

НАЦІОНАЛЬНА ШКОЛА СУДДІВ УКРАЇНИ



Тренінг “Актуальні питання сімейного права”

I. Навчальні цілі та очікувані результати інтерактивної лекції.

Поглибити знання судді у галузі сімейного права, розвинути професійні якості, уміння і навички, необхідні для належного виконання повноважень судді при розгляді сімейних спорів.

У результаті вивчення модуля суддя повинен:

- знати суть та значення сімейного права, зміст його основних категорій та інститутів, засвоїти зазначені у програмі, рекомендовані викладачем нормативні акти, які регулюють сімейні відносини;

- вміти тлумачити та правильно застосовувати норми сімейного права, судову практику у справах, які виникають з сімейних правовідносин, здійснювати судочинство у сімейних справах в порядку, установленому відповідними процесуальними законами, своєчасно, справедливо та безсторонньо розглядати та вирішувати судові справи з дотриманням засад і правил судочинства.

II. План інтерактивної лекції.

Час проведення

Зміст заходу

- 10:00 – 10:10** Відкриття тренінгу. Знайомство з учасниками
- 10:10 – 11:00** Процесуальні особливості розгляду сімейних справ
- Міні-лекція 1 з використанням презентації
- 11:00 – 11:20** Практичне завдання 1 Експрес-опитування з використанням клікерів
- 11:20 – 11:30** Перерва
- 11:30 – 11:55** Позови, що впливають з обов'язку членів сім'ї по утриманню (ч.1)
- Міні-лекція 2 з використанням презентації
- 11:55 - 12:00** Демонстрація відео 1
- 12:00 – 12:25** Практичне завдання до міні-лекція 2 (неустойка)
Робота в малих групах
- 12:25 – 12:50** Позови, що впливають з обов'язку членів сім'ї по утриманню (ч.2)
- Міні-лекція 3 з використанням презентації
- 12:50 – 13:50** Перерва
- 13:50 – 14:00** Практичне завдання 3 (стягнення на повнолітню дитину)
Робота в малих групах
- 14:00 – 14:10** Практичне завдання 4 (аліменти на батьків)
Робота в малих групах
- 14:10 – 14:20** Практичне завдання 5 (аліменти на дружину)
Робота в малих групах
- 14:30 – 14:40** Практичне завдання 6 Шахматка
Робота в малих групах
- 14:40 – 15:00** Щодо визначення місця проживання дитини
Міні-лекція 4 з використанням презентації
- 15:00 – 15:05** Демонстрація відео 2
- 15:05 – 15:10** Практичне завдання 7 (щодо визначення місця проживання дитини)
Робота в малих групах
- 15:10 – 15:20** Перерва
- 15:20 – 16:00** Виїзд дитини за кордон
Міні-лекція 5 з використанням презентації
- 16:00 – 16:10** Практичне завдання 8 (виїзд дитини за кордон)
Робота в малих групах

III. Тези (конспект) лекцій

Міні-лекція 1. Процесуальні особливості розгляду сімейних справ

1) Відповідно до ч. 5 ст. 183, ч. 3 ст. 184 СК України той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину - однієї чверті, на двох дітей - однієї третини, на трьох і більше дітей - половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину.

Той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

Аналогічні норми містяться в п. 4, 5 ч. 1 ст. 161 ЦПК України, які, на відміну від норм СК України, встановлюють додаткові вимоги щодо видачі такого наказу: така вимога має бути не пов'язаною із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб.

Слід звернути увагу на необхідність наявності зазначених обставин в їх сукупності, тобто пред'явлення одночасно вимоги щодо батьківства і стягнення аліментів, а тому сам факт оспорювання боржником батьківства в іншому суді не становить для суду перешкоди у видачі судового наказу про стягнення аліментів (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

2) Відповідно до ч. 2 ст. 161 ЦПК України особа має право звернутися до суду з такими вимогами в наказному або в спрощеному позовному провадженні на свій вибір. Вказаний підхід суттєво відрізняється від попередньої редакції ЦПК України, яка у випадку звернення з такими вимогами в позовному провадженні зобов'язувала повернути позовну заяву для звернення в порядку наказного провадження.

3) Складним в судовій практиці є питання оскарження такого судового наказу.

Відповідно до ч. 3 ст. 167 ЦПК України судовий наказ оскарженню в апеляційному порядку не підлягає, проте може бути скасований у порядку, передбаченому цим розділом.

В свою чергу, відповідно до ч. 1 ст. 170 ЦПК України боржник має право протягом п'ятнадцяти днів з дня вручення копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування до суду, який його видав, крім випадків видачі судового наказу відповідно до пунктів 4, 5 частини першої статті 161 цього Кодексу.

Таким чином, чинним законодавством не передбачено оскарження судових наказів в апеляційному порядку, так само не передбачено можливість подання боржниками заяв про їх перегляд (у справах про аліменти).

Натомість, у разі незгоди боржника з судовим наказом про стягнення аліментів, існують два можливі варіанти для зміни їх розміру: перегляд судового наказу за нововиявленими обставинами та звернення до суду з позовом про зменшення розміру аліментів.

4) Відповідно до ч. 7, 8 ч. 170 СК України у разі видачі судового наказу відповідно до пункту 4 частини першої статті 161 цього Кодексу боржник має право звернутися до суду з позовом про зменшення розміру аліментів.

Звертаємо увагу на те, що питання зменшення розміру аліментів вирішується лише у випадку видачі наказу про стягнення аліментів в частці від заробітку платника аліментів.

В свою чергу, платник аліментів не має право ставити питання про зменшення суми аліментів, визначених відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 161 ЦПК України в розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, що пояснюється тим, що відповідно до ч. 2 ст. 182 СК України цей розмір є мінімальним гарантованим розміром аліментів (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

5) У разі видачі судового наказу відповідно до пунктів 4 і 5 частини першої статті 161 ЦПК України судовий наказ може бути переглянуто за нововиявленими обставинами у порядку, встановленому главою 3 розділу V цього Кодексу.

Що стосується розгляду заяви про перегляд наказу за нововиявленими обставинами, то відповідно до ч. 2 ст. 423 ЦПК України підставами для перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами є:

1) істотні для справи обставини, що не були встановлені судом та не були і не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою, на час розгляду справи;

2) встановлений вироком або ухвалою про закриття кримінального провадження та звільнення особи від кримінальної відповідальності, що набрали законної сили, факт надання завідомо неправильного висновку експерта, завідомо неправдивих показань свідка, завідомо неправильного перекладу, фальшивості письмових, речових чи електронних доказів, що призвели до ухвалення незаконного рішення у даній справі;

3) скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення судового рішення, що підлягає перегляду.

Умовами для визначення відповідної обставини нововиявленою є те, що, по-перше, вона існувала на час розгляду справи; по-друге, ця обставина не могла бути відома заявникові на час розгляду справи; по-третє, вона входить до предмета доказування у справі та може вплинути на висновки суду про права та обов'язки учасників справи.

Суду слід звернути увагу на те, що відповідно до ч. 2 ст. 445 ЦПК України у випадку скасування за нововиявленими обставинами наказу про стягнення аліментів поворот виконання рішення не допускається, за винятком випадків, коли рішення було прийнято на підставі підроблених документів або завідомо неправдивих відомостей позивача.

В своїй судовій практиці ВС вказує на те, що під ознаки нововиявлених обставин у справі про стягнення аліментів не підпадають наступні обставини: факт спільного проживання боржника зі стягувачем та їх дітьми на час подання заяви про видачу судового наказу про стягнення аліментів; факт утримання боржником сім'ї, у тому числі й доньки; факт перебування сторін у шлюбі; добровільне надання батьком допомоги та утримання дітей за його рахунок; перешкоджання дружиною у здійсненні ним батьківського обов'язку; наявність невіршеного спору між сторонами щодо місця проживання дітей та участі батьків у їх вихованні (справа № 264/1739/18 рішення ВС від 18.12.2018 р., справа № 359/3012/18 рішення ВС від 19.11.2018 р.).

В цьому випадку платник аліментів повинен ставити питання зменшення розміру (припинення стягнення) аліментів та в деяких випадках – про стягнення безпідставно стягнених коштів (за аналогією з ч.2 ст.82 СК України) (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

б) В судовій практиці трапляються випадки звернення до суду з заявою про видачу наказу про стягнення аліментів в частці, яка перевищує встановлений п.4 ч.1 ст.161 ЦПК України розмір.

В цьому випадку суддя відповідно до п.3 ч.1 ст.161 ЦПК України повинен відмовити у видачі наказу.

Однак, якщо такий наказ було видано, він підлягає скасуванню в порядку ст. 170 ЦПК України, як такий, що не передбачений п.4 ч.1 ст.161 ЦПК України (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

7) В цілому, позиція законодавця щодо обмеження платника аліментів в можливості оскарження судового наказу про стягнення аліментів відповідає меті прийнятого закону – захист інтересів дитини та недопущення тривалих судових процесів щодо стягнення аліментів в мінімальному розмірі.

Разом із тим, на практиці такий підхід може створювати для платника аліментів певні складнощі. Перша з них це зазначений випадок, коли дитина фактично проживає не з тим з батьків, який звернувся з заявою про стягнення аліментів, та в якого відсутні підстави для звернення з такою заявою. Більше того можлива ситуація, коли маючи право альтернативної підсудності, один з батьків буде стягувати аліменти за двома наказами. В

таких ситуаціях платник аліментів буде вимушений ставити питання про припинення стягнення аліментів та стягнення безпідставно отриманих коштів.

8) В порядку окремого провадження розглядаються наступні заяви: заява про встановлення батьківства, заява про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, заява про усиновлення, заява про встановлення факту розірвання, реєстрації шлюбу, заява про надання права на шлюб, заява про встановлення режиму окремого проживання.

Слід звернути увагу на правову позицію ВС щодо порядку розгляду окремого провадження.

«Справи окремого провадження розглядаються судом з дотриманням загальних правил, встановлених цим Кодексом, за винятком положень щодо змагальності та меж судового розгляду. Інші особливості розгляду цих справ встановлені цим розділом (частина третя статті 294 ЦПК України).

Таким чином, ЦПК України не містить обмежень щодо розгляду справ окремого провадження у порядку спрощеного позовного провадження, а тому за відсутності клопотання учасників справи про розгляд справи у судовому засіданні з повідомленням сторін, суд апеляційної інстанції, призначивши справу до розгляду в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін, діяв у межах наданих йому цивільним процесуальним законом повноважень» (Постанова ВС від 31.10.2018 року у справі № 569/4035/17).

Разом із тим, вказана позиція не розповсюджується на справи, пов'язані із сімейними відносинами, які за загальним правилом не можуть розглядатися в порядку спрощеного позовного провадження.

Відтак, вказані категорії справ повинні розглядатися за загальними правилами з викликом сторін (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

9) Новою редакцією ЦПК України передбачено розгляд справ за правилами загального та спрощеного позовного провадження.

Слід звернути увагу судді на необхідність ретельного вивчення змісту пред'явленого позову з метою правильного обрання форми провадження.

Порушення норм процесуального права щодо розгляду в порядку спрощеного позовного провадження справи, що підлягала розгляду за правилами загального позовного провадження відповідно до ч. 3 ст. 376 ЦПК України, є обов'язковою підставою для скасування судового рішення суду першої інстанції та ухвалення нового судового рішення.

Що стосується сімейних спорів, то в порядку спрощеного позовного провадження не можуть бути розглянуті спори, що виникають з сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів, поділ майна подружжя, якщо ціна позову перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, справ про надання судом дозволу на тимчасовий виїзд дитини за межі України тому з батьків, хто проживає окремо від дитини, у якого відсутня заборгованість зі сплати аліментів та якому відмовлено другим із батьків у наданні нотаріально посвідченої згоди на такий виїзд.

Розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб вираховується станом на 1 січня календарного року (ч.9 ст.19 ЦПК України).

10) Відповідно до ч.11 ст.128 ЦПК України відповідач, третя особа, свідок, зареєстроване місце проживання (перебування), місцезнаходження чи місце роботи якого невідоме, а також заінтересована особа у справах про видачу обмежувального припису викликаються до суду через оголошення на офіційному веб-сайті судової влади України.

Згідно зі ст.132 ЦПК України, якщо місце перебування відповідача в справах за позовами про стягнення аліментів або про відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, невідоме, суд ухвалою оголошує його розшук.

Звернути увагу суддів на те, що ст.132 ЦПК України є спеціальною нормою у справах про стягнення аліментів. Таким чином, у справах про стягнення аліментів у випадку неявки в судове засідання відповідача, місце перебування якого невідоме, суд не має право ухвалювати заочне рішення, а повинен оголосити його в розшук (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

11) В сімейних спорах діють загальні правила визначення підсудності.

