

**КИЇВСЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ ПРАВА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ НАУК УКРАЇНИ**

**ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ІМЕНІ В. М. КОРЕЦЬКОГО
НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ**

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

БОРДЮГ Тетяна Олександрівна

УДК: 347.9:347.157

**ДИСЕРТАЦІЯ
УЧАСТЬ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ У
ЦИВІЛІСТИЧНОМУ ПРОЦЕСІ**

081 – «Право»

08 – «Право»

Подається на здобуття ступеня доктора філософії (PhD)

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело
_____ Т. О. Бордюг

Науковий керівник: **ФУРСА Світлана Ярославівна**, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України

Київ – 2021

АНОТАЦІЯ

Бордюг Т. О. Участь малолітніх та неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії (PhD) за спеціальністю 081 – «Право» (08 – Право). – Київський університет права НАН України; Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Київ, 2021.

Дисертація присвячена дослідженню теоретичних та практичних аспектів участі малолітніх та неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі та представництва їх інтересів. У роботі проаналізовано теоретичні концепції у сфері захисту та дотримання прав та інтересів дітей, нормативно-правові акти, судову практику, а також зарубіжний досвід правового регулювання статусу прав дітей та їх участі у цивілістичних процесуальних правовідносинах.

У дисертаційній роботі проаналізовано теоретико-правові засади статусу малолітніх та неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі. Дисертантка доводить, що дітей слід вважати не лише суб'єктом права, а й суб'єктом правовідносин. Під час дослідження встановлено, що особиста участь малолітніх осіб у цивілістичному процесі наразі зводиться лише до можливості висловлення власної думки із питань, які її безпосередньо стосуються, у той час як неповнолітні можуть особисто брати участь у цивілістичному процесі на рівні із повнолітніми у справах, які виникають із правовідносин, у яких вони безпосередньо беруть участь.

У дисертаційній роботі проаналізовано загальні та спеціальні правила вчинення нотаріальних дій за участю дітей і теоретичні підходи щодо їх удосконалення. Обов'язковою умовою вчинення правочинів щодо нерухомого майна дітей є надання згоди органів опіки та піклування. При цьому автор вважає недостатнім формальне надання згоди з боку батьків та органів опіки та піклування на посвідчення договору, що укладається

неповнолітніми, коли ними зміст договору безпосередньо не перевіряється. Неприпустимим також розцінюється положення ч. 4 ст. 32 ЦК, де надається більшого правового значення і переваг дозволу органу опіки та піклування, у порівнянні із запереченнями того з батьків (усиновлювачів), з яким проживає неповнолітня особа. В інтересах дитини такий спір має вирішуватися судом.

Дисертанткою обґрунтовано, що як неповнолітні, так і малолітні діти повинні визнаватися стороною у справі: позивач, в окремих категоріях справ і відповідач, третя особа, заявник чи заінтересована особа, стягувач і навіть боржник, якщо вони беруть участь у відповідному процесі опосередковано, тобто через законних представників. Це положення має стосуватися й нотаріального процесу, коли батьки укладають договір про місце проживання дитини, визначення розміру утримання на дитину, з урахуванням її віку. У такому разі дитина має займати статус заінтересованої особи у нотаріальному провадженні, оскільки її права та законні інтереси зачіпаються вчинюваною нотаріальною дією або заявником, коли вона має право сама звертатися до нотаріуса за вчиненням правочину (самостійне подання неповнолітньою дитиною нотаріусу заяви про прийняття спадщини).

Дисертанткою проаналізовано, що статус дитини має системно простежуватися в усіх видах процесуальних правовідносин, починаючи з нотаріального процесу, цивільного судочинства до виконавчого провадження, особливо у таких категоріях судових справ як про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною, оскільки з певного віку законна сила судового рішення має поширюватися й на дитину та зумовлювати й для неї певні обов'язки у виконавчому провадженні, тому у таких справах воля особи має бути з'ясована і, відповідно, такі справи не повинні розглядатися в заочному режимі за відсутності дитини, оскільки нез'ясування волі дитини має слугувати підставою для скасування рішення суду (наприклад, дії по відібранню дитини, поміщенню її у лікувальний заклад тощо).

Дисертанткою доведено, що згода органу опіки та піклування не потрібна у випадку укладення договору на користь дитини. Обґрунтовано, що питання забезпечення права дитини набувати майно у власність повинно бути врегульовано на рівні закону і не повинно обмежуватися згодою органів опіки та піклування, з приводу чого зроблені відповідні пропозиції щодо внесення змін у законодавство.

Досліджуючи специфічні риси спадкових відносин за участю дітей, дисертантка доводить, що неповнолітні особи можуть брати особисту участь у всьому комплексі спадкових правовідносин, а саме: бути відчужувачем або набувачем у спадковому договорі, брати участь у тлумаченні заповіту та в оголошенні секретного заповіту. Окрім цього, також встановлено, що презумпція автоматичного прийняття спадщини дітьми не завжди узгоджується із їх інтересами, а тому запропоновано передбачити для цього загального правила виключення, зокрема, встановивши, що діти вважаються такими, що прийняли спадщину, окрім випадків, коли до спадщини входить обтяжене майно та/або майнові права. Тому дисертанткою запропоновано запровадити підхід, відповідно до якого обтяжена спадщина має прийматися лише через подання заяви про прийняття такої спадщини законними представниками дітей або самостійно неповнолітньою особою за згодою законних представників. Відповідно, запропоновано внести відповідні зміни в законодавство.

У результаті проведеного дослідження особливостей участі дітей у цивільному процесі, зокрема їх особистої участі при розгляді справ судом, автором розроблено та запропоновано стандарти умов, які мають бути забезпечені дітям під час їх особистої участі у справі, а саме: 1) максимальне врахування потреб дитини, її вікових особливостей, факторів її стану здоров'я, психологічного та фізіологічного розвитку; 2) мінімальне травмування психіки дитини (що може забезпечуватися, наприклад, видаленням із зали певних осіб, встановленням перерви у судовому засіданні тощо); 3) запобігання та недопущення негативного психологічного впливу і

тиску на дитину із боку інших учасників справи; 4) забезпечення необхідної підтримки для дитини, наприклад, в особі фахівців (психолога, педагога, можливо, лікаря) та близьких осіб (батьків чи інших родичів дитини); 5) надання дитині необхідної допомоги, яку вона може потребувати чи про яку може просити; 6) недопущення створення штучних перешкод для участі дитини у справі; 7) притягнення до відповідальності осіб, які будуть створювати перешкоди для участі дитини у справі та у забезпеченні для цього необхідних умов. Даний перелік не є вичерпним.

У дисертаційній роботі обґрунтовано, що висловлена однозначно і усвідомлено думка дитини має перевагу над іншими доказами, і може бути не врахована судом лише у випадку, коли одна зі сторін доведе, що думка дитини протирічить її інтересам. Відповідно, запропоновано встановити необхідність додаткового обґрунтування неврахування судом думки дитини, а не навпаки. Здатність дитини висловити власну думку може бути встановлена та перевірена судом на підставі довідки від дитячого психолога чи психіатра.

Дисертанткою також обґрунтовано, що суд не повинен допомагати дітям у справі, зокрема, в збиранні та наданні доказів за власною ініціативою, порушуючи принцип змагальності, а у випадку, коли дитина потребуватиме допомоги, повинен залучати законного представника та (або) адвоката. Тому у роботі доведено необхідність надання суду повноважень для залучення за власною ініціативою на засадах надання безоплатної вторинної правової допомоги адвоката для представництва інтересів дітей, а у окремих випадках (таких як усиновлення чи визначення місця проживання дитини) – вирішення питання про залучення психолога. При цьому також обґрунтовується доцільність встановлення презумпції про існування в адвоката необмежених повноважень вчиняти всі дії, передбаченні процесуальним законодавством, для якнайкращого представництва інтересів дітей.

У дисертаційній роботі проаналізовані особливості виконання рішень у справах, що стосується прав та інтересів дітей. Доведено, що вирішення усіх

питань щодо дітей мають здійснюватися із максимальним врахуванням їх прав та інтересів в силу норм міжнародного законодавства, а тому права дітей превалюють навіть над правами кредиторів, унаслідок чого усі справи, у тому числі щодо звернення стягнення на житло дітей, яке є предметом іпотеки, повинні вирішуватися на користь цих дітей. Тому дисертанткою запропоновано шукати альтернативні способи захисту в іпотечних правовідносинах, які б враховували права і кредиторів, і боржників та їх дітей. Зокрема, запропоновано передбачити у законодавстві, що при зверненні стягнення на предмет іпотеки, якщо таким є житловий будинок або житлове приміщення, виселення мешканців, серед яких є діти, має здійснюватися з обов'язковим визначенням місця проживання дітей іпотекодавця чи боржника. В такому випадку суди, а головне іпотекодержателі будуть обережно ставитися до інтересів дітей, а не з формальних міркувань і недоліків у законодавстві «викидати дітей на вулицю».

У дисертаційному дослідженні також обґрунтовано, що при примусовому виконанні рішення про відібрання дитини та застосуванні адміністративних або кримінальних «заходів впливу» на боржника має так само враховуватися вік дитини, оскільки батьки не можуть зобов'язувати дитину з чотирнадцяти років йти до інших осіб, у лікувальний чи дитячий заклад через те, що з цього віку дитина наділена правом сама визначати місце свого проживання.

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що дана робота є першим комплексним науковим дослідженням участі дітей у цивілістичному процесі та представництва їх інтересів. Теоретичне та практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що сформульовані у дисертаційній роботі висновки, пропозиції та рекомендації можуть бути використані для удосконалення законодавства у сфері забезпечення участі дітей у цивілістичному процесі та належного дотримання, охорони і захисту їх прав та інтересів.

Ключові слова: малолітні, неповнолітні, діти, батьки, законні представники, правовий статус, представництво, цивільний процес, нотаріальне провадження, виконавче провадження, спадкування, адвокат, психолог, органи опіки та піклування.

SUMMARY

Bordiuh T. O. Participation of minors in the civilistic process. – Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.

Dissertation submitted for the academic degree of Doctor of Philosophy (PhD), speciality 081 – «Law» (08 – Law). – V. M. Koretsky Institute of state and law of National Academy of Sciences of Ukraine, Kyiv, 2021.

The dissertation is devoted to the research of theoretical and practical aspects of participation of minors under the 14 years old and of minors from 14 years old and above (as the Ukrainian law divides them into these two categories) in the civil process and representation of their interests. The manuscript analyzes theoretical concepts in the field of protection and observance of the rights and interests of children, regulations, case law, as well as foreign experience in the legal regulation of the legal status of children and their participation in civil proceedings.

The dissertation analyzes the theoretical and legal basis of the status of minors in the civil process. The author argues that children should be considered not only a subject of law but also a subject of legal relations. The author finds that the personal participation of minors under 14 years old in civil proceedings is reduced to the possibility of expressing their views on issues that directly affect them, while minors from 14 years old and above are participants in civil proceedings at the same level as adults in cases arising from legal relations in which they directly involved.

In the dissertation work, general and special rules for performing notarial acts with the participation of children and theoretical approaches to their

formulation are analyzed. A prerequisite for making transactions regarding real estate of children is the consent of the guardianship authorities. At the same time, the author considers that the formal provision of consent by the parents and the guardianship authorities for the notarization of the contract concluded by minors is insufficient as the content of the contract is not directly verified by them.

The author considers inadmissible the provision of Part 4 of Art. 32 of the Civil Code of Ukraine, which gives greater legal value and advantages to the permission of the body of guardianship and trusteeship, compared with the objections of the parent (adoptive) with whom the minor lives. Such a dispute should be resolved by a court in the best interests of the child.

It is substantiated that both minors and young children should be recognized as a party to the case: the plaintiff, in certain categories of cases and the defendant, a third party, an applicant or an interested person, a claimant and also a debtor, if they participate in the relevant process indirectly, that is, through legal representatives. This provision should also apply to the notarial process, when parents conclude an agreement on the place of residence of the child, determining the size of the child's maintenance, taking into account his age. In this case, the child must occupy the status of an interested person in notarial proceedings, since his or her rights and legitimate interests are affected by the performance of the notarial act or by the applicant, when the child personally has the right to apply to the notary for the transaction (independent submission by the minor child to the notary of an application for acceptance of the inheritance).

The dissertator analyzed that the status of the child should be systematically traced in all types of procedural legal relations, starting with the notarial process, civil proceedings to enforcement proceedings, especially in such categories of court cases as the removal of the child, the establishment of a date with the child and the elimination of obstacles in the meeting with the child, since from a certain age the legal force of a court decision should extend to the child and cause certain obligations for her in enforcement proceedings, therefore, in such cases, the will of the person should be clarified and, accordingly, such cases should not be

considered in absentia in the absence of the child, since the lack of involvement of the child's freedom should serve as a basis for cancelling a court decision (for example, actions to take the child away, place her in a medical institution, etc.).

The author has proved that the consent of the guardianship and guardianship authority is also not required in the case of the conclusion of contracts in favour of the child. It has been substantiated that the issue of ensuring the child's right to acquire property in ownership should be regulated at the level of the law and should not be limited by the consent of the guardianship authorities. The appropriate proposals were made to amend the legislation on this matter.

Examining the specific features of hereditary relations with the participation of children, the author argues that minors can participate personally in the whole complex of hereditary relations, namely: to be an alienator or acquirer in the inheritance agreement, to participate in the interpretation of the will and the announcement of a secret will. In addition, it is also established that the presumption of automatic acceptance of inheritance by children is not always in their interests, and therefore it is proposed to provide an exclusion for this general rule, in particular, establishing that children are considered as such who received the inheritance, except when the inheritance includes encumbered property and/or property rights. Therefore, the author proposed to implement an approach according to which the encumbered inheritance should be accepted only through the submission of an application for acceptance of such inheritance by legal representatives of children or directly by a minor of 14 years old and above with the consent of his/her legal representatives. Accordingly, it is proposed to make appropriate changes in the Ukrainian legislation.

As a result of the study of the peculiarities of children's participation in civil process, in particular their personal participation in court proceedings, the author developed and proposed standards of conditions to be provided to children during their personal participation in the case, namely: 1) maximum consideration of the child's needs, factors of his/her age, health and psychological development; 2) minimal trauma to the child's psychics (which can be ensured, for example, by

removing certain persons from the courtroom, setting a break in the court hearing, etc.); 3) prevention of negative psychological influence and pressure on the child by other participants in the case; 4) providing the necessary support for the child, for example, in the person of specialists (psychologist, teacher, possibly a doctor) and relatives (parents or other relatives of the child); 5) providing the child with the necessary assistance that he or she may need or request; 6) preventing the creation of artificial obstacles to the child's participation in the case; 7) prosecution of persons who will create obstacles for the child's participation in the case and in providing the necessary conditions for this. This list is not exhaustive.

In the dissertation, it is substantiated that the unambiguously and consciously expressed opinion of the child takes precedence over other evidence, and may not be taken into account by the court only if one of the parties proves that the child's opinion is contrary to his/her interests. Accordingly, it is proposed to establish the need for additional justification for the court's disregard for the child's opinion and not vice versa. The child's ability to express his/her own opinion can be established and tested by a court based on a certificate from a child psychologist or psychiatrist.

The author also argues that the court should not assist children in the case, in particular, in gathering and providing evidence on its initiative, violating the adversarial principle. The court should involve in the case a legal representative of a child and (or) lawyer instead. Therefore, the manuscript proves the need to give the court the power on its initiative to engage a lawyer to represent the interests of children based on free secondary legal aid, and in some cases (such as adoption or residence of the child) – to decide on the involvement of a psychologist. At the same time, the expediency of establishing the presumption of the existence of unlimited powers of a lawyer to perform all actions provided by procedural legislation for the best possible representation of the interests of children is also substantiated.

In the dissertation, the peculiarities of execution of decisions in cases concerning the rights and interests of children are also analyzed. It has been proved

that all issues concerning children should be resolved with the utmost consideration of their rights and interests in conformity with the norms of international law, and therefore children's rights prevail even over the rights of creditors. As a result of this, all cases must be decided in favour of children, including cases of foreclosure on the children's housing. Therefore, the author proposed looking for alternative ways of protection in mortgage legal relations, which would take into account the rights both of creditors and debtors with their children. In particular, it is proposed to provide in the legislation that when applying for foreclosure on a mortgage, if it is a house or dwelling, eviction of residents, if there are children among them, should be carried out with the obligatory determination of the place of residence of the children of the mortgagee or the debtor. In this case, the courts, and most importantly the mortgagees will be careful about the interests of children and will not throw children out into the street just for formal reasons or shortcomings in the law.

The dissertation research also substantiates that when the decision to take away the child is enforced and administrative or criminal "measures of influence" are applied to the debtor, the age of the child should be also taken into account, since parents cannot oblige a child from the age of fourteen to go to other persons, in medical or children's institution because from this age the child has the right to determine personally his/her place of residence.

The theoretical and practical significance of the results obtained is that the conclusions, proposals and recommendations formulated in the dissertation work can be used to improve legislation in the field of ensuring the participation of children in the civil process and proper observance and protection of their rights and interests.

Key words: minors, children, parents, legal representatives, legal status, representation, civil process, notarial proceedings, enforcement proceedings, inheritance, lawyer, psychologist, guardianship authorities.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Бордюг Т. О. Участь адвоката як представника інтересів неповнолітньої дитини при розгляді цивільних справ. *Цивілістична процесуальна думка*. 2018. № 3. С. 6–15.

2. Бордюг Т. О. Правовий статус малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі. *Цивілістична процесуальна думка*. 2018. № 4. С. 26–33.

3. Бордюг Т. О. Згода органів опіки і піклування на вчинення нотаріально-посвідчуваних правочинів за участю дітей. *Цивілістична процесуальна думка*. 2019. № 2. С. 6–13.

4. Бордюг Т. О. Забезпечення права на життя зачатої, але ще не народженої дитини. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 4. С. 182–186.

5. Бордюг Т. О. Спадкування за заповітом та за правом на обов'язкову частку дітьми. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 193–200. DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.35.

6. Бордюг Т. О. Теоретичні підходи щодо формулювання загальних та спеціальних правил вчинення нотаріального провадження за участю дітей. *Право України*. 2020. № 9. С. 271–284. DOI: 10.33498/loou-2020-09-271.

7. Бордюг Т. О. Правовий статус дітей у нотаріальному процесі. *Visegrad Journal On Human Rights*. 2020. № 2. С. 13–19.

8. Bordiug T. Egzekucja z nieruchomości z udziałem dzieci na Ukrainie = (Звернення стягнення виконавцем на майно боржника за участі дітей в Україні). *Nova Currenda*. 2020. № 9. С. 82–86.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

9. Бордюг Т. О. Міжнародно-правові аспекти захисту прав дітей у рамках ООН. *Права людини в сучасних умовах розбудови громадянського суспільства в Україні: До тижня права та 70-ї річниці Загальної декларації*

прав людини: матеріали Круглого столу (м. Київ, 14 груд. 2018 р.) / редкол.: І. А. Грицяк, С. В. Бобровник, С. О. Мосьондз, Т. О. Дідич та ін. Київ: Київський ун-т ім. Б. Грінченка, 2019. С. 147–150.

10. Бордюг Т. О. Правовий статус дітей у виконавчому процесі. *Актуальні проблеми виконавчого процесу України: теорія і практика: матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф.* (м. Київ, 06 груд. 2019 р.) / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Позднішев, 2019. С. 181–184.

11. Бордюг Т. О. Інтереси дитини: найвищі чи найкращі? *Актуальні проблеми правотворчості в Україні: матеріали X Всеукр. наук.-практ. конф.* (м. Рівне, 25 трав. 2020 р.). Львів: ГАЛИЧ-ПРЕС, 2020. С.134–137.

12. Бордюг Т. О. Зарубіжний досвід звернення стягнення на житло за участю дітей. *Удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин з урахуванням зарубіжного досвіду: матеріали міжнар. наук.-практ. конф.* (м. Київ, 01 черв. 2020 р.) / відп. ред. О. Ю. Бусол. Київ: Вид-во «Ліра-К», 2020. С. 24–27.

13. Бордюг Т. О. Правові проблеми розгляду та вирішення випадків булінгу у закладах загальної середньої освіти. *Актуальні проблеми сучасної юридичної науки та практики: матеріали Круглого столу* (м. Київ, 01 жовт. 2020 р.). Київ: Ліра-К, 2020. С.66–74.

14. Bordiuh T. Rights And Obligations Of Children In Civil Procedure In Ukraine. *Scientific practice: modern and classical research methods: Collection of scientific papers «ΛΟΓΟΣ» with Proceedings of the I International Scientific and Practical Conference* (Vol. 1) (Boston, February 26, 2021). Boston-Vinnitsia: Primedia eLaunch & European Scientific Platform, 2021. P. 86–87. DOI: <https://doi.org/10.36074/logos-26.02.2021.v1.24>.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

15. Бордюг Т. О. Правовий статус дитини у цивільному праві. *Актуальні проблеми права України та Польщі: монографія* / за заг. ред.

Ю. Л. Бошицького та А. Шміта; Київський університет права НАН України.
Київ: Талком, 2020. С. 64–81.

16. Бордюг Т. О. Правові системи нотаріату. *Нотаріальний процес. Інтерактивний курс (з практикумом):* підручник / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Т. О. Бордюг, Є. Є. Фурса; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Алерта, 2021. С. 301–323.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	3
ВСТУП	4
РОЗДІЛ 1. Теоретичні основи визначення правового статусу малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільно-процесному процесі	
1.1 Правовий статус дітей у нотаріальному процесі	18
1.2 Правовий статус дітей у цивільному процесі	27
1.3 Правовий статус дітей у виконавчому процесі	41
Висновки до Розділу 1	50
РОЗДІЛ 2. Участь малолітніх та неповнолітніх осіб у нотаріальному процесі та представництво їх інтересів	
2.1 Міжнародні та іноземні аспекти захисту прав дітей у нотаріаті	56
2.2 Органи опіки і піклування в нотаріальному процесі	61
2.3 Загальні та спеціальні правила вчинення нотаріальних дій за участю малолітніх та неповнолітніх осіб та представництва їх інтересів	71
2.4 Специфічні риси спадкових відносин за участі малолітніх та неповнолітніх осіб	84
Висновки до Розділу 2	100
РОЗДІЛ 3. Участь малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному і виконавчому процесі та особливості представництва їх інтересів	
3.1 Участь малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі	107
3.2 Участь адвоката як представника інтересів неповнолітньої дитини при розгляді цивільних справ	120
3.3 Участь у виконавчому провадженні малолітніх та неповнолітніх осіб та представництво їх інтересів	132
Висновки до Розділу 3	164
ВИСНОВКИ	172
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	177
ДОДАТОК А.....	202

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВС – Верховний Суд

ВП ВС – Велика Палата Верховного Суду

ВССУ – Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ

ВСУ – Верховний Суд України

ЄДР – Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань

ЄС – Європейський Союз

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЗУ – Закон України

КК – Кримінальний кодекс України

КУпАП – Кодекс України про адміністративні правопорушення

КЦС ВС – Касаційний цивільний суд у складі Верховного суду

Мін'юст – Міністерство юстиції України

НПА – нормативно-правовий акт

СК – Сімейний кодекс України

США – Сполучені Штати Америки

ЦК – Цивільний кодекс України

ЦПК – Цивільний процесуальний кодекс України

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Діти в силу своїх вікових і психологічних особливостей потребують особливої уваги з боку дорослих, додаткового піклування та опіки, тому захист прав дітей визначено пріоритетом національного та міжнародного права. Діти є майбутнім кожної нації, а тому зусилля, які докладаються для створення належних умов розвитку дітей та забезпечення дотримання їх прав та інтересів, прямо пропорційно впливають на те, яке майбутнє ми побудуємо.

Глобалізаційні та інтеграційні процеси стирають бар'єри між національним та міжнародним законодавством. Україна, обравши курс на євроінтеграцію, взяла на себе зобов'язання забезпечити узгодження права України із законодавством ЄС. Проте це не можна робити без наукового аналізу, оскільки імплементувати міжнародний досвід можна лише з урахуванням культурних, історичних, соціологічних та інших особливостей розвитку нашого суспільства. Відповідно, приведення законодавства України у відповідність із «*acquis communautaire*» у сфері дотримання та захисту прав дітей потребує спочатку наукового дослідження, аналізу та обґрунтування.

Окрім таких глобальних процесів існують і національні чинники, які зумовлюють актуальність теми дослідження. Зокрема, Україна залишається лідером по невиконаних судових рішеннях, що є абсолютно неприйнятним у демократичному суспільстві. А діти часто є суб'єктами, які найбільше потерпають від цього, залишаючись без аліментного утримання, чи є суб'єктами, яких намагаються використати недобросовісні боржники, щоб унеможливити звернення стягнення на нерухоме майно, зловживаючи своїми правами. Судова практика також показує, що діти залучаються до розгляду справ вкрай рідко, а їх доля часто вирішується без врахування їх думки, і такому неврахуванню здебільшого навіть не надається обґрунтування.

