва, В.Мороз, О.Карпенко, Г.Стасюк та інші.

Неточність і неповнота норм статей ЦК України і СК України про встановлення опіки і піклування над дітьми, відсутність доцільних норм ЦПК України про судовий порядок встановлення опіки і піклування породжує нові дискусійні проблеми в науці сімейного, цивільного та цивільного процесуального права, є гальмом судової практики та практики органів опіки і піклування при встановленні опіки і піклування над дітьми. Все це породжує перешкоди для дітей - сиріт і дітей, які залишились без піклування батьків, знайти нову сім'ю, отримати належну турботу, належне виховання, захист особистих та майнових прав в необхідних випадках, зокрема захист права на сімейне виховання.

Тому мета цього дослідження - висловити пропозиції по ліквідації недоліків законодавства в процесі встановлення опіки і піклування над дітьми.

Спочатку після ухвалення і введення в дію ЦК України в ст. 60 ЦК України було зазначено, що суд встановлює опіку над малолітньою особою і піклування над неповнолітньою особою, якщо при розгляді справи буде встановлено, що вони позбавлені батьківської турботи, а в інших випадках ст. 61 ЦК України регламентувала встановлення опіки і піклування над дітьми органами опіки і піклування. Останніми згідно зі ст. 11 Закону України «Про забезпечення організаційно - пра-

вових умов соціального захисту дітей - сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» є державні адміністрації районів, районів міст Києва і Севастополя, виконавчі органи міських чи районних у містах, сільських, селищних рад. У той же час п.1 ст. 63 ЦК України в імперативній формі стверджував, що опікуна чи піклувальника призначає орган опіки і піклування. Мабуть, це дозволило З.В.Ромовській в науково - практичному коментарі СК України, а саме, коментуючи ст. 244 СК України, вказати, що опікуна і піклувальника завжди призначає орган опіки і піклування, навіть тоді, коли опіка і піклування встановлені судом.² Хоча в коментарі до ЦК України під загальною редакцією Є.О.Харитонова та О.М. Калитенко (коментар до ст. 63 ЦК України) вказується, що винятком є випадки, передбачені ст. 60 ЦК України.³ Це ще більше гальмувало практичну діяльність компетентних органів по встановленню опіки і піклування над дітьми.

Деяку ясність в рішенні цих питань було внесено Законом України № 24 50 - IV від 03.03.2005 року, яким було змінено редакцію ст. 60 ЦК України. Було вказано, що суд встановлює опіку і піклування над дітьми та призначає опікуна і піклувальника за поданням органів опіки та піклування. Але і це не усунуло розбіжностей між судами і органами опіки та піклування з питань встановлення опіки і піклування над дітьми, що в свою чергу ще більше чинило перешкоди дітям - сиротам та дітям, які залишилися без батьківського піклування, юридично оформити перебування в новій сім'ї, де вони б знайшли і турботу і належне виховання.

Аналіз діючого законодавства та практики його застосування, використання соціологічного методу наукових досліджень - опитування суддів та спеціалістів з питань охорони дитинства районних відділів освіти райвиконкомів м. Донецька дозволили зробити наступні висновки.

В п.3 та п. 4 ст. 60 ЦК України конкретизувати, при розгляді яких справ, якщо буде встановлено, що діти залишилися без батьківського піклування, суд встановлює опіку і піклування над ними. Тому, що на практиці, як правило, якщо при розгляді кримінальних справ суди встановлюють, що діти залишилися без батьківської опіки, суди не повідомляють про це органи опіки і піклування. А тому ніякі подання про встановлення опіки або піклування над такими дітьми до суду від органів опіки і піклування не надходять.

² Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково - практичний коментар. - К.: Видавничий Дім „Ін Юре”, 2003. - С. 463.

³ Гражданский кодекс Украины: Комментарий. - Т.І. - Издание второе. - Х.: ООО «Одиссей», 2004. - С. 107.

Крім того, вважаю за доцільне доповнити ч. 4 ст. 24 Закону України «Про охорону дитинства» словом «судді» та викласти її наступним чином: « Посадові особи органів державної влади та органів місцевого самоврядування, судді, працівники Міністерства внутрішніх справ України, працівники органів соціального захисту населення, житлово - експлуатаційних організацій, навчальних закладів, громадяни та інші особи, яким стало відомо про факт залишення дитини без опіки (піклування) батьків, зобов'язані негайно повідомити про це органи опіки та піклування за місцем знаходження дитини».

Законодавчо треба встановити форму і змісти подання від органів опіки та піклування про встановлення опіки або піклування в судовому порядку над дітьми, а також визначити в законі строк надіслання такого подання до суду. Це може бути ст. 19 СК України, де мова йде про участь органів опіки та піклування у захисті сімейних прав та інтересів.

Крім того, на законодавчому рівні необхідно встановити форму, зміст та порядок подачі заяви від особи, яка виявила бажання бути опікуном або у відповідних випадках піклувальником над дитиною, якщо опіка чи піклування над нею встановлюються в судовому порядку.

Говорячи про необхідність вдосконалення законодавства з питань встановлення опіки і піклування, треба пригадати стару і нову редакцію ст. 43 ЦПК України. На перше вересня 2006 року після введення в дію нового ЦПК України ця стаття була присвячена призначенню або заміні законного представника судом у разі відсутності представника у сторони чи третьої особи, визнаної недієздатною або обмеженою у цивільній дієздатності. У цій статті нічого не говорилося про дітей - малолітніх та неповнолітніх. Згідно з Законом України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України» від 16.03.2006 року нова редакція ст. 43 ЦПК України має п. 2, де говориться про те, що при розгляді справи буде встановлено, що малолітня чи неповнолітня особа, яка позбавлена батьківського піклування, не має опікуна чи піклувальника, то суд своєю ухвалою встановлює над дитиною відповідно опіку, піклування за поданням органів опіки та піклування; призначає опікуна чи піклувальника. Навіть така редакція ст. 43 ЦПК України не сприяє оперативному та ефективному захисту конституційного права дітей на виховання в сім'ї, бо вказана стаття в такій редакції зі словами «суд своєю ухвалою» суперечить деяким нормам інших статей ЦПК України. Так, згідно зі ст. 208 ЦПК України в імперативній формі закріплюється та розкривається суть ухвали, як однієї з форм судового рішення. А саме: «Питання, пов'язані з рухом справи в суді першої інстанції, клопотання та заяви осіб, які беруть участь у справі, питання про викладення розгляду справи, оголошення перерви, зупинення або закриття провадження у справі, залишення

заяви без розгляду у випадках, встановлених цим Кодексом, вирішуються судом шляхом постановлення ухвал».

Нова редакція ст. 43 ЦПК України зі словами «суд своєю ухвалою» суперечить і ст. 42 ЦПК України, де перераховуються документи, що посвідчують повноваження представників. Так, згідно з п. 3 ч. 1. 1 ст. 42 ЦПК України повноваження представників дітей мають бути посвідчені такими документами, як свідоцтвом про народження дитини або рішенням про призначення опікуном, піклувальником. Тому вважаю за необхідне замінити в ст. 43 ЦПК України слова «суд своєю ухвалою» словами «суд своїм рішенням».

Враховуючи, що розділ IV «Окреме провадження» ЦПК України має главу 5 «Розгляд судом справ про усиновлення», а усиновлення, як і опіка та піклування, закріплені у розділі IV СК України, як одна з правових форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, і ст. 60 ЦК України передбачає випадки судового порядку встановлення опіки і піклування над дітьми та призначення їм опікуна (піклувальника), вважаю за доцільне розробити та внести до ЦПК України у розділ IV «Окреме провадження» нову главу з назвою «Розгляд судом справ про встановлення опіки і піклування».

Крім того, якщо розглядати усиновлення, опіку, піклування як способи, що застосовуються судом для захисту прав та інтересів дитини, а саме права на виховання в сім'ї, то вважаю за доцільне доповнити ст. 19 СК України, де мова йде про участь органів опіки та піклування у захисті сімейних прав та інтересів, положенням про обов'язкову участь цих органів при розгляді судом справ не тільки позовного провадження, які перераховуються у вказаній статті, але і справ про усиновлення та справ про встановлення опіки (піклування) над дітьми. А, розглядаючи ст. 45 ЦПК України як загальну по відношенню до ст. 19 СК України як спеціальної щодо неї, доповнити ст. 45 частиною 4, де вказати про подання як нову форму участі органів державної влади та місцевого самоврядування в цивільному процесі.

Всі викладені вище пропозиції щодо вдосконалення норм законодавчих актів України з питань встановлення опіки та піклування над дітьми будуть сприяти усуненню перешкод дітям - сиротам і таким, які залишилися без батьківського піклування, отримати нову сім'ю, де вони будуть мати належну турботу та виховання шляхом встановлення над ними опіки або піклування.

1. Сегедін В. Нагляд у справах неповнолітніх // Прокуратура. Людина. Держава. - 2005 № 3 (45). - С. 32; 2. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково - практичний коментар. - К.: Видавничий Дім „In Юре”, 2003. - С. 463; 3. Гражданский кодекс Украины: Комментарий. - Т.І. - Издание второе. - Х.: ООО «Одиссей», 2004. - С. 107.

Роль органів опіки та піклування в охороні особистих немайнових і майнових прав та інтересів неповнолітніх

Органи опіки та піклування в силу покладених на них законодавством прав та обов'язків мають відігравати значну роль в охороні та захисті особистих немайнових і майнових прав та інтересів неповнолітніх. На жаль, про призначення органів опіки та піклування в нас до сьогодні мало хто має правильне уявлення, більше того, мало хто із співробітників органів опіки та піклування знає про ті функції, які покладені на них законодавством. Головним завданням органів опіки та піклування вважають виявлення та облік дітей, які залишилися без батьківського піклування, участь у подальшому їх влаштуванні, а також надання згоди на здійснення правочинів, які не можуть бути вчинені без дозволу органу опіки та піклування. Однак, коло відносин, учасниками яких є органи опіки та піклування, цим не обмежується.

Норми права, які закріплюють можливість органів опіки та піклування брати участь в охороні особистих немайнових і майнових прав та інтересів неповнолітніх, займають особливе місце в системі заходів підтримки дітей. Мова йде про широку гаму правових засобів захисту дітей, враховуючи те, що їх складають неоднакові за своєю галузевою належністю законодавчі акти, кожен з яких прямо або опосередковано слугує або може служити правовим інструментом, який захищає права дітей.

Складність захисту прав дитини полягає не тільки в застосуванні різних за своєю галузевою належністю правових норм, а й в комплексному характері самого сімейного права. Його основу складають як норми матеріального права, так і адміністративно-правові норми, а також приписи цивільно-процесуального характеру. З іншого боку, захищають права дитини норми, які прийнято відносити до приватноправових або до публічно-правових, які досить часто взаємодіють, доповнюючи одна одну, коли мова йде про конкретні способи захисту прав дитини, в чому безпосередньо зацікавлена держава в особі органів опіки та піклування.