В 2017, 2018 роках перелік спорів, підсудність яких визначається за вибором позивача, суттєво розширено такими категоріями: позови про стягнення аліментів, збільшення їх розміру, оплату додаткових витрат на дитину, стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів, індексацію аліментів, зміну способу їх стягнення, про визнання батьківства відповідача.

Звернути увагу суддів на те, що правила альтернативної підсудності розповсюджуються саме на спори про збільшення розміру аліментів. У випадку звернення з позовом про зменшення розміру аліментів, поданому платником аліментів, підсудність визначається за загальним правилом.

Також звернути увагу на те, що такі правила застосовуються до спорів про визначення батьківства відповідача. Якщо ж питання батьківства ставитиме позивач, правила альтернативної підсудності не застосовуються.

12) Згідно з п.2,3 ч.1 ст.176 ЦПК України ціна позову визначається:

- у позовах про визнання права власності на майно або його витребування - вартістю майна;

- у позовах про стягнення аліментів - сукупністю всіх виплат, але не більше ніж за шість місяців.

Звернути увагу суддів на те, що у справі щодо стягнення аліментів суд вирішує майнову вимогу.

Відтак, в залежності від суті пред'явлених вимог (стягнення аліментів, збільшення розміру аліментів тощо), суд повинен визначати ціну такого позову (виходячи з суті пред'явленої вимоги за період в 6 місяців), на підставі чого вирішувати питання про розподіл судових витрат.

Наприклад, у справі про збільшення розміру аліментів з 3000 грн до 5000 грн ціну позову слід визначити за наступною формулою: $(5000-3000) * 6 = 12\ 000$ грн. (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена)

13) Відповідно до ч.2 ст.176 ЦПК України якщо визначена позивачем ціна позову вочевидь не відповідає дійсній вартості спірного майна або на момент пред'явлення позову встановити точну його ціну неможливо, розмір судового збору попередньо визначає суд з наступним стягненням недоплаченого або з поверненням переплаченого судового збору відповідно до ціни позову, встановленої судом при вирішенні справи.

Звернути увагу суддів, що при вирішенні справ про поділ майна подружжя сума попереднього визначення судового збору має бути достатньо обґрунтована.

Для прикладу можна навести ухвалу ВС від 05.11.2018 року у справі № 392/501/17. *«З оскаржуваної постанови апеляційного суду убачається, що позивач звернувся до суду першої інстанції у 2017 році з позовом про визнання права на земельну частку (пай) площею 7,40 га, яка розташована у Кіровоградській області.*

*Відповідно до Нормативно-грошової оцінки ріллі та перелогів в Україні вартість 1 га землі у Кіровоградській області станом на 01 січня 2017 року становить 32 096,51 грн. Отже ціна позову у вказаній справі становить 237 514,17 грн (7,40 га*32 096,51 грн)»*

Також звернути увагу на позицію, викладену в ухвалі ВС України від 22.12.2010 року у справі № 6-57167св10: *«Апеляційний суд на зазначене положення закону та обставини справи уваги не звернув та помилково вважав, що залишення позовної заяви без розгляду без попереднього вирішення клопотання про неможливість встановлення точної ціни позову та відстрочення сплати судового збору ґрунтується на вимогах закону».*

Крім того, попереднє визначення суми судового збору є прерогативою суду, а тому для вирішення цього питання він не має права зобов'язувати скаргника надавати довідку про вартість майна станом на дату подання скарги (аналогічна позиція викладена в Ухвала ВССУ від 08.02.2012 року у справі № 6-42141св11).

13) Відповідно до п.3 ч.1 ст.5 ЗУ «Про судовий збір» від сплати судового збору під час розгляду справи в усіх судових інстанціях звільняються позивачі - у справах про стягнення аліментів, збільшення їх розміру, оплату додаткових витрат на дитину, стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів, індексацію аліментів чи зміну способу їх стягнення, а також заявники у разі подання заяви щодо видачі судового наказу про стягнення аліментів.

Звернути увагу суддів на те, що питання зміни способу стягнення аліментів є виключним правом їх одержувача, а тому відповідні правила альтернативної підсудності та пільги щодо сплати судового збору розповсюджуються лише на таку особу (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

14) Розмежування цивільної та адміністративної юрисдикцій.

Слід звернути увагу на роз'яснення Пленуму ВСС України від 01 березня 2013 року: «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» - *«Рішення державних адміністрацій районів, районних державних адміністрацій у місті Києві та Севастополі, виконавчих комітетів районних у містах, сільських, селищних рад про встановлення опіки та піклування над дітьми є спорами про захист прав і інтересів і відповідно до статті 15 ЦПК розглядаються в порядку цивільного судочинства.»*

ВС в своїй судовій послідовно дотримується вказаної правової позиції.

«Рішення про неможливість передання дитини для подальшого виховання батьку (матері) та втрати дитиною правового статусу позбавленої батьківського піклування, хоч і прийняте суб'єктом владних повноважень, є спрямованим на реалізацію приписів сімейного законодавства та впливає, насамперед, на особисті немайнові права батька (матері) дитини відповідно» (Постанова ВП ВС від 29.08.2018 року у справі № 203/4901/16-ц)

«Висновок та рішення складені відповідним органом опіки та піклування (про доцільність позбавлення батьківських прав) на реалізацію саме положень СК України для вирішення питання судом щодо позбавлення батьківських прав, а тому у даному випадку орган опіки та піклування Виконкому сільради діяв не як суб'єкт владних повноважень.» (Постанова ВП ВС від 04.07.2018 року у справі № 496/4271/16-а).

У постанові від 04.07.2018 року у справі № 496/4271/16-а ВП ВС торкається питання правової природи адміністративної юстиції. Вказує на те, що адміністративна юстиція направлена на захист прав приватних осіб у відносинах з органами публічної адміністрації, а тому їй не притаманні позови за зверненнями суб'єктів владних повноважень. Виключенням з цього правила є випадки, коли суб'єкт владних повноважень повинен звернутися до суду з метою здійснення останнім превентивного судового контролю. Однак, кількість таких позовів є обмеженою, право на таке звернення повинне бути прямо передбачено в законі, перелік таких справ не підлягає розширеному тлумаченню. Таким чином, ВП ВС продовжує напрацьоване адміністративною юстицією правило: «Якщо прямо не передбачено, що спір адміністративний, то він цивільний».

«Правовий аналіз пунктів 1-4 частини четвертої статті 50 КАС свідчить про те, що з наведених у цих пунктах підстав громадяни, іноземці чи особи без громадянства, їх об'єднання, юридичні особи, які не є суб'єктами владних повноважень, можуть бути відповідачами за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень лише у випадках превентивного (попереднього) судового контролю за рішеннями, діями органів влади, які при реалізації своїх владних управлінських повноважень можуть порушити права чи свободи фізичних чи юридичних осіб.»

Отже, спір про стягнення зазначених сум (наданої відповідно до т.181 СК тимчасової державної допомоги внаслідок ухилення від сплати аліментів на дитину) не є публічно-правовим, оскільки виник за участю суб'єкта владних повноважень, який у спірних правовідносинах не здійснює владні управлінські функції.»

В свою чергу в постанові від 29.08.2018 року у справі № 463/624/14-а ВП ВС зазначила, що «зі змісту позовних вимог убачається, що предметом перевірки у цій справі (розпорядження виконкому «Про дозвіл подружжю на укладення договору застави квартири, де зареєстровані малолітні» відповідно до ст.177 СК) є виключно дотримання органом місцевого самоврядування під час виконання покладених на нього законом публічно-владних управлінських функцій із захисту прав та інтересів дітей під час вчинення правочинів щодо нерухомого майна та по здійсненню контролю за дотриманням батьками житлових прав і охоронюваних законом інтересів дітей встановленого законом порядку прийняття рішень щодо надання дозволу на укладення правочину стосовно нерухомого майна, зокрема, правомірність вирішення такого питання на підставі звернення осіб, які не є батьками неповнолітніх, дотримання процедури проходження документів».

15) При розгляді сімейних спорів звернути увагу суддів на положення ч.4 ст.19 СК України, за якими при розгляді судом спорів щодо участі одного з батьків у вихованні дитини, місця проживання дитини, виселення дитини, зняття дитини з реєстрації місця проживання, визнання дитини такою, що втратила право користування житловим приміщенням, 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, обов'язковою є участь органу опіки та піклування, представленого належною юридичною особою.

Аналіз норм СК та ЦПК вказує на те, що орган опіки та піклування може брати участь у розгляді справи в двох формах:

1) самостійне звернення із заявою про захист прав, свобод та інтересів інших осіб (наприклад, ст. 42, 165, 240 СК України, ч.1 ст.56 ЦПК),

2) залучення до участі у справі для подання висновків на виконання своїх повноважень (ч.5 ст.19 СК, ч.6 ст.56 ЦПК)

В залежності від форми участі органу опіки та піклування, останній набуває об'єм прав та обов'язків, передбачений ст. 43 або ст.49 ЦПК.

16) Також звернути увагу на зміни в нормах ЦПК України, які стосуються розгляду справ про визнання батьківства.

На відміну від попередньої редакції норм процесуального закону (ст.146), нова редакція (ст.109) не передбачає приводу на проведення експертизи у разі ухилення відповідача від проведення судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи у справах про визнання батьківства, материнства.

Відтак, у разі такого ухилення суд може визнавати факт, для з'ясування якого експертиза була призначена (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

Міні-лекція 2. Позови, що впливають з обов'язку членів сім'ї по утриманню (ч.1).

1) Звернути увагу суддів на те, що нова редакція СК України однозначно вказує на те, що вибір способу стягнення аліментів належить батькам або іншим законним представникам, а не суду.

Відтак, самостійне вирішення судом питання щодо зміни способу стягнення аліментів на дитину є порушенням принципу диспозитивності (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена).

2) В новій редакції СК України перелік обставин, які враховуються судом при визначенні розміру аліментів, доповнено п. 3-1, 3-2.

Так, п. 3-1 зобов'язує суд встановити наявність у платника аліментів прав власності, володіння та/або користування у платника аліментів майна та майнових прав, у тому числі рухомого та нерухомого майна, грошових коштів, виключних прав на результати інтелектуальної діяльності, корпоративних прав.

П.3-2 зобов'язує суд встановити доведені стягувачем аліментів витрати платника аліментів, у тому числі на придбання нерухомого або рухомого майна, сума яких перевищує десятикратний розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, якщо платником аліментів не доведено джерело походження коштів.

Вказана норма кореспондується з ч.3 ст.182 СК України, яка передбачає, що суд не обмежується розміром заробітку (доходу) платника аліментів у разі встановлення наявності у нього витрат, що перевищують його заробіток (дохід), і щодо яких таким платником аліментів не доведено джерело походження коштів для їх оплати.

Аналіз вказаних норм закону дає підстави для таких висновків.

В попередній редакції норми СК направляли суд на оцінку майнового стану платника аліментів за «динамічними» показниками – його реальними доходами.

Нова редакція СК зобов'язує суд оцінити не лише реальні, а й «приховані» доходи платника аліментів, шляхом підрахунку витрат, що перевищують його заробіток (дохід), і щодо яких таким платником аліментів не доведено джерело походження коштів для їх оплати.

Сума реальних та «прихованих» доходів і повинна стати базою для нарахування аліментів.

Крім того, законодавець направляє суд на оцінку не лише «динамічних», а і «статичних» показників платника аліментів – наявності у нього майна.

Для цього суд зобов'язаний оцінити майновий стан платника аліментів у двох аспектах: 1) визначити об'єм майна платника аліментів; 2) визначити суму «потенційного» доходу від використання цього майна.

Отже, майновий стан платника аліментів повинен бути оцінений в розрізі:

- 1) Реальних доходів;
 - 2) Прихованих доходів, які були витрачені на придбання майна;
 - 3) Потенційних доходів, які можна отримати від використання майна.
- (думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена)

3) Звернути увагу на те, що при вирішенні питання щодо стягнення аліментів судам слід користуватися постановою КМ України від 26 лютого 1993 р. N 146 «Про перелік видів доходів, які враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб», яка є чинною.

4) Змінено підхід щодо визначення власника аліментів. Відповідно до змін, внесених в СК, аліменти є власністю дитини.

Однак ч.2 ст.179 СК вказує, що аліменти виплачуються на ім'я одного з батьків.

Новою редакцією статті врегульовано питання використання коштів неповнолітньою дитиною відповідно до ст.32 ЦК України, разом із тим, не врегульовано питання використання коштів малолітньою особою в порядку ст.31 ЦК України, що на нашу думку є прогалиною.