Останні соціологічні та психологічні дослідження показують все більший розвиток сучасних дітей. Відомо багато випадків вчинення

правопорушень дітьми, які в силу чинних положень законодавства не несуть ніякої особистої відповідальності, а відповідальність батьків може бути недостатнім засобом впливу на сучасне підростаюче покоління. Ці всі особливості наразі не враховуються у чинному законодавстві, яке продовжує зберігати чіткий поділ на неделіктоздатних і деліктоздатних з чотирнадцяти років. Відповідно, виникає необхідність переосмислення деяких підходів законодавства до визначення межі, із якого особа може визнаватися такою, що здатна усвідомлювати свої дії та нести відповідальність.

Тому, враховуючи коротко описані вище фактори та процеси та усвідомлюючи значення викликів, перед якими сьогодні встало наше суспільство у сфері правового регулювання захисту прав дітей та забезпечення їх найкращих інтересів, ми вирішили зосередитися на дослідженні участі дітей у цивільному процесі, намагаючись прослідкувати та проаналізувати, як матеріальне право щодо дітей застосовується у нотаріальній та судовій практиці, а потім виконується уповноваженими суб'єктами.

Наукові дослідження у сфері цивільного та сімейного права, а також цивільного нотаріального та виконавчого процесів, які стосуються тематики захисту прав та інтересів дітей, їх правового статусу, проводили такі вітчизняні та закордонні вчені: Л. В. Авраменко, С. С. Алексеев, М. В. Антокольська, Л. М. Баранкова, Т. І. Бегова, Ю. В. Білоусов, І. А. Бірюков, О. Л. Богінич, Т. В. Боднар, В. І. Борисова, С. Н. Братусь, Л. Валентова (L. Valentova), Дж. Ван Б'юрен (J. Van Buren), Дж. Голдштайн (J. Goldstein), О. О. Грабовська, Н. А. Д'ячкова, О. В. Дзера, Л. Ю. Драгневич, М. М. Дякович, І. В. Жилінкова, О. С. Іоффе, О. О. Кармаза, В. В. Комаров, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, П. Мостовік (P. Mostowik), Л. А. Ольховик, Я. П. Панталієнко, З. В. Ромовська, С. Я. Рабовська, Н. О. Саніахметова, Л. В. Сапейко, І. В. Спасибо-Фатєєва, П. Стоун (P. Stone), Г. П. Тимченко, Є. І. Фурса, С. Я. Фурса, Є. О. Харитонов, М. В. Цвік, В. В. Цюра, Я. М. Шевченко, Ю. С. Шемчушенко,

Г. Ф. Шершеневич, М. Й. Штефан, С. В. Щербак, В. Л. Яроцький та інші. Проте комплексні дослідження, у тому числі із врахуванням зарубіжного досвіду, не проводилися, що також зумовлює актуальність дослідження.

Вказані та інші автори розглядали лише окремі аспекти визначеної проблематики, зокрема, Морозова С. Є. «Правове регулювання опіки та піклування за цивільним законодавством України», Грабовська О. О. «Особливості судочинства в справах про усиновлення (удочеріння) іноземними громадянами дітей, які проживають на території України», Ольховик Л. А. «Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України», Чорна Ж. Л. «Цивільно-правовий захист майнових прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб» та ін.

Отже, тема дисертаційного дослідження нова і на даний час відсутні її комплексні загальнотеоретичні дослідження в Україні.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дисертаційна робота виконана відповідно до плану наукової роботи Київського університету права Національної академії наук України «Державно-правове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів: вітчизняні та міжнародні реалії» (номер державної реєстрації U11U004745).

Мета і завдання дослідження полягають у тому, щоб виявити та вирішити теоретичні та практичні проблеми участі дітей у цивілістичному процесі. Відповідно до мети, *завданнями роботи є:*

- охарактеризувати правовий статус дітей у цивілістичному процесі;
- проаналізувати теоретичні та практичні засади здійснення представництва дітей у цивілістичному процесі;
- встановити теоретичні підходи щодо формулювання загальних та спеціальних правил вчинення нотаріального провадження за участю дітей;
- визначити особливості участі малолітніх та неповнолітніх осіб на різних стадіях нотаріального процесу;

- виявити специфічні риси спадкових відносин за участі малолітніх та неповнолітніх осіб;
- узагальнити теоретичні підходи та судову практику у сфері участі малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі;
- розробити стандарти умов, які мають бути забезпечені дітям під час їх особистої участі у цивільному процесі;
- проаналізувати особливості участі адвоката як представника інтересів неповнолітньої дитини при розгляді цивільних справ;
- охарактеризувати теоретичні та практичні аспекти виконання рішень за участю дітей;
- дослідити зарубіжний досвід правового регулювання статусу малолітніх та неповнолітніх осіб, особливостей їх участі у цивільному, нотаріальному та виконавчому процесах;
- виявити прогалини у національному законодавстві у сфері участі дітей у цивілістичному процесі, а також захисту їх прав та інтересів;
- сформулювати теоретичні та практичні рекомендації для вдосконалення нормативно-правових актів, які регулюють питання участі дітей у цивільному, нотаріальному та виконавчому процесах.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, які виникають у процесі участі дітей у цивілістичному процесі та при здійсненні представництва їх інтересів.

Предметом дослідження є теоретичні напрацювання юридичної науки, які забезпечують основу для гарантованої реалізації цивільних прав та інтересів дітей та захисту їх прав у цивілістичному процесі, нормативно-правові акти України, відповідне законодавство країн Європи та США, судова, нотаріальна та виконавча практика.

Методи дослідження складають загальнонаукові та спеціально-наукові методи, а також сучасні загальнофілософські концепції наукового пізнання. Зокрема, у роботі були використані такі *методи дослідження*:

- системним методом досліджувалася сукупність прав та обов'язків малолітніх та неповнолітніх осіб, їх законних представників у цивільністичному процесі, які становлять основу їх правового статусу;
- порівняльним методом досліджувалися особливості підходів до визначення правового статусу дітей та його елементів, правового рулювання участі дітей у цивільному, нотаріальному та виконавчому процесах в Україні та в зарубіжних країнах, а також з'ясовувалося співвідношення схожих понять у вітчизняному законодавстві та юридичній науці і практиці інших країн (наприклад, найвищі та найкращі інтереси дітей);
- метод дедукції дозволив проаналізувати правила участі дітей та представництва їх інтересів у нотаріальному провадженні, дослідити особливості їх участі на кожній стадії нотаріального провадження, а також у позовному, наказному та окремому провадженнях;
- метод індукції дозволив охарактеризувати особливості правового статусу дітей у цивільністичному процесі на підставі знань про особливості їх статусу в цивільному, нотаріальному та виконавчому процесах;
- формально-юридичний метод та метод тлумачення дав змогу встановити зміст опрацьованих нормативно-правових актів, як України, так і зарубіжних країн, а також судових рішень;
- статистичний метод використовувався для дослідження кількості судових справ, у яких: а) діти особисто беруть участь; б) їх інтереси представляють адвокати; в) їх інтереси захищають законні представники;
- методом техніко-юридичного аналізу досліджувалися поняття правового статусу дітей у цивільному, нотаріальному та виконавчому процесах; поняття принципу найкращих інтересів дітей; законного представництва дітей у цивільністичному процесі; поняття відібрання дитини, встановлення побачення із дитиною, усунення перешкод у спілкування з дитиною;
- метод аналізу використовувався для дослідження теоретичних концепцій вітчизняних та зарубіжних вчених;

- метод узагальнення та прийоми логіки дозволили систематизувати використаний матеріал і зробити висновки.

Наукова новизна отриманих результатів полягає у тому, що дана робота є першим комплексним науковим дослідженням участі дітей у цивілістичному процесі та представництва їх інтересів. У даному дисертаційному дослідженні дисертанткою зроблені висновки, які виносяться на захист:

вперше:

1) запропоновано авторську концепцію про сприйняття повноважень державних органів, які зводяться не тільки до застосування дозвільного режиму охорони прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб органами опіки та піклування, а й до системного контролю з боку держави за охороною і захистом таких прав як під час, так і після їх реалізації, зокрема і в нотаріальному, цивільному та виконавчому процесах;

2) встановлено, що статус дитини має системно простежуватися в усіх видах процесуальних правовідносин, починаючи з нотаріального процесу, цивільного судочинства до виконавчого провадження, особливо у таких категоріях судових справ, як про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною, оскільки з певного віку законна сила судового рішення має поширюватися й на дитину та зумовлювати й для неї певні обов'язки у виконавчому провадженні, тому у таких справах воля особи має бути з'ясована і, відповідно, такі справи не повинні розглядатися в заочному режимі за відсутності дитини, оскільки нез'ясування волі дитини має слугувати підставою для скасування рішення суду (наприклад, дії по відібранню дитини, поміщенню її у лікувальний заклад тощо);

3) обґрунтовано, що як неповнолітні, так і малолітні діти повинні визнаватися стороною у справі: позивач, в окремих категоріях справ і відповідач, третя особа, заявник чи заінтересована особа, стягувач і навіть боржник, якщо вони беруть участь у відповідному процесі опосередковано,

тобто через законних представників. Це положення має стосуватися й нотаріального процесу, коли батьки укладають договір про місце проживання дитини, визначення розміру утримання на дитину, з урахуванням її віку. У такому разі дитина має займати статус заінтересованої особи у нотаріальному провадженні, оскільки її права та законні інтереси зачіпаються вчинюваною нотаріальною дією або заявником, коли вона має право сама звертатися до нотаріуса за вчиненням правочину (самостійне подання неповнолітньою дитиною нотаріусу заяви про прийняття спадщини);

4) обґрунтовано, що умова про надання дозволу органами опіки та піклування на укладення договору купівлі-продажу житла, право на яке мають діти, яка у ст. 177 СК сформульована як «гарантії збереження прав на житло», слід сприймати широко і розуміти так, що при укладанні такого правочину відчуження житла дитини, право цієї дитини на житло гарантовано не тільки батьками, а й державою, оскільки саме державну функцію виконує орган опіки та піклування і саме держава має забезпечувати гарантії збереження прав дитини на житло та це положення повинно мати правові та певні процесуальні наслідки;

5) доведено, що договір про продаж житла дитини повинен посвідчуватися нотаріусом лише у тому разі, коли він укладається із дотриманням всіх умов, які вказано у дозволі (рішенні) органу опіки та піклування (наприклад, якщо орган опіки та піклування дав згоду на укладення договору продажу житла лише за умови одночасного посвідчення договору купівлі іншого житла, то нотаріус повинен вчинити нотаріальну дію саме так). І порушення цієї умови повинно мати певні наслідки – визнання договору недійсним (нікчемним) і притягнення нотаріуса до відповідальності;

б) встановлено, що презумпція «автоматичного» прийняття спадщини дітьми не завжди узгоджується із їх інтересами, а тому запропоновано передбачити для цього загального правила винятки, зокрема, встановивши, що діти (та інші особи з частковою чи обмеженою

дієздатністю) вважаються такими, що прийняли спадщину, окрім випадків, коли в наступному буде виявлено, що до спадщини входять зобов'язання спадкодавця, які перевищують обсяг спадщини. Тут маються на увазі випадки, коли спадкоємці лише виявляють згоду на прийняття спадщини, але реальні обсяги спадщини можуть бути виявлені і після видачі свідоцтва про право на спадщину та після пред'явлення вимог кредиторами. Тому вважаємо доцільним при спадкуванні дітьми визначати загальний обсяг належної їм частки спадкового майна шляхом проведення нотаріусом опису спадщини в порядку нотаріального провадження з вжиття заходів до її охорони;

7) встановлено, що обов'язок нотаріуса повідомити органи опіки та піклування про видачу свідоцтва про право на спадщину на ім'я дитини відноситься до моменту, коли таке свідоцтво вже видано із визначеною в ньому часткою спадкового майна, що не можна вважати належною охороною спадкових прав дітей під час складного нотаріального процесу, де дитині може знадобитися правова допомога. Тому запропоновано внести відповідні зміни в законодавство, щоб передбачити участь органів опіки та піклування ще на етапі реалізації спадкових прав дитини, зокрема, відкриття провадження (заведення спадкової справи, укладання договору про розподіл спадщини тощо), подачі заяв про прийняття спадщини та видачу відповідного свідоцтва, особливо у тих випадках, коли дитина або її законні представники не виявили бажання прийняти спадщину, а строк для її прийняття закінчується, але не на етапі закриття провадження після видачі свідоцтва про право на спадщину на ім'я дитини;

8) розроблено та запропоновано стандарти умов, які мають бути забезпечені дітям під час їх особистої участі при розгляді судової справи, а саме:

– максимальне врахування потреб дитини, її вікових особливостей, факторів її стану здоров'я, психологічного та фізіологічного розвитку, її побажань;

- мінімальне травмування психіки дитини (що може забезпечуватися, наприклад, видаленням із зали певних осіб, встановленням перерви у судовому засіданні тощо);

- запобігання та недопущення негативного психологічного впливу і тиску на дитину із боку інших учасників справи, що може проявлятися в тоні і змісті запитань до неї тощо. На такі прояви суд має активно реагувати, кваліфікуючи такі дії як зловживання правом;

- забезпечення необхідної підтримки для дитини, наприклад, в особі фахівців (психолога, педагога, можливо, лікаря) та близьких осіб (батьків чи інших родичів дитини, яких вона побажає бачити під час судового засідання);

- надання дитині необхідної допомоги, яку вона може потребувати чи про яку може просити;

- недопущення створення штучних перешкод для участі дитини у справі;

- притягнення до відповідальності осіб, які будуть створювати перешкоди для участі дитини у справі та у забезпеченні для цього необхідних умов;

9) обґрунтовано, що висловлена однозначно і усвідомлено думка дитини має перевагу над іншими доказами щодо вирішення питань, які стосуються її майбутнього, і може бути не врахована судом лише у випадку, коли одна зі сторін доведе, що думка дитини протирічить її ж інтересам або висловлена під чужим впливом. Відповідно, запропоновано встановити необхідність додаткового обґрунтування неврахування судом думки дитини, а не навпаки. Крім того, здатність дитини висловити власну думку може бути встановлена та перевірена судом на підставі довідки від дитячого психолога чи психіатра;

10) обґрунтовано, що для забезпечення мінімального травмування психіки дитини під час її особистої участі у судовому розгляді, а також на стадії виконавчого провадження має залучатися відповідний фахівець-

психолог для застереження психологічних ускладнень у стресових ситуаціях та запропоновано шляхи реалізації цієї пропозиції – зокрема, таке залучення може здійснюватися на засадах надання дитині безоплатної медичної допомоги, яка фінансується державою;

11) доведено необхідність наділення суду повноваженнями для залучення за власною ініціативою на засадах надання безоплатної вторинної правової допомоги адвоката для представництва інтересів дітей, а в окремих випадках (таких як усиновлення чи визначення місця проживання дитини) – вирішення питання про залучення адвоката і, додатково, психолога;

12) обґрунтовано, що важко погодитися з ч. 2 ст. 13 ЦПК, де допускається, що суд має право збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи лише у випадках, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб. У цих випадках суд втрачатиме безсторонність і порушуватиметься принцип змагальності, тому у таких справах варто визначати необхідною участь адвоката або іншої особи, які згідно ст. 56 ЦПК вправі представляти і захищати інтереси інших осіб;

13) для врегулювання випадків, коли інтереси дитини, на боці якої має працювати адвокат, не співпадають з інтересами батьків, які уклали договір про правову допомогу з адвокатом, запропоновано у ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначити такі поняття як «внутрішній конфлікт», коли діяльність адвоката в справі обтяжується власними інтересами, а також «зовнішній конфлікт», коли клієнт адвоката уклав з ним договір про правову допомогу в інтересах третьої сторони, однак при виконанні повноважень за договором адвокат дізнався про конфлікт інтересів клієнта та третьої сторони, що унеможливує якісне і неупереджене виконання доручення;

14) запропоновано шукати альтернативні способи захисту в іпотечних правовідносинах, які б враховували права і кредиторів, і боржників та їх дітей. Зокрема, запропоновано у ст. 39 ЗУ «Про іпотеку», яка встановлює, що «одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет

іпотеки суд за заявою іпотекодержателя виносить рішення про виселення мешканців за наявності підстав, передбачених законом, якщо предметом іпотеки є житловий будинок або житлове приміщення», зробити застереження: «Таке виселення має здійснюватися з обов'язковим визначенням місця проживання дітей іпотекодавця чи боржника». В такому випадку суди, а головне іпотекодержателі будуть обережно ставитися до інтересів дітей, а не з формальних міркувань і недоліків у законодавстві «викидати дітей на вулицю»;

15) при примусовому виконанні рішення про відібрання дитини та застосуванні адміністративних або кримінальних «заходів впливу» на боржника має так само враховуватися вік дитини, оскільки батьки не можуть зобов'язувати дитину з чотирнадцяти років йти до інших осіб, у лікувальний чи дитячий заклад через те, що з цього віку дитина наділена правом сама визначати місце свого проживання;

удосконалено:

16) концепцію професора С. Я. Фурси про те, що правочини, які вчиняються неповнолітньою особою, якій була надана дієздатність, після припинення дії факту, на підставі якого їй була надана повна цивільна дієздатність, і надалі повинні вчинятися такою особою без згоди піклувальника. На подальше впровадження цієї концепції запропоновано процедуру перевірки нотаріусом наявності такої дієздатності. У підтвердження емансипації неповнолітнім може бути надано трудовий договір, що припинив чинність чи трудову книгу із відповідним записом про звільнення, свідоцтво про розірвання шлюбу, а факт зайняття підприємницькою діяльністю, яка була припинена, нотаріус так само може встановити в електронній формі шляхом безпосереднього доступу до ЄДР. Це наразі не визначено в чинному законодавстві, а тому нами запропоновано доповнити його відповідними положеннями;

дістала подальшого розвитку:

17) концепція, запропонована професором С. Я. Фурсою та вченою Я. П. Панталієнко щодо необхідності систематизації нотаріального законодавства і виключення деяких правил вчинення нотаріальних дій із Загальних правил нотаріальних дій, в окремий розділ про ускладнення, які виникають у нотаріальному провадженні. У випадках вчинення нотаріальних дій за участю дітей ускладнення часто можуть бути пов'язані з відкладенням вчинення нотаріальної дії для того, щоб отримати дозвіл органів опіки та піклування на вчинення правочину за участю малолітніх та неповнолітніх осіб, а також у зв'язку із необхідністю здійснення заміни законного представника дитини, якщо нотаріусом виявлено, що такий недобросовісний законний представник діє всупереч інтересам дитини. Необхідно визнати право однієї із сторін договору взяти тайм аут для продумування умов договору, особливо істотних, як і право відмовитися від посвідчення договору на будь-якій стадії вчинення нотаріального провадження. Ці всі випадки повинні знайти своє законодавче відображення у правилах вчинення нотаріальних дій у розділі про ускладнення у нотаріальних провадженнях, де такі можливі випадки будуть детально регламентовані законом тощо.

Практичне значення отриманих результатів полягає у тому, що сформульовані у дисертаційній роботі висновки, пропозиції та рекомендації може бути використано для удосконалення законодавства у сфері забезпечення участі дітей у цивільному процесі та належного дотримання та захисту їх прав та інтересів. Теоретичні напрацювання можуть бути використані:

- у подальших наукових дослідженнях у сфері матеріально-правового та процесуально-правового статусу малолітніх та неповнолітніх осіб; представництва їх інтересів, у тому числі адвокатом; правил вчинення нотаріальних дій за участю дітей; особливостей забезпечення дітям особистої участі у цивільному процесі та створенні для цього необхідних умов; виконання рішень, що стосуються прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб; а також для подальших досліджень інших проблем,

зокрема, впровадження обов'язкової медіації у сімейних спорах; у виконавчому провадженні для розроблення механізмів добровільного та примусового виконання рішень суду щодо зобов'язань немайнового характеру, на відсутність яких як на недолік національного законодавства неодноразово вказувалося у рішеннях ЄСПЛ проти України;

- під час викладання таких дисциплін «Цивільне право», «Сімейне право», «Цивільний процес», «Нотаріальний процес», «Виконавчий процес», «Спадкове право», «Адвокатура», «Міжнародне приватне право»;

- для удосконалення діяльності нотаріусів, суддів, законних представників і представників органів опіки та піклування, адвокатів, виконавців, що має забезпечити поліпшення якості охорони і захисту прав дітей.

Апробація матеріалів дисертації. Результати проведеного дослідження апробовано у таких наукових заходах:

- під час роботи IV Круглого столу до тижня права та 70-ї річниці Загальної декларації прав людини на тему «Права людини в сучасних умовах розбудови громадянського суспільства в Україні» (м. Київ, 14 грудня 2018 р.);

- під час роботи IV Міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми виконавчого процесу України: теорія і практика» (м. Київ, 06 грудня 2019 р.);

- під час роботи Всеукраїнської науково-практичної конференції «Актуальні проблеми правотворчості» (м. Рівне, 25 травня 2020 р.);

- під час роботи Міжнародної науково-практичної конференції «Удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин з урахуванням зарубіжного досвіду» (м. Київ, 01 червня 2020 р.);

- під час роботи Круглого столу «Актуальні проблеми сучасної юридичної науки та практики» (м. Київ, 01 жовтня 2020 р.);

- під час роботи I Міжнародної науково-практичної конференції «Scientific practice: modern and classical research methods» (м. Бостон (США), 26 лютого 2021 р.).

Публікації. Основні теоретичні положення, практичні рекомендації та висновки проведеного дослідження висвітлено у шістнадцяти публікаціях. За темою дисертації опубліковано: вісім наукових статей у закордонних та національних фахових виданнях; у шести матеріалах і тезах доповідей науково-практичних конференцій і круглих столів, а також один розділ у колективній монографії і один розділ у підручнику.

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, переліку умовних позначень, трьох розділів, які об'єднані у десять підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатку (на трьох сторінках). **Загальний обсяг дисертації** становить 204 сторінки друкованого тексту, обсяг основного тексту – 171 сторінка друкованого тексту. Список використаних джерел складає 228 найменувань та займає 25 сторінок.

РОЗДІЛ 1

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ У ЦИВІЛІСТИЧНОМУ ПРОЦЕСІ

1.1 Правовий статус дітей у нотаріальному процесі

Досліджуючи правовий статус дітей у цивілістичному процесі розглянемо спочатку їх статус у нотаріальному, цивільному та виконавчому процесах як складових процесу цивілістичного, а потім узагальнимо результати дослідження і зробимо загальні висновки на основі проаналізованого матеріалу.

Нотаріат в Україні існує як важлива ланка у правовій системі, оскільки він виконує функцію делеговану йому державою, сутність якої зводиться до охорони безспірних прав та інтересів фізичних та юридичних осіб з метою надання їм юридичної достовірності (ст. 1 ЗУ «Про нотаріат») [26, с. 13–19]. Через те, що суспільство розвивається і правовідносини ускладнюються, нині потребують переосмислення, як норми матеріального права, так і законодавство, яке регламентує процедуру вчинення нотаріальних проваджень, а особливо, коли йдеться про охорону інтересів малолітніх чи (та) неповнолітніх дітей як суб'єктів нотаріального процесу.

Діти як суб'єкти, інтереси яких можуть зачіпатися вчинюваною нотаріальною дією та які не мають повної цивільної дієздатності, особливо потребують уваги нотаріуса при охороні їх безспірних прав. Разом з тим, не можна говорити про те, що їх права та інтереси завжди ефективно охороняються, оскільки продовжують існувати теоретичні та практичні проблеми у нотаріальному посвідченні правочинів, які прямо чи опосередковано зачіпають інтереси дітей. Саме тому дослідження правового статусу малолітніх та неповнолітніх осіб, їх прав та, у певних випадках,

обов'язків, як матеріальних, так і процесуальних, а також прав та обов'язків нотаріуса щодо них при вчиненні нотаріальних проваджень залишається актуальним.

Розробкою теорії нотаріального процесу в Україні займалися С. Я. Фурса, Є. І. Фурса та Є. Є. Фурса [184; 104]; В. В. Комаров та В. В. Баранкова [67]; О. М. Нікітюк, М. В. Бондарєва, Т. М. Кучер та С. Я. Рабовська [184]; М. М. Дякович [54]; Я. П. Панталієнко [108] та інші, досліджуючи нотаріальні процесуальні правовідносини та правовий статус їх суб'єктів, нотаріальні провадження, принципи та стадії нотаріального процесу тощо. При цьому професори С. Я. Фурса та Є. І. Фурса відіграли ключову роль у становленні науки нотаріального процесу. Професор С. Я. Фурса приділяла увагу і участі неповнолітніх у нотаріальному провадженні, і захисту прав та інтересів малолітніх осіб у нотаріальному процесі [184, с. 130–131]. Ми вбачаємо за доцільне продовжити наукові дослідження у даному напрямку та проаналізувати правовий статус дітей у нотаріальному процесі комплексно.