СК України покладає на органи опіки та піклування низку обов'язків, зокрема: щодо надання допомоги особі у здійсненні нею своїх сімейних прав та виконанні сімейних обов'язків (ч. 1 ст. 17); щодо захисту сімейних прав та інтересів за зверненням осіб у передбаче-

них СК випадках (ч. 1 ст. 19 СК); щодо участі у судових засіданнях при розгляді судом спорів стосовно участі одного з батьків у вихованні дитини, місця проживання дитини, позбавлення та поновлення батьківських прав, побачення з дитиною матері, батька, які позбавлені батьківських прав, відібрання дитини від особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду, управління батьками майном дитини, скасування усиновлення та визнання його недійсним (ч. 4, 5 ст. 19 СК); щодо звернення до суду з позовом про визнання шлюбу недійсним, якщо захисту потребують права та інтереси дитини (ч. 1 ст. 42 СК); стосовно постановлення рішення щодо здійснення запису у Книзі реєстрації народжень про батьків дитини, якщо батьки дитини невідомі (ч. 2 ст. 135 СК); щодо надання дозволу бабі, діду, іншим родичам забрати дитину з пологового будинку або з іншого закладу охорони здоров'я, якщо батьки не забрали дитину (ч. 4 ст. 143 СК); щодо вирішення спорів між батьками щодо присвоєння та зміни прізвища дитини (ч. 3 ст. 145, ч. 4 ст. 148 СК); щодо здійснення опіки над дитиною, щодо якої судом постановлене рішення про відібрання дитини від особи, з якою вона проживає (ч. 3 ст. 161 СК); та багато-багато інших.

Значні повноваження надані органам опіки та піклування в зв'язку із захистом майнових прав дітей. При цьому чинним законодавством передбачені випадки надання попередньої згоди цих органів для здійснення правочину, як законними представниками за участю неповнолітньої дитини, так і щодо розпорядження такими особами майном малолітньої дитини.

Такими правочинами, відповідно до ст. 71 ЦК України, ч. 2 і 3 ст. 177 СК України, ст. 17 Закону України „Про охорону дитинства“, є договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або спеціальній реєстрації, правочини, направлені на відмову від належних дитині майнових прав, на здійснення розподілу, обміну, відчуження житла, на зобов'язання від імені дитини порукою, договори щодо іншого цінного майна (однак, при цьому не визначається, яке саме майно слід визнавати цінним). Водночас законодавчо не врегульовано, що саме має слугувати підставою для надання згоди органів опіки та піклування для здійснення правочину. Правовим же наслідком вчинення правочину без дозволу органу опіки та піклування згідно зі ст. 224 ЦК є визнання його нікчемним.

Слід відзначити, що в деяких випадках органи опіки і піклування дають згоду на відчуження майна неповнолітнього тільки за умови, що на ім'я дитини буде набуто інше майно. Причому це стосується як нерухомого майна (житла), так і рухомого (транспортних засобів,

оскільки п. 26 Правил державної реєстрації та обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів та мотоколясок, затверджених Постановою КМУ від 7 вересня 1998 р. № 1388 встановлено, що в обліковій картці та книзі обліку транспортних засобів, які належать неповнолітнім, ставиться відмітка про заборону зняття з обліку транспортного засобу без дозволу батьків неповнолітнього або його піклувальника та погодження з органами опіки і піклування).

На початку 90-х років, коли житло стали продавати так звані неблагополучні батьки, а також батьки, які мали на меті отримати стартовий капітал для здійснення підприємницької діяльності, значна кількість дітей залишилася на вулиці. Це відбувалося не дивлячись на те, що ст. 78 КпШС України встановлювала правило, що батьки управляють належним неповнолітнім особам майном як опікуни і піклувальники без спеціального на те призначення, але з додержанням відповідних правил про опіку і піклування, якими, в свою чергу, відповідно до ст. 145 КпШС України та п. 4.7. Правил опіки та піклування, затверджених Наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України 26.05.1999 р. № 34/166/131/88 було встановлено, що опікун не має права без дозволу органів опіки та піклування укладати угоди, а піклувальник - давати згоду на їх укладання, якщо вони виходять за межі побутових.

На сьогодні склалася інша ситуація, коли батьки взамін належного дитині нерухомого майна в одному місті, наприклад, у м. Києві, купують інше, наприклад, в м. Луганську. Умови такої купівлі-продажу, очевидно, є нерівноцінними, однак подальшого контролю за такими сім'ями не ведеться. Зустрічаються й інші випадки, коли продаж належного дитині нерухомого майна зумовлений необхідністю її оздоровлення, при цьому батьки забезпечують дитину житлом дещо меншої площі, однак органи опіки та піклування не надають згоди на продаж такого майна.

На нашу думку, правове регулювання діяльності органів опіки та піклування вимагає кардинальних змін, що можливе, зокрема, за умови прийняття спеціального закону, який би визначав правові, організаційні та фінансові засади функціонування органів опіки та піклування в Україні. Тим більше, що ст. 56 ЦК України передбачає існування такого закону, однак на сьогодні відповідного закону не прийнято, хоча в суспільстві назріла нагальна потреба в ньому.

Розділ V

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

Поняття сімейно-правової відповідальності

У кожній галузі права поняття відповідальності має свої специфічні особливості. Проте в сімейному праві, як і в цивільному, досі не сформульовано єдиного розуміння відповідальності.

Більшість науковців (Є.Ворожейкін, Г.Матвєєв, В.Рясенцев, В.Яковлев) розглядають сімейно-правову відповідальність як самостійний вид відповідальності, заходи якого можуть застосовуватися лише до членів певної сім'ї. При цьому заходи сімейно-правової відповідальності передбачають застосування до правопорушників додаткових заходів впливу у вигляді позбавлення прав, обмеження строку їх дії, зменшення обсягу прав або збільшення обсягу обов'язків, покладення на певну особу обов'язку відшкодувати заподіяну нею моральну шкоду.

До того ж, у науці сімейного права панує думка, що сімейно-правова відповідальність зводиться не до додаткових зобов'язань, а до позбавлення права, і такі майнові санкції, як стягнення збитків і неустойки, в даній галузі не застосовуються. [1, с.2] Проте, керуючись нормами СК України [2], можна стверджувати, що не тільки позбавлення права, але й обмеження особистого чи майнового права слід розглядати як міру сімейно-правової відповідальності. А оскільки заходи відповідальності спрямовані на покарання винного правопорушника, то заходи сімейно-правової відповідальності виконують каральну функцію. Однак, слід зауважити, що заходи сімейно-правової відповідальності характеризуються відновлюючою функцією, яка притаманна цивільно-правовій відповідальності в сімейному праві, що застосовується при правопорушеннях в аліментних зобов'язаннях.

Так, у нормах СК України передбачено застосування майнових санкцій за невиконання аліментних зобов'язань, зокрема, в ч.1 ст. 196 закріплено право одержувача аліментів на стягнення неустойки (пені) у розмірі одного відсотка від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення. При винному утворенні заборгованості на зобов'язальну особу, на наш погляд, можна покласти відповідальність у вигляді відшкодування збитків, проте не в повному обсязі, а в частині, яка не покрита неустойкою, що в свою чергу буде виконувати превентивну функцію відповідальності і в більшій мірі захищатиме права одержувача. В даному контексті, варто зауважити,

що кодексом не передбачено такого заходу захисту порушених прав одержувача аліментів, завдяки якому можна було „компенсувати” несприятливі наслідки неотримання аліментів вчасно. На нашу думку, в зазначеній ситуації можна скористатись ч.1 ст. 1167 ЦК України [3], яка передбачає відшкодування моральної шкоди, завданої фізичній особі неправомірними діями чи бездіяльністю. Але СК України, на жаль, не передбачає можливості відшкодування моральної шкоди в аліментних зобов'язаннях, що обумовлюється, на наш погляд, принципом несення кожним ризику вибору контрагента-учасника сімейно-правових відносин.

Отже, аналізуючи заходи майнової відповідальності за неправомірну поведінку платника аліментів, бачимо, що вони співпадають з основними заходами цивільно-правової відповідальності - сплатою неустойки, відшкодуванням збитків.

На думку деяких вчених (В.Ойгензихта, З.Ромовської, А.Савицької, Н.Титової) відповідальність у сімейному праві полягає в реальному конкретному обтяженні особи, яка вчинила протиправну винну поведінку, в результаті застосування та реалізації санкції. При цьому наголошується, що протиправність і вина є необхідними та достатніми елементами складу сімейного правопорушення. Тобто підставою виникнення правовідносин відповідальності в сімейному праві є винна поведінка члена сім'ї, який порушив норми сімейного законодавства шляхом недозволеного посягання на внутрисімейні правовідносини (вчинення сімейного правопорушення).

Таким чином, підставою застосування заходів відповідальності в сімейному праві, зрештою як і в цивільному, є склад сімейного правопорушення. Відповідальність настає за умови, якщо поведінка суб'єкта сімейних правовідносин визнається протиправною. Під протиправністю в сімейному праві слід розуміти порушення суб'єктом сімейного правовідношення норм об'єктивного права (норм сімейного законодавства) і чужого суб'єктивного права (суб'єктивного права інших учасників сімейного правовідношення).

Сімейно-правова відповідальність може настати як в результаті дії, так і бездіяльності правопорушника, оскільки здійснення батьківських прав та виконання обов'язків можливе шляхом як дії (наприклад, реалізація права на виховання), так і бездіяльності. Так, підставою застосування санкції ст. 204 СК України (звільнення дочки, сина від обов'язку утримувати матір, батька) є бездіяльність батьків у період неповноліття дитини або протидія виконанню своїх батьківських обов'язків. Аналогічна підстава полягає і в застосуванні санкції ст. 219 СК України (усиновлення дитини без згоди батьків).

Іноді протиправність проявляється в поєднанні обох форм поведінки. Наприклад, підставою позбавлення батьків батьківських прав за ст. 164 СК України може слугувати протиправна поведінка батька або матері як у формі дії (коли вони є хронічними алкоголіками або наркоманами), так і бездіяльності (у випадку їх ухилення від виконання своїх обов'язків по вихованню дітей).

Обов'язковим елементом складу правопорушення є також вина. Саме факт наявності або відсутності вини в діях (бездіяльності) учасників сімейних правовідносин є визначальним при виборі санкції. Це пов'язано насамперед з тим, що у сімейному праві за одну і ту саму протиправну поведінку можуть застосовуватися як заходи відповідальності, так і заходи захисту, в залежності від факту наявності вини або її відсутності в діях правопорушника. Наприклад, якщо батьки свідомо не виконували своїх батьківських обов'язків, до них застосовуються заходи відповідальності у вигляді позбавлення батьківських прав, якщо ті самі дії вони вчинили без вини (внаслідок захворювання), то до них застосовується міра захисту у вигляді відібрання дитини у батьків без позбавлення батьківських прав.