5) Законодавець зобов'язує визначати аліменти на двох і більше дітей єдиною часткою від заробітку до досягнення найстаршою дитиною повноліття.

В судовій практиці трапляються випадки, коли, в порушення вказаних приписів закону, суд стягує аліменти в частці на кожную дитину окремо (наприклад, по $\frac{1}{4}$ на кожную дитину).

Відповідно до ч.3 ст.183 СК після досягнення повноліття найстаршою дитиною аліменти стягуються за вирахуванням рівної частки такої дитини ($\frac{1}{3} - \frac{1}{6}$). Той з батьків, який хоче збільшити частку аліментів на дитину, яка не досягла повноліття, наприклад, до $\frac{1}{4}$, повинен звернутися до суду з відповідним позовом.

Позиція ВСУ з цього приводу викладена в постанові від 19 жовтня 2016 р. у справі № 6-1798цс16.

6) В попередній редакції СК законодавець визначив мінімальний розмір аліментів в сумі 30% прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. При цьому застосування цієї величини передбачено лише при визначенні аліментів в частці від доходу платника. При визначенні аліментів в твердій грошовій сумі така величина не застосовується, на що звернув увагу ВС у рішенні від 15.07.2009 року у справі № 6-6426св09.

В новій редакції СК вказані норми виключені, натомість передбачено мінімальний гарантований розмір аліментів в сумі 50 % прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, який зобов'язаний сплачувати платник аліментів.

Відтак, обов'язок сплачувати аліменти у вказаному мініальному розмірі повністю перекладено на платника аліментів (крім того, передбачено систему «стимулювання» платника, яка передбачає, зокрема, адміністративну та кримінальну відповідальність).

З іншого боку, в новій редакції СК відсутнє обмеження додатково встановлювати мінімальний гарантований розмір аліментів у випадку визначення аліментів в твердій грошовій сумі.

Отже, розмір аліментів може бути визначено в твердій грошовій сумі з додатковим встановленням мініального гарантованого розміру.

Незважаючи на певну текстову суперечність такої редакції резолютивної частини (1000 грн, але не менше 50 % ...), такий підхід сприятиме максимальному захисту отримувача аліментів, що і є метою прийняття змін до СК.

Також нова редакція норм СК дає підстави для висновку, що розмір аліментів в твердій грошовій сумі може бути визначено в сумі 50 % прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

(думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена)

7) Новою редакцією статті 182 СК на зміну терміну «мінімальний розмір аліментів» прийшли два нових терміни «мінімальний **гарантований** розмір аліментів» та «мінімальний **рекомендований** розмір аліментів».

Мінімальний гарантований розмір аліментів на одну дитину не може бути меншим, ніж 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

Мінімальний рекомендований розмір аліментів на одну дитину становить розмір прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку і може бути присуджений судом у разі достатності заробітку (доходу) платника аліментів.

Перша величина вказує на безумовний обов'язок платника аліментів сплачувати їх в розмірі, не меншому за 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Умовою застосування мініального рекомендованого розміру є достатність заробітку платника аліментів.

Натомість, суди недостатньо приділяють увагу дослідженню питання достатності заробітку платника аліментів, що стає підставою для скасування таких рішень.

В новій редакції СК така підстава як «достатність заробітку платника аліментів» не розкрита.

А тому його можна розуміти в двох аспектах: 1) достатність заробітку платника аліментів на своє утримання і сплату аліментів; 2) достатність заробітку платника

аліментів лише на сплату аліментів, при цьому не береться до уваги можливість утримання самого платника після сплати аліментів.

Виходячи з принципу верховенства права, правильним є перший підхід.

Відтак вказана обставина близька за змістом до такої обставини, як «може надавати матеріальну допомогу», яка неодноразово використовується в СК при визначенні підстав для сплати інших аліментів.

Тому при застосуванні такої підстави як «достатність заробітку платника аліментів» доцільним є використання правової позиції ВС, передбаченої в постанові у справі № 766/47/16-ц від 28 лютого 2018 року.

(думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена)

8) Попередня редакція СК недостатньою мірою розкривала питання зміни способу стягнення аліментів, а тому вказаний недолік було усунено судовою практикою.

Так, норма статті 192 СК передбачала можливість зміни розміру аліментів за позовом платника аліментів або одержувача аліментів.

Відповідно до позиції ВС, висловленої в постанові № 638/7075/16-ц від 19 березня 2018 року, зміна розміру аліментів може мати під собою й зміну способу їх присудження.

В цьому рішенні ВС розширив право звернутися з позовом про зміну способу стягнення аліментів як на одержувача, так і на платника аліментів.

Вказана правова позиція, яка стосувалася норм СК в попередній редакції, не узгоджується з нормами ст. 181 СК у новій редакції, якою передбачено, що вибір способу стягнення аліментів є виключною прерогативою одержувача аліментів.

8.1.) Частина 2 ст.184 СК передбачає, що розмір аліментів, визначений судом або домовленістю між батьками у твердій грошовій сумі, щорічно підлягає індексації відповідно до закону, якщо платник і одержувач аліментів не домовилися про інше. За заявою одержувача аліментів індексація може бути здійснена судом за інший період.

Відповідно до ст.2, 5, 9 ЗУ «Про індексацію грошових доходів» індексації підлягають грошові доходи громадян, одержані ними в гривнях на території України і які не мають разового характеру розмір аліментів, визначений судом у твердій грошовій сумі.

Індексація розміру аліментів, визначеного судом у твердій грошовій сумі, проводиться за рахунок коштів платника аліментів.

Індексація розміру аліментів, визначеного судом у твердій грошовій сумі, здійснюється підприємствами, установами, організаціями, фізичними особами, фізичними особами - підприємцями, які проводять відповідні відрахування аліментів із доходу платника аліментів.

Таким чином, законодавець самостійно вирішив тривалу колізію в законодавстві, відповідно до якої в законодавстві був відсутній механізм індексації аліментів, передбачений СК.

9) Вказана норма передбачає процедуру визначення розміру заборгованості за аліментами державним виконавцем або судом.

В судовій практиці трапляються випадки помилкового застосування вказаної норми при стягненні аліментів за минулий час (ч.2 ст.191 СК).

Правовою підставою звернення за позовом за ч.3 ст.195 СК є виникнення заборгованості після ухвалення рішення про стягнення аліментів, під час виконавчого провадження. Суть пред'явленого позову зводиться до оцінки дій виконавця щодо правильності нарахування аліментів відповідно до рішення суду.

Аліменти за минулий час стягуються відповідно до ч.2 ст.191 СК за період до звернення з позовом. В цьому випадку рішення про стягнення аліментів або відсутнє, або ж охоплює лише наступний період.

10) Новою редакцією статті 196 СК істотно змінені умови нарахування пені за несплату аліментів.

Основною новелою є визначення строку їх сплати «від дня прострочення сплати аліментів до дня їх повного погашення або до дня ухвалення судом рішення про стягнення пені, але не більше 100 відсотків заборгованості».

Таким чином, законодавець самостійно усунув колізію, яка виникла в судовій практиці щодо визначення періоду нарахування аліментів. Відповідно до сталої практики ВС цей період враховував кількість днів того місяця, в якому виникла заборгованість по аліментам.

Питання: Чи можна застосовувати обмеження «не більше 100 відсотків заборгованості» до аліментів при їх нарахуванні до набрання чинності таких змін в СК?

Нам здається, що ні, однак в цьому випадку судді доцільно зменшувати призначений розмір аліментів відповідно до ч.2 ст.196 СК.

11) Велика Палата ВС розглянувши касаційну скаргу сторони одержувача аліментів змінила усталені правові позиції Верховного Суду України у справах від 01 липня 2015 року справі № 6-94цс15, від 16 березня 2016 року у справі № 6-300цс16, від 02 листопада 2016 року у справі №6-1554цс16 та сформулювала новий підхід до нарахування пені на заборгованість по сплаті аліментів.

Основна суть позиції ВП ВС зводиться до того, що у ст. 196 СК України не встановлено жодних обмежень періоду нарахування такої пені.

12) Норма статті передбачає обов'язок особи, позбавленої батьківських прав, утримувати дитину.

В судовій практиці трапляються випадки звернення з позовом про стягнення аліментів на повнолітню дитину (зокрема, на навчання), який відповідно до ч.2,3 ст.166 СК пред'являється до особи, позбавленої батьківських прав.

Такий підхід є помилковим.

Вказана норма передбачає стягнення аліментів саме на дитину, тобто до досягнення нею повноліття. В цьому випадку законодавець передбачає «обов'язок щодо утримання дитини» і відсилає до глави 15 СК, при цьому відсутні підстави розповсюджувати її дію на главу 16 СК, який передбачає «обов'язок утримувати повнолітніх дочку, сина».

Вказане підтверджується і тим, що одночасний розгляд питання про позбавлення батьківських прав (особа може бути позбавлена батьківських прав лише щодо дитини, яка не досягла вісімнадцяти років) та стягнення аліментів на повнолітню дитину (особи, яка досягла 18 років) є неможливим.

(думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена)

13) Зміна законодавства в частині визначення мінімального розміру аліментів на одну дитину не є підставою для перегляду постановлених раніше судових рішень про їх стягнення (пункт 17 постанови Пленуму Верховного Суду України №3 від 15 травня 2006 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів»).

Аналогічний підхід застосовано в постанові ВС у справі № 536/1557/17 від 04.07.2018 року

Міні-лекція 2. Позови, що впливають з обов'язку членів сім'ї по утриманню (ч.2).

1) Звернути увагу суддів на те, що до передбаченої ст. 185 СК участі в додаткових витратах на утримання дитини, викликаних особливими обставинами (розвитком її здібностей, хворобою, каліцтвом тощо), можна притягати лише батьків. У цих випадках ідеться про фактично зазначені або передбачувані витрати, тому їх необхідно визначати у твердій грошовій сумі. При одночасному розгляді вимог про стягнення аліментів і додаткових витрат вони мають бути визначені у рішенні окремо.

До таких витрат не відносяться, зокрема, вартість поїздки та відпочинку на морі, придбаних медикаментів першої необхідності і харчування (Постанова ВС від 17.01.2019 року у справі № 720/1119/17).

Разом із тим, якщо така поїздка передбачена умовами лікування від хвороби, такі витрати підпадатимуть під дію вказаної статті.

Відповідно до ч.2 ст.185 СК України вказані витрати можуть фінансуватися разово, періодично або постійно.

На відміну від стягнення аліментів на дитину, строк стягнення додаткових витрат не пов'язаний з досягненням дитиною певного віку, а пов'язаний з фактом існування особливих обставин.

Такі обставини могли відбутися в минулому і повністю закінчитися на момент розгляду справи (дитина вилікувалася, закінчила навчання), продовжити своє існування ще протягом певного строку (дитина продовжує лікування, навчання), продовжити своє існування безстроково (каліцтво дитини).

Вказаний поділ має значення при обранні способу сплати додаткових витрат відповідно разово, періодично або постійно.

При цьому слід врахувати, що такі витрати в будь-якому випадку не можуть стягуватися після досягнення дитиною повноліття.

2) Обов'язок батьків утримувати повнолітніх дочку, сина, які продовжують навчатися після досягнення повноліття (незалежно від форми навчання), виникає за обов'язкової сукупності таких юридичних фактів: досягнення дочкою, сином віку, який перевищує 18, але є меншим 23 років; продовження ними навчання; потреба у зв'язку з цим у матеріальній допомозі; наявність у батьків можливості надавати таку допомогу. Відповідно до ч. 3 ст. 199 СК право на звернення до суду з позовом про стягнення аліментів мають самі дочка, син, які продовжують навчатися, а також той із батьків, з яким вони проживають. У разі заявлення позову одним із батьків суд може залучити до участі у справі (якщо залежно від її обставин визнає необхідним) повнолітніх дочку, сина, які продовжують навчатися і на користь яких у зв'язку з цим стягуються аліменти.

Щодо періоду стягнення аліментів.

В своїх рішеннях суди, визначаючи період стягнення аліментів, переважно застосовують наступне формулювання: «на період навчання, але не пізніше досягнення 23 років». І якщо період навчання не викликає сумніву, то обмеження «до досягнення 23 років» є дискусійним. Противники такої позиції вказують на те, що резолютивна частина не містить інформації про дату закінчення навчання, а тому неможливо встановити, яка подія настане раніше – закінчення навчання або 23-річчя дитини.