Ми погоджуємося із позицією професора С. Я. Фурси про те, що «інститут цивільної процесуальної правоздатності – це загальний інститут цивільного процесу, який пов'язаний із цивільною правоздатністю (правоздатністю у матеріальному праві)» [184, с. 124]. Саме тому нотаріус, як і суддя, перевіряє і повинен перевіряти право- та дієздатність особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії [184, с. 123], оскільки без цього вчинення будь-яких нотаріальних дій буде неправомірним – не матиме під собою підстави, підґрунтя, матеріального права, норми якого й повинні реалізуватися в процесуальному праві загалом і в нотаріальному процесі зокрема. Іншими словами, за відсутності правомочностей за нормами матеріального права нема чого реалізовувати і в цивільному, нотаріальному та виконавчому процесі.

Сама ж нотаріальна процесуальна правоздатність розуміється як здатність фізичних та юридичних осіб мати процесуальні права та нести

обов'язки суб'єкта нотаріального процесу, а саме заявника, заінтересованої, третьої особи [184, с. 124]. Оскільки поняття правоздатності є універсальною правовою категорією, якою володіють усі суб'єкти правовідносин, то й таким різновидом правоздатності, як нотаріальна процесуальна правоздатність, володіють, за загальним правилом, усі фізичні та юридичні особи. Тому усі суб'єкти правовідносин мають право звернутися до нотаріуса за захистом своїх цивільних прав та інтересів, з приводу яких не існує спору. Отже, діти, як неповнолітні, так і малолітні, володіють нотаріальною процесуальною правоздатністю, маючи відповідні процесуальні права [26, с. 13–19].

Разом з тим, нотаріальна процесуальна дієздатність, як і дієздатність загалом, залежить від певних обставин, які ми називаємо юридичними фактами. Оскільки нотаріальна процесуальна дієздатність є законною можливістю реалізації правоздатності власними діями, то вона настає із моменту досягнення повноліття, передбачаючи здатність фізичних та юридичних осіб особисто здійснювати свої права та обов'язки у нотаріальному процесі [184, с. 124].

Відомо, що цивільна процесуальна дієздатність, як і у матеріальному праві, визначена на рівні закону (статті 46–47 ЦПК), а от у ЗУ «Про нотаріат» немає положень про нотаріальну процесуальну дієздатність. Тому ми підтримуємо позицію С. Я. Фурси, яка обґрунтувала доцільність поширення цивільної процесуальної дієздатності на нотаріальний процес [184, с. 124]. Відповідно, варто було б доповнити Закон України (далі – ЗУ) «Про нотаріат» положенням про те, що дієздатність фізичних осіб у нотаріальних процесуальних правовідносинах визначається межами дієздатності за положеннями ЦК, а щодо дітей – також і нормами СК України.

Відповідно до попереджувальної (профілактичної) діяльності нотаріуса [104, с. 88], головним завданням нотаріуса при вчиненні правочинів за участю малолітніх та неповнолітніх дітей є попередження виникнення порушень їх прав та інтересів. Тому що «нотаріус має забезпечувати права та інтереси не тільки тих осіб, які звернулися за

вчиненням нотаріальної дії, а й тих, на права яких впливатиме посвідчуваний ним правочин, зокрема, особливої уваги заслуговують інтереси малолітніх і неповнолітніх дітей» [104, с. 89].

Розпочнемо аналіз з малолітніх осіб, права та інтереси яких мають охоронятися (захищатися) в нотаріальному процесі. Відповідно до п. 3.2 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі – Порядок), правочини за малолітніх, а також від імені фізичних осіб, визнаних у судовому порядку недієздатними, вчиняють батьки (усиновлювачі) або опікуни [110]. Таким чином, будь-яка безпосередня участь малолітніх осіб у нотаріальному процесі виключається цим Порядком.

Зрозуміло, що малолітні діти, тобто діти, як за чинним законодавством прийнято вважати, до 14 років, не мають здатності особисто реалізовувати свою правоздатність в силу факторів недостатнього рівня свого розвитку з об'єктивних причин, а тому Порядок і передбачає здійснення захисту їх безспірних прав та інтересів батьками. Але при цьому постає питання, до якої категорії суб'єктів слід відносити малолітніх дітей у нотаріальному процесі?

Як видно із вищенаведеного розуміння нотаріального процесу, серед суб'єктів нотаріального процесу виділяють заявників, заінтересованих осіб та третіх осіб, які складають групу осіб, що беруть або мають брати участь у нотаріальному провадженні. Права та обов'язки заявника мають особи, які «звертаються за вчиненням нотаріального провадження з метою охорони своїх прав та інтересів» [184, с. 121]. До заінтересованих осіб відносять суб'єктів, «які можуть вступити у процес за своєю власною ініціативою, оскільки їхні права та законні інтереси зачіпаються вчинюваною нотаріальною дією» (наприклад, другий із подружжя при вчиненні правочину щодо розпорядження майном, що знаходиться у спільній сумісній власності) [184, с. 121].

Вбачається, що залежно від виду вчинюваного правочину і малолітня дитина, хоча і не вступає у нотаріальні правовідносини безпосередньо, але має комплекс прав і обов'язків заявника або заінтересованої особи,

представництво інтересів якої здійснюється законними представниками. Наприклад, якщо батьки звертаються до нотаріуса про посвідчення договору оренди квартири, яку дитина отримала у спадок або в результаті договору дарування, то малолітня особа у такому випадку матиме статус заявника, але її права та обов'язки будуть здійснюватися батьками (необхідність отримання згоди органом опіки та піклування на укладення цього правочину щодо майна дитини мається на увазі).

Розглядаючи правовий статус малолітніх у нотаріальному процесі, потрібно звернути увагу на ще одне дещо проблемне питання щодо визначення місця проживання такої особи. Як відомо, батьки можуть укласти нотаріально посвідчений договір про виховання дитини і визначити у ньому місце її проживання. Відповідно до положень ч. 1 ст. 160 СК України, місце проживання дитини, яка не досягла десяти років, визначається за згодою батьків, тому у такому випадку питань не виникатиме. Але відповідно до ч. 2 ст. 160 СК України, місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини [175]. У такому разі, відповідно до цієї норми матеріального права, мова повинна йти про те, що і згода дитини повинна бути висловлена і врахована, але нотаріальне процесуальне законодавство не надає для цього ніякої можливості.

Але норма ст. 160 СК щодо надання такої згоди дитиною відповідає і положенням ст. 12 Конвенції ООН про права дитини, яка є частиною національного законодавства. Ці положення передбачають право дитини висловити свою думку, якщо вона бажає і здатна це зробити, та кореспондуючий йому обов'язок необмеженого кола суб'єктів заслухати таку думку та прийняти до уваги. Тому існують думки вчених (О. Розгон, І. Бондар), які вже висловлювалися з приводу того, що дитина повинна брати участь у договірному процесі щодо визначення її місця проживання [161, с. 74; 17, с. 8].

І хоча ми погоджуємося із доцільністю передбачення механізму участі малолітньої дитини, яка досягла 10 років, у вирішенні питань, що стосуються

її життя, варто звернути увагу на те, що нотаріуси-практики вбачають у цьому достатньо проблем, зокрема щодо того, що не існує такого механізму посвідчення згоди малолітньої дитини і засвідчення її підпису, а участь малолітньої дитини як сторони навіть у договорі про визначення місця її проживання не передбачено ст. 31 ЦК України [86, с. 32]. Тому дане питання потребує подальшого врегулювання і конкретизації порядку оформлення згоди дитини на визначення місця проживання з одним із батьків. Вважаємо, що згоду дитини можна фіксувати за допомогою відеозапису, якщо із зрозумілих причин підпис такої особи ще не сформовано. Можна дитині запропонувати написати речення про її згоду на проживання з одним із батьків, тоді залишиться зразок почерку тощо. Але положення законодавства мають втілюватися в нотаріальну практику – це однозначно, а також фіксування згоди дитини повинно бути безспірним доказом, щоб з цього приводу у майбутньому не виникало спорів.

На підставі викладеного можна сформулювати такі визначення.

Нотаріальна процесуальна дієздатність малолітніх осіб – це надана законом можливість дітям у віці до 14 років брати участь у нотаріальному провадженні в якості заявника або заінтересованої особи, здійснюючи свої права та обов'язки через своїх законних представників, а також з десяти років висловлювати особисту думку щодо тих обставин, які стосуються їх життя з одним з батьків.

Нотаріальний процесуальний статус малолітніх осіб – це заявник або заінтересована особа, але сукупність її прав та інтересів, а також обов'язків та гарантій реалізується її законними представниками з дозволу органів опіки та піклування, але останні мають наділятися повноваженнями не тільки надавати дозвіл на вчинення нотаріальних проваджень в інтересах дітей, а й з визначення гарантованих способів їх реалізації і контролю за належним виконанням повноважень.

Щодо неповнолітніх осіб, то нормами матеріального права визначено ті правовідносини, у які неповнолітні можуть вступати особисто, тому

вбачається, що в рамках цих правомочностей неповнолітні мають і нотаріальну процесуальну дієздатність. Якщо говорити загалом, то їх нотаріальна процесуальна дієздатність буде обмеженою і у нотаріальному процесі має кваліфікуватися як неповною, але у справах, які стосуються правовідносин, у яких вони особисто беруть участь, вони мають повну нотаріальну процесуальну дієздатність. Отже, така неповна нотаріальна процесуальна дієздатність, втім, як і матеріальна, обумовлює необхідність отримання згоди батьків та дозволу органу опіки і піклування на вчинення важливих нотаріальних проваджень. Так, ст. 32 ЦК передбачає можливість вчинювати правочини неповнолітніми дітьми у віці від 14 років стосовно транспортних засобів та нерухомого майна, належних їм на праві власності, але за обов'язкової наявності письмової і нотаріально посвідченої згоди батьків та дозволу органу опіки та піклування.

Необхідність визначення нотаріусом цивільної дієздатності під час посвідчення правочину встановлена у ст. 44 ЗУ «Про нотаріат» [143]. Надання згоди батьками на вчинення правочинів неповнолітніми збільшує обсяг їх цивільної дієздатності, тим самим впливаючи на обсяг і їх процесуальної дієздатності у бік розширення, у тому числі й у нотаріальному процесі, надаючи їм можливість особисто здійснювати права та обов'язки під час нотаріального провадження. Тому неповнолітні не лише можуть брати участь у вчиненні нотаріальних дій через законних представників, а і бути заявниками чи вступати у нотаріальне провадження як заінтересовані особи особисто.

У випадку, коли неповнолітній буде заявником, то він повинен буде особисто виконати і всі обов'язки заявника, тобто оплатити нотаріальні послуги і надати всі необхідні документи, визначені у ст. 44 ЗУ «Про нотаріат». Наприклад, у випадку, коли квартира приватизована на всіх членів сім'ї, відчужується батьками, то неповнолітній в такому провадженні виступатиме як співвласник квартири, учасник нотаріального провадження і розцінюватиметься як один з продавців спільної часткової власності, але за

згоди органу опіки та піклування. І якщо малолітній не може вступити у провадження особисто, то неповнолітній вже має таку процесуальну можливість.

Брати участь у нотаріальному процесі в якості особи, яка сприяє нотаріусу у вчиненні ним нотаріального процесу (як експерт чи спеціаліст) для неповнолітніх не вбачається можливим. У спірному питанні щодо того, чи може неповнолітня особа бути представником, ми розділяємо позицію професора С. Я. Фурси, яка вважає, що може, обґрунтовуючи це загально правовим принципом «дозволено все, що не заборонено законом» [184, с. 210]. Разом з тим, варто зазначити, що законом не передбачено механізму участі неповнолітнього у нотаріальному провадженні як представника.

Наприклад, для укладення правочинів щодо розпорядження майном законом визначено, що для цього неповнолітньому повинна бути надана згода батьків та дозвіл органу опіки та піклування, а як бути у випадку правочину з представництва? Слідуючи аналогії закону, доцільно ці правила поширити і на представництво неповнолітніми.

Але як нотаріус буде посвідчувати довіреність на неповнолітнього? Посвідчення довіреності від імені неповнолітнього передбачено Правилами ведення нотаріального діловодства (Форма № 55) [131], але посвідчення довіреності на самого неповнолітнього – ні. Логічно було б знову звернутися до аналогії закону і застосувати загальні правила посвідчення довіреностей і встановлення особи представника. Але перед посвідченням довіреності нотаріусу потрібно буде встановити межі його цивільної дієздатності, для чого є необхідною згода батьків (інших законних представників) та дозвіл органів опіки та піклування.

За аналогією з цивільним процесом, де у ч. 2 ст. 60 ЦПК однозначно констатується, що навіть у малозначних спорах (малозначні справи) представником може бути особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність, у нотаріальному процесі так само варто встановити відповідне правило. Не зважаючи на це, окремі фахівці можуть

зауважити, що в нотаріальному процесі мають місце й не зовсім відповідні провадження, то можна доручати неповнолітнім вчинення дрібних правочинів, наприклад, засвідчити вірність копії тощо. Але в такому випадку буде втрачатися сенс посвідчення довіреності на ім'я неповнолітнього, оскільки «дрібні» нотаріальні дії може вчинити й сам довіритель. Коли ж неповнолітня дитина починає працювати і їй необхідно надати повноваження, то в такому разі можна системно вирішувати питання й про її повну дієздатність (ст. 35 ЦК) тощо.

Дисертант категорично проти надання довіреності неповнолітнім для вчинення важливих нотаріальних проваджень, оскільки в такому віці дитина не має ні життєвого, ні професійного досвіду, тому вона не повинна наділятися тими повноваженнями, які несумісні з її статусом.

Якщо неповнолітньому була надана повна цивільна дієздатність, то він повинен подати нотаріусу документ, який це підтверджує, наприклад, рішення органу опіки та піклування, рішення суду, свідоцтво про шлюб, свідоцтво про народження дитини, у якому така неповнолітня особа записана батьком чи матір'ю дитини; встановлення факту здійснення підприємницької діяльності встановлюється нотаріусом у електронному вигляді на підставі даних реєстру. Зазвичай прийнято розуміти, що неповнолітня особа, яка була емансипована, має такий правовий статус у правовідносинах, як й інші особи із повною дієздатністю, що набули її у результаті досягнення повноліття. Тому у такому випадку згода батьків або дозвіл органу опіки та піклування для вчинення правочину неповнолітньою особою не потрібні.

Отже, дієздатність неповнолітньої особи у нотаріальному процесі можна визначити як неповну, що надає законну можливість особисто здійснювати права та обов'язки особи, що бере участь у нотаріальному провадженні у якості заявника, заінтересованої особи, але у випадках передбачених нормами матеріального права за згодою законних представників і з дозволу органів опіки та піклування.

Нотаріальний процесуальний статус неповнолітніх пропонуємо розуміти як заявників та заінтересованих осіб, а також як учасників нотаріального провадження, зокрема, сторони договору, але з певними обмеженнями, що стосуються правочинів з транспортними засобами та об'єктами нерухомого майна, на посвідчення яких потрібна згода законних представників та дозвіл органу опіки та піклування.

1.2 Правовий статус дітей у цивільному процесі

Загальновідомо, що суспільство та законодавство динамічно розвиваються. Все більше психологів і соціологів відмічають все вищий рівень розвитку дітей у порівнянні з попередніми поколіннями. Відповідно, ці процеси повинні враховуватися у науці цивільного процесу та практиці цивільного судочинства, оскільки вони вказують на те, що діти все раніше набувають здатності логічно мислити та формулювати свої думки, а це означає, що вони все частіше повинні залучатися до розгляду справ, які стосуються їх прав та інтересів.

Проте наразі малолітні діти практично не залучаються до участі у судовому розгляді цивільної справи, а неповнолітні – вкрай рідко, що збільшує імовірність неврахування судом всіх інтересів дітей. У окремих категоріях справ, зокрема, у тих, що виникають із правочинів, вчинених без дозволу органів опіки і піклування, майнові права дітей відверто порушуються, що, на наш погляд, зумовлено відсутністю належного представництва інтересів дітей при розгляді справ. А це все говорить про те, що тема участі дітей у цивільному процесі потребує відповідних наукових напрацювань [27, с. 26–33].

Питання участі дітей у цивільному процесі неодноразово піднімалася українськими та зарубіжними науковцями. Так, С. Я. Фурса досліджувала цивільну процесуальну правоздатність та дієздатність малолітніх та

неповнолітніх дітей у цивільному процесі [202, с. 182]. З. В. Ромовська розглядала питання участі дітей у сімейних правовідносинах та у цивільних справах, які виникають із таких правовідносин [164, с. 62]. Л. А. Кондрат'єва вивчала судовий захист прав неповнолітніх осіб [70]. Л. В. Сапейко присвячувала окремі свої публікації питанням участі малолітніх та неповнолітніх осіб [169, с. 157–161]. Такі вчені, як Ю. Ф. Беспалов [130] та Н. В. Лєтова [83, с. 205–223], вивчали особливості здійснення прав дітей та окремі аспекти процесуального статусу малолітніх та неповнолітніх. Дж. Ван Б'юрен досліджувала захист прав дітей у міжнародному праві [33]. Незважаючи на це, процесуальний статус малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі залишається не достатньо визначеним, що свідчить про подальшу необхідність наукових напрацювань у цьому напрямку.

Тому мета даного розділу полягає у тому, щоб здійснити комплексне дослідження правового статусу малолітніх та неповнолітніх у цивільному процесі. Завданнями, відповідно до мети, є проведення аналізу та узагальнення теоретичних напрацювань, законодавства та судової практики, розробка понять, визначення обсягу прав та обов'язків малолітніх і неповнолітніх дітей, встановлення певних категорій цивільних справ, у яких діти можуть брати безпосередньо (особисто) участь у розгляді їх судом.

Відомо, що цивільна процесуальна правоздатність передбачає здатність мати цивільні процесуальні права та мати (виконувати) обов'язки сторони, третьої особи, боржника та стягувача, заявника, заінтересованої особи у справі [202, с. 178]. Відповідно до ст. 46 ЦПК, здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони, третьої особи, заявника, заінтересованої особи мають усі фізичні і юридичні особи.

Таким чином, малолітні та неповнолітні особи визнаються суб'єктами цивільного процесу, які мають цивільну процесуальну правоздатність. Проте цивільна процесуальна дієздатність залежить від певних об'єктивних факторів – насамперед, вікових, психологічних, соціальних тощо. Під цивільною процесуальною дієздатністю розуміють «здатність особи особисто

здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді» [202, с. 182].

Повна цивільна процесуальна дієздатність настає із моменту досягнення повноліття. Неповнолітні особи віком від 14 до 18 років можуть здійснювати свої цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають із відносин, у яких вони безпосередньо беруть участь (ст. 47 ЦПК). Таким чином, цивільна процесуальна дієздатність нерозривно пов'язана із цивільною дієздатністю у матеріальному праві і не може виходити за її межі. Тому у випадках, коли неповнолітній особі було надано повної цивільної дієздатності, то і процесуальна дієздатність, відповідно, буде повною у такої особи.

Л. В. Сапейко, досліджуючи участь малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі, останніх розглядає повноправними суб'єктами процесуальних відносин та вважає, що вони не мають будь-яких переваг порівняно з повнолітніми учасниками процесу [169, с. 158]. Але з цим положенням сьогодні важко погодитися, якщо враховувати сучасні норми ЦПК, а саме: статті 13, 45, 63.

Щодо малолітніх, то вчена вважає, що їх участь у цивільному процесі не передбачена [169, с. 161], але тут варто вказати на певні винятки, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 218 СК, необхідно отримати згоду дитини для її усиновлення, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити; а с. 2 ст. 160 СК передбачає необхідність визначення місця проживання за згодою дитини, яка досягла 10-річного віку. Тобто необхідна певна процедура і відповідний статус для такої особи у цивільному судочинстві, оскільки у разі висловлення власної згоди дитиною вона має належним чином кваліфікуватися.

При цьому варто згадати і положення ст. 12 Конвенції ООН про права дитини (далі – Конвенції), яка встановлює, що 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. 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 [69].

Таким чином, якщо малолітня особа здатна висловити свої погляди, то немає підстав у обмеженні її прав щодо висловлення таких поглядів і можливої участі у цивільному процесі, у судовому розгляді справи, й особисто. Хоча наразі за загальним правилом ЦПК України не передбачає особисту участь малолітніх у цивільному процесі, а лише опосередковану – через законних представників (у своїх публікаціях ми вже звертали увагу на деяку невідповідність положень статей 45 та 59 ЦПК стосовно особистої участі малолітніх осіб у цивільному процесі і робили відповідні пропозиції для її усунення [32, с. 7]).

Особливість процесуального статусу малолітніх і неповнолітніх можна описувати і більш загальною категорією – через правосуб'єктність, яку визначають як «здатність мати та самостійно здійснювати права і обов'язки при наявності дієздатності або здатності до їхнього здійснення через інших осіб при відсутності дієздатності» [196, с. 62]. Виходячи із наведеного визначення, можна говорити про те, що за загальним правилом діти володіють правосуб'єктністю саме у вигляді «здатності» реалізовувати визначені законом права та обов'язки через своїх законних представників. Хоча у малолітніх є права, а у неповнолітніх є права та обов'язки, які вони можуть здійснювати і самостійно. Спробуємо проаналізувати цей обсяг прав та обов'язків у цивільному процесі.

В Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ про усиновлення дітей, позбавлення батьківських прав, встановлення опіки та піклування над дітьми, зробленому Апеляційним судом м. Києва від 01 січня 2009 року (далі – Узагальнення) вказується на те, що «ЦПК України не визначає процесуальний статус дитини, яка бере участь у справі про

усиновлення та процесуальний порядок надання нею своїх пояснень» [9]. Варто зазначити, що така ситуація в усіх категоріях справ за участю дитини, а не лише у справах про усиновлення. Разом з тим, в Узагальненні визнається, що участь дитини в цивільному процесі робить її суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин, а тому вона повинна мати визначений законом процесуальний статус [9].

При цьому слід наголосити на тому, що в Узагальненні використовується лише термін «дитина», не конкретизуючи, що мова йде про малолітню, неповнолітню чи про обох. Вважаємо, що у контексті сказаного в Узагальненні варто розуміти дитину саме як малолітню особу, оскільки вказується на те, що «участь дитини у справі про усиновлення є особливою формою її участі у справі, яка не залежить від наявності в неї цивільної процесуальної дієздатності, і обмежується лише такими процесуальними діями, як висловлення думки щодо її усиновлення» [9]. Але на наш погляд, це твердження є не зовсім справедливим стосовно неповнолітніх, які можуть самостійно захищати свої права та інтереси у справах, що виникають із правовідносин, у яких вони безпосередньо беруть участь.

Висловлювати свою думку дитина повинна не лише у справах про усиновлення. В Узагальненні необхідність висловлення думки дитини констатується і щодо справ про позбавлення батьківських прав. Проте така необхідність існує у всіх категоріях справ, які стосуються інтересів дитини. І якщо тільки дитина може висловити свою думку, то вона може і повинна залучатися судом до участі у справі. Пропозиції щодо порядку реалізації цього ми робили у попередніх публікаціях [32, с. 7].

Але наразі із залученням дітей до розгляду справи існують проблеми. Так, в Узагальненні визнається, що «із проаналізованих справ лише в одній... судом заслуховувалася думка дитини. У більшості справ про усиновлення суди не вирішують питання участі дитини в розгляді справи для надання нею згоди для усиновлення. У багатьох справах суди не заслуховують думку

дитини, незважаючи на те, що її вік та стан здоров'я дають їй можливість усвідомлювати факт усиновлення» [9].

Можливо, така ситуація зумовлена тим, що закон не визначає ні процесуального статусу дитини, ні процедури її участі у розгляді справи, а, як бачимо, на практиці це перетворюється у перешкоду для реалізації дитиною своїх прав. Тому потрібні наукові напрацювання, а також роз'яснення Верховного Суду з метою створення законодавчого підґрунтя для участі дітей у розгляді цивільних справ за їх участю.

І що стосується роз'яснень Верховного Суду, то він вже надає їх у своїх рішеннях. Так, у постанові КЦС ВС від 25 березня 2019 року у справі № 165/2240/16-ц вказано на те, що «при вирішенні питань, які стосуються її життя, дитині, здатній сформулювати власні погляди, має бути забезпечено право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що її стосуються, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю» [127].

Повертаючись до Узагальнення, варто звернути увагу також на те, що в ньому висловлюється підтримка щодо тієї наукової концепції, яка відносить дитину до заінтересованих осіб [127]. Говорячи про сторони у цивільному процесі, така позиція вбачається обґрунтованою, але потребує конкретизації. Малолітні діти є заінтересованими особами, оскільки мають особистий інтерес у вирішенні справ за їх участю. Разом з тим, якщо аналізувати склад сторін у видах провадження, то виникає питання, до яких саме заінтересованих осіб їх віднести. Так, у позовному провадженні відомі позивач, відповідач і треті особи. Проте малолітні діти не можуть самостійно виступати ні в ролі позивача, ні відповідача, а віднести їх до третіх осіб не вбачається достатньо обґрунтованим, оскільки часто вони є безпосереднім суб'єктом, доля якого вирішується у судовому засіданні.