У сімейному праві з врахуванням складу сімейного правопорушення, коли в одних випадках відповідальність настає за наявності протиправності, в інших - вимагається настання шкідливих наслідків та встановлення причинного зв'язку, вина суб'єкта сімейного правопорушення визначається по-різному. Так, порушення тих норм сімейного законодавства, відповідальність за якими настає за наявності шкідливих наслідків як результату протиправної поведінки, вина делінквента буде включати в себе психічне ставлення особи до своїх протиправних дій та шкідливих їх наслідків.[4, с.41] Тобто в таких випадках особа усвідомлює протиправність своєї поведінки і шкідливий результат протиправної поведінки. В тих же випадках, коли сімейно-правова відповідальність настає в силу одного факту протиправності, незалежно від того, заподіяна шкода чи ні, вина виступає як усвідомлене психічне ставлення винної особи до своєї протиправної поведінки та її шкідливих наслідків.

В даному контексті варто зауважити, що питання вини в сімейному праві на сьогодні залишається не розробленим, зокрема актуальним виступає питання розмежування вини на умисел і необережність. Незважаючи на той факт, що в теорії сімейного права сформульоване положення про те, що форми вини не впливають на застосування сімейно-правових санкцій [4, с.37], на наш погляд, суд при вирішенні питання про застосування сімейно-правових санкцій повинен враховувати форму і ступінь вини правопорушника.

Більшість науковців наголошують на тому, що в сімейному праві застосування заходів відповідальності не залежить від настання наслідків протиправної поведінки, оскільки правопорушення в сфері сімейних правовідносин у більшості випадків завдають особистої, а не майнової шкоди. Наприклад, жорстоке поводження з дитиною завжди завдає моральної шкоди, а очікування заподіяння ще й фізичної шкоди є занадто небезпечним явищем. При цьому моральну шкоду, яка завдається дитині, неможливо виміряти. До того ж шкідливий вплив протиправної поведінки батьків може проявитися через певний час, але сам факт правопорушення створює постійну загрозу прояву цього впливу в майбутньому. [5, с.142] Тобто сімейно-правова відповідальність пов'язується як із настанням безпосередньої шкоди, так і з тим фактом, що шкідливі наслідки можуть настати в майбутньому. Прикладом може слугувати ч.1 ст.170 СК України, де сказано, що суд може постановити рішення про відібрання дитини від батьків або одного з них, не позбавляючи їх батьківських прав, якщо залишення дитини у них є небезпечним для її життя, здоров'я і морального виховання. Тут, як бачимо, шкідливі наслідки для дитини ще не настали, але вони можуть виникнути у майбутньому, якщо дитину залишити в небезпечному оточенні.

Проте вищезазначене не означає, що наслідки протиправної поведінки суб'єкта сімейних правовідносин не повинні включатися до складу сімейного правопорушення. Шкода як елемент складу сімейного правопорушення характеризується невластивим характером: в одних випадках відповідальність може настати тільки за наявності шкоди, а в інших - наявність цього елемента не обов'язкова. Зокрема, заподіяння шкоди внаслідок протиправної поведінки слід брати до уваги при ухиленні від сплати аліментів, при порушенні прав подружжя на майно, наприклад внаслідок вчинення правочину без згоди другого з подружжя, при порушенні умов шлюбного договору.

У тих випадках, коли наслідки протиправної поведінки включаються до складу сімейного правопорушення, необхідним його елементом є причинний зв'язок між протиправною поведінкою та її наслідками.

Підсумовуючи все вищесказане, слід зауважити, що особливої відмінності між складом сімейного та цивільного правопорушення як підстави для настання сімейно-правової та цивільної відповідальності нема. Як у першому, так і в другому випадках наявність усіх структурних елементів є обов'язковою. Крім того, досить часто склад сімейного правопорушення переплітається зі складом цивільного правопорушення. "Там, де сімейно-правові відносини пересікаються з цивільно-

правовими, це не може породити проникнення або цивільно-правових начал в сімейно-правові, або сімейно-правових засад у відносини цивільно-правові, причому і в тому, і в іншому випадку проникнення дає про себе знати тим, що порушуються основи рівності, прийняті в тій чи іншій галузі права". [6, с.105]

Крім того, можна зробити висновок, що в сімейному праві застосовуються такі заходи цивільно-правової відповідальності, як позбавлення права, сплата неустойки, відшкодування збитків. Підстави застосування заходів захисту в цілому схожі з підставами притягнення до відповідальності.

Аналіз деяких питань відповідальності в сімейному праві дозволяє стверджувати, що в сімейних відносинах має місце застосування механізму цивільно-правової відповідальності. При цьому відповідальність у сімейному праві виконує відновлюючу (відшкодування збитків), каральну (позбавлення батьківських прав) і превентивну (належна поведінка учасників сімейних правовідносин з метою уникнення відповідальності) функції.

Проте незважаючи на вищезазначене, в теорії сімейного права панує думка про специфічний характер сімейно-правової відповідальності. Специфіка відповідальності проявляється насамперед щодо її суб'єктів, якими можуть бути члени сім'ї, тобто учасники конкретних регулятивних сімейних правовідносин. Однак і в цивільному праві в сфері договірних відносин правовідносини відповідальності виникають між особами, які перебувають між собою в договірних регулятивних правовідносинах.

Наступною особливістю сімейно-правової відповідальності виділяють її імперативність. Проте і в цивільному праві заходи відповідальності визначаються імперативними нормами, зокрема це стосується інституту деліктної відповідальності. В сімейному праві інститут відповідальності містить і диспозитивні норми. Зокрема, учасники сімейних правовідносин щодо майнових питань мають право своїми угодами встановлювати заходи відповідальності за порушення договору про сплату аліментів, шлюбного договору (ч.9 ст. 97 СК України).

До особливостей сімейно-правової відповідальності ряд науковців (В.Данілін, А.Звягінцева, Л.Короткова, В.Мироненко, З.Ромовська) відносять її зміст, який становить позбавлення чи обмеження особи суб'єктивного права. [7, с.9; 8, с.5; 9, с.42-43; 10, с.44] Так, позбавлення суб'єктивного права відбувається у випадку позбавлення батьківських прав. Батьки позбавляються комплексу особистих немайнових прав (наприклад, права на особисте виховання дитини) та майнових прав (права на утримання від дитини, права на пенсію та

відшкодування шкоди у разі втрати годувальника тощо). Прикладом обмеження права може бути такий захід відповідальності як відібрання у батьків дитини без позбавлення батьківських прав, внаслідок чого батьки позбавляються права особисто брати участь у вихованні своєї дитини.

Справді, при порушенні особистих сімейних правовідносин не спостерігається покладання на винного нового чи додаткового обов'язку. Тісно пов'язана з вищезгаданими розмежуваннями спроба відрізнити сімейно-правову відповідальність від цивільно-правової відповідальності за тією ознакою, що головною функцією цивільно-правової відповідальності є компенсація завданих потерпілому збитків, а сімейно-правовій відповідальності не притаманна така функція. Проте відсутність компенсаційних санкцій за порушення сімейних майнових прав все ж таки слід вважати недоліком сімейного законодавства, адже позбавлення права зобов'язаної особи (правопорушника) не може в повній мірі захистити інтерес потерпілого. Якщо батьки ухилялися від утримання своїх неповнолітніх дітей, вони з огляду на положення ст. 204 СК України можуть бути позбавлені права на одержання в майбутньому від них аліментів. Проте шкоду, завдану дітям несплатою аліментів, така міра відповідальності безумовно не може компенсувати. Саме тому для досягнення компенсаційної мети ст. 196 СК України передбачає стягнення з зобов'язальної винної особи неустойки (пені).

І ще одне зауваження. В чинному законодавстві ми не знайдемо нормативного закріплення поняття сімейно-правової відповідальності. Так, ст.35 Закону України від 26 квітня 2001 року "Про охорону дитинства" [11] передбачає відповідальність за порушення законодавства про охорону дитинства. Зокрема, особи, винні у порушенні вимог законодавства про охорону дитинства, в тому числі батьки, несуть цивільно-правову, адміністративну або кримінальну відповідальність відповідно до законів України. Як бачимо, законодавець не передбачає за порушення законодавства про охорону дитинства настання сімейно-правової відповідальності. Отже, або законодавець взагалі не виокремлює в чинному правовому полі сімейно-правову відповідальність як таку, або ж він розуміє її як вид цивільно-правової відповідальності.

Таким чином, можна ще раз переконатися, що розуміння відповідальності в сімейному праві практично не відрізняється від її розуміння в цивільному праві. При цьому, враховуючи все вищезазначене, сімейно-правову відповідальність можна визначити як передбачений санкцією норми закону (умовами договору) захід впливу на правопо-

рушника при недотриманні ним вимог закону (умов договору, рішення суду), внаслідок чого він зазнає позбавлення чи обмеження особистих немайнових або майнових прав, що сприяє захисту порушених суб'єктивних прав та інтересів.

Література

1. Чичерова А.Е. Семейно-правовая ответственность в семейном праве // Семейное и жилищное право. - 2005. - № 1. - С.2-5.
2. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року. - К.: Атіка, 2002. - 80 с.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. - К.: Атіка, 2003. - 416 с.
4. Данилин В.И. Ответственность по советскому семейному праву. - Уфа, 1980. - 61 с.
5. Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. - М., 1995. - 144 с.
6. Шевченко Я.Н. Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних. - К.: "Наукова думка", 1976. - 192 с.
7. Звягинцева Л.М. Меры защиты в советском семейном праве: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. - Свердловск, 1980. - 20 с.
8. Короткова Л.П. Ответственность родителей (усыновителей) за ненадлежащее воспитание детей: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. - Харьков, 1980. - 19 с.
9. Мироненко В.П. Відповідальність батьків за ненадлежаще виховання дітей за сімейним та цивільним законодавством України: Дис... канд.юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 2000. - 193 арк.
10. Ромовская З.В. Защита в советском семейном праве. - Львов: "Вища школа", 1985. - 180 с.
11. Закон України "Про охорону дитинства" від 26 квітня 2001 року // Урядовий кур'єр. - Орієнтир. - 6 червня 2001 року. - №98.

Відповідальність як засіб правового впливу на поведінку учасників сімейних відносин

Право здійснює спеціально-юридичний, інформаційно-психологічний (мотиваційний), виховний (ціннісно-орієнтаційний, педагогічний), соціальний вплив на поведінку учасників сімейних відносин. Спеціально-юридичний вплив здійснюється за допомогою правових засобів, під якими в теорії права у самому загальному вигляді розуміються правові явища (інструменти), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей. Всі правові засоби: 1) є юридичними способами забезпечення інтересів суб'єктів права, досягнення визначених цілей; 2) відображають інформаційно-енергетичні якості та ресурси права, що надає їм особливої юридичної сили, спрямованої на подолання перешкод на шляху задоволення інтересів учасників правовідносин; 3) у певному поєднанні є основними елементами дії права; 4) тягнуть певні юридичні наслідки, конкретні результати того чи іншого ступеня ефективності або дефектності правового регулювання; 5) забезпечуються державою¹.