Аргументуючи позицію щодо застосування обмеження в 23 роки, суди посилаються на те, що навчання може бути закінчено пізніше (академічна відпустка (за станом здоров'я, призовом на строкову військову службу у разі втрати права на відстрочку від неї, сімейними обставинами, тощо) чи продовжено (продовження навчання в магістратурі), тому аліменти підлягають стягненню на період навчання, але не більше як до досягнення 23 років.

В постанові від 08.02.2018 року у справі №205/1302/16-ц ВС виклав позицію, згідно якої погодився з першою позицією і зазначив, що аліменти стягнуто судом саме на час навчання, тривалість якого може змінюватися (зокрема у випадку відрахування з ВНЗ чи

інших підстав) та буде контролюватися в межах процедури виконавчого провадження, а встановлений судом період стягнення аліментів до 23-річчя дитини, є преклюзивним та має на меті захист прав відповідача у випадку продовження навчання дитини після досягнення нею вказаного віку.

Таким чином, ВС дотримується думки, що період стягнення аліментів слід визначати до 23-річчя дитини.

При цьому, на нашу думку, мова йде не про будь-яке навчання, а лише навчання в цьому ж навчальному закладі, на тих же умовах. Стягнення призначених аліментів не може продовжуватися, якщо дитина вступає в інший навчальний заклад. Це питання підлягає окремому вирішенню в суді.

Супутнім з цим є питання про те, чи зберігається за платником аліментів обов'язок сплачувати аліменти за період, протягом якого вона тимчасово не навчається (канікули, академічна відпустка тощо).

В постанові від 23.01.2019 року у справі № 346/103/17 ВС зазначив, що змістом статті 199 СК України законодавцем визначено обов'язок батьків утримувати повнолітніх дітей, які продовжують навчатись, тобто на весь період навчання, який охоплює період від вступу до закінчення чи відрухування з навчання.

Таким чином, висновок суду першої інстанції, з яким погодився апеляційний суд, щодо звільнення відповідача від обов'язку сплачувати аліменти під час перебування дитини на канікулах є таким, що не відповідає нормам матеріального права.

З урахуванням такої позиції ВС канікули та академічна відпустка не припиняють виплату аліментів, оскільки не означають закінчення навчання, а лише є перервою в навчанні.

Проте іншої думки притримується Мін'юст в своїх роз'ясненнях: «Якщо дочка, син навчаються на денному відділенні, аліменти можуть бути присуджені їм щомісячно, але без урахування часу канікул» (<http://old.minjust.gov.ua/29374>).

Таким чином, можна прогнозувати наявність судових спорів з органами ДВС щодо виконання рішення суду про стягнення аліментів на повнолітніх.

На нашу думку, під час академічної відпустки аліменти все ж не повинні сплачуватися. Умовою призначення аліментів на повнолітнього є сукупність таких обставин як навчання повнолітнього і його потреба в матеріальній допомозі, яка є предметом дослідження в суді і яку суд враховує при визначенні конкретного розміру аліментів. Надання повнолітньому академічної відпустки істотно впливає на його потребу в матеріальній допомозі (протягом цього періоду особа не потребує придбання підручників, припиняється проживання в гуртожитку, а отже і його оплата, припиняється сплата стипендії тощо). Відтак, рішення суду щодо призначення такому повнолітньому аліментів втрачає свою актуальність.

(думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена)

Щодо можливості батьків сплачувати аліменти

В постанові ВС у справі № 766/47/16-ц від 28 лютого 2018 року розкривається спосіб визначення «наявності у батьків можливості надавати допомогу». Такі обставини підлягають встановленню шляхом віднімання від середньої заробітної плати платника аліментів його доведених витрат та розміру прожиткового мінімуму.

Щодо належного позивача

Належним позивачем у цій справі є як дитина, так і один з батьків, з ким дитина проживає.

Доводи заявника про те, що ОСОБА_4 не має права на подання позову, оскільки їхня дочка проживає окремо від батьків, відхилені Верховним Судом, оскільки судами першої та апеляційної інстанції встановлено, що мати та дочка зареєстровані за однією адресою, а проживання дочки за іншою адресою зумовлено навчанням на денній формі у вищому навчальному закладі та має тимчасовий характер (Постанова ВС від 21.11.2018 року у справі № 583/664/17).

Щодо застосування «мінімального гарантованого розміру аліментів»

Категорія «мінімальний гарантований розмір аліментів» передбачена главою 15 СК і відноситься до аліментів на утримання дитини, а тому її розповсюдження на стягнення аліментів на утримання повнолітнього сина і дочки (глава 16) є помилковим.

(думка ВП ВС з цього приводу на цей час не висловлена)

3) Слід врахувати, що у випадках, коли дитина потребує матеріальної допомоги у зв'язку з навчанням до досягнення нею двадцяти трьох років, правила статті 185 СК України не застосовуються, зазначені правовідносини регулюються статтею 199 цього Кодексу

4) Умови утримання дітьми своїх батьків: обов'язок виплачувати аліменти батькам може бути покладено лише на повнолітніх дітей; потреба матеріальної допомоги полягає в тому, що батьки не мають можливості забезпечити своє гідне існування у зв'язку із відсутністю пенсій чи їх низьким розміром, а також у зв'язку з відсутністю у них інших джерел існування; непрацездатність батьків (особи, які досягли встановленого статтею 26 цього Закону пенсійного віку, або особи з інвалідністю, а також особи, які мають право на пенсію у зв'язку з втратою годувальника відповідно до закону (ст. 1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»); відсутні обставини для звільнення дітей від обов'язку утримувати своїх батьків

Роз'яснити судам, що обов'язок повнолітніх дочки, сина утримувати своїх непрацездатних батьків, які потребують матеріальної допомоги (ст. 202 СК), не є абсолютним. У зв'язку з цим суд на вимогу дочки, сина, до яких пред'явлено позов про стягнення аліментів, зобов'язаний перевірити їхні доводи про ухилення батьків від виконання своїх обов'язків щодо них (ст. 204 СК).

Відповідно до новел, передбачених ч.1 ст.204 СК, дочка, син звільняються судом від обов'язку утримувати матір, батька та обов'язку брати участь у додаткових витратах, якщо буде встановлено, що мати, батько не сплачували аліменти на утримання дитини, що призвело до виникнення заборгованості, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за три роки, і така заборгованість є непогашеною на момент прийняття судом рішення про визначення розміру аліментів на батьків.

Згідно з ч. 2 ст. 205 СК при визначенні розміру аліментів на непрацездатних батьків необхідно враховувати можливість отримання ними матеріальної допомоги від інших дітей, до яких не пред'явлено позову про стягнення аліментів, а також від дружини, чоловіка та своїх батьків.

Позов про стягнення аліментів може бути пред'явлений до одного з дітей; до кількох з дітей; до всіх дітей разом.

У випадку пред'явлення позову до одного з дітей, суд за власною ініціативою має право притягнути до участі у справі інших дітей, незалежно від того, пред'явлено до них позов чи ні.

5) Умовами сплати аліментів на дружину є:

1) непрацездатність одного з подружжя (вважається той із подружжя, який досяг пенсійного віку, встановленого законом, або є інвалідом I, II чи III групи),

2) потреба у матеріальній допомозі (нужденність) (якщо заробітна плата, пенсія, доходи від використання його майна, інші доходи не забезпечують йому прожиткового мінімуму, встановленого законом (ч.4 ст.75 СК),

3) Здатність другого з подружжя надати матеріальну допомогу (рівень доходів того з подружжя, який повинен надавати утримання, знаходження на його утриманні інших осіб (неповнолітніх дітей, батьків, інших родичів тощо))

Міні-лекція 4. Визначення місця проживання дитини

1) Відповідно до ст.160 СК України місце проживання дитини, яка не досягла десяти років, визначається за згодою батьків.

Місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини.

Якщо батьки проживають окремо, місце проживання дитини, яка досягла чотирнадцяти років, визначається нею самою.

Згідно з ч.1 ст.161 СК України якщо мати та батько, які проживають окремо, не дійшли згоди щодо того, з ким із них буде проживати малолітня дитина, спір між ними може вирішуватися органом опіки та піклування або судом.

Отже, в судовому порядку підлягає вирішенню спір щодо проживання малолітньої дитини у випадку, якщо мати та батько проживають окремо і не дійшли згоди щодо того, з ким із них буде проживати дитина.

В судовій практиці трапляються випадки вирішення спорів щодо місця проживання неповнолітніх дітей.

Такий підхід є помилковим.

Відповідно до наведених норм ст. 160, 161 СК суд має право вирішувати такий спір лише щодо малолітньої дитини, оскільки місце проживання неповнолітньої дитини визначається нею самою.

Аналогічна позиція викладена в постанові ВС у справі № 537/5119/15-ц від 25 січня 2018 року.

2) Відповідно до ч. 4, 5, 6 ст. 19 СК України при розгляді судом спорів щодо місця проживання дитини обов'язковою є участь органу опіки та піклування, представленого належною юридичною особою.

Орган опіки та піклування подає суду письмовий висновок щодо розв'язання спору на підставі відомостей, одержаних у результаті обстеження умов проживання дитини, батьків, інших осіб, які бажають проживати з дитиною, брати участь у її вихованні, а також на підставі інших документів, які стосуються справи.

Суд може не погодитися з висновком органу опіки та піклування, якщо він є недостатньо обґрунтованим, суперечить інтересам дитини.

У судовій практиці виникає питання про те, який орган опіки та піклування необхідно залучити до розгляду у справі у випадку, якщо спір вирішується між батьками, які проживають в різних адміністративно-територіальних одиницях.

Для відповіді на це питання необхідно звернутися до п.72 Постанови КМ України від 24 вересня 2008 р. № 866 «Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини» зі змінами, внесеними Постановою КМ № 800 від 03.10.2018,

Відповідно до цього пункту для розв'язання спору між батьками щодо визначення місця проживання дитини один із батьків подає службі у справах дітей за місцем проживання (перебування) дитини заяву, копію паспорта, довідку з місця реєстрації (проживання), копію свідоцтва про укладення або розірвання шлюбу (у разі наявності), копію свідоцтва про народження дитини, довідку з місця навчання, виховання дитини, довідку про сплату аліментів (у разі наявності).

Працівник служби у справах дітей за місцем проживання (перебування) дитини проводить бесіду з батьками та відвідує дитину за місцем проживання, про що складає акт обстеження умов проживання за формою згідно з додатком 9, а також звертається до соціального закладу та/або фахівця із соціальної роботи для забезпечення проведення оцінки потреб сім'ї з метою встановлення спроможності матері, батька виконувати обов'язки з виховання дитини та догляду за нею.

У разі коли батьки дитини проживають у межах різних адміністративно-територіальних одиниць, той із батьків, який подав заяву про визначення місця проживання дитини з ним, звертається до служби у справах дітей за місцем свого проживання (перебування) стосовно проведення обстеження його житлово-побутових умов і складення акта обстеження умов проживання. Зазначений акт передається

заявником до служби у справах дітей за місцем проживання (перебування) дитини, працівник якої проводить з ним бесіду.

Після обстеження житлово-побутових умов, проведення бесіди з батьками та дитиною служба у справах дітей складає висновок про визначення місця проживання дитини і подає його органу опіки та піклування для прийняття відповідного рішення.

Системний аналіз наведених норм дає підстави для таких висновків.

Підстави складання висновку?

Висновок органу опіки та піклування складається після обстеження житлово-побутових умов, проведення бесіди з батьками та дитиною та перевірки зібраних документів.

Який орган опіки та піклування надає висновок?

Ключовим при вирішенні питання щодо визначення органу піки та піклування є не місце проживання позивача та відповідача, а місце проживання дитини. В такому випадку органу опіки та піклування забезпечується можливість відвідати дитину за місцем її проживання.

Яким чином залучається той з батьків, який проживає у межах іншої адміністративно-територіальної одиниці?

Участь такого батька (матері) необхідна для обстеження його житлово-побутових умов, проведення бесіди.

Виконання такої вимоги залежить від ініціативи такого батька (матері).

Для обстеження житлово-побутових умов він зобов'язаний звернутися до служби у справах дітей за місцем свого проживання стосовно проведення обстеження його житлово-побутових умов і складання акту обстеження, в наступному надіслати його органу опіки та піклування за місцем проживання дитини, який проводитиме бесіду з батьком (матір'ю).

Прогнозовано може виникнути ситуація, в якій батько (матір) ухилятиметься від участі при складанні висновку.

В цьому випадку його дії слід оцінювати, з точки зору норм ЦПК, як неналежне виконання процесуальних обов'язків.

3) Тривалий час в судовій практиці домінувала наступна правова позиція.