Ми розділяємо позицію І. О. Журби про те, що серед учасників позовного провадження слід виокремлювати й третю сторону, розрізняючи її із третіми особами, оскільки під першою розуміється «особа, яка може

вступити в уже розпочатий процес між первісними сторонами із самостійним позовом, пред'явивши його до однієї чи обох сторін, яка наділяється комплексом спеціальних прав позивача» [57, с. 3], а під другими – осіб, які можуть «вступити у справу на боці позивача або відповідача, якщо рішення суду між первісними сторонами у майбутньому може вплинути на її права та обов'язки» [57, с. 3].

Відомо, що малолітні діти особисто не здійснюють своїх процесуальних прав, тому що у цьому їх обмежують вікові можливості рівня розвитку й усвідомлення значення своїх дій. Проте їх права та інтереси мають представляти та захищати законні представники. Якщо взяти за загальним правилом, то представник не виділяється в окрему групу учасників справи, а діє на боці і в інтересах свого довірителя, яким може бути позивач чи відповідач, третя сторона чи третя особа. Тому у випадку, коли батьки (чи інші законні представники) представляють інтереси дітей у суді, не вбачаємо доцільним окремо виділяти ні батьків, ні дітей, а вважати їх однією стороною у справі – відповідно, позивачем, відповідачем, третьою стороною чи третьою особою. Однак, існують випадки, коли малолітнім та/або неповнолітнім особам особисто була завдана шкода разом із їх батьками, наприклад, в результаті дорожньо-транспортної пригоди. Отже, вони номінально отримуватимуть статус співпозивача разом із батьками, які здатні успішно представляти й права та інтереси дитини.

Але у разі, коли інтереси батьків і дитини не збігаються, остання повинна наділятися правом висловити свої заперечення проти варіанту вирішення її долі, коли її позиція не збігається з позицією батьків. Наприклад, коли батьки тривалий час залишали дитину на вихованні у бабусі, а потім кожний з них пред'являє позов до суду, щоб дитина проживала з ним, то суд має врахувати позицію (думку) дитини, яка хоче залишитися проживати з бабусею.

Таким чином, в окремих випадках за дітьми також слід визнати процесуальний статус сторони. Але такий процесуальний статус малолітніх

дітей буде особливим, оскільки самостійно здійснювати права та обов'язки сторони вони не будуть. Тому у відношенні до малолітніх дітей варто говорити про те, що вони мають особливий процесуальний статус сторони, яка реалізує свої процесуальні права та обов'язки, зазвичай, через законних представників.

Ситуація ускладнюватиметься, якщо у законних представників, наприклад, в усиновлювачів чи опікунів, та у дітей виникають розбіжності в інтересах. У такому випадку ці усиновлювачі чи опікуни вже не будуть представляти інтереси дітей, а для цього повинні бути призначені інші особи. Тому тут процесуальний статус сторони, до якої слід відносити опікунів чи дітей буде залежати від конкретної справи. Так, дитина може бути позивачем, інтереси якої представляються дорослим, а опікун – третьою заінтересованою стороною, яка може заявляти самостійні вимоги, або ж навпаки, інтереси дитини можуть вимагати її участі у справі як третьої особи на боці позивача чи відповідача із самостійними вимогами.

Наприклад, якщо розглядати такі категорії справ за участю дітей, як про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною, то, зрозуміло, що дитина не буде ні позивачем, ні відповідачем. Тому вбачається, що у розгляд таких справ вона може вступати у ролі третьої заінтересованої сторони. Відповідно до наукового бачення І. О. Журби, третю сторону слід наділяти правами позивача [57, с. 3], що видається нам обґрунтованим. Таким чином, дитина у якості третьої сторони зможе заявляти свої вимоги до інших сторін, при розгляді їх справи у цивільному судочинстві.

Проте оскільки малолітні діти володіють частковою дієздатністю, то вбачається, що самостійно, за власною ініціативою, їм буде проблематично вступити в процес. Тому ми вважаємо, що варто на законодавчому рівні впровадити можливість суду за власною ініціативою залучити дитину до розгляду таких справ у якості третьої сторони, призначивши представника, та

наділити повноваженнями органи опіки та піклування клопотати перед судом про вступ дитини у розгляд таких справ як третьої сторони.

При цьому, варто визнати законодавчі обмеження і встановити, що залучення малолітньої дитини до участі в цивільному судочинстві і визначення її статусу має проходити два етапи. На першому етапі мають з'ясуватися не тільки вікові обмеження, а й розумові, тому при прийнятті судом ухвали про залучення малолітньої дитини до участі в справі дитина отримуватиме статус номінального учасника справи до з'ясування її реального статусу. Коли ж вікові і розумові здібності дитини будуть з'ясовані судом, на нашу думку, за обов'язкової участі психолога, то вона отримуватиме статус сторони і їй обов'язково має надаватися правова допомога адвоката.

Аналогічний підхід буде доцільним і у справах щодо правочинів, вчинених без дозволу органів опіки та піклування і якими порушуються майнові права дітей. Як слушно зазначає С. О. Короєд, у цих категоріях справ існує неоднозначна судова практика, через що часто майнові права дітей залишаються без захисту [72, с. 103]. Вбачається, якби дитина залучалася до розгляду таких справ як третя сторона, на боці якої б виступали органи піки та піклування, суд би міг краще зважити права та інтереси сторін та надати належний захист правам дітей. Погоджуємося, але це не означає, що формальна згода органів опіки та піклування не гарантує, що права дитини в результаті укладання договору не будуть порушені. Отже, інтереси дитини не будуть збігатися ні з інтересами законних представників, ні з інтересами органу опіки та піклування, тому права такої дитини має представляти незаангажована особа, на нашу думку, адвокат, який надаватиме безоплатну правову допомогу.

В окремому провадженні, у якому із учасників справи виділяють заявника та заінтересованих осіб, дитина може відноситися до заявника, інтереси якого, знову ж таки, представляє дорослий – один із батьків.

У наказному проваджені дитину так само можна віднести до стягувача (заявника).

Дитина є особливим суб'єктом, і ця особливість проявляється в тому, що вона не може діяти повністю самостійно. Якщо повністю дієздатні можуть або безпосередньо захищати свої права та інтереси в суді, або обирати собі представників, то законом встановлено необхідність законного представництва для дітей, зокрема, малолітніх. Так, вони не мають особистої процесуальної дієздатності до досягнення певного віку, визначеного нормами матеріального права, але це не означає, що вони не є учасниками цивільного процесу і не є стороною у справі. Схожу позицію висловлювали також вчені О. А. Бахарєва та Т. М. Цєпкова [12, с. 140], Н. В. Лєтова [83, с. 209].

Вчений Ю. Ф. Беспалов малолітніх осіб, які здатні висловити свою думку, а це десь із 7-ми років, вважає частково дієздатними. Неповнолітні ж, діти у віці від 14-ти до 18-ти років, вважаються повністю процесуально дієздатними у тих справах, у відносинах за якими вони безпосередньо беруть участь [130, с. 191]. З таким підходом важко однозначно погодитися, оскільки не даючи право неповнолітній особі самостійно вчиняти правочини щодо транспортних засобів або нерухомого майна (абз. 2 ч. 2 ст. 32 ЦК), а тільки за письмовою нотаріально посвідченою згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника та дозволу органу опіки та піклування, законодавець не повинен допускати, щоб така дитина програвала в суді відповідне майно. Інакше виходить, що судочинство простіше, ніж нотаріальний процес, або суд має втрачати об'єктивність і лише слідкувати за тим, що права дитини не порушувалися?

Деякі застереження з цього приводу мають місце в ЦПК, але вони можуть тлумачитися як упередженість судді і у зв'язку з цим, йому можуть заявити відвід. Кожна сторона має довести свої вимоги і заперечення (ст. 12 ЦПК), а суд не може постійно корегувати позицію дитини, щоб остання не зробила помилок. Тому виділяючи правовий статус малолітніх і неповнолітніх дітей варто брати до уваги, що традиційно їх права та інтереси

представляють законні представники, але у разі суперечності їх інтересів з інтересами законних представників – їх права та інтереси має представляти особа, що уповноважена державою, включаючи, всіх перелічених у ст. 56 ЦПК осіб та/або адвокат.

А отже процесуальний статус малолітніх і неповнолітніх необхідно розділяти, оскільки вони мають різний обсяг прав та обов'язків, які можуть здійснювати самостійно. При цьому, можна стверджувати, що малолітні діти, які не можуть обґрунтовано висловлювати свої думки і ставлення до справи, не мають цивільної процесуальної дієздатності, а малолітні діти, які можуть логічно формулювати свою позицію, володіють частковою цивільною процесуальною дієздатністю.

Отже, вище ми розглянули процесуальний статус малолітньої дитини як сторони у справі, проте зрозуміло, що сторони – не єдині учасники цивільного процесу. Відповідно до ст. 232 ЦПК, малолітня дитина може бути допитана у якості свідка. Зрозуміло також і те, що у цьому випадку дитина буде особисто брати участь у справі, а не через законних представників, але у їх присутності. Проте все одно процесуальний статус малолітньої особи навіть у якості свідка буде особливим, оскільки на нього не покладається відповідальність за неправдиві показання.

При цьому варто зазначити, що ст. 232 ЦПК не передбачає присутності при допиті малолітніх свідків психолога, а лише представників органів опіки та піклування та служби у справах дітей. Але присутність психолога поруч із дитиною, який би міг об'єктивно і максимально «згладити» стресову обстановку для дитини, вбачається необхідністю. Тому ми пропонуємо закріпити у законодавстві такий підхід, щоб представники або із органів опіки та піклування, або із служби у справах дітей були саме дитячими психологами, оскільки тільки у такому випадку їх присутність буде для дитини дійсно корисною, тому що психолог зможе надати малолітній особі, а можливо, і її батькам, необхідну психологічну підтримку, щоб запобігти травмуванню ще не сформованої психіки дитини.

Вбачається, що в аналогічному порядку необхідно забезпечити і висловлення власної думки дитині, якщо вона здатна це зробити. Тому у ЦПК варто передбачити не лише норму про необхідність з'ясування думки дитини у всіх категоріях справ, які стосуються її прав та інтересів, якщо вона може її висловити, а й про присутність при цьому дитячого психолога, який би сприяв дитині у реалізації нею цього права. Якщо для представництва інтересів дитини залучатиметься адвокат і психолог, то в такому разі дитині буде надаватися комплексна і правова, і психологічна підтримка, що, на наш погляд, слід передбачити законодавчо.

На підставі вище викладеного, можна говорити по те, що особиста участь малолітніх осіб у цивільному процесі зводиться до дачі показань у якості свідка або висловлення своєї думки з питань, які її безпосередньо стосуються, якщо вона здатна це зробити.

Малолітня особа має особливий процесуальний статус у цивільному процесі, особливості якого полягають у відсутності відповідальності за неправдиві показання, надані нею у якості свідка, у реалізації прав та обов'язків сторони через законних представників та за наявності додаткових законодавчих гарантій для забезпечення дотримання і захисту прав та інтересів дитини.

Процесуальний статус малолітньої дитини можна визначити як засновану на цивільно-процесуальній правоздатності і забезпечену законом юридичну можливість бути стороною у справах, які стосуються її прав та інтересів, здійснювати свою дієздатність через законних представників, а також брати участь у розгляді таких справ особисто для висловлення власної думки із питань, що безпосередньо її стосуються та підлягають вирішенню у судовому порядку, чи бути свідком у справі, але так само зі спеціальними повноваженнями.

Щодо неповнолітніх осіб, то вчена Л. А. Кондрат'єва, із позицією якої ми частково погоджуємося, вважає, що «у цивільному процесі неповнолітні особи повинні користуватися процесуальними правами і виконувати

юридичні обов'язки сторони» [70, с. 4]. Як вже нами вказувалося, цивільна процесуальна дієздатність нерозривно пов'язана із цивільною дієздатністю, визначеною нормами матеріального права.

Відповідно до ст. 32 ЦК, неповнолітні особи можуть самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами; самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом; бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи; самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку); вчиняти інші правочини за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників [201].

Відповідно до ст. 18 СК України, кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу [175]. А положення ст. 187 КЗпП України визначає права неповнолітніх у трудових правовідносинах, прирівнюючи їх до прав повнолітніх та надаючи пільги в галузі охорони праці, робочого часу, відпусток та деяких інших умов праці, встановленими законодавством України [66].

Таким чином, неповнолітні мають неповну дієздатність у цивільному праві, а повну – у сімейному і трудовому (при працевлаштуванні за згодою батьків, піклувальників). Тому вони можуть бути самостійними учасниками цивільного процесу у справах, що виникають із сімейних та трудових спорів та у цивільних справах, які стосуються їхніх прав інтелектуальної власності, їх участі у діяльності юридичних осіб, а також у справах, що виникають із договорів, які були вчинені ними на розпорядження своїм заробітком, стипендією або за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників.

У цих категоріях справ неповнолітні мають повну цивільну процесуальну дієздатність, а отже і можуть самостійно здійснювати права та обов'язки сторони у повному обсязі. У інших категоріях справ вони

обмежені у своїй дієздатності, як і малолітні особи, а тому їх інтереси повинні представлятися законними представниками. Тому якщо говорити загалом, то положення матеріального права про неповну дієздатність поширюється і на цивільний процес.

Таким чином, вбачається, що процесуальний статус неповнолітніх доцільно розділяти у залежності від категорій справ, у яких вони беруть участь. Так, у справах, які виникають із правовідносин, у яких вони наділені дієздатністю, то їх процесуальний статус нічим не повинен відрізнятися від процесуального статусу повнолітньої особи. Якщо ж вони залучаються до участі у справі, у відносинах за якою вони не мають повної цивільної дієздатності, то їх процесуальний статус може сприйматися аналогічним процесуальному статусу малолітніх, тобто вони матимуть особливий процесуальний статус сторони, яка реалізовує свої права та обов'язки через законних представників. Але останнє припущення не відповідатиме духу частин 2–4 ст. 32 ЦК, де потребується неповнолітньому узгоджувати свої правочини з батьками та органами опіки та піклування, а не має місце заміщення волі неповнолітньої дитини її законними представниками.

На підставі цього, можна говорити про те, у справах, де не наділені повною цивільною дієздатністю неповнолітні є управомоченою особою, вони мають процесуальний статус сторони у позовному провадженні (статус позивача, відповідача, третьої сторони та третіх осіб, які мають матеріальний інтерес у справі); в окремому – статус заявника чи заінтересованою особи; у наказному провадженні – статус стягувача (заявника) і навіть боржника. У цих випадках неповнолітні будуть брати участь у справі як особи, що захищають свої власні інтереси. Окрім цього, вони також можуть бути допитані як свідки, проте до 16-річного віку для них, як і для малолітніх, не передбачена відповідальність за неправдиві показання. Вбачається, що на порядок допиту неповнолітніх свідків повинні поширюватися наші пропозиції щодо участі психолога при цьому, як і для малолітніх.

Виходячи з цього, можна стверджувати, що особиста участь неповнолітніх у цивільному процесі у справах, які виникають із правовідносин, у котрих вони є уповноваженими суб'єктами, нічим не відрізняється від участі повнолітньої особи по обсягу прав та обов'язків, які можуть здійснюватися самостійно, але ще й підкріплюється додатковими гарантіями для захисту їх прав та інтересів.

Правовий статус неповнолітніх у цивільному процесі може бути одним з таких: позивача, відповідача, третьої особи, заявника, заінтересованої особи, стягувача та навіть боржника, а також свідка з відповідним комплексом прав та обов'язків, але з певними застереженнями, які стосуються неповної дієздатності, та специфіки врегулювання питань відповідальності неповнолітніх у матеріальному праві.

1.3 Правовий статус дітей у виконавчому процесі

Діти є учасниками виконавчого процесу хоча б тому, що часто є безпосереднім суб'єктом, на який спрямоване виконання судового рішення про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною (статті 64–64¹ ЗУ «Про виконавче провадження»).

Професором С. Я. Фурсою було доведено, що виконавчі процесуальні правовідносини слід визначати як «суспільні відносини, які потенційно існують та забезпечуються державою через спеціальну процедуру, що передбачає примусовий характер виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів та надає їм визначеного законом змісту, встановлюючи нормативними актами межі дозволеної поведінки суб'єктів виконавчого процесу» [193, с. 14].

Суб'єктами виконавчого провадження вважаються «фізичні, юридичні особи, суб'єкти підприємницької діяльності, які мають виконавчі

процесуальні права та здатні нести виконавчі процесуальні обов'язки у процесі примусового виконання конкретного виконавчого документа, ухваленого чи виданого за рішенням суду або іншого юрисдикційного органу» [35, с. 8].

Відповідно до ст. 14 ЗУ «Про виконавче провадження» учасниками виконавчого провадження є виконавець, сторони, представники сторін та інші суб'єкти [135]. Стаття 15 цього Закону сторонами виконавчого провадження визначає стягувача і боржника. Зазвичай, стягувачем є позивач, а боржником визнають особу, яка була відповідачем, за винятком окремих випадків, таких як задоволення зустрічного позову чи укладення мирової угоди. У науковій літературі справедливо зазначається, що «сторони є головними та обов'язковими учасниками виконавчого провадження, що мають особисту заінтересованість у наслідках виконавчих дій» [196, с. 111].

У цивілістичній доктрині існують різні дефініції стягувача і боржника (запропоновані, зокрема, вченим М. Й. Штефаном [210, с. 19], яка вбачається найбільш обґрунтованою; К. П. Шевчуком [208, с. 75]). Хоча досить вдалою видається й дефініція, закріплена у законодавстві, відповідно до якої стягувачем є фізична або юридична особа чи держава, на користь чи в інтересах яких видано виконавчий документ. Відповідно до положень того ж закону, боржником є визначена виконавчим документом фізична або юридична особа, держава, на яких покладається обов'язок щодо виконання рішення [135].

Відповідно до ч. 2 ст. 16 ЗУ «Про виконавче провадження», діти реалізують свої права та виконують обов'язки, пов'язані з виконавчим провадженням, відповідно до вимог закону через своїх законних представників [135]. Як бачимо, вжито загальне поняття «діти», яке у такому загальному розумінні означає дітей до досягнення 18 років. Таким чином, ця стаття ніби виключає особисту участь не лише малолітніх осіб, а й неповнолітніх, що, на наш погляд, протирічить положенням ЦК і ЦПК, і СК, відповідно до яких неповнолітні можуть особисто здійснювати свої

процесуальні права та обов'язки у справах, що виникають із відносин, у яких вони особисто беруть участь. Саме тому вважаємо, що неповнолітні мають користуватися правом особисто брати участь у виконавчому провадженні у межах їх дієздатності.

На підставі цього, формулювання ч. 2 ст. 16 ЗУ «Про виконавче провадження» потребує уточнення про те, що йдеться про малолітніх дітей, які беруть участь у виконавчому провадженні через своїх законних представників, про що свідчить й той фактор, що в цій нормі не згадуються обмежені у дієздатності особи. Хоча й малолітні діти повинні бути заслухані державним чи приватним виконавцем у випадку, якщо хочуть і можуть висловити свою думку і ставлення до того, що відбувається, відповідно до ст. 12 Конвенції. Тому вбачається, що варто було б доповнити цю статтю положенням про те, що дітям гарантується забезпечення їх права на висловлення власної думки і на те, що їх позиція буде прийнята до уваги. Зокрема, ч. 2 ст. 64 Закону України «Про виконавче провадження» в сучасній редакції втрачатиме сенс, якщо її зміст не обумовлюється думкою дитини. А саме, про яку необхідність в цій нормі йде мова, що спонукає державного виконавця до звернення до суду з поданням щодо вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу?

Таким чином, малолітні і неповнолітні діти мають статус сторони у виконавчому провадженні, при цьому малолітні є стороною через своїх законних представників, а неповнолітні можуть здійснювати права та обов'язки сторони й особисто у визначених цивільним законом випадках [25, с. 181–184]. У справах, де діти мають право вимоги, наприклад, компенсації за моральну та/чи матеріальну шкоду, вони будуть визнаватися стягувачем. Проте можуть бути і випадки, коли до дитини і до її батьків може бути пред'явлено вимоги про відшкодування завданої шкоди. І тому у такому разі дитина може опинитися на боці боржника.

Неповнолітня особа, маючи деліктоздатність, може бути боржником або особисто сама, якщо її майна достатньо для відшкодування шкоди, або

разом із батьками, які несуть за неї відповідальність. Щодо малолітньої особи, то вона не наділена деліктоздатністю, а тому визнаватися боржником може лише формально, оскільки відповідальність за її дії покладається на її батьків.

Якщо розглядати такі категорії справ за участю дітей, як про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною (статті 64–64¹ ЗУ «Про виконавче провадження»), то вбачається не зовсім доречним відносити їх до однієї із сторін, якими у таких справах будуть батьки. Діти ж тут будуть суб'єктами, на забезпечення інтересів яких спрямоване виконання рішення суду. Тому постає питання про статус дітей у виконавчому процесі у цих категоріях справ.

Якщо виходити із існуючих нині у науці класифікацій суб'єктів виконавчого процесу, то в них складно знайти місце дітям у таких випадках. Практично всі автори виділяють таку групу, як основні учасники виконавчого провадження, які мають суб'єктивно матеріально-правову заінтересованість, відносячи до цієї категорії саме сторони [58, с. 33; 196, с. 70; 35, с. 12; 62, с. 36]. Але ж як було зазначено вище малолітні і неповнолітні не є стороною у справах про відібрання дитини чи про усунення перешкод про встановлення побачення з дитиною. Їх варто відносити саме до номінальних учасників виконавчого провадження, оскільки їх інтереси визначає суд, а у виконавчому провадженні рішення суду лише реалізується, тому наділяти цих суб'єктів комплексом прав та, особливо, обов'язків, що властиві суб'єктам виконавчого провадження, не вважаємо можливим. Дійсно, діти мають суб'єктивний матеріальний інтерес і суд має враховувати їх найкращі інтереси, оскільки у перелічених справах наступне рішення суду безпосередньо стосується їх життя. Але на стадії виконавчого провадження державний виконавець вже не може змінювати рішення суду, а може лише відтермінувати його виконання у зв'язку з тим психічним станом або станом здоров'я, в якому опинилися дитина на момент виконання рішення. Тому не можна дитину ототожнювати з речами – це, однозначно, але їх не можна

прирівнювати й до сторін з відповідним комплексом права та обов'язків, отже, в них має бути особливий статус – статус суб'єкта, в найкращих інтересах якого й здійснюється виконання судового рішення (наприклад, дії з відібрання дитини – це реакція на невиконання або неналежне виконання батьками своїх обов'язків, коли держава має втрутитися в сімейні відносини і забезпечити дитині нормальні життєві умови і перспективи для її розвитку).

Той факт, що діти є особливим суб'єктом виконавчого процесу у цих категоріях справ підкріплюється й додатковими їх правами та гарантіями. Так, виконання рішення проводиться із обов'язковою участю особи, якій вона передається, та органів опіки та піклування, що вбачається гарантіями максимального дотримання прав та інтересів дитини. За необхідності, державний виконавець може звернутися до суду з поданням щодо вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу (п. 3 розділу IX Інструкції з організації примусового виконання рішень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 02 квітня 2012 року № 512/5; далі – Інструкція) [63], що є гарантією забезпечення прав та інтересів дитини на охорону здоров'я, на перебування у безпечному для неї середовищі та належних для життя умовах. У попередній редакції вже згаданої Інструкції від 18 січня 2016 року був також п. 8.5, відповідно до якого при виконанні рішення про відібрання дитини не допускалося застосування до дитини заходи фізичного впливу [209; 63], що також відображало відповідне право дитини та гарантію фізичної недоторканності, але у поточній редакції це положення чомусь не знайшло відображення, хоча вбачається, що його справедливо було б залишити. Розуміючи прив'язаність дитини до батьків, якими б вони не були, а також психологічний стан дитини, яку «відривають» від них, можна було б цю норму деякою мірою перефразувати і забезпечити психологічну підтримку дитини та мінімізувати фізичний вплив на дитину. Це пояснюється тим фактором, що деякі батьки самі провокують дитину до супротиву, за що вони мають бути покарані, але

небезпека перебування дітей з такими батьками іноді диктує необхідність застосування фізичного впливу на дитину певного віку.

На підставі вищевикладеного, можна запропонувати наступні підходи до розуміння правового статусу малолітніх та неповнолітніх у виконавчому процесі:

- правовий статус малолітніх у виконавчому процесі – це здатність малолітніх дітей бути номінальним учасником виконавчого процесу, зокрема, в «ролі» стягувача, так і боржника, коли їх права та інтереси реалізують їх законні представники. Право бути вислуханим державним виконавцем особисто має бути зафіксованим у законодавстві у справах про відібрання дитини чи про усунення перешкод про встановлення побачення з дитиною і тільки щодо дітей, які здатні висловити свої думки (зокрема, з десяти років) і тільки з питань їх стану здоров'я та можливості їх тимчасового поміщення до дитячого або лікувального закладу;

- правовий статус неповнолітніх у виконавчому процесі – це здатність неповнолітніх дітей бути учасником виконавчого процесу як в «ролі» стягувача, так і боржника, реалізуючи права та обов'язки сторони через законних представників, а також особисто у межах наданої їм цивільної та цивільної процесуальної правосуб'єктності [25, с. 181–184].