В залежності від функціональної ролі всі правові засоби поділяються на регулятивні та охоронні. Серед останніх особливе місце посідає юридична відповідальність.

Протягом багатьох років серед науковців точиться дискусія з приводу того, чи можна розглядати сімейно-правову відповідальність як самостійний вид юридичної відповідальності. Наприклад, М.В. Антокольська вважає, що відсутні жодні підстави для виокремлення сімейно-правової відповідальності в якості самостійного виду юридичної відповідальності, оскільки поняття сімейно-правової відповідальності повністю охоплюється поняттям цивільно-правової відповідальності². Ю.С. Червоний, навпаки, стверджує, що є всі підстави для розгляду сімейно-правової відповідальності як самостійного виду, оскільки: 1) характерною ознакою цивільно-правової відповідальності є застосу-

¹ Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юристъ, 2005. - С. 16-17.

² Антокольская М.В. Семейное право. - М., 1999. - С. 98-99.

вання виключно майнових санкцій, а у сімейному праві переважають санкції особистого характеру; 2) цивільно-правова відповідальність може бути реалізована й у добровільному порядку, а сімейно-правова - лише із застосуванням примусу³. Таким чином, Ю.С. Червоний в якості критеріїв розмежування цивільно-правової та сімейно-правової відповідальності застосовує характер санкцій та порядок реалізації відповідальності. Наскільки виправданим є такий підхід? По-перше, дамо відповідь на запитання, чи всі санкції у цивільному праві носять виключно майновий характер?

У цивілістиці під цивільно-правовою санкцією, як правило, розуміється встановлена законом міра майнових або інших правових невідгідних для особи наслідків, котра застосовується до неї у випадку недотримання приписів закону, невиконання прийнятих зобов'язань, завдання шкоди або за наявності інших, передбачених законом, підстав. Визначаються наступні характерні риси санкції: 1) вона застосовується тільки до особи, яка порушила право; 2) вона є реакцією держави на допущене суб'єктом правопорушення і виражається у певних правових наслідках; 3) санкцією є не будь-який правовий наслідок, а саме той, котрий невідгідний для правопорушника (хоча у сучасній теорії права виокремлюються і так звані "заохочувальні" санкції); 4) вона є юридичною мірою тієї поведінки, до якої примушується правопорушник і на яке уповноважується кредитор або потерпілий⁴. Наприклад, ст. 611 ЦК України встановлює наступні правові наслідки порушення зобов'язання: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Із зазначених правових наслідків майновими санкціями є стягнення неустойки та відшкодування збитків і моральної шкоди. Розірвання ж договору та зміна умов зобов'язання носять не майновий, а організаційний характер, хоча внаслідок їх застосування можуть скластися обставини, за яких суб'єкт може зазнати збитків. Як бачимо, у цивільному праві застосовуються й немайнові санкції. Отже, твердження Ю.С. Червоного стосовно застосування у цивільному праві виключно майнових санкцій є хибним.

³ Сімейне право України: Підручн./ За заг. ред. Ю.С. Червоного. - К.: Істина, 2004. - С. 103.

⁴ Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Свердловский юрид. ин-т. Сборник ученых трудов - Свердловск, 1973. - С. 13.

Із зазначених вище правових наслідків тільки сплата неустойки та відшкодування збитків є мірами відповідальності. У зв'язку з цим виникає запитання, а чи є санкції, що застосовуються у сфері дії сімейного права, мірами відповідальності? Можливо, всі вони є лише мірами захисту?

Як вірно зазначає І.В. Жилінкова, в сфері дії сімейного права примусові заходи щодо учасників сімейних відносин у першу чергу розглядаються як міри захисту порушених сімейних прав, хоча допускається застосування і мір відповідальності⁵. “Новий СК застосовує такі міри відповідальності за порушення сімейних прав, як відшкодування матеріальної або моральної шкоди (статті 49, 50, 157, 158, 159, 162 СК). Вперше у сімейному законодавстві передбачене і стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів (ч. 1 ст. 196 СК)”⁶.

Вважаємо, що І.В. Жилінкова не випадково і вірно називає в якості мір відповідальності у даному випадку лише відшкодування майнової та моральної шкоди, а також стягнення неустойки, оскільки вони без сумніву є саме мірами відповідальності. Але якої відповідальності: сімейно-правової чи цивільно-правової?

Відповідь на це запитання може бути лише одна: саме цивільно-правової. Закріплення у СК України зазначених мір зовсім не визнає їх “сімейно-правову природу”. Так само, як, наприклад, закріплення у главі 24 Земельного кодексу України можливості відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам не свідчить про існування так званої “земельно-правової” відповідальності.

На наш погляд, прибічники виокремлення сімейно-правової відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності отожднюють поняття “санкція” та “відповідальність”. Ця проблема є досить “давньою”. В юридичній літературі виокремлюються три основні наукові позиції щодо взаємозв'язку відповідальності та санкції. Згідно одній з них (її називають концепцією “пріоритету відповідальності”), правова санкція є різновидністю правової відповідальності, згідно іншій, котра є логічним антиподом першої (її називають концепцією “пріоритету санкції”), правова відповідальність є видом санкції. Нарешті, існує третя точка зору, котра ставить знак рівності між розглядуваними категоріями (її називають “концепцією тотожності”)⁷. Ми вважаємо, що найбільш вірною є концепція пріоритету санкції.

Більш того, закріплення можливості застосування до суб'єктів сімейного права таких засобів суто цивільно-правового впливу як спла-

⁵ Сімейне право України: Підручник / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін.; За заг. ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. - К.: Юрінком Інтер, 2006. - С. 25.

⁶ Там же.

⁷ Красавчиков О.А. Вказана праця. - С. 10-11.

та неустойки за невиконання зобов'язання, відшкодування майнової або моральної шкоди є "тяжким ударом" по аргументах прибічників розгляду сімейного права як самостійної галузі права, оскільки за радянських часів саме відсутність у сімейному праві зазначених санкцій розглядалась як одна з основних ознак, що слугувала підставою для його відокремлення від цивільного права.

Сьогодні ж необхідно визнати, що сімейне право є лише підгалуззю цивільного права і отже ніякої "сімейно-правової" відповідальності не існує. А при застосуванні цивільно-правової відповідальності як засобу правового впливу на поведінку учасників сімейних відносин необхідно враховувати те, що більшість норм сімейного права походить від моральних встановлень, що затвердилися в суспільстві, а самі сімейні відносини носять особисто-довірчий характер, тому держава "втручається" лише у випадках особливої необхідності і часто з ініціативи самих учасників сімейних відносин.

Ще у XIX ст. К.П. Победоносцев зазначав, що сімейні відносини у найменшому ступені, ніж всі інші, "піддаються і підлягають юридичному визначенню... саме тому, що в них багато елементів, які не можуть і не повинні охоплюватись юридичним визначенням, як не може останнє спуститися у глибину совісті та морального почуття. Позитивний закон може торкатися лише з однієї сторони цих відносин, саме з тієї сторони, з якої можливі зіткнення сімейної автономії з автономією держави"⁸.

Але у тому випадку, коли право "торкається" сімейних відносин, досягти ефективності правового регулювання, на нашу думку, можливо лише за умови врахування наступних моментів.

Сімейне право (як і право взагалі) впливає на поведінку осіб (суб'єктів сімейного права) лише через правосвідомість. При цьому "процес правового регулювання суспільних відносин можливий лише за умови союзу волі учасника суспільного відношення та волі регулятора цього відношення, але для того, щоби такий союз відбувся, необхідно усвідомлення суб'єктом відношення звернутих до нього вимог"⁹. Суб'єкти сімейного права виступають тут одночасно у трьох юридично значущих ролях - адресатів правових норм, учасників правових відносин і володільців правосвідомості¹⁰. Одночасно відбу-

⁸ Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В трех томах. Т. 2 / Под ред. В.А. Томсинова. - М.: Изд-во «Зерцало», 2003. - С. 2-3.

⁹ Основы теории права и государства в вопросах и ответах: Учебное пособие. - Х.: ООО «Одиссей», 2002. - С. 307.

¹⁰ Астемиров З.А. Понятие юридической ответственности // Советское государство и право. - 1979. - № 6. - С. 59-67.

вається й інформаційно-психологічний вплив. Предметом зазначеного впливу є конкретні "власні" інтереси суб'єктів сімейного права. За характером він може бути позитивним (обіцянка чи надання цінності, тобто стимулювання позитивної активності) чи негативним (загроза чи позбавлення цінності, тобто обмеження, блокування негативної активності)¹¹.

На думку спеціалістів-психологів, загальнообов'язкової сили може бути тільки та правова норма, яка здатна виконувати функцію соціальної норми, тобто відповідати соціальним потребам суспільства та особистості, відповідати соціально-психологічним механізмам людської поведінки в сім'ї.

Проблема соціальної регуляції у даному випадку полягає в тому, щоб управляти мірою доступності цінностей, необхідних для задоволення інтересів суб'єктів сімейних відносин. Керувати соціальними процесами - значить впливати на інтереси на підставі об'єктивних соціологічних законів. Управляти в соціальній системі - значить враховувати "ієрархію" інтересів, виявляти найбільш важливі та суттєві з суспільної точки зору та стимулювати їх, а також виявляти антисуспільні інтереси та обмежувати їх, усувати з арени боротьби за цінності. Тут відсутня альтернатива - або суспільство через інструменти управління буде обмежувати реалізацію негативних інтересів і стимулювати здійснення позитивних, або ці негативні інтереси будуть перешкоджати повній реалізації інтересів позитивних. Таким чином, у даному контексті соціальне управління уявляє собою подвійний вплив: 1) у вигляді сприяння задоволенню соціально цінних інтересів суб'єктів сімейних відносин, тобто стимулювання; 2) у вигляді протидії задоволенню інтересів антисуспільних, тобто обмеження. Зазначені стимули та обмеження виражаються у правових і моральних нормах і направлені на формування компромісів між різними інтересами¹²².

Але тут виникає запитання: чи можна зводити юридичну норму виключно до правила належної поведінки? Чи не буде більш точним розглядати її не лише в значенні авторитетного припису, але і в значенні дійсного (сформованого, такого, що формується чи зароджується) варіанта поведінки, оптимального з точки зору задоволення суб'єктом дій його потреб, що розповсюджується за конкретних обставин й здійснює вплив на тих, хто в силу тих чи інших причин поводить себе по-іншому? Те, що люди у практичній діяльності надають перевагу йому перед іншими, починають погоджувати з ним свою поведінку, орієнтуватися на нього, прагнути його досягти, говорить про

¹¹ Малько А.В. Вказана праця. - С. 55-56.

¹² Там же. - С. 37.