У принципі 6 Декларації прав дитини проголошено, що дитина для повного і гармонійного розвитку її особистості потребує любові і розуміння. Вона повинна, коли це можливо, рости під опікою і відповідальністю своїх батьків і в усякому випадку в атмосфері любові і моральної та матеріальної забезпеченості; малолітня дитина не повинна, крім тих випадків, коли є виняткові обставини, бути розлучена зі своєю матір'ю.

Отже, за відсутності виняткових обставин у розумінні положень статті 161 СК України та принципу 6 Декларації прав дитини, які б свідчили про неможливість проживання дітей разом з матір'ю, місце проживання дитини слід визначати з матір'ю.

Аналогічна позиція викладена в постанові ВС України у справі № 6-2445цс16 від 14.12.2016 р.

В 2018 році ВС змінив судову практику у справах про визначення місця проживання дитини.

Щодо застосування Декларації прав дитини

Відповідно до частини першої статті 2 Закону України від 29 червня 2004 року № 1906-IV «Про міжнародні договори України» (далі - Закон № 1906-IV) міжнародний договір України - укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

У пунктах «а», «б» частини першої статті 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року визначено, що для цілей цієї Конвенції «договір» означає міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному

документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування; «ратифікація», «прийняття», «затвердження» і «приєднання» означають, залежно від випадку, міжнародний акт, який має таке найменування і за допомогою якого держава виражає в міжнародному плані свою згоду на обов'язковість для неї договору.

Декларація прав дитини від 20 листопада 1959 року не є міжнародним договором у розумінні Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року та Закону № 1906-IV, а також не містить положень щодо набрання нею чинності. У зв'язку із цим Декларація прав дитини не потребує надання згоди на її обов'язковість Верховною Радою України і не є частиною національного законодавства України.

Декларація прав дитини не ратифікована Україною, не має офіційного перекладу українською мовою.

Таким чином, Декларація прав дитини не є міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надається Верховною Радою України.

Щодо забезпечення інтересів дитини

У статті 141 СК України встановлено, що мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою. Розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їхніх прав і не звільняє від обов'язків щодо дитини, крім випадку, передбаченого частиною п'ятою статті 157 цього Кодексу.

За частинами першою, другою статті 161 СК України, якщо мати та батько, які проживають окремо, не дійшли згоди щодо того, з ким із них буде проживати малолітня дитина, спір між ними може вирішуватися органом опіки та піклування або судом. Під час вирішення спору щодо місця проживання малолітньої дитини беруться до уваги ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, стан її здоров'я та інші обставини, що мають істотне значення.

Орган опіки та піклування або суд не можуть передати дитину для проживання з тим із батьків, хто не має самостійного доходу, зловживає спиртними напоями або наркотичними засобами, своєю аморальною поведінкою може зашкодити розвитку дитини.

При цьому під заборону розлучення дитини зі своєю матір'ю в контексті Декларації прав дитини слід розуміти не обов'язковість спільного проживання матері та дитини, а право на їх спілкування, турботу з боку матері та забезпечення з боку обох батьків, у тому числі й матері, прав та інтересів дитини, передбачених цією Декларацією та Конвенцією про права дитини від 20 листопада 1989 року.

У частині першій статті 3 цієї Конвенції закріплено, 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.

При цьому положення вказаної Конвенції, яка ратифікована Верховною Радою України 27 лютого 1991 року, узгоджуються з нормами Конституції України та законів України, тому, як правильно вважала колегія суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду, саме її норми зобов'язані враховувати усі суди України, розглядаючи справи, які стосуються прав дітей.

Відповідно до частин першої та другої статті 171 СК України дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї. Дитина, яка може висловити свою думку, має бути вислухана при вирішенні між батьками спору щодо її місця проживання.

Таким чином, з досягненням віку 10 років у дитини з'являється право не тільки бути вислуханою і почутою, але й право брати активну участь у вирішенні своєї долі, зокрема, у визначенні місця проживання. Лише в разі збігу волі трьох учасників переговорного процесу - матері, батька, дитини - можна досягти миру і згоди.

Аналогічні положення закріплені у статті 12 Конвенції про права дитини, згідно з якою держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди,

право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю.

Відповідно до статті 6 Європейської конвенції про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 року під час розгляду справи, що стосується дитини, перед прийняттям рішення судовий орган надає можливість дитині висловлювати її думки і приділяє їм належну увагу.

З цією метою дитині, зокрема, надається можливість бути заслуханою в ході будь-якого судового чи адміністративного розгляду, що торкається дитини, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства. Закріплення цього права підкреслює, що дитина є особою, з думкою якої потрібно рахуватись, особливо при вирішенні питань, які безпосередньо її стосуються.

Ухвалюючи рішення у справі «М. С. проти України» від 11 липня 2017 року (заява № 2091/13), ЄСПЛ указав на те, що при визначенні найкращих інтересів дитини в конкретній справі слід брати до уваги два міркування: по-перше, у найкращих інтересах дитини зберегти її зв'язки із сім'єю, крім випадків, коли доведено, що сім'я непридатна або неблагополучна; по-друге, у найкращих інтересах дитини є забезпечення її розвитку у безпечному, спокійному та стійкому середовищі, що не є неблагонадійним (пункт 100 рішення від 16 липня 2015 року у справі «Мамчур проти України», заява № 10383/09).

У зазначених справах ЄСПЛ не визначав обов'язкового врахування судами принципу 6 Декларації прав дитини.

Підсумовуючи, слід зазначити, що Декларація прав дитини не є міжнародним договором. Водночас положення Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року, ратифікованої Верховною Радою України 27 лютого 1991 року, про те, 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 (стаття 3), узгоджуються з нормами Конституції України та законів України, тому саме її норми зобов'язані враховувати усі суди України, розглядаючи справи, які стосуються прав дітей.

У зв'язку з наведеним Велика Палата Верховного Суду вважає за необхідне відступити від висновків Верховного Суду України, висловлених у постановах від 14 грудня 2016 року у справі № 6-2445цс16 та від 12 липня 2017 року у справі № 6-564цс17, щодо застосування норм права у подібних правовідносинах, а саме статті 161 СК України та принципу 6 Декларації прав дитини, про обов'язковість брати до уваги принцип 6 Декларації прав дитини стосовно того, що малолітня дитина не повинна, крім тих випадків, коли є виняткові обставини, бути розлучена зі своєю матір'ю. Велика Палата Верховного Суду вважає, що при визначенні місця проживання дитини першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини в силу вимог статті 3 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року.

(Постанова ВП ВС справа № 402/428/16-ц від 17 жовтня 2018 року)

3) Згідно з міжнародними та національними правовими нормами до прав дитини належить, зокрема, право на врахування її думки щодо питань, які стосуються її життя. Зокрема, відповідно до положень ст. 12 ч. 1 Конвенції ООН від 20 листопада 1989 р. "Про права дитини" (ратифікована Україною 27 лютого 1991 р.), держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що стосуються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю. З цією метою дитині, зокрема, надається можливість бути заслуханою в ході будь-якого судового чи адміністративного розгляду, що стосується дитини, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства.

Відповідно до статті 6 Європейської конвенції про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 року під час розгляду справи, що стосується дитини, перед прийняттям рішення

судовий орган надає можливість дитині висловлювати її думки і приділяє їм належну увагу.

У вітчизняному законодавстві теж закріплено відповідні положення; зокрема, згідно з положеннями ст. 171 Сімейного кодексу України думка дитини має бути врахована при вирішенні питань, що стосуються її життя.

Основним питанням, яке виникає з приводу дотримання судами зазначених вимог, є те, з якого віку дитини її думка має враховуватися.

Слід звернути увагу, що законодавство, зокрема СК, не містить чіткої вказівки на вік, починаючи з якого думка дитини має враховуватися.

Частково це питання розкривається в ч. 2 ст. 160 СК, яка передбачає, що місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини.

Таким чином, закон містить імперативну вказівку на те, що суд має враховувати думку дитини, яка досягла 10 років. На такі обставини звертає увагу і Велика палата ВС у справі №402/428/16-ц від 17.10.2018 року.

Однак, вказана норма не означає те, що думка дітей молодшого віку не враховується.

Основним критерієм для вирішення цього питання є «можливість дитини висловити свою думку».

ЄС з прав людини зазначає, що суди не повинні кожного разу заслуховувати покази дитини в суді з питання побачень з батьками. Рішення з цього питання залежить від конкретних обставин у справі з урахуванням віку і рівня розвитку дитини («Сахін проти Німеччини»).

Аналогічні критерії (віку та рівня розвитку) для заслуховування думки дитини, містяться в ч.1 ст.218 СК щодо усиновлення.

Таким чином, у справі про визначення місця проживання дитини, яка не досягла 10 років, при вирішенні питання щодо її допиту, суду необхідно виходити з рівня розвитку дитини.

При цьому слід врахувати те, що законодавчо встановлено не ті умови, за яких думка дитини повинна бути врахована, а ті, за яких згода дитини не вимагається: відповідний вік, стан розвитку та здоров'я.

Згідно із ч. 3 ст. 171 СК суд має право постановити рішення всупереч думці дитини, якщо цього вимагають її інтереси (за винятком справ про усиновлення). Однак це не звільняє суд від необхідності з'ясувати думку дитини.

4) На сьогоднішній день основним способом заслуховування думки дитини при вирішенні цієї категорії справ є її допит в судовому засіданні.

Частинами 1, 3 ст. 232 ЦПК України передбачено, що допит малолітніх свідків проводиться в присутності батьків, усиновлювачів, опікунів, піклувальників, якщо вони не заінтересовані у справі, або представників органів опіки та піклування, а також служби у справах дітей.

При вирішенні цієї категорії справ батьки є заінтересованими особами, а тому при допиті малолітньої дитини обов'язковою є участь представників органів опіки та піклування, служби у справах дітей.

Участь вказаних осіб при розгляді справи передбачено також нормами СК України. Разом із тим, їх неявка відповідно до норм ЦПК не перешкоджає розгляду справи. З метою дотримання норм процесуального закону у випадку неявки в судове засідання, в якому буде допитуватися малолітня дитина, представника органу опіки і піклування суду доцільно відкласти розгляд справи.

Відповідно до ч. 4 ст. 232 ЦПК України у виняткових випадках, коли це необхідно для об'єктивного з'ясування обставин справи, на час допиту осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку, із зали судового засідання за ухвалою суду може бути видалений той чи інший учасник справи. Після повернення цієї особи до зали судового засідання головуючий повідомляє її про показання цього свідка і надає можливість ставити йому питання.

Проблема встановлення аутентичності (справжності, істинності) вибору дитини

На думку Журавльової М.О. (експерт в галузі психології, кандидат психологічних наук), при допиті дитини в судовому засіданні суд повинен врахувати наступні обставини: жодна дитина не може бажати бути допитаною у суді; необхідність встановлення місця проживання дитини через суд свідчить про те, що батьки не дійшли згоди з цього питання та знаходяться у конфлікті, який, безумовно, негативно впливає на психологічний стан дитини; для проголошення заяви про те, з ким хоче проживати дитина, дитина повинна мати дуже велику внутрішню силу, якою більшість дітей ще не володіють.

В таких умовах батько-співмешканець на заяву дитини про бажання сумісного проживання з батьком-гостем може відреагувати покаранням.

В цьому випадку дитина залучається до конфлікту лояльності, тобто процесу залучення дітей в конфліктні відносини батьків, свідомі чи підсвідомі дії та висловлювання батьків, іншого оточення дитини, які мають своєю метою зробити вибір між батьками.

Конфлікт лояльності може проявлятися наступним чином:

- батько просить дитину передати іншому батьку якесь повідомлення, вороже за своїм змістом;

- батько розпитує дитину про іншого батька (його життя, нову родину, роботу, його недоліки тощо), при цьому сам не має можливості вести конструктивний діалог з іншим батьком та запитати це у нього напřаму;

- батько порівнює умови проживання дитини поряд з собою та поряд з іншим батьком, підкреслює недоліки останнього;

- батько надає в присутності дитини негативну оцінку батьку-гостю;

- батько запитує дитину, кого вона більше любить, тощо.

В особливо складних випадках батьки (значно частіше - матері) маніпулюють почуттями дитини (як позитивними, так і негативними), наприклад, провокуючи відчуття провини.

Поява дитини у суді та необхідність оголошення бажаного місця проживання є чинником погіршення її відносин з «необраним батьком».

Допит дитини у суді, яка не досягла 14 років, завжди є стресогенною для неї подією та вкрай малоефективною процедурою отримання інформації для встановлення об'єктивної істини.