Розглядаючи питання правового статусу дітей у цивілістичному процесі, не можна залишити поза увагою й аспект моменту виникнення правоздатності. Відомо, що момент виникнення процесуальної правоздатності відрізняється від моменту виникнення правоздатності у матеріальному праві.

Ми вважаємо, що право повинно більш широко охороняти і захищати права дітей ще до їх народження і для цього мають бути створені відповідні умови у законодавстві. До речі, цей підхід відображений у чинному законодавстві. ЦК уже охороняє спадкові права зачатої, але не народженої дитини (ст. 1222), а Кримінальний кодекс встановлює особливу охорону вагітної жінки, визначаючи серед обтяжуючих обставин здійснення злочину

проти жінки, яка завідомо для злочинця була вагітною (ст. 67) [76]. До цього пропонуємо додати й підсилення моральної відповідальності за порушення прав вагітної жінки, яка вже турбується не тільки про власне здоров'я, а й про здоров'я дитини. Таким чином, хоч і не завжди безпосередньо, але закон визнає певні права за ненародженою дитиною, однак коли питання стосується життя, то починається відступ від цих позицій, а це просто означає непослідовність як законодавця, так і деяких науковців (детальніше це питання розглянуто нами у попередніх публікаціях [19, с. 182–186]).

Що стосується правоздатності у процесуальному праві, то вчена, професор, С. Я. Фурса слушно наголошує на тому, що «цивільна процесуальна правоздатність виникає, відповідно, лише з моменту звернення (письмового до суду та письмового чи усного – до нотаріуса) фізичних чи юридичних осіб до суду чи нотаріуса» [184, с. 125–126]. Відповідно, процесуальна правоздатність у виконавчому процесі виникає з моменту звернення до державного або приватного виконавця або вчинення останнім виконавчих дій щодо прав та інтересів боржника. Як було розглянуто, неповнолітні діти можуть бути суб'єктом безпосереднього звернення, а малолітні – лише опосередкованим суб'єктом такого звернення, тобто через законних представників.

І той факт, що за чинним законодавством момент виникнення процесуальної правоздатності не співпадає із моментом виникнення правоздатності у матеріальному праві підтверджується також тим, що за зверненням законних представників до нотаріуса охороняються спадкові інтереси зачатої, але ще ненародженої дитини на підставі абз. 2 ч. 2 ст. 25 ЦК [184, с. 126]. Однак, згідно ч. 2 ст. 25 ЦК цивільна правоздатність фізичної особи виникає у момент її народження. Таким чином, момент виникнення цивільної процесуальної правоздатності може як передувати моменту виникнення правоздатності у матеріальному праві, так і слідувати за ним, тобто виникати пізніше.

На підставі всього вищевикладеного, тепер можемо сформулювати загальні підходи до розуміння дієздатності та правового статусу дітей саме у цивілістичному процесі.

Дієздатність малолітніх осіб у цивілістичному процесі, по-перше, має бути сформована у відповідному процесуальному законодавстві і за аналогією з нормами ЦК позначена як часткова, по-друге, потрібно системно враховувати статус цієї особи в цивільному, нотаріальному та виконавчому процесі з урахуванням віку та розумових здібностей дитини, включаючи право висловлювати свою думку як особі, на права та інтереси якої може вплинути відповідний процес, а також виступити свідком в цивільному процесі. Системно слід ставитися до виступів таких осіб, оскільки не володіючи спеціальними знаннями і життєвим досвідом діти можуть керуватися настроями, підпадати під вплив дорослих, отже, можуть висловлювати побажання, які можуть бути використані їм на шкоду, а це неприпустимо з позиції дотримання найкращих інтересів дитини і такі негативні виступи не повинні братися до уваги.

Правовий статус малолітніх у цивілістичному процесі може бути різним, що обумовлюється характером матеріальних правовідносин, але специфіка такого статусу обумовлюється тим, що у відповідних процесах їх роль зводиться до висловлення своєї позиції, а комплексом процесуальних прав та обов'язків з охорони і захисту прав таких осіб наділяється законний представник або уповноважений ним адвокат, але органи опіки та піклування доволі часто залишаються «безучасними» в таких справах, а дитина залежною від правомірності дій представників, що не відповідає духу найкращих інтересів дитини, дотримання яких ні ким не контролюється у цивілістичному процесі.

Дієздатність неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі слід визнати неповною і відповідним чином закріпити у законодавстві, а також сформулювати системний комплекс прав та обов'язків таких осіб у цивільному, нотаріальному і виконавчому провадженні, коли вони зможуть

особисто здійснювати права та обов'язки сторони та третьої особи (перекладача, свідка), стягувача або боржника особисто, а коли їх участь у процесі має супроводжуватися не тільки згодою законних представників, але й контролем з боку органів опіки та піклування та правовою допомогою адвокатів.

Правовий статус неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі ускладнений у порівнянні з малолітніми особами, оскільки вони можуть визнаватися учасниками правовідносин, але мають неповну дієздатність (ст. 32 ЦК), а також їх статус пов'язаний з їх матеріальним становищем (ч. 2 ст. 33 ЦК), що може бути з'ясовано навіть у виконавчому провадженні. Отже, наведені обставини потребують системного відображення у законодавстві та уточнення комплексу прав та обов'язків таких осіб в різних правових ситуаціях.

Отже, статус дитини має системно простежуватися в усіх видах процесуальних правовідносин, починаючи з нотаріального процесу, цивільного судочинства до виконавчого провадження, особливо у таких категоріях судових справ як про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною, оскільки з певного віку законна сила судового рішення має поширюватися й на дитину та зумовлювати й для неї певні обов'язки у виконавчому провадженні, тому у таких справах воля особи має бути з'ясована і, відповідно, такі справи не повинні розглядатися в заочному режимі за відсутності дитини, оскільки нез'ясування волі дитини має слугувати підставою для скасування рішення суду (наприклад, дії по відібранню дитини, поміщенню її у лікувальний заклад тощо).

Висновки до Розділу 1

У процесі дослідження процесуального статусу дітей у цивільному процесі було:

1) обґрунтовано, що як неповнолітні, так і малолітні діти повинні визнаватися стороною у справі: позивач, в окремих категоріях справ і відповідач, третя особа, заявник чи заінтересована особа, стягувач і навіть боржник, якщо вони беруть участь у відповідному процесі опосередковано, тобто через законних представників. Це положення має стосуватися й нотаріального процесу, коли батьки укладають договір про місце проживання дитини, визначення розміру утримання на дитину, з урахуванням її віку. У такому разі дитина має займати статус заінтересованої особи у нотаріальному провадженні, оскільки її права та законні інтереси зачіпаються вчинюваною нотаріальною дією або заявником, коли вона має право сама звертатися до нотаріуса за вчиненням правочину (самостійне подання неповнолітньою дитиною нотаріусу заяви про прийняття спадщини);

2) дістала подальшого розвитку наукова ідея О. І. Журби про доцільність виокремлення третьої сторони, яка відрізняється від третіх осіб, у контексті участі дітей саме у якості третьої сторони, зокрема, у справах щодо правочинів, вчинених без дозволу органів опіки та піклування і якими порушуються майнові права дітей;

3) запропоновано авторську дефініцію процесуального статусу малолітньої дитини у цивільному процесі як такого, що має особливі гарантії від держави, незалежно від конкретного статусу в справі: позивача, відповідача тощо, коли важливі правочини в інтересах дитини здійснюються законніми представниками, а дозвіл на їх вчинення надають органи опіки та піклування, а малолітні вправі в таких справах особисто висловлювати власні думки із питань, що безпосередньо їх стосуються та підлягають вирішенню у судовому, нотаріальному або виконавчому процесі, чи бути свідком у цивільній справі. Але ця гіпотеза має бути відтворена у законодавстві та

гарантії мають бути підсилені контролем за результатами діяльності законних представників;

4) запропоновано, щоб при допиті малолітніх та неповнолітніх у якості свідків, а також при залученні дітей для висловлення власної думки із питань, які їх безпосередньо стосуються, були присутні не тільки представники, а й дитячі психологи;

5) запропоновано правовий статус неповнолітніх у цивільному процесі розуміти як сукупність прав та обов'язків сторони у справах, які виникають із правовідносин, у яких вони особисто беруть участь, що визначається обсягом їх дієздатності у матеріальному праві;

6) встановлено, що безпосередня участь малолітніх осіб у нотаріальному процесі не передбачена нотаріальним законодавством і тому виключається, що не відповідає нормам матеріального права для дітей у віці від 10 років, а тому потребує врегулювання;

7) зроблено спробу надати власні визначення у таких формулюваннях:

- нотаріальна процесуальна дієздатність малолітніх – це надана законом можливість дітям у віці до 14 років брати участь у нотаріальному провадженні у якості заявника або заінтересованої особи, здійснюючи свої права та обов'язки через своїх законних представників, але їх думка має враховуватися при посвідченні правочинів їх батьками, які стосуються їх життя, наприклад, при визначенні з ким з батьків має проживати дитина;

- нотаріальний процесуальний статус малолітніх осіб – це сукупність прав та інтересів, а також обов'язків та гарантій, належних дітям як особам, що беруть участь у нотаріальному провадженні у якості заявника чи заінтересованої особи, які здійснюються їх законними представниками з дозволу і, на нашу думку, під контролем органів опіки та піклування;

- дієздатність неповнолітньої особи у нотаріальному процесі можна визначити як законну можливість особисто у рамках неповної дієздатності у матеріальному праві здійснювати права та обов'язки особи, що

бере участь у нотаріальному провадженні у якості заявника, заінтересованої особи;

- нотаріальний процесуальний статус неповнолітніх пропонуємо розуміти як засновану на нотаріальній процесуальній правоздатності та неповній дієздатності дітей у віці від 14 до 18 років сукупність прав та інтересів, а також обов'язків та гарантій, належних їм як особам, що беруть участь у нотаріальному провадженні, які здійснюються ними особисто або за згодою їх законних представників і з дозволу органів опіки та піклування;

8) обґрунтовано, що неповнолітні мають користуватися правом особисто брати участь у виконавчому провадженні у межах їх дієздатності;

9) доведено, що малолітні і неповнолітні діти мають статус сторони у виконавчому провадженні, при цьому малолітні є стороною через своїх законних представників, а неповнолітні можуть здійснювати права та обов'язки сторони й особисто у визначених цивільним законом випадках;

10) запропоновано наступні підходи до розуміння правового статусу малолітніх та неповнолітніх у виконавчому процесі:

- правовий статус малолітніх у виконавчому процесі – це здатність малолітніх дітей бути учасником виконавчого процесу, реалізуючи права та обов'язки сторони через законних представників, а також право бути вислуханим державним виконавцем – особисто;

- правовий статус неповнолітніх у виконавчому процесі – це здатність неповнолітніх дітей бути учасником виконавчого процесу, реалізуючи права та обов'язки сторони через законних представників, а також особисто у межах наданої їм цивільної та цивільної процесуальної правосуб'єктності;

11) набула подальшого розвитку концепція С. Я. Фурси про те, що момент виникнення правоздатності у цивілістичному процесі виникає із моменту звернення до суду чи до нотаріуса, чи виконавця, а також з моменту звернення перелічених осіб до іншої сторони або заінтересованої особи та з'ясовано, що в окремих випадках (коли за зверненням законних

представників до нотаріуса охороняються спадкові інтереси зачатої, але ще ненародженої дитини на підставі ч. 2 ст. 25 ЦК) момент виникнення цивільної процесуальної правоздатності може передувати моменту виникнення правоздатності у матеріальному праві, а не лише слідувати за ним, тобто виникати пізніше;

12) доведено, що процесуальний статус малолітніх і неповнолітніх необхідно розділяти, оскільки вони мають різний обсяг прав та обов'язків, які можуть здійснювати самостійно, але це потрібно відобразити у законодавстві і не ототожнювати;

13) встановлено, що особиста участь малолітніх осіб у цивілістичному процесі зводиться до можливості висловлення своєї думки із питань, які їх безпосередньо стосуються, у той час як неповнолітні є повноправними учасниками цивілістичного процесу на рівні із повнолітніми у справах, які виникають із правовідносин, у яких вони безпосередньо беруть участь;

14) проаналізовано, що у цивілістичному процесі малолітні діти, які ще не досягли достатнього рівня розвитку, щоб висловлювати свою думку із питань, що її стосуються, є недієздатними; малолітні діти, які можуть висловити своє ставлення до вирішення питань, пов'язаних із їх життям, є частково дієздатними; неповнолітні особи мають повну процесуальну дієздатність у справах, які виникають із правовідносин, у яких вони особисто беруть участь;

15) встановлено, що статус дитини має системно простежуватися в усіх видах процесуальних правовідносин, починаючи з нотаріального процесу, цивільного судочинства до виконавчого провадження, особливо у таких категоріях судових справ як про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною, оскільки з певного віку законна сила судового рішення має поширюватися й на дитину та зумовлювати й для неї певні обов'язки у виконавчому провадженні, тому у таких справах воля особи має бути з'ясована і,

відповідно, такі справи не повинні розглядатися в заочному режимі за відсутності дитини, оскільки нез'ясування волі дитини має слугувати підставою для скасування рішення суду (наприклад, дії по відібранню дитини, поміщенню її у лікувальний заклад тощо);

16) запропоновано наступні підходи до розуміння дієздатності та правового статусу дітей у цивілістичному процесі:

– дієздатність малолітніх осіб у цивілістичному процесі, по-перше, має бути сформульована у відповідному процесуальному законодавстві і за аналогією з нормами ЦК позначена як часткова, по-друге, потрібно системно враховувати статус цієї особи в цивільному, нотаріальному та виконавчому процесі з урахуванням віку та розумових здібностей дитини, включаючи право висловлювати свою думку як особі, на права та інтереси якої може вплинути відповідний процес, а також виступити свідком в цивільному процесі. Системно слід ставитися до виступів таких осіб, оскільки не володіючи спеціальними знаннями і життєвим досвідом діти можуть керуватися настроями, підпадати під вплив дорослих, отже можуть висловлювати побажання, які можуть бути використані їм на шкоду, а це неприпустимо з позиції дотримання найкращих інтересів дитини і такі негативні виступи не повинні братися до уваги;

– правовий статус малолітніх у цивілістичному процесі може бути різним, що обумовлюється характером матеріальних правовідносин, але специфіка такого статусу обумовлюється тим, що у відповідних процесах їх роль зводиться до висловлення своєї позиції, а комплексом процесуальних прав та обов'язків по охороні і захисту прав таких осіб наділяється законний представник або уповноважений ним адвокат, але органи опіки та піклування доволі часто залишаються «безучасними» в таких справах, а дитина залежною від правомірності дій представників, що не відповідає духу найкращих інтересів дитини, дотримання яких ні ким не контролюється у цивілістичному процесі;

– дієздатність неповнолітніх осіб у цивільністичному процесі слід визнати неповною і відповідно закріпити у законодавстві, а також сформулювати системний комплекс прав та обов'язків таких осіб у цивільному, нотаріальному і виконавчому провадженні, коли вони зможуть особисто здійснювати права та обов'язки сторони та третьої особи, перекладача, свідка, стягувача або боржника особисто, а коли їх участь у процесі має супроводжуватися не тільки згодою законних представників, але й контролем з боку органів опіки та піклування та правовою допомогою адвокатів тощо;

– правовий статус неповнолітніх осіб у цивільністичному процесі ускладнений у порівнянні з малолітніми особами, оскільки вони можуть визнаватися учасниками правовідносин, але мають неповну дієздатність (ст. 32 ЦК), а також їх статус пов'язаний з їх матеріальним становищем (ч. 2 ст. 33 ЦК), що може бути з'ясовано навіть у виконавчому провадженні. Отже наведені обставини потребують системного відображення у законодавстві та уточнення комплексу прав та обов'язків таких осіб в різних ситуаціях.

РОЗДІЛ 2

УЧАСТЬ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ У НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ТА ПРЕДСТАВНИЦТВО ЇХ ІНТЕРЕСІВ

2.1 Міжнародні та іноземні аспекти захисту прав дітей у нотаріаті

Кожна країна має свої особливості розвитку правових відносин та правового регулювання, але ці питання мають й істотне міжнародне врегулювання. Зокрема, Рада Європи ставить забезпечення особистої участі дітей у вирішенні питань, що їх стосуються, в центрі реалізації всіх прав дітей. Відповідно до офіційних інформаційних ресурсів, організацією забезпечення особистої участі дітей визнається ключовою стратегічною метою просування прав дітей, а також головним пріоритетом у встановленні стандартів, проведенні моніторингу та у виконанні спеціальних завдань [218]. З цим положенням важко не погодитися, але з певним застереженням про те, що в різних країнах по різному визначають статус дитини залежно від її віку тощо.

Міжнародна асоціація нотаріусів (International Union of Notaries) у своєму інформаційному бюлетені вказує на те, що організація усвідомлює необхідність надання особливого захисту дітям у країнах, що розвиваються, тому організацією було вжито заходів для того, щоб запобігти ситуаціям, коли дитина має невизначений правовий статус через відсутність необхідних документів. Метою таких заходів було визначено надати допомогу сім'ям у отриманні всіх необхідних документів на дитину та для дитини, у тому числі на безоплатній основі [228]. Відповідно, це поширюється і на підходи до участі дітей у нотаріальному провадженні.

Тому проаналізуємо різні підходи в різних країнах до участі дітей при вирішенні питань, які стосуються їх життя.

Так, у США діти обов'язково повинні бути присутніми при нотаріальному посвідченні правочинів, якщо у документі є хоча б згадка їхнього імені. Більше того, неповнолітні навіть самі повинні поставити свій підпис. Фахівці акцентують увагу на тому, що законний представник не може підписати нотаріально посвідчуваний документ замість неповнолітнього, якщо на документі вказано саме ім'я дитини. При цьому, процес посвідчення нотаріального акту не змінюється просто тому, що підписантом є неповнолітній. Відповідно, вимагається проведення належної процедури ідентифікації дитини нотаріусом. Якщо за поданими документами неможливо встановити особу дитини, то нотаріус може залучити свідків для підтвердження особи дитини. При цьому батьки не вважаються належними і неупередженими свідками, а тому свідками можуть бути лише треті особи. На нотаріуса також покладається обов'язок пересвідчитися у тому, що дитина має належне розуміння вчинюваного правочину і що вона не діє під примусом, тобто що на неї відсутній будь-який тиск щодо підписання нотаріально посвідчуваного документу [222].

Такий підхід, зокрема, до встановлення особи не відповідає українським традиціям і українському законодавству, оскільки переважна більшість батьків в Україні діє в інтересах власних дітей. Тому певний елемент недовіри до батьків може мати місце лише у тому випадку, коли батьки за умовами посвідчуваного договору діють не в інтересах дитини. Але по особливо важливих договорах потребується згода органів опіки та піклування на їх посвідчення. Дисертант вважає, що така згода має бути конкретною і передбачати конкретні засоби забезпечення інтересів дитини, наприклад, при відчуженні майна дитини – кошти мають перераховуватися на рахунок дитини тощо.

Варто зазначити, що у США відсутній поділ дітей на малолітніх і неповнолітніх, як це прийнято у вітчизняній правовій системі – всі знаходяться у категорії неповнолітніх. Деякі штати встановлюють мінімальний вік, із якого дитина допускається до підпису документів. Якщо

ж це питання залишається не врегульованим, тоді нотаріусам у США рекомендується використовувати для цього своє власне судження, щоб переконатися, що дитина достатньо «доросла», щоб прочитати і усвідомити (або просто усвідомити із прочитаного їй іншою особою) зміст документу, який вона має підписати. Зрозуміло, що 13-річна дитина може прочитати документ сама, а от у 4-річної дитини, звісно, виникнуть із цим труднощі. Тому нотаріуси повинні поспілкуватися з дитиною, провести роз'яснення, задати їй питання, щоб пересвідчитися у її розумінні нотаріально посвідчуваного правочину. При цьому наголошується, що ні при яких обставинах батьки не можуть поставити підпис на документі замість своєї дитини [222]. Вважаємо, що таке правило має бути властивим і українському праву.

У США в залежності від штату також відрізняються і правила того, чи може нотаріус вчиняти нотаріальні дії по відношенню до близьких осіб. Так, у штаті Арізна забороняється нотаріусам посвідчувати правочини, що вчиняються особами, із якими нотаріус пов'язаний у результаті шлюбу, усиновлення, у той час як законодавство штату Індіани чітко дозволяє нотаріусам посвідчувати документи своїм чоловіку/дружині, дітям, батькам та іншим родичам [224]. Перекладаючи це положення на інтереси дітей, можна виявити певну непослідовність, що уповноважені батьки можуть діяти в інтересах власних дітей і це очевидно, але на скільки батьківська любов може негативно позначитися на об'єктивності посвідчуваних договорів? І чи повинна залежати інша особа від батьківської любові тощо? На нашу думку, дане правило не повинно застосовуватися в Україні.

У Канаді, зокрема у провінції Квебек, нотаріусам надано повноваження застосовувати правила виплати аліментів на дітей та проводити відповідні розрахунки, встановлюючи суму, яка повинна бути виплачена зобов'язаною особою. Також нотаріуси можуть задокументувати згоду батьків щодо того, щоб розподілені між ними обов'язки щодо утримання дітей та встановлений порядок побачення з дітьми було переглянуто. При цьому наголошується на

тому, що всі питання, пов'язані з утриманням дітей, із усиновленням, опікою та піклуванням, зокрема, клопотання про встановлення опіки над дитиною чи про внесення змін щодо утримання дітей, повинні бути представлені до суду для затвердження. Тому нотаріус у таких ситуаціях може не лише скласти відповідний юридичний документ, якщо сторони погоджуються із усіма умовами, але й самостійно представити його на затвердження суду. Тоді такий нотаріально посвідчений документ, який затверджений судом, матиме таку ж юридичну силу, як і судові рішення [217]. Вважаємо, що такий досвід не можна розцінювати як перспективний для України, оскільки нотаріальна діяльність зводиться до підготовки документів для суду...

Також у Канаді нотаріуси допомагають в усиновленні дітей бажаючим особам. Вони надають консультації, перевіряють, чи такі бажаючі особи відповідають встановленим критеріям для осіб, які мають право усиновити дитину із Канади чи із іншої країни, допомагають зібрати необхідний пакет документів та скеровують осіб у відповідні державні органи для подання цих документів [217].

У Німеччині взагалі дещо інший підхід до професії нотаріуса, оскільки існує три види нотаріусів чи, точніше, три групи осіб, які можуть надавати нотаріальні послуги. Перша група – це лише нотаріуси, тобто особи, які займаються тільки нотаріальною діяльністю. Друга група – це адвокати-нотаріуси, які можуть поєднувати свою адвокатську діяльність із нотаріальною діяльністю [214]. Третя група – це державні службовці, які надають нотаріальні послуги. На цю третю групу дія нотаріального законодавства не розповсюджується, оскільки вони діють як державні службовці і отримують фіксовану заробітну плату за свою роботу, але саме до них можуть пред'являтися вимоги щодо особливої охорони і захисту прав дітей, оскільки їх статус змушує діяти в інтересах держави і суспільства. У Німеччині нотаріуси також видають документи, які підтверджують батьківство щодо дитини, народженої поза шлюбом, а також документи, які підтверджують, що особи можуть укласти шлюб, складають та посвідчують

договори про утримання дітей, шлюбні договори тощо [225]. Але істотна відмінність німецької правової системи полягає й в тому, що у цій країні один з батьків може встановити в суді право на одноосібну опіку над дитиною [227], що породжуватиме певні правові наслідки і не потрібною ставатиме згода іншого з батьків.

У Румунії із 2011 року нотаріусам надали право розлучати подружжя навіть у випадку, коли воно має неповнолітніх дітей, але за умови, що подружжя не має спору з приводу їх виховання та утримання. При цьому також вказується на те, що у випадку, коли закон встановлює необхідність заслухати думку дитини у суді у процесі розлучення подружжя у судовому порядку, то у тих же випадках має залучатися і заслуховуватися дитина нотаріусом, коли розлучення відбувається у нотаріальному порядку. Аналогічна практика існує також у Латвії та Іспанії [226]. Підтримуємо таку практику, оскільки у нотаріуса дитина буде вести себе розкутіше, ніж у суді. Водночас дитина, надаючи свою думку з приводу питань, які стосуються її життя, не виступає як свідок, не попереджається про кримінальну відповідальність. Але у такій ситуації необхідно забезпечити, щоб ніхто не здійснював вплив на дитину, тому, на нашу думку, мають бути присутніми представники органу опіки та піклування і психолог.