нього як про соціальний норматив, як про фактор детермінації людської поведінки у відповідних умовах¹³. При цьому людина не сліпо підкоряється нормі, а оцінює її, враховуючи власний практичний досвід.

Тому суб'єкт нормотворчості, встановлюючи певну юридичну норму, повинен не лише чітко визначити мету, задля досягнення якої здійснюється правове регулювання (відповідно до ч. 2 ст. 1 СК України регулювання сімейних відносин здійснюється з метою: зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб; утвердження почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї; побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки; забезпечення кожної дитини сімейним вихованням, можливістю духовного та фізичного розвитку), але й обрати на основі врахування дійсних тенденцій та процесів варіанти поведінки, на його думку, найбільш ефективні та результативні з точки зору досягнення даної мети. При цьому необхідно пам'ятати, що у практичному житті існують й інші способи дій у передбаченій ситуації, котрі суб'єкту нормотворчості бажано видозмінити й котрі, оскільки встановлюється зразковий варіант, вважаються порушенням останнього, "порушенням норми". Створення нормативного припису, що припускає, а у відомому смислі й такого, що ґрунтується на реальній можливості його невиконання (порушення), передбачає систему засобів з його забезпечення, у противному випадку припис безглуздий¹⁴. Так, наприклад, ст. 51 СК України закріплює рівне право дружини та чоловіка "на повагу до своєї індивідуальності, своїх звичок та уподобань". Які критерії зазначеної "поваги" необхідно застосовувати на практиці, як визначити ступінь "поваги", якими юридичними засобами можна забезпечити зазначене право?

Система забезпечення включає в себе засоби, що стимулюють чи просто примушують адресатів дотримуватися велінь нормативу; іншими словами, його реалізація ґрунтується на підкоренні у тій чи іншій формі волі адресата нормативній вимозі, яка викликає відповідну поведінку. Результативною реакцією особи на правовий вплив є її поведінка (правомірна чи неправомірна). Коли особа діє правомірно - мета правового впливу досягається. Коли особа діє неправомірно, скоює правопорушення, виникає охоронне правовідношення, в рамках якого застосовуються правові обмеження. Очевидно, що "повага" як така перебуває поза межами дії права, тут працюють інші механізми соціальної регуляції, тому забезпечити "повагу" правовими засобами неможливо.

¹³ Бурлай Е.В. Нормы права и правоотношения в социалистическом обществе - Свердловск, 1973 - С. 26-27.

¹⁴ Там же. - С. 16-17.

Але самі норми сімейного права (які, до речі, також є правовими засобами) є правовою інформацією, яка може впливати на мотиви поведінки суб'єктів сімейних відносин. І, можливо, з цієї позиції закріплення у СК України "права на повагу" та інших так званих "декларативних" прав є виправданим. Хоча переважна більшість учасників сімейних відносин є "пересічними громадянами", котрі не мають жодного уявлення щодо змісту конкретних норм не тільки СК України, але й інших нормативно-правових актів, і керуються у своєму житті насамперед нормами моралі та звичаями. І тут величезного значення набуває врахування взаємозв'язку права і соціального середовища.

Сьогодні жоден юрист (як теоретик, так і практик) не буде заперечувати, що саме право ми не можемо розглядати відокремлено від соціальної системи взагалі, оскільки вони складають одне ціле. "Життя" і "рух" права можна зрозуміти тільки за умови розгляду їх "разом з умовами, котрі роблять цей "рух" необхідним"¹⁵. Найбільшою мірою це проявляється в сфері сімейних відносин. Сімейне право чільно пов'язано з національною культурою, яка розподіляється на субкультури. Навіть у межах території однієї країни існують певні відмінності між сімейними субкультурами. Так, наприклад, сімейна культура сучасної міської молоді сім'ї суттєво відрізняється від традиційної патріархальної сімейної культури сільської сім'ї, не говорячи вже про ті сімейні культури, що формуються в результаті міжнародних міграційних процесів.

Суб'єкту нормотворчості безумовно необхідно враховувати зазначені обставини. Як свідчить світовий досвід, юридичні норми взаємодіють з певними "фрагментами" суспільного життя, котрі, зазнаючи безпосереднього впливу цих норм, самі здійснюють, в свою чергу, конструктивно формуючий вплив на правові правила. Тим самим у рамках такої взаємодії вони змінюють і розвивають самі себе, розвивають і змінюють зміст і структуру правових правил. У процесі зазначеної взаємодії утворюється соціально-правова дійсність, поза якою існування як правових норм, так і соціального середовища практично неможливе¹⁶. Але, на жаль, автори чинного СК України не врахували одну "маленьку деталь" - сучасний стан відповідних суспільних відносин, тому сам зміст Кодексу сприймається переважно як ліричний твір, а "романтичні прагнення" його авторів залишаються і будуть залишатися лише "прагненнями".

¹⁵ Зиманов С.З. Правовая наука: сфера и предмет // Советское государство и право. - 1982. - № 10. - С. 43.

¹⁶ Там же. - С. 46.

Розділ VI

СІМЕЙНЕ

ЗАКОНОДАВСТВО

ТА ІНШІ ГАЛУЗІ

ЗАКОНОДАВСТВА

Гаянтич М.К., кандидат юридичних наук, доцент,
заступник директора з наукової роботи
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва АПРН України

Проблеми визначення поняття член сім'ї за цивільним, сімейним та житловим законодавством України

Громадяни на свій розсуд і в своїх інтересах здійснюють належні їм права, в тому числі розпоряджаються ними. Вони вільні у встановленні і реалізації своїх житлових прав в силу договору або інших передбачених або непередбачених законом підстав. Вони мають право вільного вибору жилих приміщень для проживання в якості власників, наймачів тощо.

Для підтримання нормальної життєдіяльності житло потрібно кожній особистості. Тільки громадянам України державою надаються жилі приміщення державного та комунального житлового фонду у користування на умовах договору найму, передбачає ЖК УРСР 1983р. Саме на задоволення потреб громадян України на житло, реалізацію їх конституційних прав і спрямований проект ЖК України 2005 р. та Закон України "Про житловий фонд соціального призначення". Виходячи з цього, серед фізичних осіб як учасників житлових відносин, слід окремо виділити, перш за все, громадян України - фізичну особу.

За законодавством громадянин України може бути особою, яка потребує житла або поліпшення житлових умов, поєднувати в собі і наймача, і особу, яка має право на отримання житла державного чи комунального житлового фонду. Але щоб отримати самостійне право на отримання житла, він повинен досягти дієздатного віку. Крім наймача, носієм суб'єктивних житлових прав може бути власник житла. Власник житла повною мірою реалізує свої житлові права, тобто своїми діями реалізує житлові права, якщо проживає у власному житлі. Цивільна дієздатність фізичних осіб виникає у повному обсязі з настанням повноліття, після досягнення особою 18-річного віку.

Громадяни самостійно здійснюють право на одержання жилого приміщення в будинках державного і комунального житлового фонду з настанням повноліття (18-річчя), а такі, що одружилися або влаштувалися на роботу в передбачених законом випадках до досягнення вісімнадцятирічного віку, - відповідно з часу одруження або влаштування на роботу. Інші неповнолітні (віком від чотирнадцяти до вісім-

надцяти років) здійснюють право на одержання жилого приміщення за згодою батьків або піклувальників.

Право на житлове приміщення державного і комунального житлового фонду фізичної особи виникає з договору найму житла, згідно з яким у всіх членів сім'ї наймача рівні права і обов'язки (ст.61 ЖК УРСР). Разом з тим, аналіз чинного законодавства свідчить про відсутність достатньої правової регламентації поняття члена сім'ї. Тому, на наш погляд, необхідно визначити юридичну природу права члена сім'ї наймача на житлове приміщення, в якому він проживає, оскільки це значною мірою впливає на особистий обсяг його житлових прав. З цього приводу в юридичній літературі висловлювалися різні точки зору. Так, А.А.Єрошенко зазначає, що у випадках, коли йдеться про житлові права членів сім'ї, в основі їх права на житлову площу лежать сімейно-правові відносини, і тому норми цивільного права на них не поширюються. Цивільно-правові відносини виникають лише при розірванні шлюбу і мають умовою угоду про безплатне користування житловою площею¹. Ст.816 ЦК України визначає, що у договорі найму житла мають бути вказані особи, які постійно проживають з ним. Проте право користування житлом може виникнути в силу договору або в силу сімейного зв'язку для осіб, не включених у договір найму.

Стаття 31 Житлового кодексу Російської Федерації² до членів сім'ї власника жилого приміщення відносить дружину, яка проживає разом з власником, а також дітей і батьків власника. Інших осіб: родичів, непрацездатних утриманців та у виключних випадках може бути визнано членами сім'ї власника, при умові, якщо вони були вселені власником в якості членів сім'ї.

Інші автори зазначають, що права членів сім'ї, які вселилися в будинок (квартиру) власника, на користування житловим приміщенням виникають в силу сімейних відносин між ними і власником³. Члени сім'ї наймача задовольняють потребу в житлі власними діями, самостійно користуючись житлом без втручання інших осіб. Крім того, будь-який член сім'ї практично довічно має право користуватися відповідним жилим приміщенням, що відповідає існуючим моральним засадам українського суспільства. Саме така специфіка правового становища члена сім'ї повинна бути закріплена разом з тим у ч.1 ст.816 Цивільного кодексу України нормою закріпленого положення про те, що особи, які проживають разом із наймачем жилого приміщення без вказівок на

¹ Єрошенко А.А. Жилищные права членов семьи собственника индивидуального строения // Советская юстиция. - 1973. - №5. - С.6-8.

² Жилищный кодекс Российской Федерации. - М.: Изд-во Проспект. - 2005. - С.19.

³ Е.С. О жилищных правах и обязанностях. - М: Знание, 1992. - 96 с. - С.91-94.

родинні, сімейні стосунки. За таким підходом поняття сім'ї зникає, що є негативною тенденцією розвитку українського суспільства, набувають рівних з наймачем прав і обов'язків щодо користування житлом.

При вирішенні питання надання жилої площі у будинках державного та комунального житлового фонду в поданих документах вказуються всі члени сім'ї, які не досягли 18-річного віку, враховуючи при визначенні розміру наданого жилого приміщення, і включаються в ордер, за договором комерційного найму ніяких вимог законодавство не висуває.

Визначення поняття члена сім'ї наймача жилого приміщення має не тільки важливе теоретичне, але й практичне значення. Традиційно сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Відповідно до статей 2-4 Сімейного кодексу України сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини; між бабою, дідом, прабабою, прадідом та внуками, правнуками, рідними братами та сестрами, мачухою, вітчимою та падчеркою, пасинком, між іншими членами сім'ї.

В силу закону і моралі не можуть виникати сімейні відносини між двоюрідними братами та сестрами, тіткою, дядьком та племінницею, племінником і між іншими родичами за походженням.

Подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає. Права члена сім'ї має одинока особа. Сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства.