Таким чином, у випадку обґрунтованих сумнівів щодо встановлення аутентичності вибору дитини, суду необхідно поставити на обговорення питання щодо призначення психологічної експертизи. Аналогічні висновки містяться в рішенні ЄС з прав людини «Хуснутдінов проти Росії»

При призначенні експертизи суду слід керуватися Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 року № 53/5.

П.6.6 Інструкції містить орієнтовний перелік питань:

1. Яким чином сімейна ситуація, індивідуально-психологічні особливості батьків (зазначити, якщо треба, одного чи обох із них), особливості їх виховної поведінки впливають на емоційний стан, психічний розвиток та відчуття благополуччя дитини?

2. Яким чином можуть вплинути умови виховання кожного з батьків на психологічний стан та розвиток дитини?

3. Чи залежить оцінка сімейної ситуації дитиною від впливу з боку батьків та інших дорослих?

В той же ж час експертні установи пропонують відповісти і на такі питання:

1. Чи спроможний малолітній ... з урахуванням його вікових особливостей, емоційного стану, індивідуально-психологічних властивостей, рівня розумового розвитку та умов мікросоціального середовища надавати оцінку ставленню кожного з батьків до нього, виявляти прихильність до когось з батьків?

2. Чи є доцільним в інтересах дитини зменшення контактів з батьком (або зміна місця проживання дитини), враховуючи її вікові особливості, емоційний стан, індивідуально-психологічні властивості, рівень розумового розвитку?

3. Який вплив на психологічний стан дитини може здійснювати його батько / матір ?

4. З ким (з батьком чи з матір'ю) дитина бажає проживати?

5. Якими індивідуально-психологічними властивостями характеризується особистість батька / матері дитини ?

6. Який психологічний вплив виявляє (може виявляти) поведінка батька / матері на психічний стан і розвиток малолітнього?

7. Чи має батько / матір необхідні для виховання дитини психолого-педагогічні якості, враховуючи індивідуально-психологічні властивості, інтелект, властивості емоційно-вольової сфери, спрямованість особистості?

8. Чи вплине, а якщо «так», то яким чином, зміна умов проживання, виховання та оточення малолітньої дитини на її психологічний стан у випадку передачі дитини від матері до батька, з урахуванням наявності у останнього цивільної дружини, іншої малолітньої дитини ... (як приклад, можна і без умов)?

9. Чи сформована свідомість дитини про те, що вона живе в повноцінній сім'ї з рідними матір'ю та батьком?

10. Які наслідки появи в життєвому середовищі дитини ... у якості біологічного (рідного) батька дитини?

11. Яким чином сімейна ситуація, індивідуально-психологічні особливості батьків (зазначити, якщо треба, одного чи обох із них), особливості їх виховної поведінки впливають на емоційний стан, психічний розвиток та відчуття благополуччя дитини?

12. Яким чином можуть вплинути умови виховання кожного з батьків на психологічний стан та розвиток дитини?

13. Чи залежить оцінка сімейної ситуації дитиною від впливу з боку батьків та інших дорослих?

Перелік документів для експертизи в залежності від питань на експертизу:

- медична документація;

- особова справа;

- шкільні характеристики і характеристики з місця роботи;

- свідчення співучнів, педагогів, колег, друзів, знайомих, родичів та інших людей, з якими підекспертна особа близько спілкувалася. У свідченнях рідних та близьких повинні бути відображені особливості її розвитку та поведінки, умов життя, оточення, притаманні їй схильності, захоплення, інтереси. За наявності також надаються щоденники, листи, зразки творчості підекспертної особи.

Міні-лекція 5. Тимчасовий виїзд дитини за кордон (авторський аналіз останніх змін до законодавства при відсутності на час розроблення сталої судової практики).

Частина 1 статті 11 Конвенції про права дитини від 20.11.1989 р. зобов'язує держави-учасниці вживати заходів для боротьби з незаконним переміщенням і неповерненням дітей із-за кордону.

В Україні такий обов'язок забезпечується особливим порядком виїзду дітей за кордон, який регулюється Сімейним кодексом України (надалі - СК), Цивільним кодексом України (надалі - ЦК), а також іншими нормативно-правовими актами.

Донедавна редакції наведених законів мали наступний вигляд.

Відповідно до положень статті 141 СК мати і батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини і розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їхніх прав та не звільняє від обов'язків щодо дитини.

Стаття 157 СК передбачала, що питання виховання дитини вирішується батьками спільно. Той із батьків, хто проживає окремо від дитини, зобов'язаний брати участь у її вихованні і має право на особисте спілкування з нею. Той із батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвитку дитини.

Відповідно до абзацу 3 частини 3 статті 313 ЦК фізична особа, яка не досягла шістнадцяти років, має право на виїзд за межі України лише за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальників та в їхньому супроводі або в супроводі осіб, які уповноважені ними.

Пунктом 3 Правил перетинання державного кордону громадянами України, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 27 січня 1995 року № 57 (надалі - Правила), установлювалося, що виїзд з України громадян, які не досягли 16-річного віку, здійснюється за згодою обох батьків (усиновлювачів) та в їх супроводі або в супроводі уповноважених ними осіб, які на момент виїзду з України досягли 18-річного віку.

В свою чергу п.4 Правил передбачав, що за загальним правилом виїзд з України громадян, які не досягли 16-річного віку, в супроводі одного з батьків або інших осіб здійснюється за нотаріально посвідченою згодою другого з батьків із зазначенням у ній держави прямування та відповідного часового проміжку перебування у цій державі, якщо другий з батьків відсутній у пункті пропуску.

Вказаним пунктом Правил передбачені винятки із загального правила. Так, відповідно до законодавства України нотаріальна згода другого з батьків для виїзду дитини до 16 років за кордон з одним із батьків не потрібна: якщо другий із батьків – іноземець або особа без громадянства та про це вказано у свідоцтві про народження дитини; якщо в закордонному паспорті дитини є запис про її вибуття на ПМП в іншу країну чи відмітка про взяття дитини на постійний консульський облік у дипломатичному або консульському представництві України за кордоном; якщо другий з батьків помер, його позбавлено батьківських прав, визнано недієздатним чи безвісно відсутнім, або якщо буде пред'явлено довідку про народження дитини, де зазначено, що батько дитини записаний зі слів матері.

В цьому ж переліку підстав для виїзду дитини за кордон без нотаріальної згоди іншого батька вказано рішення суду про надання дозволу на виїзд з України громадянину, який не досяг 16-річного віку, без згоди та супроводу другого з батьків.

Отже, запроваджений законодавцем особливий порядок виїзду дитини за кордон передбачав одержання безумовної згоди обох батьків. У випадку відмови надати таку згоду, батько, з яким виїжджає дитина, повинен був звернутися до суду з позовом про надання дозволу на виїзд дитини віком до 16 років за кордон.

В такій позиції законодавця прослідковується намагання балансувати між базовими принципами сімейно-правових відносин. З одного боку це рівність прав батьків щодо особистого спілкування та виховання дитини, однак з іншого - необхідність забезпечення найкращих інтересів дитини. При цьому аналіз вказаних норм вказує на те, що

пріоритетність цих принципів для законодавця виглядає саме в такій послідовності, що не відповідало згаданій тенденції міжнародного права: «у всіх рішеннях, що стосуються дітей, першочергове значення повинні мати їх найкращі інтереси» (яка знайшла своє відображення в Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року, Європейській конвенції про здійснення прав дітей від 25.01.1996 року).

На підставі наведених норм законодавства в судовій практиці була сформована відповідна категорія справ – позови щодо надання дозволу на виїзд дитини віком до 16 років за кордон.

Під час розгляду таких справ виявилось, що такий підхід до вирішення проблеми виїзду дитини за кордон, за яким принцип рівності прав батьків щодо особистого спілкування та виховання дитини домінував над принципом забезпечення найкращих інтересів дитини, є недосконалим. В своїх позовах батьки, неодноразово вказували на несправедливість такого підходу, що передбачав звернення до іншого батька кожного разу навіть при необхідності вирішення оперативних, а інколи невідкладних питань дитини, таких як лікування, відпочинок, участь у змаганнях тощо. Зауважували, що в такому випадку інтереси батьків ставляться вище інтересів самої дитини. Крім того, вказували на те, що законодавство надало іншому батькові потужний важіль впливу щодо обмеження в праві пересування дитини, який неодноразово використовувався не в її інтересах, а з іншою метою: помсти дитині, іншому батьку. За допомогою такого права батько міг отримати від іншого певних поступок, наприклад, в майнових питаннях. Ситуація доходила до того, що інший батько міг ухилятися від виконання батьківських обов'язків (в тому рахунку і щодо сплати аліментів), і при цьому використовувати своє права заборони дитині виїзду за кордон. Натомість законодавством передбачався лише один запобіжник - у вигляді права батька звернутися до суду про надання дозволу на виїзд, який не можна назвати ефективним з огляду на те, що для вирішення оперативних питань розвитку дитини батькам доводилося використовувати тривалу процедуру судового розгляду справи.

Перша спроба врегулювати проблему забезпечення інтересів дитини при виїзді за кордон була здійснена в Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів» № 2234-VIII від 07.12.2017 року.

Цим законом були внесені зміни в частину другу статті 141 СК, яку викладено в наступній редакції: «розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їхніх прав і не звільняє від обов'язків щодо дитини, крім випадку, передбаченого частиною п'ятою статті 157 цього Кодексу».

В свою чергу статтю 157 СК доповнено частиною п'ятою такого змісту: «5. Той із батьків, з ким за рішенням суду проживає дитина, самостійно вирішує питання щодо тимчасового виїзду дитини за межі України з метою лікування, навчання дитини за кордоном, відпочинку, за наявності довідки, виданої органом державної виконавчої служби, про наявність заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців».

В цьому випадку законодавець залишив незмінним загальне правило, за яким принцип рівності прав батьків щодо особистого спілкування та виховання дитини домінує над принципом забезпечення найкращих інтересів дитини. Однак зробив виняток для батька, який ухиляється від виконання батьківських прав та має заборгованість зі сплати аліментів, обмеживши його право на виховання та спілкування з дитиною. Балансуючи між цими принципами, законодавець виходив з того, що така ситуація вказує на те, що право виховання дитини для такого батька не є достатньо цінним, а тому наведений інтерес дитини очевидно переважає.

Водночас обов'язковою умовою застосування цієї норми є визначення місця проживання дитини з іншим батьком за рішенням суду. Таким чином, мова йде не про фактичне місце проживання дитини (що є однією з умов призначення аліментів), а про визначення місця проживання дитини за рішенням суду. Судова процедура визначення місця проживання дитини з таким батьком є своєрідним фільтром, під час якого

оцінюється його ставлення до виконання своїх батьківських обов'язків, наявність можливості забезпечення потреб дитини, наявність шкідливих звичок тощо, тобто бажання та можливості забезпечення інтересів дитини. В цьому випадку процедура попереднього судового контролю фактично легітимізує право такого батька бути «представником дитини» у відносинах її виїзду за кордон.

Слід відмітити, що в даній нормі не вказано, про яке саме рішення суду йде мова, однак із змісту СК можна дійти висновку, що це рішення, яким вирішено спір про місце проживання дитини відповідно до ст.161 СК, або ж рішення суду щодо розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя в порядку ст.109 СК.

В контексті вказаного слід звернути увагу на те, що на виконання цього закону підпункт 2 пункту 4 Правил доповнено абзацом згідно з Постановою КМ N 76 від 14.02.2018 року, за яким виїзд з України громадян, які не досягли 16-річного віку, в супроводі одного з батьків або інших осіб, уповноважених одним з батьків за нотаріально посвідченою згодою, здійснюється без нотаріально посвідченої згоди другого з батьків у разі пред'явлення виданої органом державної виконавчої служби довідки про наявність заборгованості із сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців.

Таким чином, відповідно до цієї норми умовою виїзду дитини є довідка про наявність заборгованості за 6 місяців, а пред'явлення рішення суду про місце проживання дитини не передбачено.

Така норма Правил не відповідає нормі абз.1 ч.5 ст.157 Закону, фактично нівелювала правило щодо необхідності попередньої перевірки батька, з яким виїжджає дитина, і з урахуванням пріоритету Закону над підзаконним актом не підлягала застосуванню.

Проблемою норми абз.1 ч.5 ст.157 Закону було те, що умова щодо рішення суду про місце проживання дитини унеможлиблювала застосування цієї норми щодо дітей віком від 14 до 16 років.

Так, відповідно до ст.160 СК місце проживання дитини, яка не досягла десяти років, визначається за згодою батьків. Місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини. Якщо батьки проживають окремо, місце проживання дитини, яка досягла чотирнадцяти років, визначається нею самою.