У Польщі нині ведуться дослідження щодо участі нотаріусів в укладенні договорів про сурогатне материнство і вказується на те, що у більшості країн (Польща, Україна, Росія і СНД, Франція, Латиноамериканські країни тощо) існує законодавча вимога або юридична практика нотаріального посвідчення договорів між сурогатною матір'ю та подружжям-замовником послуги, у той час як у спеціальному правовому регулюванні цього питання часто існують прогалини або воно взагалі відсутнє [223]. І ця практика здається оптимальною й для України, оскільки такий «бізнес з надання послуг» залишається в «тіні» і проста письмова форма договору позбавляє сторони договору правової допомоги. Нотаріуси здатні забезпечити сторони правовою допомогою, законно і якісно

врегулювати правовідносини між сторонами шляхом складання проекту договору, а також зобов'язані дотримуватися нотаріальної таємниці. Отже сторони можуть бути впевнені в тому, що інформація про укладений правочин не буде поширюватися.

Наведені порівняльні аспекти дозволяють стверджувати, що в багатьох країнах світу мають місце істотні відмінності в питаннях охорони і захисту прав дітей, повноважень осіб, які вчиняють нотаріальні дії, в інтересах дітей тощо. Авторська увага була сконцентрована лише на окремих питаннях охорони і захисту прав дітей, включаючи, ще не народжених дітей, але відмінності стосуються й норм матеріального права тощо. Отже, міжнародний та іноземний досвід може стати в нагоді при розробці нового Закону України «Про нотаріат» або Нотаріального кодексу, але не можна без широкого обговорення і адаптації його положень до законодавства України і без врахування українських традицій, ментальності українського народу, власного досвіду його сліпо запозичувати.

Результати дослідження правових систем нотаріату було опубліковано у відповідному розділі у підручнику «Нотаріальний процес. Інтерактивний курс (з практикумом)» за заг. ред. С.Я. Фурси.

2.2 Органи опіки і піклування в нотаріальному процесі

Обов'язковим правилом вчинення нотаріально посвідчувальних правочинів, які стосуються прав та інтересів дітей, є наявність згоди органів опіки та піклування [21, с. 6–13], тому зупинимося на цьому детальніше. Питання участі органів опіки та піклування уже привертало увагу багатьох українських дослідників. Так, вчені Я. М. Шевченко та Л. Г. Кузнецова досліджували питання правової природи згоди органів опіки та піклування і обґрунтували, що її слід вважати правочином [78, с. 29]. Вчені С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Д. М. Кухнюк та К. М. Капляр розглядали питання

представництва та охорони прав та інтересів дітей у нотаріальному процесі [184, с. 212]. Вчені В. В. Комаров та В. В. Баранкова аналізували випадки, коли надання дозволу органів опіки та піклування на укладення правочинів за участю малолітніх та неповнолітніх є обов'язковим, а коли не є таким [67, с. 150]. Вчена Ж. Л. Чорна розглядала надання згоди органами опіки і піклування у контексті окремих питань участі дітей у майнових відносинах за цивільним законодавством України [204, с. 35–43]. Вчена І. В. Жилінкова аналізувала правочини, які батьки вправі укласти з дозволу органів опіки та піклування [55, с. 63]. Приватний нотаріус І. Куценко аналізувала випадки, коли недобросовісні законні представники малолітніх осіб можуть уникати отримання згоди органами опіки та піклування [82, с. 97–105].

Позначеним правовідносинам присвятили свої дослідження ще багато фахівців [163; 41], проте проблеми надання та отримання згоди органами опіки та піклування не можна вважати повністю вирішеними, а тому вони потребують додаткових досліджень, зокрема у частині надання згоди на набуття права власності дітьми, на вчинення правочинів неповнолітніми, порядку надання і змісту такої згоди.

Як уже було зазначено вище, при вчиненні нотаріально посвідчуваних правочинів за участю неповнолітніх наявність згоди органів опіки та піклування є обов'язковим і це правило ставить договір на грань нікчемності. При цьому варто звернути увагу на те, що така згода на практиці необхідна не лише у випадку відчуження майна, яке належить дитині чи право користування яким вона має, а й у разі дарування дитині нерухомого чи рухомого майна. Проте правильність та доцільність такого підходу у останньому випадку потребує аналізу.

Необхідність отримання згоди органу опіки та піклування встановлена положеннями ст. 12 ЗУ «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей», відповідно до яких держава охороняє і захищає права та інтереси дітей під час вчинення правочинів щодо нерухомого майна [144].

Існує положення ст. 17 Закону України «Про охорону дитинства», відповідно до якого батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органів опіки і піклування, наданого відповідно до закону, укласти договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, відмовлятися від належних дитині майнових прав, здійснювати поділ, обмін, відчуження житла, зобов'язуватися від імені дитини порукою, видавати письмові зобов'язання [145]. І це положення є абсолютно вірним.

Виходячи із аналізу норм даної статті, можна зробити висновок, що йдеться про всі договори взагалі, які тільки потребують нотаріального посвідчення та державної реєстрації, а це включає договір дарування нерухомого майна. Проте далі законодавець говорить про випадки відчуження прав дитини на майно, які й потрібно охороняти від порушення. Проте чи є охороною дитинства обмеження права на отримання дитиною майна у власність опосередкованим встановленням необхідності отримання згоди від органу опіки та піклування? Оскільки прямо цього норма закону не передбачає.

Ще до прийняття наведеної вище норми ЗУ «Про охорону дитинства» листом Міністерства юстиції від 16 січня 2006 року № К-37565-31 було надано роз'яснення, у якому уповноважені особи міністерства дійшли висновку (при цьому обґрунтування не наводиться), що будь-які дії, спрямовані на набуття, зміну або припинення прав та обов'язків малолітніх, мають здійснюватися батьками дитини з дозволу органів опіки та піклування, а тому зазначена вимога стосується і випадків придбання майна на користь малолітньої дитини [84].

Унаслідок цього послідувала практика звернення за дозволом до органів опіки та піклування для дарування майна дитині її близькими родичами. І дисертантці відомі випадки із практики, коли органи опіки та піклування не давали згоди на дарування квартири дитині, мотивуючи це тим, що вона не має власного доходу, є малолітньою, і тому не зможе

самостійно утримувати квартиру. Однак чи можна такий підхід вважати обґрунтованим?

Як бачимо, згода органу опіки і піклування на дарування майна дитині конкретно визначена навіть не на рівні закону чи навіть підзаконного НПА, а на рівні офіційного тлумачення закону, який вбачається нам не правильним. До того ж, визначивши необхідність такої згоди, не було встановлено випадків, у яких органи опіки та піклування можуть відмовити у наданні такої згоди, тим самим виключивши випадки необґрунтованої відмови. Тому дане питання залишилося не врегульованим, що на практиці призвело до порушення прав та інтересів дітей у той час, коли вони навпаки повинні були б захищатися органами опіки та піклування.

Вбачається, що дарування майна дитині не передбачає необхідності самостійного утримання подарованого майна, якщо інше не буде передбачено у договорі. Але і у такому випадку дитині краще набувати майно, ніж його не мати. Управління майном дитини здійснюється батьками на загальних підставах, і випадок набуття дитиною майна також входить у це загальне правило. Тому право власності дитини, а також право набувати майно у власність не повинно обмежуватися лише з тих міркувань, що дитина не може самостійного його утримувати і управляти ним. Зокрема, майно може бути передане в управління навіть стороннім особам і давати дитині доходи. Вбачаємо, що це питання має знайти врегулювання на законодавчому рівні.

На підставі цього ми вважаємо, що роз'яснення Міністерства юстиції не відповідає духу закону щодо врегулювання питання набуття дітьми права власності на майно, тому дитині рухоме чи нерухоме майно повинно даруватися вільно, і згода органів опіки та піклування взагалі не має вимагатися для нотаріального посвідчення таких правочинів у інтересах дитини. Виходячи з цього, пропонуємо доповнити статтю 177 СК України положенням про те, що згода органів опіки та піклування на набуття дитиною майна у власність не потрібна.

Отже, що у випадку набуття прав на майно або доходи дитиною згода органу опіки та піклування на вчинення нотаріальної дії щодо посвідчення цього правочину, за загальним правилом, не потрібна. Інша річ, коли батьки укладатимуть договір про компенсацію аліментів на дитину за рахунок нерухомого або іншого майна, згода органу опіки та піклування розцінюється необхідною, оскільки у разі свідомого завищення вартості майна можуть постраждати інтереси дитини тощо.

Розглядаючи питання надання згоди органів опіки та піклування, варто зупинитися на умові надання такої згоди у випадку продажу житла, право власності або користування яким має дитина, яка у ст. 177 СК сформульована як «гарантії збереження прав на житло». Хоча існує багато робіт вчених, які приділяли цьому питанню свою увагу, розглядали його системно і в динаміці [194; 172; 176], аналіз практики діяльності органів опіки та піклування свідчить про те, що органи опіки та піклування розуміють такі гарантії по-своєму, часто зводячи їх розуміння до того, що житло, яке батьки мають намір придбати, повинно бути такої ж площі, що й те житло, яке ними відчужується, або мати інші не гірші, а то й навіть кращі характеристики. Ми вважаємо, що не можна судити на відповідність інтересам дитини і тлумачити збереження права на житло лише з позиції площі, щоб житло, яке буде купуватися замість відчужуваного, обов'язково було такої ж площі або більшої, оскільки найкращі інтереси дитини можуть диктувати й інше використання коштів дитини, наприклад, на проведення складної операції, навчання у престижних іноземних навчальних закладах тощо.

Якщо враховувати позицію Верховного Суду, яку він застосовує при вирішенні такої категорії спорів, то слід говорити про те, що для надання згоди органом опіки та піклування на відчуження житла дитини, повинна бути врахована сукупність факторів щодо того, що правочин не повинен:

- суперечити правам та інтересам дитини;
- звужувати обсяг існуючих майнових прав дитини та/або порушувати охоронювані законом інтереси дитини;

- зменшувати або обмежувати права та інтереси дитини щодо жилого приміщення;
- порушувати гарантії збереження права дитини на житло [118].

Тобто і в цьому випадку мова йде про права дитини на житло, але в наш час багато українських сімей виїжджає за кордон на постійне місце проживання, тому спосіб використання коштів дитини за кордоном на придбання житла має контролюватися консульськими установами. Дане положення спонукає більш ширше розглядати відносини з використання коштів дитини і контролю за цим процесом.

При цьому тлумачення гарантій збереження прав дитини на житло не надається. Проте надання такого тлумачення спричинило б позитивний вплив на правозастосовну практику. Разом з тим, вбачається, що просте розуміння цього принципу може зводитися до того, що при укладенні правочину відчуження житла дитини право цієї дитини на житло повинно гарантовано зберегтися, щоб вона не опинилася на вулиці без даху над головою. А про гарантоване збереженням права дитини на житло буде свідчити, наприклад, надання укладеного договору на купівлю іншого житла, попереднього договору із внесеним завдатком тощо. При цьому варто зазначити, що відомі випадки, коли органи опіки та піклування дають згоду на посвідчення правочину відчуження житла дитини лише при умові одночасного посвідчення купівлі іншого житла. І хоча це досить цікава практика, і такий підхід відповідає гарантованому збереженню права дитини на житло, тому може мати місце в нотаріальній діяльності, коли два договори посвідчуються одночасно як нерозривні. Крім того, може бути використаний гарантований спосіб забезпечення прав дитини на майно, коли кошти від продажу належної дитині частки майна кладеться в депозит банку або нотаріуса і використовуються лише з певною метою – для придбання майна.

Відповідно, договір про продаж житла дитини повинен посвідчуватися нотаріусом лише у тому разі, коли він укладається із дотриманням всіх умов, які вказано у дозволі (рішенні) органу опіки та піклування (наприклад, якщо

орган опіки та піклування дав згоду на укладення договору продажу житла лише за умови одночасного посвідчення договору купівлі іншого житла, то нотаріус повинен вчинити нотаріальну дію саме так). І порушення цієї умови повинно мати певні наслідки – визнання договору недійсним (нікчемним) і притягнення нотаріуса до відповідальності.

Отже, умову про надання дозволу органами опіки та піклування на укладення договору купівлі-продажу житла, право на яке мають діти, яка у ст. 177 СК сформульована як «гарантії збереження прав на житло», слід сприймати широко і розуміти так, що при укладанні такого правочину відчуження житла дитини, право цієї дитини на житло гарантовано не тільки батьками, а й державою, оскільки саме державну функцію виконує орган опіки та піклування і саме держава має забезпечувати гарантії збереження прав дитини на житло та це положення повинно мати правові та певні процесуальні наслідки.

У Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України багато раз згадуються права та інтереси малолітніх та неповнолітніх дітей, а також конкретизується, що має надаватися «дозвіл органу опіки та піклування на вчинення правочину у формі витягу з рішення відповідної районної, районної у містах Києві та Севастополі державної адміністрації, відповідного виконавчого органу міських, районних у містах, сільських, селищних рад» (п. 1.9. глави 2 розділу II) [110] (надалі – Порядок). Більше того, у п. 2.7. глави 3 розділу II передбачається, що до заповіту може бути включено розпорядження немайнового характеру (наприклад, бажання призначити опіку над неповнолітнім тощо). Тобто, допустимість подбати про майбутнє дитини зводиться до призначення опіки над неповнолітньою, хоча, на нашу думку, держава і так турбуватиметься над інтересами неповнолітнього. Отже, заповідач вправі не тільки визначити питання призначення опіки, а й конкретизувати: хто має виконувати таку роль, які кошти мають бути використані в найкращих інтересах дитини тощо. Таким чином, воля заповідача буде альтернативою щодо загального порядку, у відповідності до

якого питаннями піклування над інтересами неповнолітньої особи, а не опікою буде займатися конкретна особа, призначена органами опіки та піклування, а не призначатися «випадкова» людина.

Характерним для аналізу є положення п. 6.3. глави 14 розділу II Порядку, де встановлено: «Якщо спадкоємцями є малолітні, неповнолітні, недієздатні особи або особи, цивільна дієздатність яких обмежена, про видачу свідоцтва виконавцю заповіту нотаріус повідомляє відповідні органи опіки та піклування» [110]. Дане положення можна визнати абсолютно зайвим, якщо ми не сприйматимемо його як певну тенденцію. Так, не зважаючи на наявність виконавця заповіту свідоцтво про право на спадщину буде видавати нотаріус, тоді навіщо повідомляти органи опіки та піклування? Ця нормативна «помилка» нами сприймається в контексті нашої загальної концепції, що і державний, і приватний нотаріус не повинен перекладати власну відповідальність за оформлення спадкових правовідносин на виконавця заповіту, а мусить контролювати дотримання прав та інтересів дітей. Водночас, коли в спадкових правовідносинах беруть участь діти, то про такі факти мають повідомлятися органи опіки та піклування нотаріусами, які мають спостерігати за тим, щоб права та інтереси дітей не порушувалися.

Зокрема, у п. 3.2.7. Порядку допускається неповнолітній особі відмовитись від прийняття спадщини за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника і органу опіки та піклування, а замість малолітньої особи від прийняття спадщини можуть відмовитися з дозволу органу опіки та піклування. В яких випадках такі відмови будуть в інтересах неповнолітніх або малолітніх дітей? Як мінімум, вважаємо необхідним заслухати з цього приводу думку малолітніх осіб і їх аргументи, які в силу своїх розумових здібностей здатні усвідомлювати свої інтереси та значення такої відмови, а з десятирічного віку така думка має стати обов'язковою при прийнятті рішення про відмову від спадкування.

Тому ми пропонуємо авторську концепцію про сприйняття повноважень державних органів, які зводяться не тільки до застосування

дозвільного режиму охорони прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб органами опіки та піклування, а й до системного контролю з боку держави за охороною і захистом таких прав як під час, так і після їх реалізації, зокрема й в нотаріальному, цивільному та виконавчому процесах;

Дисертант вважає необхідним особливу увагу у нотаріальному процесі приділити представництву інтересів дітей з урахуванням їх правового статусу, що обумовлюється віком, а також з визначенням інтересів батьків та дітей тощо. Так, варто звернути увагу на те, що, відповідно до п. 3.4 Порядку, нотаріус не приймає для посвідчення правочин, що укладається від імені малолітньої дитини представником батьків (усиновлювачів) або одного з них [110]. Таким чином, субпредставництво малолітніх у нотаріальному провадженні обмежується, а точніше взагалі виключається. Проте вбачається, що таке положення не сприяє належній реалізації та охороні прав та обов'язків малолітніх осіб у випадку, коли таке субпредставництво буде здійснюватися адвокатом. Тобто у підзаконному акті обмежується право батьків на передачу повноважень з охорони прав їх дітей більш компетентному в правовому сенсі представнику, але для цього мають бути законні підстави. Тому ми пропонуємо внести зміни у це положення, передбачивши можливість субпредставництва інтересів малолітніх дітей у нотаріальному провадженні, зокрема, адвокатом. Головним аргументом на підтвердження цієї позиції має слугувати той фактор, що батьки у довіреності на ім'я адвоката мають зазначити повноваження адвоката як сімейного, а також висловити згоду на посвідчення договору. В такому випадку роль адвоката буде зводитися не до дачі згоди, а до контролю за умовами договору, щоб некоректні його умови або інші недоліки не могли бути використані на шкоду інтересів дитини.

Авторська позиція зводиться до того, що неповнолітню особу можна вважати суб'єктом договору про правову допомогу з адвокатом і в такому разі неповнолітня особа буде більш захищеною, навіть у тому випадку, коли батьки впливали на дитину з метою відчуження майна неповнолітнього у

власних інтересах. Адвокат же ж має працювати в інтересах свого клієнта, чітко відокремлюючи його особисті інтереси від інтересів сім'ї.

Дійсно, інтереси представників та довірительів можуть не збігатися, що може бути виявлено в процесі посвідчення договору. Наприклад, в разі укладання неповнолітніми дітьми не вигідного для них договору, потенційно можливою може стати відповідальність батьків. Але це не означає, що батьки не повинні давати безпредметну згоду на посвідчення договору неповнолітніми, а мають впевнитися, що така згода не загрожує ні інтересам дитини, ні несе небезпеки для них тощо. Для порівняння, слід звернути увагу на положення ч. 2 ст. 59 ЦПК [203], де акцентується увага на тому, що права, свободи та інтереси неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть захищати у суді, відповідно, їхні батьки, усиновлювачі, піклувальники чи інші особи, визначені законом. Тобто слово «можуть» означає, що неповнолітні вправі захищати свої інтереси і особисто, але не у всіх справах. При цьому, правова допомога, що надається адвокатами, не може порівнюватися з моральною або іншою підтримкою батьків, які є дієздатними, але юридично некомпетентними.

В нотаріальному процесі при дачі згоди на посвідчення договору неповнолітньою особою батьки не можуть розцінюватися як законні представники особи, оскільки вони не заміщують неповнолітнього в договорі, якщо інше не впливає з відносин неповнолітнього і його батьків та не встановлено у самому договорі.

Тому питання представництва інтересів дітей в нотаріальному та цивільному процесі можна визнати подібними, але з певними застереженнями. Також варто звернути увагу на те, що процедура заміни законного представника у нотаріальному процесі не передбачена законом, як у цивільному процесі. Але, на наш погляд, доцільно було б закріпити таку можливість. Зрозуміло, що сама процедура буде дещо іншою, аніж у цивільному процесі, оскільки нотаріус не має повноважень відсторонити недобросовісного представника від участі у нотаріальному провадженні, як

суддя. Тому у таких випадках дана функція повинна здійснюватися органами опіки та піклування, які або за результатами власного безпосереднього моніторингу, або за зверненням нотаріуса чи самої малолітньої особи будуть замінювати недобросовісних законних представників. В останньому випадку нотаріус має відкласти вчинення нотаріальної дії та звернутися до органу опіки та піклування для вирішення питання заміни законного представника дитини, який діє недобросовісно.

Якщо ж батьки діють в нотаріальному або цивільному процесі всупереч інтересам власної дитини, питання має розглядатися значно ширше і, можливо, з урахуванням інших обставин слугувати підставою для позбавлення їх батьківських прав.

Так само, важко визнати органи опіки та піклування законними представниками інтересів дітей в нотаріальному процесі, зокрема, вони, як правило, лише надають попередній дозвіл, необхідний для вчинення будь-яких правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти (на підставі ст. 12 ЗУ «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» [144], ст. 32 ЦК, ст. 177 СК [174]). При цьому, Верховний Суд у справі № 1612/2343/12 від 20 березня 2019 року дійшов висновку, що у випадку укладення правочинів щодо нерухомого майна чи інших нотаріально посвідчуваних правочинів іншими особами, відмінними від батьків дитини, то згода органу опіки та піклування буде не потрібна [118].

2.3 Загальні та спеціальні правила вчинення нотаріальних дій за участю малолітніх та неповнолітніх осіб та представництва їх інтересів

Відомо, що вчинення нотаріальних дій повинно відповідати визначеним законодавством правилам їх вчинення. Ці правила відіграють важливу роль, оскільки від їх дотримання залежить правомірність дій

нотаріуса, а тому якщо ці правила будуть порушені, то це приведе до порушень прав та інтересів осіб, що може потягнути за собою наслідки притягнення до відповідальності нотаріуса у формі скарги до Міністерства юстиції, пред'явлення позову тощо.

Як слушно зазначається вченими у юридичній літературі, при вчиненні нотаріальних дій за участю дітей, зокрема, неповнолітніх, нотаріус повинен керуватися не лише ЦК, а й СК, не лише ЗУ «Про нотаріат», а й ЗУ «Про охорону дитинства» та іншими нормативно-правовими актами, враховуючи всі матеріальні норми та дотримуючись процедури відповідно до загальних та спеціальних правил вчинення нотаріальних дій [172, с. 96].

У доктрині нотаріального процесу поняття «правила вчинення нотаріальних дій» сприймається у контексті «вчинення безпосередніх дій нотаріуса щодо посвідчення нотаріального акта та правила фіксації всіх дій, які пов'язані із вчиненням нотаріального провадження» [184, с. 409].

Вчена Я. П. Панталієнко, виділяючи загальні правила та правила вчинення окремих нотаріальних дій, які регламентують повноваження нотаріуса щодо вчинення нотаріальної дії (провадження), розглядає їх як невід'ємний елемент нотаріальної процедури [108, с. 9]. Професор С. Я. Фурса, аналізуючи нотаріальну процесуальну форму, дійшла висновку, що єдині правила нотаріального діловодства, загальні та спеціальні правила вчинення нотаріального процесу та правила вчинення окремих груп нотаріальних проваджень, об'єднаних за характерними ознаками, є складовими частинами нотаріальної процесуальної форми, яка, у свою чергу, є невід'ємним основним елементом нотаріальної діяльності [192, с. 33]. А оскільки правила вчинення нотаріальних дій є настільки важливими, то з них варто розпочинати аналіз особливостей участі малолітніх на неповнолітніх у нотаріальному процесі.

Але це загальнотеоретичні погляди на нотаріальну проблематику, в той же час, загальні правила вчинення нотаріальних дій, викладені у ЗУ «Про нотаріат» (далі – Закон) [143] та Порядку вчинення нотаріальних дій

нотаріусами України [110], і у доктрині нотаріального процесу неодноразово критикувалося таке викладення законодавцем. Так, С. Я. Фурса [192, с. 28] та Я. П. Панталієнко [184, с. 479] вважають, що, зокрема, видача дубліката документа, а також витребування відомостей, необхідних для вчинення нотаріальних дій, не відносяться до загальних правил вчинення нотаріальних дій.

Тому до загальних правил вчинення нотаріальних дій вчені відносять:

- 1) місце вчинення нотаріальних дій;
- 2) строки вчинення нотаріальних дій;
- 3) установлення особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії, чи її представника;
- 4) перевірка цивільної право- та дієздатності фізичної особи;
- 5) перевірка цивільної право- та дієздатності юридичної особи;
- 6) встановлення нотаріально-процесуальної право- та дієздатності фізичних та юридичних осіб;
- 7) перевірка дійсних намірів сторін (особи) на вчинення правочину;
- 8) оплата вчинюваних нотаріальних проваджень [184, с. 484].

Таку позицію слід визнати обґрунтованою і послідовною, коли такі загальні правила вчинення нотаріальних дій, як щодо реєстрації нотаріальних дій (ст. 52 Закону), вчинення посвідчувальних написів та видачі свідоцтв (ст. 48 Закону), вимоги до документів, які подаються для вчинення нотаріальних дій (ст. 47 Закону) було запропоновано професором С. Я. Фурсою об'єднати в одне із загальних правил і дати йому назву «нотаріальне діловодство» [192, с. 28]. Така позиція ні в якій мірі не замінює підзаконний акт – Правила ведення нотаріального діловодства, затверджені Наказом Міністерства юстиції України від 22 грудня 2010 року № 3253/5 [131], а надаватиме цьому акту законну силу і конкретизуватиме діяльність нотаріусів.