Відповідно до ст.291 ЦК України кожна фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я має право на сім'ю, має право на проживання в сім'ї і не може бути проти її волі розлучена з сім'єю.

У житловому праві ст.64 ЖК УРСР до членів сім'ї наймача належить дружина наймача, їхні діти та батьки, а членами сім'ї може бути визнано й інших осіб, якщо вони постійно проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство. Якщо ці особи перестали бути у правовому плані членами сім'ї наймача, але продовжують проживати в займаному жилому приміщенні, вони мають такі самі житлові права і обов'язки, як наймач і члени його сім'ї. Проте в науці залишається питання, хто належать до членів сім'ї наймача. Деякі автори вважають, що житлове законодавство містить вичерпний перелік осіб, які можуть набути право на житло. Інші вважають, що в ЖК

УРСР не міститься поняття члена сім'ї наймача, а норми статті визначає не як визначення кола осіб, а лише як згадку про двох членів сім'ї.

Деякі зовсім не виділяють членів сім'ї як категорію цивільного права, вказуючи, що тільки особи, які вказані як такі, що проживатимуть з наймачем набувають рівних обов'язків щодо користування житлом. Проте виникає питання, чи є поняття ст.816 ЦК України ідентичні поняттям у Сімейному законодавстві України. Вважаємо, що правильне застосування норм ЦК неможливе без врахування положень Сімейного кодексу.

В.А.Нагорняк "пропонує у сімейному законодавстві легалізувати поняття сім'я та родина". Він вказує, що оскільки приватизація житла, як правило, здійснювалася на паритетних засадах, то й правочини з ним повинні вчинятися за згоди всіх членів сім'ї⁴.

Визначаючи коло членів сім'ї наймача, ч.2 ст.64 Житлового кодексу УРСР поділила їх на дві групи. Одні з них "належать" до членів сім'ї наймача, інші "можуть бути визнані" такими. До першої групи слід віднести дружину наймача, їхніх дітей і батьків. Дружина наймача - особа, з якою він (вона) перебуває у зареєстрованому шлюбі, оскільки взаємні права і обов'язки виникають тільки зі шлюбу, укладеного в органах РАГСу. В той же час Сімейний кодекс визнає конкубінат. У ст.74 Сімейного кодексу України передбачаються майнові права жінки та чоловіка, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі. Такі особи, відповідно до ст.21 Сімейного кодексу України, не є подружжям, однак ч.4 ст.3 Сімейного кодексу України не виключає можливості їх як сім'ї. Однак як вже вказувалося в юридичній літературі, таке правило може порушити правовий режим регулювання майнових та особистих немайнових відносин для членів сім'ї. Якщо це так, то створення сім'ї без реєстрації шлюбу можливо, але для чоловіка і жінки, якщо вони проживають із власником житла, членом сім'ї власника не вважаються і можуть бути виселені без надання іншого жилого приміщення. Між ними виникають не житлові, а цивільно-сімейно-правові відносини. Це стосується також випадків народження у цих осіб дитини, яка не буде членом сім'ї із житловими правами, а тільки майновими.

Права і обов'язки сім'ї виникають одночасно з наймачем при спільному поселенні у жиле приміщення. Якщо чоловік і дружина проживають окремо і кожний з них має право на жилу площу у приміщеннях, які вони фактично займають, будь-яких прав і обов'язків за договором найму один з них не набуває, у тому числі й самостійного права на площу.

⁴ Нагорняк В.А. Цивільні правочини з приватизованим житлом. Автореф. дис. канд. юрид. наук. - Харків, 2000. - С.8.

Терміни "сім'я", "члени сім'ї" та похідні від них використовуються у багатьох статтях. Відповідні положення або конкретний перелік осіб, які вважаються членами сім'ї, тут також відсутні. Але зважаючи на загальний зміст Кодексу, особливо розділів II і III, можна дійти висновку про такі важливі ознаки сім'ї, членства в сім'ї, як кровна спорідненість, родинні зв'язки, шлюбні відносини, а положення про встановлення батьківства, викладені у статтях 125, 126 Сімейного кодексу України, не дають підстави для визнання ознаками сім'ї фактичних шлюбних відносин. Відповідно ст. 26 Сімейного кодексу України вводить до правового обігу поняття родичі по прямій лінії, повнорідні та неповнорідні брати й сестри, а у розділі 5 Сімейного кодексу України вжито термін "інші родичі", до яких віднесено прадіда, прабабу, діда, бабу, брата, сестру, а також вітчима й мачуху дитини та осіб, які постійно виховували дитину й утримували її як члена своєї сім'ї, надаючи їй систематичну матеріальну допомогу.

Необхідно зазначити, що поняття члена сім'ї, яке використовується у Сімейному кодексі, не можна ототожнювати з поняттям члена сім'ї наймача за Житловим кодексом. До членів сім'ї за сімейним законодавством належать особи, пов'язані між собою шлюбом і спорідненістю.

Члени сім'ї в житловому праві та члени сім'ї у сімейному праві не тотожні поняття. Згідно з ч.2 ст.3 Сімейного кодексу України сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права і обов'язки. Визначальним для виникнення житлових прав і обов'язків є спільне їх проживання, оскільки подружжя у сімейному праві вважається сім'єю і тоді, коли дружина, чоловік, дитина у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за дітьми та з інших поважних причин не проживають разом.

Недієздатні і обмежено дієздатні особи, як члени сім'ї наймача, власника житла наділені рівними правами на житло зі своїми батьками, братами, сестрами.

Якщо подружжя проживає в одному жилу приміщенні, то вони є членами сім'ї наймача. Якщо дружина проживає окремо, має самостійне право на своє жите приміщення, то вона хоч і залишається членом сім'ї, але не є членом сім'ї наймача.

У деяких випадках дружина, перебуваючи наймачем іншого приміщення, фактично мешкає у приміщенні чоловіка і зберігає право на своє приміщення. Претензії на жилу площу за фактичним місцем проживання не можуть бути задоволені, хоч належність його (її) до членів сім'ї наймача не може бути оспорена.

За змістом статей 64, 65 ЖК УРСР наймачу і членам його сім'ї належить право користування тільки одним жилим приміщенням у

будинку державного чи комунального житлового фонду. За особою, яка вселилась до наймача як член сім'ї, не може бути визнано право користування займаним ним жилим приміщенням, якщо ця особа зберігає за собою право користування іншим жилим приміщенням у будинку державного чи комунального житлового фонду.

Таке саме правило застосовується і до повнолітніх дітей наймача, які проживають окремо від своїх батьків. Діти наймача, незалежно від того, чи є вони неповнолітніми або дорослими, належать до членів сім'ї наймача, якщо вони проживають разом з ним. При цьому не має значення, чи є вони дітьми наймача, чи його дружини (чоловіка), спільні чи усиновлені. Батьки належать до членів сім'ї наймача у зв'язку з родинними стосунками і спільним проживанням, незалежно від того, чи перебувають вони на його утриманні.

Самостійне право на житлову площу можуть набувати особи, що спільно проживають з наймачем. Тому право на житло не виникає у тих, хто тимчасово поселився (тимчасові мешканці).

Друга група "може бути визнана" членами сім'ї наймача, якщо доведе наявність необхідних для цього обставин. Її складають інші особи, які постійно проживають із наймачем і ведуть з ним спільне господарство. До таких осіб належать тільки родичі та особи, які перебувають з наймачем у родинних стосунках (фактичне подружжя, особи, шлюб з якими визнаний недійсним, опікуни, піклувальники, утриманці). Тобто непрацездатний утриманець наймача може бути визнаний членом його сім'ї на таких самих умовах, що й інші особи.

Обов'язковою умовою для визнання особи членом сім'ї, окрім спільного проживання, є ведення з наймачем спільного господарства. Але слід враховувати, що спільне проживання і ведення спільного господарства не завжди свідчать про наявність єдиної сім'ї, зокрема, зазначені у другій групі особи можуть бути визнані членами сім'ї наймача при конкретних обставинах, якщо вони ведуть спільне господарство (загальні витрати), надають взаємну допомогу та існують інші обставини, які свідчать про наявність родинних стосунків.

Під веденням спільного господарства судова практика розуміла ж чисто матеріальну участь у сімейних витратах, у створенні сімейного бюджету, майна. Вона завжди вимагала, щоб ця спільна діяльність була заснована на особистій відданості, взаємному піклуванні членів сім'ї⁵.

У кожному конкретному випадку наймодавець або суд може й не визнати їх як членів сім'ї наймача, навіть якщо вони вселилися у зазначене жите приміщення у встановленому порядку, спільно проживали і вели спільне господарство.

⁵ Маслов В.Ф. Защита жилищных прав граждан. - Харьков, 1970. - С.54.

Одним із доводів постійного спільного проживання з наймачем є наявність у цієї особи реєстрації місце проживання у даному приміщенні. Разом з тим, відсутність реєстрації не може бути достатньою підставою для відмови у визнанні особи членом сім'ї наймача. Право членів сім'ї на жиле приміщення виникає при наявності відповідних обставин. Але суд не може визнати особу такою, що постійно проживає у даному жилому приміщенні, якщо буде встановлено, що вона лише зареєструвалася на спірній жилій площі, а для проживання поселилася в іншому жилому приміщенні. Не може бути визнано право на жиле приміщення за особою, яка вселилася в нього обманним шляхом як член сім'ї наймача з єдиною метою - вселення у житло.

За змістом ст.65 ЖК УРСР за особою, яка проживає у наймача жилого приміщення як член його сім'ї, не може бути визнано право користування іншим приміщенням, якщо вона зберігає постійне місце проживання у приватизованому нею жилому приміщенні. Тому необхідним елементом виникнення житлових прав по сімейних зв'язках є суб'єктивні моменти: намір постійно проживати в квартирі (будинку); згода наймача та інших повнолітніх членів сім'ї на те, що ці особи вселилися не як тимчасові мешканці, а як постійні користувачі.

Поняття члена сім'ї, єдине для житлового законодавства, проте за змістом прав та обов'язків воно значно різниться у цивільному, сімейному та житловому законодавстві.

Аналіз положень Конституції України, законів України, в яких вживається термін "член сім'ї", свідчить, що у них відсутні узагальнюючі норми-дефініції щодо понять "член сім'ї" та "утриманство". Не розроблено єдиного критерію розуміння цих термінів і у відповідній, у тому числі науковій, літературі.

Таким чином, законодавець не встановив вичерпного переліку осіб, які належать до кола членів сім'ї наймача, але визначив критерії, за якими осіб, не пов'язаних шлюбними або родинними стосунками, віднесено до них.

Що стосується поняття "член сім'ї", який проживає з наймачем, власником, то вирішальне значення для його розуміння має з'ясування місця і часу проживання того чи іншого члена сім'ї. Тому під членом сім'ї треба розуміти особу, яка перебуває з наймачем у правовідносинах, природа яких визначається: кровними (родинними) зв'язками або шлюбними відносинами; постійним проживанням; веденням з ним спільного господарства. Такі ознаки (вимоги) застосовуються диференційовано у конкретних випадках визначення членів сім'ї.