Згідно з ч.1 ст.161 СК якщо мати та батько, які проживають окремо, не дійшли згоди щодо того, з ким із них буде проживати малолітня дитина, спір між ними може вирішуватися органом опіки та піклування або судом.

Таким чином, відповідно до наведених норм ст. 160, 161 СК суд має право вирішувати такий спір лише щодо малолітньої дитини, тобто до 14 років, оскільки місце проживання неповнолітньої дитини визначається нею самою (Аналогічна позиція викладена в постанові ВС у справі № 537/5119/15-ц від 25 січня 2018 року).

Таким чином, батько, з яким проживала 15-річна дитина, фізично не міг скористуватися наданим йому правом виїзду з нею за кордон, оскільки не мав би можливості отримати рішення суду про визначення місця проживання дитини.

Другою спробою законодавця вирішити питання забезпечення інтересів дитини щодо виїзду її за кордон була здійснена в Законі від 03 липня 2018 року № 2475-VIII, основні зміни якого стосуються саме редакції частини 5 статті 157 СК.

Аналіз структури нової редакції ч.5 ст.157 СК вказує на те, що вона складається з 5 абзаців, які регулюють правовідносини, що умовно можна поділити на 3 групи: 1) тимчасовий виїзд дитини в супроводі того з батьків, з яким вона проживає, без дозволу іншого батька строком до 1 місяця (абзац 1); 2) тимчасовий виїзд дитини в супроводі того з батьків, з яким вона проживає, без дозволу іншого батька, який має заборгованість по аліментам (абзац 2); 3) тимчасовий виїзд дитини в супроводі того з батьків, з яким дитина не проживає (абзац 3, 4, 5). Зупинимось детальніше на кожному з них.

Тип 1. Тимчасовий виїзд дитини в супроводі того з батьків, з яким вона проживає, без дозволу іншого батька строком до 1 місяця.

Відповідно до абз.1 ч.5 ст.157 СК умовами тимчасового виїзду з дитини в супроводі того з батьків, з яким вона проживає, за межі України є такі:

- місце проживання дитини з таким батьком визначено рішенням суду або підтверджено висновком органів опіки та піклування;
- щодо цього батька відсутнє виконавче провадження про примусове усунення перешкод у спілкуванні дитини з другим із батьків;
- строк поїздки не перевищує 1 місяця;
- метою поїздки є лікування, навчання, участі дитини в дитячих змаганнях, фестивалях, наукових виставках, учнівських олімпіадах та конкурсах, екологічних, технічних, мистецьких, туристичних, дослідницьких, спортивних заходах, оздоровлення та відпочинку дитини за кордоном, у тому числі у складі організованої групи дітей.

Цією ж нормою передбачено, що якщо другий із батьків належно виконує батьківські обов'язки, то той із батьків, хто планує закордонну поїздку з дитиною та знає адресу другого, має рекомендованим листом повідомити останнього про майбутню поїздку дитини, її мету й тривалість.

Порівнюючи зміст вказаної норми відносно до попереднього нормативного регулювання цих відносин, слід дійти висновку, що законодавець радикальніше розвиває свою ідею зміни підходу в питанні тимчасового виїзду дитини за кордон. Якщо в попередній редакції закону він виправдовував таке втручання неналежною поведінкою батька, з яким дитина не проживає, то в новій редакції позиція зводиться до того, що інтереси дитини щодо тимчасового виїзду дитини за кордон з визначеною в законі метою до 1 місяця самі по собі переважають інтереси батька щодо права виховання та спілкування з дитиною.

Водночас процедура попередньої перевірки другого з батьків істотно вдосконалена.

На відміну від попередньої редакції Закону № 2234-VIII від 07.12.2017 року, в новому Законі місце проживання дитини може бути підтверджено:

- 1) рішенням суду про визначення місця проживання дитини;
- 2) висновком органу опіки та піклування про підтвердження місця проживання дитини.

Таким чином, законодавець змінює формулювання з «за рішенням суду проживає дитина» на «рішенням суду визначено місце проживання дитини», тим самим підкреслюючи значимість такої процедури для вирішення цього питання.

Однак недоліком цієї норми, на нашу думку, є те, що вона так і не вирішила колізію відносно того, що рішенням суду може бути визначено лише місце проживання дитини віком до 14 років.

В свою чергу абсолютною новелою законодавця є те, що у випадку відсутності такого рішення суду батькам надається можливість позасудового порядку підтвердження місця проживання дитини висновком органу опіки та піклування. З цього випливає, що питання офіційного підтвердження місця проживання дитини віком від 14 до 16 років може бути вирішено органом опіки та піклування. Таким чином, умисно або ж випадково законодавець вирішив вказану колізію.

Питання щодо підтвердження місця проживання дитини органом опіки та піклування регулюються п.72-1 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, затвердженого постановою КМУ від 24.09.2008 р. № 866 (надалі - Порядок).

Відповідно до п.72-1 Порядку для підтвердження місця проживання дитини під час вирішення питання її тимчасового виїзду за межі України з метою, визначеною частиною п'ятою статті 157 Сімейного кодексу України, той з батьків, з ким проживає дитина, подає до служби у справах дітей за місцем проживання дитини такі документи: заяву; копію паспорта заявника; копію паспорта дитини (у разі наявності); довідку про реєстрацію місця проживання заявника (у разі коли в паспорті відсутні дані про реєстрацію місця проживання); довідку про реєстрацію місця проживання дитини; копію свідоцтва про народження дитини; копію рішення суду про розірвання шлюбу (у разі наявності); підтвердження про відправлення рекомендованого листа згідно з вимогами, передбаченими абзацом першим частини п'ятої статті 157 Сімейного кодексу України (у

разі наявності); копію документа, виданого лікарсько-консультативною комісією лікувально-профілактичного закладу.

За результатами розгляду поданих документів, після відвідування місця проживання дитини, проведення бесіди з тим із батьків, хто проживає окремо від дитини (у разі можливості її проведення), або бесіди з дитиною, яка досягла 14 років, готується і затверджується висновок щодо підтвердження місця проживання дитини для її тимчасового виїзду за межі України.

Якщо таке рішення не буде оскаржено до суду протягом 10 днів, воно набирає законної сили і діє протягом 1 року.

Звертаємо увагу, що для прийняття такого рішення орган опіки та піклування проводить бесіду з тим із батьків, хто проживає окремо від дитини (у разі можливості її проведення), або з самою дитиною, яка досягла 14 років. Тобто при вирішенні питання щодо малолітньої дитини орган опіки та піклування фактично виконує притаманну йому функцію вирішення спору між батьками про місце проживання дитини. У випадку неповнолітньої дитини орган опіки та піклування перевіряє лише волю такої дитини, яка відповідно до норм СК самостійно вирішує питання свого проживання.

Крім того, п.72-1 Порядку передбачено, що у випадку неоскарження такого рішення до суду протягом 10 днів воно набирає законної сили і діє протягом 1 року.

Аналіз норми щодо «адміністративного порядку» підтвердження місця проживання дитини вказує на те, що вона продиктована бажанням забезпечити інтереси дитини шляхом прискорення вирішення питання тимчасового виїзду. Однак, норма щодо оскарження такого рішення протягом 10 днів ставить під сумнів можливість досягнення такої мети. В цьому випадку, інший батько може оскаржити таке рішення в судовому порядку. Норми ЦПК не передбачають жодних винятків для такого спору, а тому, оскільки спір стосується сімейних відносин, він буде розглядатися в загальному порядку. Таким чином, розгляд такого спору може тривати більше самого строку дії такого рішення – 1 рік.

Також слід зазначити, що вказана норма жодним чином не обмежує позивача у праві оскарження висновку після закінчення десятиденного строку, а лише визначає дату, починаючи з якої відповідач матиме право на його використання.

При застосуванні абз.1 ч.5 ст.157 СК слід звернути увагу на те, що до повноважень органу опіки та піклування відноситься прийняття рішення про місце проживання дитини (п.72 Порядку) та рішення про підтвердження місця проживання дитини (п.72-1 Порядку).

При їх розмежуванні слід виходити з того, що Порядок доповнено пунктом 72-1 згідно з Постановою КМ України № 620 від 22.08.2018, на виконання вимог Закону, а тому ця норма є спеціальною нормою при застосуванні ч.5 ст.157 СК.

З наведеного слід дійти висновку, що у випадку вирішення спору щодо місця проживання дитини не в судовому порядку, а відповідно до рішення органу опіки та піклування (п.72 Порядку), той батько, з яким проживатиме дитина, не має право на самостійне вирішення питання тимчасового виїзду дитини відповідно до ч.5 ст.157 СК. В цьому випадку необхідним є додаткове підтвердження місця проживання дитини відповідно до п.72-1 Порядку.

На виконання вимог абз.1 ч.5 ст.157 СК пункт 4 Правил доповнено підпунктом 3, за яким виїзд з України громадян, які не досягли 16-річного віку, в супроводі одного з батьків або інших осіб, уповноважених одним з батьків за нотаріально посвідченою згодою, здійснюється без нотаріально посвідченої згоди другого з батьків у разі тимчасового виїзду з України на строк до одного місяця під час пред'явлення рішення суду або органу опіки та піклування (районної, районної у м. Києві та Севастополі держадміністрацій, виконавчого органу міської, районної у місті (у разі його утворення), сільської, селищної ради об'єднаної територіальної громади) або їх копій, засвідчених нотаріально чи органом, який їх видав, у якому визначено (підтверджено) місце проживання дитини з одним із батьків, який має намір виїзду з дитиною або який уповноважив на це нотаріально посвідченою згодою інших осіб.

В свою чергу, умова відсутності виконавчого провадження про примусове усунення перешкод у спілкуванні дитини з другим із батьків пояснюється тим, що такі дії свідчать

про його зловживання своїми правами, що апріорі вчиняються не в інтересах дитини. Така поведінка підриває довіру до нього як представника дитини та ставить під сумнів необхідність поїздки з ним дитини за кордон. В такому випадку законодавець не дає право застосовувати норму абз.1 ч.5 ст.157 СК. При перетині кордону ця обставина перевіряється уповноваженими службовими особами підрозділу охорони державного кордону за допомогою Єдиного реєстру боржників (п.12 Правил).

Підсумовуючи викладене, можна вказати, що наведена норма без перебільшення є революційною, продиктованою вимогами сьогодення. Попередні норми виходили з принципу забезпечення інтересів батьків щодо права на виховання дитини, що знайшло своє відображення в нормі щодо згоди такого батька на виїзд дитини за кордон. За попередньою редакцією статті таке право могло бути порушене лише у випадку наявності достатніх підстав вважати, що батько зловживає цим правом. В новій редакції законодавець визначає наявність інтересу дитини щодо тимчасового виїзду дитини за кордон з визначеною в законі метою до 1 місяця виправданим втручанням в права батька на виховання дитини. В цьому випадку законодавець жодним чином не ставить собі за мету обмежити в правах батька, з яким дитина не проживає, якимось чином вплинути на нього, а лише намагається дати дитині, а відповідно і її «представнику» - батьку, з яким вона проживає, право оперативного вирішення нагальних питань її розвитку. Також законодавець вдосконалив порядок перевірки батька-представника шляхом запровадження спрощеної адміністративної процедури.

В свою чергу, вказана норма містить технічні недоліки, які, сподіваємось, будуть вирішені законодавцем в найближчий час.

Тип 2. Тимчасовий виїзд дитини в супроводі того з батьків, з яким вона проживає, без дозволу іншого батька, який має заборгованість зі сплати аліментів.

Відповідно до абзацу 2 частини 5 статті 157 СК той із батьків, з яким за рішенням суду визначено або висновком органів опіки та піклування підтверджено місце проживання дитини, самостійно вирішує питання тимчасового виїзду за межі України на строк до одного місяця та більше з метою лікування, навчання, участі дитини в дитячих змаганнях, фестивалях, наукових виставках, учнівських олімпіадах та конкурсах, екологічних, технічних, мистецьких, туристичних, дослідницьких, спортивних заходах, оздоровлення та відпочинку дитини за кордоном, у тому числі у складі організованої групи дітей, у разі:

1) наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за чотири місяці, підтвердженої довідкою про наявність заборгованості зі сплати аліментів;

2) наявності заборгованості зі сплати аліментів, підтвердженої довідкою про наявність заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за три місяці, якщо аліменти сплачуються на утримання дитини з інвалідністю, дитини, яка хворіє на тяжкі перинатальні ураження нервової системи, тяжкі вроджені вади розвитку, рідкісне орфанне захворювання, онкологічні, онкогематологічні захворювання, дитячий церебральний параліч, тяжкі психічні розлади, цукровий діабет I типу (інсулінозалежний), гострі або хронічні захворювання нирок IV ступеня, або на утримання дитини, яка отримала тяжкі травми, потребує трансплантації органа, потребує паліативної допомоги, що підтверджується документом, виданим лікарсько-консультативною комісією лікувально-профілактичного закладу в порядку та за формою, встановленими центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері охорони здоров'я.