Розглянемо концепції вчених цивілістів в контексті спрямування нотаріальних послуг на вирішення існуючих проблем з охороною і захистом прав неповнолітніх дітей [30, с. 271–284]. Так, вчені визначають істотні проблеми з емансипацією неповнолітніх, але їх позиція зводиться лише до встановлення критеріїв доцільності такої емансипації, наслідків її

впровадження [53], але не механізмів визначення таких питань при безпосередньому наданні батьками та повноважними органами згоди на емансипацію, а також щодо розширення способів фіксації емансипації. Дисертантка вважає, що питання, пов'язані з набуттям більшого обсягу дієздатності можуть фіксуватися в нотаріальному порядку, зокрема, шляхом посвідчення згоди батьків на реєстрацію дитини як підприємця (абз. 2 ч. 3 ст. 35 ЦК [201]) тощо. Вважаємо, що потенціал нотаріального процесу в такому ракурсі поки що мало задіяний.

Зупинимося на окремих із перелічених загальних правил, які становлять інтерес для нашої теми дослідження вчинення правочинів за участю дітей.

Так, у відношенні особливостей застосування правила щодо місця вчинення нотаріальної дії за участю дітей варто звернути увагу на наступне. Ми підтримуємо позицію вченої Я. П. Панталієнко щодо можливості запровадження нотаріальних послуг за викликом [184, с. 490], але пропонуємо розширити межі повноважень нотаріусів при посвідченні правочинів за участю малолітніх та неповнолітніх осіб. У такому випадку нотаріус матиме змогу, можливо, навіть краще з'ясувати обставини справи та запропонувати якнайкращий вид правочину, який максимально відповідатиме інтересам осіб. А при вчиненні нотаріальних дій вдома нотаріус навіть матиме змогу поспілкуватися із самими дітьми, зокрема у віці від 10 років, і, врахувавши їх побажання, очікування, побачити їх житлові умови та забезпеченість необхідним для їх розвитку та життєдіяльності, що може служити додатковою гарантією дотримання прав дітей, а також надати консультацію батькам чи особам, що їх замінюють, запропонувати той вид правочину, який найбільш відповідатиме обставинам справи та найкраще врахує інтереси дітей тощо.

У зв'язку з цим, можна рекомендувати посвідчувати договори між батьками про визначення місця проживання дитини в тому приміщенні, де за договором передбачається місце проживання дитини у подальшому.

В такому разі нотаріус зможе пересвідчитися в тому, що для дитини будуть створені належні умови для проживання і розвитку.

Щодо участі малолітніх та неповнолітніх у нотаріальному процесі, то проблемним вважається питання про встановлення особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії. Як слушно зазначається вченими С. Я. Фурсою та Я. П. Панталієнко, будь-яке нотаріальне провадження має розпочинатися зі встановлення особи, а уже потім встановлення дієздатності особи та мети її звернення. Це необхідно тому, що «така перевірка дасть можливість встановити особисті інтереси кожного із суб'єктів, а також наявність інших заінтересованих осіб» [184, с. 496–497]. А вже після встановлення особи нотаріус має задати питання про те, чи діє вона у власних інтересах, чи є представником [184, с. 498].

Як було проаналізовано нами раніше, дитина у віці до 14 років за чинним законодавством може самостійно звернутися до нотаріусу та бути заявником і це підтверджується п. 3.7 глави 10 розділу II Порядку, де встановлено: «неповнолітня особа має право подати заяву про прийняття спадщини без згоди своїх батьків або піклувальника». Тому не завжди за дитину її права та обов'язки здійснюють батьки чи інші законні представники. Установлення особи батьків чи інших законних представників здійснюється у загальному порядку, передбаченому ст. 43 ЗУ «Про нотаріат».

У вказаній статті наведений вичерпний перелік документів, за яким нотаріус встановлює особу учасника цивільних і нотаріальних відносин, а саме: за паспортом громадянина України або за іншими документами, які унеможливають виникнення будь-яких сумнівів щодо особи громадянина, який звернувся за вчиненням нотаріальної дії (паспорт громадянина України, паспорт громадянина України для виїзду за кордон, дипломатичний чи службовий паспорт, посвідчення особи моряка, посвідчення члена екіпажу, посвідка на проживання особи, яка мешкає в Україні, національний паспорт іноземця або документ, що його замінює, посвідчення особи з інвалідністю чи учасника Другої світової війни, посвідчення, видане за місцем роботи

фізичної особи). При цьому вказується, що посвідчення водія, особи моряка, особи з інвалідністю чи учасника Другої світової війни, посвідчення, видане за місцем роботи фізичної особи, не можуть бути використані громадянином України для встановлення його особи під час укладення правочинів [143].

Що стосується встановлення особи неповнолітнього, то, відповідно до ст. 21 ЗУ «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус» [138], паспорт громадянина України із 2016 року отримується по досягненню віку 14 років. Ці зміни в законодавство слід вважати позитивними, оскільки такий підхід є логічним в виду того, що саме із чотирнадцяти років діти можуть брати особисту участь у правовідносинах. З цих міркувань професор С. Я. Фурса ще у 2003 році говорила про те, що потрібно або видавати дітям паспорт у 14 років, або вклеювати з цього віку фото у свідоцтво про народження [192, с. 28]. Вважаємо, що видача паспорта із 14 років є оптимальним рішенням. Таким чином, тепер особу неповнолітніх також може встановлюватися за паспортом громадянина України. Проте здається, що ці зміни наразі ще не знайшли свого відображення у нотаріальному законодавстві, що потребує виправлення і більш широкого регламентування статусу неповнолітніх осіб як суб'єктів нотаріального процесу.

Якщо ми визнаємо необхідність посвідчення того чи іншого договору в нотаріальному порядку, то це є свідченням важливості правочину для дитини, але у вік інформаційних технологій встановлювати дитину до 14 років за свідоцтвом про народження за умови підтвердження батьками (одним із батьків) того, що ця особа є їх дитиною (п. 5 глави 3 Порядку), здається некоректним, недосконалим і нераціональним. Дитина в такому віці, як правило, відвідує школу, дитячий садок і відповідні відомості нотаріус вправі отримувати з відповідних офіційних джерел.

При цьому варто зауважити, що у наш час малолітні діти можуть мати паспорт для виїзду закордон у значно меншому віці, аніж навіть 14 років.

Звісно, йдеться або про досить заможних громадян, для яких є звичайними закордонні поїздки з дітьми, або про великих любителів подорожувати, які всі свої заощадження витрачають на закордонні подорожі, а тому не можна говорити про наявність у всіх дітей закордонних паспортів як загальне правило. Але все-таки сучасна культура пронизана тенденціями закордонних подорожей, а тому кількість дітей, які матимуть закордонні паспорти, і навіть закордонні біометричні паспорти, буде лише зростати. Цьому сприяє також і наразі дійсний безвізовий режим для України з країнами ЄС. А тому особа неповнолітніх дітей також може встановлюватися за паспортом громадянина України для виїзду закордон, що варто також передбачити у нотаріальному законодавстві.

Вчені С. Я. Фурса та Я. П. Панталієнко вказують на те, що найскладніше питання для нотаріуса – визначення обсягу дієздатності фізичних осіб, оскільки тут може бути декілька підходів: медичний та юридичний [184, с. 498]. Ми підтримуємо позицію вчених щодо того, що нотаріус не зобов'язаний медично встановлювати здатність особи усвідомлювати свої дії, оскільки він не є фахівцем у галузі психіатрії, а надання довідок у обов'язковому порядку не передбачено законодавством (а лише у разі потреби) та не є і доцільним для всіх громадян. В той же час, посвідчення договору за участі особи, яка не усвідомлювала значення своїх дій, має певні правові наслідки (статті 225, 226 ЦК), тому переоцінити значення цієї обставини в правовому контексті дуже складно. Отже, слід визнати вік дитини у 14 років граничним, оскільки з цього віку починається відлік можливості безпосередньо укласти договір, але за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника (ч. 2 ст. 33 ЦК), однак щодо транспортних засобів або нерухомого майна додатково потребується дозвіл органу опіки та піклування.

Водночас законодавець при регламентуванні повноважень батьків та органів опіки та піклування виявляє певну непослідовність, оскільки у ч. 4 ст. 32 ЦК надає більшого правового значення дозволу органу опіки та

підкування у порівнянні із запереченнями того з батьків (усиновлювачів), з яким проживає неповнолітня особа. На нашу думку, більшу турботу про дітей виявляють батьки, тому положення ч. 4 ст. 32 ЦК не можна визнати обґрунтованим, оскільки в такій ситуації наявним є спір, який має вирішувати суд.

Безпосередньо аналізуючи положення ЦК і нотаріальну практику його застосування, ми можемо прийти до висновку, що органи опіки та підкування надають, як правило, безпредметну згоду на посвідчення правочинів, оскільки у відповідному дозволі зазначають тільки вид договору. За наявними в дисертанта відомостями доволі часто батьки беруть участь у посвідченні договору, знайомляться з його умовами і лише після цього надають згоду на його посвідчення. Тому надавати переваги дозволу органу опіки та підкування на посвідчення правочину перед згодою батьків здається не логічним і не раціональним. Більше того, дисертант вважає, що орган опіки та підкування має ознайомлюватися з умовами договору і лише після цього надавати відповідний дозвіл, який й має посвідчуватися нотаріусом.

До цього положення варто додати, що нотаріус може мати власну позицію щодо доцільності неповнолітній особі посвідчувати правочин на передбачених у договорі умовах чи ні. Але у нотаріуса не має повноважень висловити свою позицію щодо перспектив виконання умов договору у подальшому, тих наслідків, які виникнуть у дитини тощо. З формального боку, у разі вчинення правочинів щодо майна дитини, які потребують нотаріального посвідчення та/чи державної реєстрації, відповідно до п. 3 глави 1 розділу II Порядку, нотаріус при посвідченні правочинів за участю дітей перевіряє наявність дозволу органу опіки та підкування на укладення таких правочинів [110]. Окрім цього, на вчинення одним із батьків правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої дитини повинна бути згода другого з батьків, справжність підпису на якій засвідчується нотаріально [110].

На підставі цього, можемо говорити про те, що у разі звернення батьків як законних представників, їх дієздатність і повноваження на укладення правочину від імені дітей визначається і обмежується лише формальною згодою органів опіки та піклування. У разі, якщо заявником буде один із батьків, то його повноваження і дієздатність в укладенні такого правочину визначатиметься і обмежуватиметься ще й наявністю письмової згоди іншого з батьків, що має виражатися у документі із нотаріально засвідченим підписом.

Але законодавством передбачені випадки, коли один із батьків проживає окремо від дитини протягом не менш як шість місяців, не бере участі у вихованні та утриманні дитини або місце його проживання невідоме, тоді правочини щодо нерухомого та цінного рухомого майна дітей можуть бути вчинені без його згоди. Разом з тим, у Роз'ясненні Мін'юсту про «Особливості правового регулювання посвідчення правочинів щодо нерухомого майна за участю малолітніх та неповнолітніх осіб» від 22 серпня 2011 року вказується на те, що на підтвердження цих фактів нотаріусу має бути надано рішення суду [107]. Однак, перелічені факти у сукупності можуть кваліфікуватися судом як підстава для позбавлення батьківських прав або визнання особи безвісно відсутньою, а окремо, на нашу думку, вони судом встановлюватися не повинні.

Порядком також встановлено, що у разі наявності сумнівів щодо обсягу цивільної дієздатності фізичної особи, нотаріус зобов'язаний звернутися до органу опіки та піклування для встановлення факту відсутності опіки або піклування над такою фізичною особою [107]. Але щодо неповнолітньої особи мова не йде про можливість виникнення сумнівів, оскільки якщо 14-річна дитина не надасть документи, що підтверджують наявність усіх необхідних дозволів, то це буде свідчити про відсутність необхідної дієздатності на вчинення конкретного правочину, а тому нотаріус не звертається до органів опіки та піклування, а має відмовити у посвідченні правочину, вчинюваного такою неповнолітньою особою.

Законодавством також передбачені випадки перевірки цивільної дієздатності особи, яка не досягла 18 років, але може бути визнана такою, що має повну цивільну дієздатність у зв'язку з укладенням шлюбу, народженням дитини, реєстрацією підприємцем, укладенням трудового договору. У разі перевірки цивільної дієздатності такої фізичної особи, нотаріус витребує документи, що підтверджують відповідні юридичні факти (п. 3 глави 4 Порядку).

Як прийнято вважати, повна цивільна дієздатність, згідно з ч. 5 ст. 35 ЦК, зберігається за такою особою навіть у разі, коли ця особа припинить трудовий договір, підприємницьку діяльність чи розірве шлюб до досягнення повноліття. Тому ми підтримуємо позицію, згідно з якою правочини надалі повинні вчинятися такою особою і без згоди піклувальника [172, с. 99]. Але у такому разі постає питання про те, як перевірити нотаріусу наявність такої дієздатності? Вбачається, що у підтвердження емансипації неповнолітнім може бути надано трудовий договір, що припинив чинність чи трудову книгу із відповідним записом про звільнення, свідоцтво про розірвання шлюбу, а факт зайняття підприємницькою діяльністю, яка була припинена, нотаріус так само може встановити в електронній формі шляхом безпосереднього доступу до ЄДР.

Проте дисертант вважає, що такі докази прямими і допустимими вважати не можна, оскільки для забезпечення нотаріальної форми потрібні або адміністративні, або нотаріальні акти. В останньому випадку слід вважати допустимим доказом договір між батьками про надання дозволу на підприємницьку діяльність дитини або нотаріально засвідчену згоду батьків на таку діяльність. Дисертант вважає, що договір про надання дозволу дитині на підприємницьку діяльність може містити не тільки формальну згоду батьків, а й умови реалізації дитиною підприємницької діяльності, її матеріальне забезпечення батьками, зокрема, так званим стартовим капіталом, умови отримання і використання дивідендів тощо.

Не менш важливим вважаємо питання установлення намірів дітей вчинити конкретний правочин. Якщо замість малолітніх дітей у посвідченні договору беруть участь їх законні представники, які мають певний життєвий досвід, і при цьому необхідна згода органів опіки та піклування, то при посвідченні договору з неповнолітньою дитиною нотаріус може потенційно опинитися з нею сам на сам, коли вона надасть відповідні згоди у встановленій формі. Така ситуація, формально, означатиме, що правомірність вчинення такого правочину вже була перевірена батьками і органами опіки та піклування, але реально ні. Така позиція дисертантки обґрунтовується тим, що остаточний зміст посвідчуваного правочину складається у нотаріуса і кожна умова договору маже потенційно нести небезпеку для неповнолітньої особи. Тому здається необхідним визнати, що батьки мають надавати не загальну згоду на посвідчення правочину, а повинні бути присутніми при його посвідченні і проаналізувати ті умови договору, які підписуватиме їх дитина.

З іншого боку, за ч. 13 ст. 44 Закону України «Про нотаріат» «встановлення дійсних намірів однієї із сторін правочину може бути здійснено нотаріусом за відсутності іншої сторони з метою виключення можливості стороннього впливу на її волевиявлення» [143], але у разі негативного впливу батьків на неповнолітню дитину нотаріус не має можливості залишитися з такою особою сам на сам, щоб застерегти її від можливих негативних наслідків посвідчуваного договору. Тому вважаємо, що ч. 13 ст. 44 Закону у новій редакції Закону України «Про нотаріат» має бути викладена так: «встановлення дійсних намірів кожного учасника нотаріального провадження з посвідчення правочину може бути здійснено нотаріусом за відсутності інших осіб з метою виключення можливості стороннього впливу на її волевиявлення».

Отже, важливе значення в нотаріальній діяльності може мати суб'єктний склад та їх інтереси у посвідчуваному договорі і нотаріус зобов'язаний роз'яснювати безпосередньо неповнолітній особі правові

аспекти посвідчуваного договору, щоб її юридична необізнаність не була використана їй на шкоду (ст. 5 Закону України «Про нотаріат») та ті ризики, які мають певні умови договору особисто для неї, а потім з'ясовувати дійсність її волі. Вважаємо, що в такій ситуації відповідальність нотаріуса збільшуватиметься, зокрема, за фіксування дійсної волі такої особи, за якість складеного ним проекту договору щодо рівності прав сторін договору тощо. Важко представити собі «картину», коли однією із сторін договору буде неповнолітня особа з усіма формальними дозволами на його посвідчення, а іншою – повнолітня особа з адвокатом, який вимагатиме внесення змін до умов договору на користь сторони, інтереси якої він представляє. При цьому, нотаріус не повинен висловлювати свою думку щодо таких умов, оскільки це свідчитиме про його упередженість та не об'єктивність.

Тому дисертантка вважає, що нотаріус при нотаріальному посвідченні договору за участі лише неповнолітньої особи може визнати необхідною участь її представника. Вважаємо, що така пропозиція зможе застерегти випадки укладання договорів внаслідок помилки, коли помилкою слід визнати самовпевненість неповнолітніх і недосвідчених дітей самостійно укладати важливі договори.

Варто виділяти ті правочини, які не несуть для неповнолітніх істотного ризику, оскільки у посвідченні договору не беруть участь сторони з протилежними матеріальними інтересами. Тобто в даній ситуації дисертантом мається на увазі, що помилка в оцінці вартості договору з боку неповнолітньої особи йде на користь іншої сторони. Так само, в договорі можуть мати місце не вигідні для неї умови. Тому такі нотаріальні дії як засвідчення вірності копій документів і виписок з них, справжності підпису на документах, вірності перекладу документів з однієї мови на іншу, посвідчення часу пред'явлення документа неповнолітні можуть вчиняти самостійно.

Отже, важко погодитися з тим, що посвідчення факту, що неповнолітній є живим, провадиться на прохання його законних

представників (батьків, усиновителів, опікуна або піклувальника), а посвідчення факту перебування в певному місці неповнолітнього, на підставі положень ст. 81 Закону, провадиться на прохання його законних представників (батьків, усиновителів, опікуна або піклувальника). На підтвердження зазначених обставин нотаріус видає заінтересованим особам відповідне свідоцтво [143]. Коли особу неповнолітнього можна встановити на підставі безспірного документа і вона здатна оплатити нотаріальну дію, то для встановлення відповідного факту, вважаємо, заяву або згоду батьків зайвою. У такій ситуації нотаріус здатен охороняти інтереси неповнолітнього, зокрема, й у разі посвідчення одностороннього правочину, але при наявності згоди батьків та органів опіки та піклування.

У теорії нотаріального процесу професором С. Я. Фурсою, а також вченою Я. П. Панталієнко вже підіймалося питання про те, що певні правила, які нині віднесені законодавцем до загальних, повинні бути винесені в окремий розділ про ускладнення, які виникають у нотаріальному провадженні (як наприклад, оскарження, відкладення нотаріального провадження) [184, с. 479]. Дисертант вважає необхідним розглянути це питання й під кутом зору охорони і захисту інтересів неповнолітніх.

Відмова у вчиненні нотаріальних дій, яка вважається ускладненням, що має місце на стадії підготовки до вчинення нотаріальної дії, та є припиненням розвитку нотаріального процесу, у провадженнях за участю малолітніх та неповнолітніх здійснюється на загальних підставах, тобто з підстав недотримання об'єктивних та суб'єктивних умов вчинення нотаріального провадження, що визначені ст. 49 ЗУ «Про нотаріат» [184, с. 379]. Вважаємо, що до цих умов варто додати й випадки відкладання вчинення нотаріальних дій.

У випадках вчинення нотаріальних дій за участю дітей ускладнення часто можуть бути пов'язані з відкладенням вчинення нотаріальної дії для того, щоб отримати дозвіл органів опіки та піклування на вчинення правочину за участю малолітніх та неповнолітніх осіб, а також у зв'язку із

необхідністю здійснення заміни законного представника дитини, якщо нотаріусом виявлено, що недобросовісний законний представник діє всупереч інтересам дитини (питання щодо заміни законного представника буде розглянуте нами детальніше далі). Більше того, дисертант вважає необхідним визнати право однієї із сторін договору взяти тайм аут для продумування умов договору, особливо істотних, як і право відмовитися від посвідчення договору на будь-якій стадії вчинення нотаріального провадження.

Відповідно, ці всі випадки повинні знайти своє законодавче відображення у правилах вчинення нотаріальних дій у розділі про ускладнення у нотаріальних провадженнях, де такі можливі випадки будуть детально регламентовані законом.

2.4 Специфічні риси спадкових відносин за участі малолітніх та неповнолітніх осіб

В юридичній літературі вказується на те, що «спадкування охоплює такі групи правовідносин: 1) матеріально-правові з переходом спадщини від спадкодавця до спадкоємця; 2) процесуально-правові – із вчиненням юридично-значущих процедур, що забезпечують спадкування; 3) процесуально-реєстраційні, що забезпечують набуття права власності та інших речових прав на нерухоме та інше майно» [178, с. 39]. Проте при всій повазі до вчених, які обґрунтовують таку позицію, ця позиція, на нашу думку, потребує уточнення – не вбачається доцільним виносити «процесуально-реєстраційні» відносини в окрему групу.

Здійснення реєстрації прав власності є також правовідносинами. Інакше кажучи, процес реєстрації не виходить за межі правовідносин, а тому окремих «реєстраційних відносин» не існує. Відповідно, немає підстав їх відокремлювати від процесуально-правових відносин. Тому, на наш погляд,

реєстрація права власності та інших речових прав, що переходять до спадкоємців, здійснюється в межах процесуально-правових відносин. Проте можна було б говорити про те, що у цій групі процесуальних відносин виділяються правовідносини, пов'язані із «вчиненням юридично-значущих процедур, що забезпечують спадкування», і правовідносини, пов'язані із реєстрацією набутих прав у результаті спадкування. Віднесення тих чи інших аспектів фіксації спадкування до різних нормативних актів (ЗУ «Про нотаріат» та ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [137]) не повинно сприйматися як достатня підстава для розриву процесуальних відносин на елементи, коли нотаріальне і реєстраційне провадження вчиняє один і той самий нотаріус.

Професори С. Я. Фурса та Є. І. Фурса, позицію яких ми вважаємо обґрунтованою, розглядають чотири види спадкування: за законом, за заповітом, за правом на обов'язкову частку та спадкування речей звичайної домашньої обстановки та вжитку [179, с. 201].

Відповідно до положень ст. 1241 ЦК, малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки спадкують, незалежно від змісту заповіту, половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка) [201]. Виходячи з цього, малолітні та неповнолітні особи в силу прямої вказівки закону, перш за все, є спадкоємцями за правом на обов'язкову частку, проте їх спадкування за іншими видами також не обмежується. Відповідно, діти можуть спадкувати за всіма видами спадкування, у тому числі й предметів домашнього вжитку [29, с. 193–200].

При цьому, законом у ч. 2 ст. 1241 ЦК встановлено, що до обов'язкової частки у спадщині зараховується вартість речей звичайної домашньої обстановки та вжитку, вартість заповідального відказу, встановленого на користь особи, яка має право на обов'язкову частку, а також вартість інших речей та майнових прав, які перейшли до неї як до спадкоємця [201]. Таким чином, якщо йде мова про дітей, які одночасно можуть спадкувати і

обов'язкову частку, і предмети побутового вжитку, то спадкування ними обов'язкової частки «поглинає» спадкування предметів домашнього вжитку.

Проте законом конкретно не визначено, як бути у випадку, коли дитина може бути одночасно спадкоємцем за заповітом і за правом на обов'язкову частку. У таких випадках ці частки будуть плюсуватися чи одна (більша) буде поглинати меншу? Чи взагалі мова йтиме про вибір, як спадкувати – за правом на обов'язкову частку чи за заповітом?

Схоже питання уже підіймалося професорами С. Я. Фурсою та Є. І. Фурсою, якими було запропоновано доповнити ст. 1241 ЦК положенням про те, щоб за наявності заповіту, у якому визначено спадкодавцем розмір частки особи, яка має право спадкувати за правом обов'язкової частки, така особа має спадкувати за заповітом, а спадкування за правом обов'язкової частки не повинно застосовуватися [179, с. 225].

Ми погоджуємося із такою позицією із наступних міркувань. По-перше, остання воля спадкодавця, виражена ним у заповіті, не повинна порушуватися, у тому числі й у випадку спадкування за правом обов'язкової частки. По-друге, за загальним правилом, при існуванні заповіту спадкування здійснюється відповідно до вираженої в ньому волі спадкодавця, а не за законом, тобто спадкування за заповітом превалює над спадкуванням за законом. Спадкування за правом обов'язкової частки встановлено вказівкою закону. Відповідно, юридична сила заповіту у цьому випадку повинна визнаватися більшою, аніж вказівка закону щодо обов'язкової частки. Виходячи з цього, у разі, коли особа, у нашому випадку – це дитина, буде вказана у заповіті, то вона повинна успадкувати саме ту частку, яка вказана у заповіті, тобто спадкувати за заповітом, а не за правом обов'язкової частки. Тому ми пропонуємо доповнити ст. 1241 ЦК положенням, яке б визначало таку пріоритетність спадкування у разі такого збігу обставин [29, с. 193–200].