Щодо членів сім'ї в змісті житлового права, треба розуміти так, що ці особи постійно проживають разом із наймачем.

У Цивільному кодексі слід закріпити, що члени сім'ї власника жилого приміщення мають право користуватися жилим приміщенням нарівні з його власником. У випадку припинення сімейних відносин із власником жилого приміщення за колишнім членом сім'ї не зберігається право користування жилим приміщенням. Проте, якщо у колишнього члена сім'ї власника жилого приміщення відсутні можливості придбання або здійснення права користування іншим жилим приміщенням, право користування має бути збережено за колишнім членом його сім'ї на певний строк, що визначається судом. При цьому суд може зобов'язати власника жилого приміщення забезпечити житлом колишнього подружжя та інших членів його сім'ї.

У цивільному праві проходить розрив подружнього і кровного зв'язку членів сім'ї, що призводить до виникнення фактичних відносин, пов'язаних із спільним проживанням і користуванням житлом. Виникає потреба у з'ясуванні житлових прав фактичного подружжя, осіб, шлюб яких визнано недійсним, а також дітей, народжених у фактичних шлюбних відносинах.

В будь-якій галузі законодавства: цивільному, сімейному, житловому поняття члена сім'ї повинно ґрунтуватися на спільних основах, що визначаються сімейним правом. Хоча галузі права можуть, виходячи із загального поняття, адаптувати та обмежувати з метою досягнення результату правового регулювання, визначеного цією галуззю.

Єдність засад правового регулювання в сімейному та спадковому праві

Зв'язок сімейного та спадкового права проявляється в тому, що спадкоємцями в основному є члени сім'ї спадкодавця. Наявність сімейно-правового статусу необхідна для визнання осіб спадкоємцями за законом та в окремих випадках і за заповітом. Але це так званий формальний рівень співвідношення правового регулювання в сімейному та спадковому праві.

Як у цивільному, так і в сімейному праві застосовуються принципи соціальної справедливості та свободи волі суб'єкта. Але їх значення і місце кардинально відрізняються. Принцип соціальної справедливості є пріоритетним у галузі сімейного права, а принцип автономії волі вторинним. У цивільному праві - навпаки.

Спадкове право поєднує принцип автономії волі заповідача і забезпечення соціальної справедливості. Хоча проблеми виникають власне із розумінням справедливості. Адже можна вважати, що істинна справедливість можлива тільки якщо вона забезпечує свободу (автономію) волі особистості.

На відміну від норм права власності, зобов'язального права природа норм спадкового права завжди подвійна: у спадковому праві визначені права особи на розпорядження своєю власністю і права (інтереси) членів сім'ї спадкодавця. Зіткнення засад соціальної справедливості і приватної автономії відбувається у правовому регулюванні спадкування за заповітом.

Найбільш відомі спроби обґрунтувати право на обов'язкову частку в спадщині можуть бути зведені до обґрунтування його через категорію сімейної власності, категорію родового майна, морального обов'язку, соціальної необхідності. Зауважимо, що дві останні вихідні засади об'єднуються в сучасному праві під назвою принципу соціальної справедливості. Власне юридичним критерієм принципу соціальної справедливості є пояснення природи права на обов'язкову частку в спадщині через категорію трансформації права на утримання (аліменти).

Сімейний кодекс, як і Цивільний кодекс, не містить конструкцій сімейної власності. Право власності визнається особистим, а не сімейним правом у більшості відомих європейських законодавств.

„Сім'я в цілому не визнається суб'єктом права, носієм майнових прав і обов'язків”.¹

Навіть ЦК Франції, який виходить із прижиттєвого права дітей на майно сім'ї, поняття сімейної власності не містить. Як відомо, французькі юристи століттями вирішують завдання обґрунтувати необхідне спадкування, виходячи із ідеї сімейної власності, при умові, що «власне» сімейної власності в ЦК Франції не існує.

Іншою важливою точкою зору є пояснення права на обов'язкову частку в спадщині як трансформування права отримувати утримання непрацездатними членами сім'ї, що підтверджується термінологічним аналізом ст. 1241 ЦК України, у змісті якої вживається поняття „...непрацездатні діти, подружжя, батьки спадкодавця”.

Незалежно від тих чи інших теоретичних позицій очевидно, що право необхідного спадкування, так само як спадкування за законом, виводиться із поняття сім'ї. Яка ж конструкція сім'ї закладена в сімейному законодавстві і який вплив це має на конструкцію заповіту і, як наслідок, необхідного спадкування?

Можна вважати, що норми про обов'язкову частку в спадщині відображають реальну юридичну природу сім'ї. Вирішення питання про необхідне спадкування є висновком про ті підстави, на яких ґрунтується сім'я.

Відома думка, що не може існувати єдиної універсальної конструкції сім'ї для різних галузей права. ЦК України не містить і не може містити поняття сім'ї. Разом з тим, в ст. 1264 ЦК України спадкоємцями четвертої черги визнаються особи, які проживали із спадкодавцем однією сім'єю, водночас поняття сім'ї має значення і для інших інститутів спадкового права. Очевидно, що в межах однієї книги ЦК виходити із різного розуміння одного терміну - нелогічно. Найменш суперечливим прийомом є використання поняття сім'ї, яке міститься в СК України.

Ч.2. ст. 3 СК України вказує, що: „Сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права і обов'язки”.

Саме конструкція права на обов'язкову частку в спадщині, яка прийнята в Цивільному кодексі України, на відміну від ЦК Франції, наприклад, є найбільш сучасною конструкцією, вихідною засадою якої є спільність прав і обов'язків членів сім'ї. В тому числі взаємних прав і обов'язків по утриманню непрацездатних членів сім'ї.

ЦК УРСР та КпШС УРСР виходили із практичної ідентичності засад правового регулювання сімейних та спадкових відносин. Адже

¹ Жилинкова І.В. Правовий режим имущества членов семьи. - Харьков: «Ксилон», 2000. - С. 51.

коло осіб, що мали право на спадкування за законом, повністю співпадало із поняттям членів сім'ї. Тенденція, яка намітилась із прийняттям ЦК України та СК України, свідчить про розходження засад правового регулювання в СК України та ЦК України в напрямку пріоритету автономії волі заповідача та визнання родинних зв'язків, які не мають характеру сімейних правовідносин.

Недотримання в ЦК України єдності підходів щодо визначення поняття сім'ї, подружжя порівняно із СК України, пояснюється тим, що СК (як і сімейне право) і ЦК (цивільне право), виходить із різного пріоритету принципів соціальної справедливості та приватної автономії волі, яка є онтологічною засадою вільного економічного обороту.

Виключивши з кола осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині утриманців спадкодавця, законодавець, очевидно, виходить із поняття сім'ї, яка ґрунтується на шлюбі та спільному походженні. Тільки спільне походження може бути підставою аліментних правовідносин (ст. 76 СК України). Таким чином, аліментна природа права на обов'язкову частку в спадщині втілена в нормах спадкового права не до логічного завершення переліку осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині.

Послідовне проведення ідеї спільності прав та обов'язків членів сім'ї - це єдине, що взагалі виправдовує, з точки зору особливостей системи цивільного права України, існування такого інституту, як право на обов'язкову частку в спадщині. Адже ні сімейної власності, ні родового майна, як юридичних категорій в цивільному праві України немає.

Разом з тим, звуження кола осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині, свідчить про розширення заповідальної автономії. І навпаки, розширення такого кола свідчить про недооцінку свободи права власності, автономії волі власника. Так само як і збільшення або зменшення розміру обов'язкової частки в спадщині, визначення обов'язкової частки в спадщині у вигляді грошової суми, а не майна в натурі, встановлення можливості зменшення судом розміру обов'язкової частки в спадщині.

Не має правових підстав визнавати в якості спадкоємців, які мають право на обов'язкову частку в спадщині, осіб, які виховуються патронатними вихователями за договором патронату, але, на нашу думку, було б доцільно розширити перелік осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині, якщо спадкодавець був зобов'язаний їх утримувати на підставі норм глави 22 СК України.

Термінологічна невизначеність понять, які використовуються як у сімейному, так і спадковому праві, і необхідність їх технічного запо-

зичення зумовлює ситуацію суперечливого застосування норм ЦК України. Наприклад, особи, які одержували утримання від спадкодавця, в тому числі і на підставі договору, якщо вони не були членами сім'ї спадкодавця і відповідають вимогам ч.2. ст. 1265 ЦК України, можуть бути спадкоємцями п'ятої черги в якості утриманців спадкодавця.

Іншим аспектом проблеми єдності правового регулювання в сімейному та спадковому праві є визначення кола спадкоємців за законом і його співвідношення із учасниками сімейних відносин у відповідності до ч. 4 ст. 2 СК України.

На нашу думку, розширення кола осіб, які можуть закликатися до спадкування за законом аж до шостого ступеня споріднення включно і спадкоємців, які мають право спадкування за правом представлення, свідчить про відхід від засад єдності правового регулювання сімейних та спадкових правовідносин. Адже відносини між двоюрідними братами та сестрами, тіткою, дядьком, племінницею та племінником і між іншими родичами за походженням СК України не регулюється. Власне, настільки широке коло спадкоємців за законом має, очевидно, стимулювати особу до вчинення заповіту.

Визначення кола спадкоємців, які мають право спадкування за законом, при відсутності заповіту, також тісно пов'язане із поняттям сім'ї. Сімейні відносини виникають між мачухою та вітчимою, пасинком, падчеркою, вони можуть спадкувати в якості членів сім'ї, які проживали не менше п'яти років однією сім'єю. В такому разі названі особи будуть закликатися до спадкування в якості спадкоємців четвертої черги. Таким чином, їх усувають від спадкування особи, які в контексті норм ст. 2-3 СК не є ні учасниками сімейних відносин, ні членами сім'ї.

Проблема поширення нуклеарної сім'ї (сім'я, де є тільки подружжя і діти) тісно пов'язана із спадкуванням бокових родичів (двоюрідні праправнуки, троюрідні внуки і внучки, троюрідні брати і сестри). В цьому випадку має місце закріплення проявів доктрини природного права. На нашу думку, коло спадкоємців за законом невиправдано розширене. Адже це коло має визначатись сімейною близькістю. Інші особи, які не є членами сім'ї, можуть бути спадкоємцями відповідно до волі спадкодавця.

Визначенням кола осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині, та осіб, які є спадкоємцями четвертої черги, в якості таких, що проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до відкриття спадщини, не завершується визначення єдності засад правового регулювання в сімейному та спадковому праві. Іншим аспектом цієї проблеми є правова природа заповіту подружжя.