На відміну від попередньої норми абзац 2 частини 5 статті 157 СК не створює абсолютно нове правило поведінки, а лише доповнює попереднє правило, визначене Законом № 2234-VIII від 07.12.2017 року. При цьому регулювання цих відносин запропоновано в двох варіантах в залежності від розміру заборгованості та наявності додаткових умов щодо хвороби дитини.

Для обох видів спільними є наявність таких підстав в сукупності:

- місце проживання дитини з таким батьком визначено рішенням суду або підтверджено висновком органів опіки та піклування;

- метою поїздки є лікування, навчання, участі дитини в дитячих змаганнях, фестивалях, наукових виставках, учнівських олімпіадах та конкурсах, екологічних, технічних, мистецьких, туристичних, дослідницьких, спортивних заходах, оздоровлення та відпочинку дитини за кордоном, у тому числі у складі організованої групи дітей;

- строк поїздки до 1 місяця і більше.

Спеціальними умовами першого виду є наявна заборгованість зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за чотири місяці, підтвердженої довідкою про наявність заборгованості зі сплати аліментів.

Спеціальними умовами другого виду є наявна заборгованість зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за три місяці; дитина має інвалідність, хворіє на тяжкі перинатальні ураження нервової системи, тяжкі вроджені вади розвитку, рідкісне орфанне захворювання, онкологічні, онкогематологічні захворювання, дитячий церебральний параліч, тяжкі психічні розлади, цукровий діабет I типу (інсулінозалежний), гострі або хронічні захворювання нирок IV ступеня, або отримала тяжкі травми, потребує трансплантації органа, потребує паліативної допомоги, що підтверджується документом, виданим лікарсько-консультативною комісією лікувально-профілактичного закладу.

Враховуючи викладене, ключовим нововведенням законодавця є істотне зменшення необхідного розміру заборгованості зі сплати аліментів, яке в залежності від наявності або відсутності хвороби дитини може становити 3 і 4 місяці.

Аналіз абз.2 ч.5 ст.157 СК вказує на те, що вказані елементи повинні бути в наявності, а не у взаємозв'язку між собою. З цього випливає, що метою виїзду дитини-інваліда (хворої дитини) не обов'язково повинне бути лікування.

Також слід звернути увагу на те, що вказана заборгованість по аліментам рахується сукупно, тобто платник аліментів може частково їх погашати, в цьому випадку наявність заборгованості, наприклад за 6 місяців, не буде підставою для застосування таких норм у випадку, якщо сукупний розмір заборгованості не перевищить заборгованість за 4 місяці.

Перевагою застосування цієї норми по відношенню до норми абз.1 ч.5 ст.157 СК є відсутність обмеження періоду виїзду до одного місяця. Однак при цьому законодавець не наводить чітких критеріїв визначення можливого періоду вивезення дитини у випадку наявності заборгованості по аліментам, що має істотне значення. Виходячи з системного тлумачення цієї норми, такий період повинен відповідати меті виїзду.

В свою чергу навмисне порушення строку перебування дитини за межами України може спричинити притягнення до адміністративної відповідальності та накладення штрафу від 1700 до 3400 грн. До того ж це призводить до наступного обмеження в праві на виїзд із дитиною за кордон строком на 1 рік, крім випадку, якщо вдасться отримати нотаріально згоду другого з батьків на таку поїздку.

Разом із тим, з огляду на відсутність визначеності в питанні періоду вивезення дитини в судовій практиці прогнозовано будуть виникати проблеми в доведенні складу такого правопорушення.

На виконання вимог абз.2 ч.5 ст.157 СК підпункт 2 пункту 4 Правил доповнено абзацом та підпунктом 4, за якими виїзд з України громадян, які не досягли 16-річного віку, в супроводі одного з батьків або інших осіб, уповноважених одним з батьків за нотаріально посвідченою згодою, здійснюється без нотаріально посвідченої згоди другого з батьків:

- у разі пред'явлення довідки про наявність заборгованості із сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за чотири місяці, виданої органом державної виконавчої служби, приватним виконавцем.

- у разі тимчасового виїзду з України на строк до одного місяця та більше дитини з інвалідністю, дитини, яка хворіє на захворювання, передбачені частиною п'ятою статті 157 Сімейного кодексу України, під час пред'явлення таких документів або їх копій, засвідчених нотаріально чи органом, який їх видав: довідки, виданої органом державної виконавчої служби, приватним виконавцем, про наявність заборгованості із сплати аліментів (у разі коли сукупний розмір заборгованості перевищує суму відповідних платежів за три місяці); документа, виданого лікарсько-консультативною

комісією лікувально-профілактичного закладу, в порядку та за формою, встановленими МОЗ (у разі коли сума заборгованості по аліментах становить понад три місяці, але не більше чотирьох місяців).

Таким чином, на нашу думку, КМ України в своїй постанові повторно допускає помилку щодо рішення суду або органу опіки та піклування про місце проживання дитини. Як і в попередній редакції Закону відсутність такого рішення при перетині кордону свідчить про непроведення попередньої перевірки батька, з яким виїжджає дитина. Відповідно така помилка, допущена в підзаконному акті, з урахуванням пріоритету Закону над ним не дає підстав для його застосування.

Слід також зазначити, що відповідно до норми абз.2 ч.5 ст.157 СК при наявності такої заборгованості по аліментам вивезення дитини не залежить від того, чи відкрито виконавче провадження про примусове усунення перешкод у спілкуванні дитини з другим із батьків.

Тип 3. Тимчасовий виїзд дитини в супроводі того з батьків, з яким дитина не проживає.

Відповідно до абз.3, 4, 5 ч.5 ст.157 СК той із батьків, хто проживає окремо від дитини, який не ухиляється та належно виконує батьківські обов'язки, не має заборгованості зі сплати аліментів, звертається рекомендованим листом із повідомленням про вручення до того з батьків, з яким проживає дитина, за наданням згоди на виїзд дитини за межі України з метою лікування, навчання, участі дитини в дитячих змаганнях, фестивалях, наукових виставках, учнівських олімпіадах та конкурсах, екологічних, технічних, мистецьких, туристичних, дослідницьких, спортивних заходах, оздоровлення та відпочинку дитини за кордоном, у тому числі в складі організованої групи дітей.

У разі ненадання тим із батьків, з яким проживає дитина, нотаріально посвідченої згоди на виїзд дитини за кордон із зазначеною метою, у десятиденний строк з моменту повідомлення про вручення рекомендованого листа, той із батьків, хто проживає окремо від дитини та у якого відсутня заборгованість зі сплати аліментів, має право звернутися до суду із заявою про надання дозволу на виїзд дитини за кордон без згоди другого з батьків.

В цьому випадку вже батько, з яким дитина не проживає, ставить питання про виїзд з нею за кордон. Таким правом він має право скористатися у випадку належного виконання батьківських обов'язків. Ухилення такого батька від виконання батьківських обов'язків свідчить про вчинення дій всупереч інтересам дитини, а тому звісно не дає йому право виїзду з дитиною за кордон.

Така ситуація на відміну від попередніх не потребує попереднього контролю батька, з яким дитина проживає, а тому в нормі відсутня вимога щодо попереднього визначення місця проживання дитини. Достатнім є сам факт проживання дитини з іншим батьком.

Незалежно від строку поїздки такий батько повинен отримати письмову нотаріально засвідчену згоду другого з батьків на виїзд дитини за кордон. Якщо ж другий із батьків, з яким проживає дитина, не дає своєї згоди на тимчасовий виїзд дитини за кордон з іншим із батьків упродовж 10 днів із моменту повідомлення про вручення йому рекомендованого листа з таким проханням, законодавець передбачає можливість звернення до суду для одержання дозволу на виїзд дитини за кордон без згоди другого з батьків. У цьому випадку за новими правилами ЦПК на підставі позову того з батьків, хто проживає окремо від дитини, суд повинен розглянути питання про виїзд дитини за межі України в порядку спрощеного позовного провадження.

Слід зазначити, що відповідно до абз.3 ч.4 ст.19 ЦПК правила щодо спрощеного позовного провадження розповсюджуються лише на батька, який проживає окремо від дитини. У випадку звернення з позовом до суду батька, з яким проживає дитина (наприклад щодо виїзду на строк, який перевищує 1 місяць), такий позов підлягає розгляду за загальними правилами позовного провадження, оскільки є сімейним спором.

На нашу думку, такі вимоги щодо розгляду позову батька, з яким проживає дитина і який не має права безперешкодного вивезення дитини за кордон, в загальному провадженні ставлять його в нерівні умови по відношенню до іншого батька, з яким дитина не проживає, аналогічний позов якого буде розглядатися за правилами спрощеного провадження.

ВИСНОВКИ

Відповідно до норм міжнародно-правових актів, зокрема Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року, Європейської конвенції про здійснення прав дітей від 25.01.1996 року, норм вітчизняного законодавства домінуючим принципом у відносинах між батьками та дітьми є принцип забезпечення найкращих інтересів дитини.

Впродовж тривалого часу вказаний принцип неналежним чином реалізовувався у відносинах між батьками та дітьми щодо їх виховання. Так, одним із аспектів таких відносин є відносини щодо тимчасового виїзду дитини за кордон з одним із батьків. Виходячи з домінування принципу рівності прав батьків щодо особистого спілкування та виховання дитини над принципом забезпечення найкращих інтересів дитини, законодавець передбачив імперативний обов'язок отримання згоди іншого батька на виїзд дитини за кордон навіть у невідкладних випадках, пов'язаних з лікуванням, навчанням тощо.

В Законі України від 03 липня 2018 року № 2475-VIII законодавець змінив свій підхід. Нова редакція Закону вказує, що інтерес дитини щодо тимчасового виїзду дитини за кордон з визначеною в законі метою до 1 місяця, виправдовує втручання в права батька на виховання дитини. З цією метою надає дитині, а відповідно і її «представнику» - батьку, з яким вона проживає, право оперативного вирішення нагальних питань її розвитку.

Також законодавець обмежує права батька, який має заборгованість зі сплати аліментів, оскільки така ситуація вказує на те, що право виховання дитини для такого батька не є достатньо цінним, а тому не буде порушене у випадку виїзду дитини за кордон на певний час. В такій ситуації інтерес дитини очевидно переважатиме інтерес батька.

Крім того, законодавець врегулював питання виїзду за кордон дитини з батьком, який проживає окремо, передбачивши процедуру досудового врегулювання цього питання, а у випадку відсутності згоди іншого батька – спрощену судову процедуру вирішення цього спору.

В свою чергу вказані норми містять певні технічні недоліки.

Зокрема, норма п.4 Правил не відповідає нормі абз.1 ч.5 ст.157 Закону та фактично нівелює правило щодо необхідності попередньої перевірки батька, з яким виїжджає дитина.

Запропонований «адміністративний порядок» підтвердження місця проживання дитини передбачає можливість його судового оскарження, що ставить під сумнів можливість досягнення поставленої мети спрощеного вирішення цього питання.

В Законі не наведено чітких критеріїв визначення можливого періоду вивезення дитини у випадку наявності заборгованості по аліментам, що має істотне значення.

Вимога щодо розгляду позову батька, з яким проживає дитина і який не має права безперешкодного вивезення дитини за кордон, в загальному провадженні ставлять його в нерівні умови по відношенню до іншого батька, з яким дитина не проживає, аналогічний позов якого буде розглядатися за правилами спрощеного провадження.

Сподіваємося, що такі недоліки будуть вирішені законодавцем в найближчий час.

Також на нашу думку, аналіз наведених норм законодавства вказує на те, що ч.5 ст.157 СК лише запрошує особу визначити місце проживання дитини в судовому порядку або ж підтвердити його висновком органу опіки та піклування, однак при цьому не обмежує його в можливості звернутися до суду щодо дозволу на разовий виїзд дитини (наприклад, якщо інший батько не має заборгованості зі сплати аліментів, однак у дитини є необхідність виїзду на строк, що перевищує один місяць).

Вказані новели законодавства мають важливе значення для судової практики. Так, у випадку пред'явлення позову про надання дозволу на тимчасовий виїзд особою, яка в силу ч.5 ст.157 СК має право безперешкодного виїзду, перед судом постає питання щодо факту порушення її права, а відтак і підстав для задоволення позову.