Заповіт подружжя суперечить свободі заповіту не тільки за формальними ознаками. Формальний рівень порушення конструкції заповіту визначається тим, що заповіт подружжя не є одностороннім правочином, а є договором. Заповіт подружжя порушує фундаментальні засади цивільного права: свободу власності, свободу договору, свободу заповіту.

Порушення елементів правової конструкції, якщо воно не є створенням нової конструкції, завжди свідчить про дефект інституту, тягне за собою проблеми практичного застосування відповідних норм, конфлікт суб'єктивних прав і обов'язків.

Виходячи із принципу справедливості, закріпленого ЦК України, було б вірним твердження, що шлюб є підставою створення сім'ї, і якщо подружжя припинило сімейні відносини, то й підстав для взаємних спадкових прав немає. Заповіт подружжя втрачає силу на підставі розлучення. Смерть одного із подружжя під час перебування їх у шлюбі є підставою для відкриття спадщини, і порядок спадкування після смерті одного із подружжя буде визначатись саме спільним заповітом подружжя. Невизначеність категорії „подружжя” в ч. 3 ст. 104 СК України свідчить, що в такому разі буде відбуватися спадкування, підставою якого є заповіт подружжя, навіть у випадку, якщо смерть настала до вступу рішення суду про розірвання шлюбу в законну силу. В цьому випадку всі проблеми контраргументації спільного заповіту подружжя постають з особливою гостротою.

Таким чином, порівняльний аналіз норм СК України та ЦК України, зокрема норм Книги шостої „Спадкове право”, дає підстави для висновку про відхід від засад єдності правового регулювання в сімейному та спадковому праві в напрямку розширення приватної автономії фізичної особи-спадкодавця. Отже, слід констатувати, що свобода заповіту настільки тісно пов'язана із сімейними відносинами, що будь-які різкі зміни в цій сфері можуть бути досить деструктивними в плані оптимізації правового регулювання.

Рекомендації Круглого столу

«Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України»

1. Необхідним є створення загальної концепції регулювання сімейних відносин в Україні, визначення соціально-правових пріоритетів в сімейній сфері. В державі має проводитися єдина політика всебічної підтримки дитинства, материнства, батьківства.
2. Необхідним є проведення моніторингу чинного законодавства з метою виявлення прогалин та неузгодженостей норм різних галузей законодавства, що регулюють відносини за участю членів сім'ї.
3. Поняття сім'ї є одним з основних в сімейному праві. Враховуючи, що ст.3 СК України, яка закріплює легальне поняття сім'ї, викладена недостатньо чітко, необхідно внести в цю норму відповідні уточнення, що стосуються змісту і підстав виникнення сімейних правовідносин.
4. Потребує уваги доктринальне вирішення питання щодо місця сімейного права в системі сучасного права України. Сімейне право має визнаватися підгалуззю цивільного права, що знаходить свій прояв в принципі юридичної рівності учасників цивільних та сімейних правовідносин, їх майнові самостійності та вільному волевиявленні.
5. На основі схвалених в Україні у різний час програм та заходів необхідно розробити єдину державну концепцію демографічного розвитку України, яка б передбачала з урахуванням досвіду передових європейських країн цілісну систему заходів економічного, правового, соціального, освітнього, культурного, інформаційно-пропагандистського та організаційного характеру і була спрямована на зниження смертності, підвищення народжуваності, захист, реабілітацію та відновлення генофонду населення України, відвернення міграції, яка погіршує демографічну ситуацію в країні.
6. Особливої уваги в Україні потребують діти, як найбільш незахищена частина суспільства, і в першу чергу діти, які за тих чи інших обставин залишилися без батьківського догляду. Можна вважати цілком обґрунтованим внесення доповнень до СК України щодо розширення форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування. Нарешті дитячий будинок сімейного типу та прийомна сім'я

визнані на рівні закону самостійними формами влаштування дітей. Однак, цього недостатньо. Необхідно розширити кількість фахівців з охорони дитинства, організацій навчання слухачів з охорони дитинства; впровадити в роботу інформаційно-аналітичну програму "Дитина" та програмного забезпечення для інформаційної підтримки ведення первинного, регіонального та централізованого обліку дітей сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

7. Причини та поширення соціального сирітства тісно пов'язані із сімейно-шлюбною структурою, поширенням шкідливих звичок, структурою зайнятості батьків, розвитком або занепадом системи освіти в конкретному регіоні. Держава зобов'язана прийняти конкретні кроки щодо підвищення соціальної допомоги сім'ям з дітьми.

8. Повноваження з опіки (піклування) над дітьми, усиновлення, захисту прав дітей, профілактики правопорушень серед неповнолітніх мають бути перерозподілені між центральними органами виконавчої влади. Потребує активізації діяльність органів опіки та піклування (місцевих органів виконавчої влади), які мають діяти в інтересах кожної дитини.

9. Для реалізації завдання сімейного виховання дітей необхідне створення єдиного банку даних про дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування та про сім'ї потенційних усиновителів, опікунів, піклувальників, прийомних батьків, батьків-вихователів, запровадження системи підготовки потенційних усиновителів, опікунів, піклувальників, прийомних батьків, батьків-вихователів.

10. Глибокого реформування потребує система інтернатних закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

11. Для першочергового влаштування дітей в сім'ю потрібен розвиток сімейних форм виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування - усиновлення, патронат, дитячі будинки сімейного типу, прийомні сім'ї.

12. З урахуванням досвіду застосування норм нового СК України необхідно внести певні зміни та доповнення в чинне сімейне законодавство. Зокрема, для усунення проблем, що виникають на практиці в зв'язку з застосуванням правил щодо розпорядження спільним майном подружжя, необхідно змінити ст. 65 СК України. В цій нормі закріплено невинуватено складний порядок розпорядження майном, що перебуває у спільній сумісній власності подружжя.

13. Потребують чіткого визначення правила дії окремих норм СК України у часі. У зв'язку з цим необхідно внести відповідні доповнення в Прикінцеві положення СК України. Зокрема, необхідно закріпити,

що шлюб, розірваний в судовому порядку до набрання чинності СК України, припиняється з дня реєстрації розірвання шлюбу в державному органі РАЦСу, як це передбачено ст. 44 КпШС України.

14. Потребує законодавчого вирішення спірне питання про правовий режим приватизованого майна подружжя, а також деяких майнових прав (наприклад, корпоративних), які належать кожному з подружжя.

15. Не викликає підтримки закріплене в ч.1 ст.179 СК правило, що аліменти, одержані на дитину, є власністю того з батьків, на ім'я кого вони виплачуються, а власністю дитини аліменти стають лише у разі смерті того з батьків, з ким дитина проживала. Аліментні платежі мають суворо цільове призначення, тому у будь-якому випадку аліменти мають визнаватися майном, що належить на праві власності самій дитині.

16. Викликає нарікання працівників, які займаються усиновленням дітей, ч.2 ст.219 СК України. В ній, зокрема, визначаються випадки, коли усиновлення дітей може бути здійснено без згоди батьків. При цьому, однак, наголос робиться лише на батьках, які є повнолітніми. Внаслідок цього залишається відкритим питання щодо порядку надання згоди на усиновлення дітей, батьками які є неповнолітніми.

ЗМІСТ

Розділ I

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Шевченко Я.М. Сім'я і сімейні правовідносини в Сімейному кодексі України.....	7
Карпачова Н.І. Удосконалення Законодавства України щодо захисту прав дитини відповідно до міжнародно-правових стандартів.....	12
Шимон С.І. Диспозитивне регулювання у сімейному праві.....	20
Стефанчук Р.О. Шляхи вдосконалення системи особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері сімейних відносин.....	28
Ромовська З.В. Моральність сімейного кодексу України.....	36
Миронова Г.А. Зміст поняття "моральні засади" у Сімейному кодексі України.....	43
Онисьченко Н.М, Матвієнко О.В. Теоретико-методичні засади реалізації принципу ґендерної рівності в Україні.....	49

Розділ II

ШЛЮБ, ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ТА МАЙНОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ ПОДРУЖЖЯ

Жилінкова І.В. Майнові правовідносини подружжя: проблеми застосування норм нового СК України.....	57
Кучеренко І.М. Право спільної сумісної власності подружжя на майно, що використовується в підприємницькій діяльності.....	66
Солтис Н.Б. Право приватної власності подружжя на житло за Сімейним кодексом.....	70
Базова Т.П. Житлові права подружжя за Сімейним кодексом України.....	78
Лозова Г.О. Окремі аспекти визначення у шлюбному договорі правового режиму майна подружжя.....	83
Липець Л.В. Нетрадиційне майно, як об'єкт спільної власності подружжя.....	89
Махінчук В.М. Конкубінат за Сімейним кодексом України: проблеми правореалізації.....	95

Розділ III

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ТА МАЙНОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ БАТЬКІВ ТА ДІТЕЙ

Севрюкова І.Ф. Деякі проблеми виокремлення особистих немайнових та майнових прав дитини в сімейному законодавстві України.....	105
Бірюков І.А. Співвідношення природних прав з цивільною правоздатністю і суб'єктивними правами батьків та дітей.....	113
Красицька Л.В. Особливості розгляду судами справ про визначення батьківства.....	119

Москалюк В.Ю. Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України.....	124
Явор О.А. До питання визначення місця проживання дитини, батьки якої проживають окремо.....	130
Стефанчук М.О. Окремі проблеми правового регулювання виховання дитини батьками	136
Шаповал Л.І. Представництво малолітніх, неповнолітніх осіб та фізичних осіб, визнаних недієздатними	141
Демиденко К.Є. Особисті немайнові права дитини - від зачаття до повноліття в рамках застосування нового Сімейного кодексу України	148
Романовська Л.А. Проблеми правового регулювання управління майном дитини	156

Розділ IV

ОПІКА ТА ПІКЛУВАННЯ НАД ДІТЬМИ

Д'ячкова Н.А. Юридична сутність опіки як правового інституту.....	163
Санжаровська Т.В. Законодавство про встановлення опіки і піклування потребує удосконалення.....	169
Морозова С.Є. Роль органів опіки та піклування в охороні особистих немайнових і майнових прав та інтересів неповнолітніх.....	175

Розділ V

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

Логвінова М.В. Поняття сімейно-правової відповідальності.....	179
Канзафарова І.С. Відповідальність як засіб правового впливу на поведінку учасників сімейних відносин.....	186

Розділ VI

СІМЕЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ТА ІНШІ ГАЛУЗІ ЗАКОНОДАВСТВА

Галантич М.К. Проблеми визначення поняття член сім'ї за цивільним, сімейним та житловим законодавством України.....	195
Козловська Л.В. Єдність засад правового регулювання в сімейному та спадковому праві.....	203

РЕКОМЕНДАЦІЇ

Круглого столу «Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України».....	208
--	-----

Редактор *Жилінков В.М.*
Коректор *Карпенко Ю.І*

Підписано до друку 25.01.2007 р.

Інформаційно-правовий центр «Ксилон»
61002, Харків, вул. Сумська, 76-а.
тел. (057) 700-46-81