Відповідно до положень ст. 1268 ЦК, малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків, встановлених

частинами 2–4 ст. 1273 цього Кодексу [201], тобто крім тих випадків, коли буде подана відмова від спадщини. І хоча дана стаття встановлює автоматичне прийняття спадщини дітьми стосовно їх частки за заповітом, за законом чи за правом спадкування обов'язкової частки, закон передбачає також і можливість подання заяви від імені малолітньої чи неповнолітньої особи чи самою неповнолітньою особою (ст. 1269 ЦК). Виходячи з цього, у відношенні до дітей діє інший принцип – презумпція автоматичного прийняття спадщини, аніж як це встановлено за загальним правилом. Хоча автоматичне прийняття спадщини неодноразово критикувалося вченими [179, с. 428; 166, с. 130–131; 65, с. 65; 105, с. 413].

У ході аналізу даної норми постає також питання: «Чи може дитина автоматично успадкувати майно/майнові права, які обтяжені?» Із судової практики вбачається, що наразі діти спадкують обтяжене майно. Так, Верховний Суд своєю Постановою від 04 вересня 2019 року у справі № 200/20405/16-ц скасував рішення судів першої та апеляційної інстанцій, направивши справу на новий розгляд, щодо звернення стягнення успадкованого майна в рахунок боргу спадкодавця в 600 000 дол. США, при цьому відповідачка діяла в своїх інтересах та в інтересах своїх малолітніх дітей, які разом з нею прийняли спадщину [116]. Проте як бачимо, спадкоємці вимушені були зіткнутися із такою ситуацією великого боргу, який значно перевищує успадковане ними майно.

Виходячи з цього, якщо говорити про саму можливість – чи можуть діти спадкувати обтяжене майно, – то слід дати позитивну відповідь, оскільки не лише можуть, а й спадкують. Інше питання: «Наскільки це доцільно і відповідає їх інтересам?» Проте вбачається, що одного універсального правила, яке б можна було закріпити у законодавстві і ним вирішувати усі питання, тут не вдасться виробити. Хоча все ж таки у випадку, коли до складу спадщини буде входити майно, обтяжене боргами, які дорівнюють або перевищують розмір спадщини, можна встановити правило, що діти тоді не включаються до кола спадкоємців, тому що це не

відповідає їх інтересам, або вважаються такими, що не прийняли спадщину, якщо лише не подадуть заяви про прийняття такої спадщини батьки або самі неповнолітні.

У інших же випадках, коли до складу спадщини буде входити обтяжене майно, але це обтяження буде меншим за вартість всієї спадщини, то у такому випадку слід залишити питання про те, чи варто приймати таку спадщину, на розсуд батьків (усиновителів) та неповнолітніх дітей із погодженням з органом опіки та піклування. Тому на наш погляд, у законодавстві варто встановити, що спадщина, до складу якої входить майно, обтяжене боргами, які не перевищують розмір спадщини, може бути прийнята або від неї можуть відмовитися батьки (усиновителі) малолітніх дітей на їх розсуд із погодженням із органами опіки та піклування; якщо діти неповнолітні, то рішення має прийматися спільно, тобто разом із дітьми, із урахуванням їх думки батьками і органами опіки та піклування. Якщо ж неповнолітні будуть діяти самостійно, то вони мають надати згоду на отримання чи відмову від такої обтяженої спадщини від батьків та від органів опіки та піклування.

І у даному випадку прийняття обтяженої спадщини варто було б встановити необхідність надання неповнолітніми згоди батьків і на прийняття такої обтяженої спадщини, оскільки її прийняття із наслідками необхідності погашати борги може вимагати їх безпосередньої участі у такому розрахунку з кредиторами спадкодавця, а тому вони мають надавати згоду і на те, щоб їх неповнолітня дитина прийняла обтяжену спадщину. Таким чином, вважаємо за необхідне внести відповідні зміни в загальне правило ч. 3 ст. 1269 ЦК, за яким особа, яка досягла 14 років, може прийняти спадщину без згоди батьків (усиновителів), передбачивши необхідність такої згоди для прийняття неповнолітніми обтяженої спадщини.

Питання про обмеження обсягу зобов'язань дітьми може здатися багатьом фахівцям надуманим, оскільки за ч. 1 ст. 1282 ЦК спадкоємці зобов'язані задовольнити вимоги кредитора повністю, але в межах вартості

майна, одержаного у спадщину. Якщо ж на цю норму дивитися в динаміці і з урахуванням нотаріальної процедури видачі свідоцтва про право на спадщину, то вийде, що до свідоцтва вноситься лише те майно, яке підлягає реєстрації. Припустимо, що спадкоємці успадковують будинок, де проживав спадкодавець. Отже, у свідоцтві буде зазначений саме цей нерухомий об'єкт, але не всі картини, меблі посуд тощо. З цього положення випливає, що спадкоємці не мають доказів вартості інших об'єктів, якщо нотаріусом не вживалися заходи з охорони спадкового майна і не проводився його опис. За ч. 3 ст. 1281 ЦК кредитор має право пред'явити свої вимоги до спадкоємця, який прийняв спадщину, протягом шести місяців з дня, коли він дізнався про прийняття спадщини або про одержання спадкоємцем свідоцтва про право на спадщину. Тому кредитора не задовольнить вартість будинку і він буде вимагати погашення спадкоємцями всього боргу, а не тільки тієї частини, що може бути компенсована за рахунок нерухомого майна.

Отже, ми пропонуємо передбачити для загального правила «автоматичного» прийняття спадщини дітьми винятки, зокрема, встановивши, що діти (та інші особи з частковою чи обмеженою дієздатністю) вважаються такими, що прийняли спадщину, окрім випадків, коли в наступному буде виявлено, що до спадщини входять зобов'язання спадкодавця, які перевищують обсяг спадщини. Тут маються на увазі випадки, коли спадкоємці лише виявляють згоду на прийняття спадщини, але реальні обсяги спадщини можуть бути виявлені і після видачі свідоцтва про право на спадщину та після пред'явлення вимог кредиторами. Тому вважаємо доцільним при спадкуванні дітьми визначати загальний обсяг належної їм частки спадкового майна шляхом проведення нотаріусом опису спадщини в порядку нотаріального провадження з вжиття заходів до її охорони.

У контексті участі дітей у спадкових відносинах варто також розглянути питання того, чи може дитина бути стороною спадкового договору, у якому сторонами, відповідно до ст. 1303 ЦК, є відчужувач та

набувач. Дане питання є досить дискусійним у теорії цивілістики як з приводу віднесення спадкового договору до спадкового права, так і з приводу участі дітей в цих договорах, але першу дискусію ми не розглядатимемо, а більш докладно зупинимося на другому аспекті.

Так, вчений Р. А. Майданик вважає, що набувачем у спадковому договорі може бути лише повністю дієздатна фізична особа, але разом з тим вчений стверджує, що сторонами договору можуть бути будь-які фізичні особи, а укладення договору в інтересах недієздатної особи, частково дієздатної чи особи, дієздатність якої обмежена, можливе з дотриманням визначених законодавством умов [94, с. 100–101].

Виходячи з цього, вбачається, що Р. А. Майданик вважає, що спадковий договір може бути укладений, наприклад, в інтересах малолітньої чи неповнолітньої дитини, а от сама вона набувачем бути не може, оскільки не має повної цивільної дієздатності. Позицію, згідно якої діти не можуть бути набувачами за спадковим договором, також відстоюють такі вчені, як Н. П. Шама [206, с. 62–64], В. М. Слома [177, с. 145], С. В. Мазуренко [92, с. 65].

Інша група науковців вважає, що неповнолітні діти можуть бути, як відчужувачем, так і набувачем за спадковим договором. Так, професори С. Я. Фурса та Є. І. Фурса обґрунтовано стверджують, що «нічого не сказано у законі про те, чи може неповнолітня фізична особа бути відчужувачем та набувачем за спадковим договором, тобто немає обмежень у віці. Оскільки неповнолітня особа може мати на праві особистої власності майно, яке вона, наприклад, отримала у порядку спадкування, то неповнолітній може передати його у власність набувачеві, тобто бути відчужувачем за спадковим договором» [179, с. 110–111]. На тому, що законодавство не встановлює заборон неповнолітнім особам бути набувачем чи відчужувачем у спадковому договорі наголошують також вчена Л. В. Красицька та приватний нотаріус Н. Сіряченко [74, с. 105].

Ми абсолютно розділяємо таку позицію вчених на підставі наступного. Загально-правовий принцип гласить, що дозволено все, що прямо не заборонено законом. А оскільки закон не встановлює обмежень для малолітніх та неповнолітніх осіб бути стороною спадкового договору, то це означає, що ніяких перешкод для цього немає. Окрім цього, аргументи деяких науковців проти того, що дитина може бути стороною спадкового договору базуються на тому, що дитина в силу свого неповноліття, обмеженої чи часткової дієздатності не може бути виконавцем зобов'язання, яке може бути покладено на неї як на набувача, з чим не можна погодитися. Якщо дитина може бути спадкоємцем – а це ніхто не заперечує, – то на спадкоємців законом покладається прямий обов'язок, наприклад, задовольнити вимоги кредитора. І якщо дана обставина виконання такого зобов'язання не позбавляє дітей можливості бути спадкоємцями, то по меншій мірі не логічно стверджувати, що дитина не може бути набувачем за спадковим договором, тому що там на неї можуть покладатися зобов'язання. Зрозуміло, що зобов'язання малолітніх дітей як спадкоємців будуть виконувати їх законні представники, а у випадку неповнолітніх, то вони можуть робити це або також через своїх законних представників, або самостійно, дотримуючись умови чинності укладених ними правочинів, а саме отримання згоди батьків (усиновителів) та органів опіки па піклування.

На підставі вищевикладеного вважаємо, що нотаріус може посвідчувати спадковий договір, де дитина буде набувачем або відчужувачем. Разом з тим, це буде той випадок, де нотаріусу потрібно буде проявити творчість, оскільки він повинен максимально врахувати всі обставини справи, а тому визначити в договорі умови так, щоб вони враховували особливості участі дитини у такому договорі в ролі набувача чи відчужувача. У випадку малолітніх осіб, то вони будуть представлятися своїми законними представниками, які й укладатимуть договір у інтересах та/чи від імені малолітніх дітей із дотриманням умови отримання згоди органів опіки та піклування на вчинення такого правочину. А у випадку

неповнолітніх, то вони можуть діяти і самостійно, надавши згоду батьків та органів опіки та піклування на укладення спадкового договору.

Підтвердження цієї позиції знаходимо і у правозастосовній практиці. Так, у п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 року № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» вказано наступне: «Відчужувачем та набувачем за спадковим договором може бути як повністю дієздатна особа, так і особи, зазначені у статтях 32, 36 ЦК» [128], тобто особи частково чи обмежено дієздатні. А отже, діти можуть бути відчужувачами чи набувачами у спадковому договорі, а нотаріус, відповідно, може і повинен посвідчувати такий правочин за участю малолітніх та неповнолітніх осіб.

Тепер варто перейти до розгляду питання участі дітей у нотаріальному провадженні при видачі свідоцтва про право на спадщину, оскільки, як було проаналізовано раніше, у більшості випадків отримання такого є обов'язком.

Участь дітей у нотаріальному провадженні щодо видачі свідоцтва про право на спадщину деякою мірою представляється дискусійною. Так, відповідно до ст. 67 ЗУ «Про нотаріат», свідоцтво про право на спадщину видається за письмовою заявою спадкоємців, які прийняли спадщину в порядку, встановленому цивільним законодавством, на ім'я всіх спадкоємців або за їх бажанням кожному з них окремо [143].

Нотаріус відкриває нотаріальне провадження про видачу свідоцтва про право на спадщину у результаті звернення до нього із заявою про прийняття спадщини від імені малолітніх осіб їх законних представників, а від імені неповнолітніх – або теж їх законних представників, або їх самих. При цьому подання такої заяви у випадку дітей є правом, яким вони можуть скористатися, а не обов'язком, хоча вони все одно вважаються такими, що прийняли спадщину, якщо не було подано відмови (п. 2.1 глави 10 Порядку) [110].

При цьому п. 4.21 глави 10 Порядку встановлює, що у випадку, якщо спадкоємців декілька, то кожному із них видається окреме свідоцтво про

право на спадщину із зазначенням його частки. Відповідно, положення ст. 67 ЗУ «Про нотаріат» щодо спільного свідоцтва не знаходить свого відображення в Порядку. І вбачається, що видача окремого свідоцтва кожному спадкоємцю є більш оптимальним підходом. Оскільки видача свідоцтва на ім'я всіх спадкоємців у той час, коли діти можуть і не подавати заяву про прийняття спадщини, але у випадку видачі спільного свідоцтва мають бути вписані в нього, то дотримання прав дітей у цьому випадку викликає питання.

Разом з тим, наведені положення передбачають видачу свідоцтва у результаті звернення особи. Але як бути, якщо спадкова справа була відкрита за заявою інших спадкоємців, а в інтересах дітей ніхто не звертався? Звісно, підстава для видачі свідоцтва буде лише для особи, яка звернулася до нотаріуса із відповідною заявою, а тому нотаріус видасть свідоцтво про право на спадщину лише тим, хто звернувся, а окремо на ім'я дитини – вже після звернення в інтересах дитини, оскільки термін отримання свідоцтва не обмежений, хоча обмежений строк для прийняття спадщини.

При цьому варто звернути увагу на те, що положення про автоматичне прийняття спадщини дітьми не зовсім узгоджується із обов'язком отримати свідоцтво про право на спадщину у випадку, коли до складу спадщини входить нерухоме чи обтяжене майно, оскільки ст. 1297 ЦК встановлює, що «спадкоємець, який прийняв спадщину, у складі якої є майно та/або майнові права, які обтяжені, та/або нерухоме майно та інше майно, щодо якого здійснюється державна реєстрація, зобов'язаний звернутися до нотаріуса або в сільських населених пунктах – до уповноваженої на це посадової особи відповідного органу місцевого самоврядування за видачею йому свідоцтва про право на спадщину на таке майно» [201]. Тому вбачається, що все-таки більш правильним буде, щоб нотаріус, встановивши, що серед спадкоємців є діти, від імені яких не була подана заява, має зв'язатися із законними представниками дитини чи із самою неповнолітньою особою і повідомити про відкриття спадщини, роз'яснити права та обов'язки щодо отримання

свідоцтва про право на спадщину, що варто було б передбачити у законодавстві для найкращого забезпечення інтересів дитини у сфері спадкування.

Окрім цього, закон передбачає обов'язок нотаріуса повідомити органи опіки та піклування про видачу свідоцтва на ім'я малолітньої чи неповнолітньої особи (ч. 3. ст. 67 ЗУ «Про нотаріат», п. 6.3 глави 10 Порядку), але, на наш погляд, більш раціонально повідомляти органи опіки та піклування про факти, що дітям належить право на спадкування, однак в їх інтересах ні хто не звернувся до нотаріуса із заявами про прийняття спадщини і про видачу відповідного свідоцтва та строк для прийняття спадщини закінчується. Вважаємо, що ч. 1 ст. 63 ЗУ «Про нотаріат» має бути доповнена таким положенням: «Якщо спадкоємцями є малолітні особи, то повідомлення надсилається їх законним представникам, якщо неповнолітні, то їм особисто, а також органу опіки та піклування».

Очевидно, що законодавець передбачив цю норму для забезпечення належної охорони прав та законних інтересів дітей, проте саме формулювання вбачається дещо не досконалим. Якщо підходити до тлумачення цієї норми буквально, то виходить, що повідомити потрібно про сам факт видачі свідоцтва, тобто після того, як воно вже було видано, а, як вбачається, на цьому етапі охорона спадкових прав дітей вже не зовсім-то й потрібна. Таким чином, обов'язок нотаріуса повідомити органи опіки та піклування про видачу свідоцтва про право на спадщину на ім'я дитини відноситься до моменту, коли таке свідоцтво вже видано із визначеною в ньому часткою спадкового майна, що не можна вважати належною охороною спадкових прав дітей під час складного нотаріального процесу, де дитині може знадобитися правова допомога.

Тому доцільніше було б повідомляти органи опіки та піклування ще на етапі відкриття провадження та заведення спадкової справи, щоб органи опіки та піклування могли здійснювати нагляд за дотриманням прав дітей ще на етапі визначення часток майна, розподілу певних речей між

спадкоємцями, виділення предметів звичайного побуту та вжитку тощо. Отже, пропонуємо внести відповідні зміни в законодавство, щоб передбачити участь органів опіки та піклування ще на етапі реалізації спадкових прав дитини, зокрема, відкриття провадження (заведення спадкової справи, укладання договору про розподіл спадщини тощо), подачі заяв про прийняття спадщини та видачу відповідного свідоцтва, особливо у тих випадках, коли дитина або її законні представники не виявили бажання прийняти спадщину, а строк для її прийняття закінчується, але не на етапі закриття провадження після видачі свідоцтва про право на спадщину на ім'я дитини.

Пункт 5.15 глави 10 Порядку встановлює, що визначивши розмір обов'язкової частки, нотаріус видає спадкоємцю, який має право на обов'язкову частку у спадщині, свідоцтво про право на спадщину за законом, а спадкоємцеві за заповітом – свідоцтво про право на спадщину за заповітом. Складається враження, що видача цих свідоцтв має здійснюватися одночасно. Тому у випадку встановлення наявності дитини, яка має право на обов'язкову частку, нотаріус, як вбачається, має відкласти нотаріальне провадження та звернутися до законних представників чи до неповнолітньої особи безпосередньо, повідомивши про відкриття спадщини, про право на обов'язкову частку, про обов'язок отримати свідоцтво у випадку, коли це передбачено законом. І вже після того, як буде подана заява від імені дитини про прийняття спадщини чи про відмову у її прийнятті, продовжити вчинення нотаріального провадження щодо видачі свідоцтва про право на спадщину за заповітом заінтересованій особі. Це положення варто обґрунтувати тим, що спадкоємці можуть не погодитися з розміром часток, встановлених нотаріусом, наприклад, на практиці мають місце помилки з розрахунком в дробах, і вони вправі висловити свою позицію з цього приводу як безпосередньо нотаріусу, так і звернутися до суду.

У разі спадкування за законом, нотаріус перевіряє наявність відносин, які є підставою для спадкування за законом осіб, що подали заяву про видачу

свідоцтва, склад спадкового майна [110]. Відповідно, нотаріус, встановивши, що серед спадкоємців тієї черги, яка має спадкувати, є діти, він, як було запропоновано нами вище, має повідомити законних представників дітей чи саму неповнолітню особу про їх права та обов'язки щодо спадкування та, таким чином, закликати до спадкування.

Після з'ясування всіх обставин нотаріусом та після подання всіма спадкоємцями заяви про прийняття спадщини чи про відмову від неї, нотаріус переходить до третього етапу безпосереднього вчинення нотаріальної дії щодо видачі свідоцтва про право на спадщину. При цьому для видачі такого свідоцтва має бути дотримана умова подання всіх необхідних документів (п. 4.12 глави 10 Порядку). Варто зазначити, що у випадку, коли до нотаріуса буде звертатися неповнолітня особа безпосередньо, а не через своїх представників, то вона може і не надати всіх документів [42], а просити, наприклад, нотаріуса допомогти у тому, щоб зібрати весь необхідний пакет таких документів. Тому нотаріальне провадження у такому випадку, як вбачається, може також ускладнюватися відкладенням вчинення нотаріальної дії до того часу, як будуть надані всі документи або як вони будуть витребувані нотаріусом.

У контексті участі дітей у спадкових правовідносинах також важливо розглянути питання участі дітей у тлумаченні заповіту. Відповідно до ст. 1265 ЦК, тлумачення заповіту може бути здійснене після відкриття спадщини самими спадкоємцями, а у разі наявності спору – судом. При цьому, як було наголошено у Постанові Верховного Суду від 05 грудня 2018 року у справі № 335/9398/16-ц, тлумачення заповіту не повинно змінювати волі заповідача, тобто підміняти собою сам заповіт; тлумачення заповіту є лише інструментом з'ясування волі заповідача після його смерті [117].

Оскільки діти є спадкоємцями, то вони також мають право брати участь і в тлумаченні заповіту. Представляти малолітніх та дітей будуть їх батьки (усиновителі), а неповнолітні можуть приймати участь у тлумаченні

заповіту й особисто. Така можливість для останніх, на нашу думку, існує на підставі тих міркувань, що законом передбачена можливість неповнолітнім дітям самотійно подавати заяву про прийняття спадщини, а тому, за аналогією, вважаємо, що неповнолітні можуть брати особисту участь у всьому комплексі спадкових правовідносин.

Разом з тим, варто звернути увагу на аспект забезпечення дотримання прав дітей при тлумаченні заповіту. Зрозуміло, що у випадку представництва їх інтересів, спадкові права дітей повинні охоронятися і захищатися дорослими, а тому тут буде йти мова про загальний порядок тлумачення заповіту спадкоємцями. Але у випадку, коли неповнолітня дитина буде приймати особисту участь у тлумаченні без представників, варто передбачити деякі особливості.

Вважаємо, що нотаріус, помітивши зловживання інших спадкоємців щодо тлумачення заповіту по відношенню до неповнолітніх дітей має відкласти видачу свідоцтва про право на спадщину спадкоємцям та повідомити законних представників, а також органи опіки та піклування в існуванні неточностей у заповіті, які потребують з'ясування, і роз'яснити їм необхідність їх участі. Таким чином, ми пропонуємо передбачити у нотаріальному законодавстві можливість нотаріуса зупиняти провадження та відкласти його до моменту залучення законних представників неповнолітніх дітей, які особисто беруть участь у нотаріальному провадженні, та/чи органів опіки і піклування у разі необхідності здійснення тлумачення змісту заповіту спадкоємцями для максимального дотримання та належної охорони прав дітей.

Відомо, що результат тлумачення заповіту може знайти своє вирішення у відповідному договорі [179, с. 127; 80; 81]. Проте у літературі вказується і на існуванні певних проблем, пов'язаних із тлумаченням спадкоємцями змісту заповіту. Зокрема, серед таких проблемних аспектів виділяються наступні: 1) відсутність нотаріального порядку оформлення такого тлумачення спадкоємцями, оскільки ні в ЦК, ні у Законі «Про нотаріат», ні в

Порядку немає норм, які б встановлювали відповідний порядок; 2) можливість об'єктивної суперечності тлумачення, яке здійснюється спадкоємцями, змістові заповідальних розпоряджень, що не дозволяє нотаріусу прийняти дане тлумачення за основу при вчиненні дій щодо оформлення спадкових прав [168].

При цьому у випадку особистої участі неповнолітніх у договорі про тлумачення змісту заповіту можуть виникнути питання, оскільки в силу положень ст. 32 ЦК, неповнолітня особа має право вчиняти нотаріально посвідчувані правочини лише за наявністю згоди батьків та органів опіки та піклування. Тому і у даному випадку неповнолітня дитина має отримати дозвіл від батьків та органів опіки та піклування на укладення договору із іншими спадкоємцями про конкретизацію і розподіл прав та обов'язків між усіма спадкоємцями. Відповідно, нотаріальне провадження щодо посвідчення такого договору має бути відкладене до моменту надання неповнолітньою особою згоди від батьків та від органів опіки та піклування.

Як бачимо, безпосередня участь дітей у нотаріальному провадженні часто пов'язана із ускладненнями нотаріального провадження та викликає їх. Проте це все одно не повинно ставати перешкодою для їх особистої участі у нотаріальному провадженні за їх бажанням, а нотаріус та інші особи (законні представники, органи опіки та піклування) мають подбати про створення належних умов дітям для реалізації їх прав та інтересів, а також для належної охорони їх прав, у тому числі, і у спадкових відносинах.

Складною представляється й участь дітей в оголошенні секретного заповіту, оскільки такі види заповітів не є поширеними в Україні. Відповідно до узагальнення нотаріальної практики, випадки посвідчення нотаріусами у м. Києві секретних заповітів трапляються в середньому 1–2 на рік [100]. І хоча це говорить про те, що до секретних заповітів вдаються не часто, все ж таки вони трапляються у нотаріальній практиці регулярно. Скласти секретний заповіт – право кожного спадкодавця, а тому закон передбачає особливу процедуру його посвідчення, а потім, відповідно, і оголошення.

Оскільки ст. 1250 ЦК передбачає повідомлення про день оголошення заповіту членів сім'ї [201], серед яких можуть бути малолітні та неповнолітні діти, то, відповідно, вони також мають бути повідомлені про дату, час, місце оголошення секретного заповіту. У випадку малолітніх дітей повідомляються їх законні представники, а у випадку неповнолітніх дітей можуть бути повідомлені нотаріусом як законні представники, так і сама неповнолітня особа, яка може бути присутня при оголошенні секретного заповіту і особисто.

При цьому вважаємо, що малолітня особа також має на це право, а тому вона також має бути допущена нотаріусом до присутності при оголошенні секретного заповіту як член сім'ї чи родич спадкодавця, якщо вона чи її законні представники виявлять таке бажання. Зрозуміло, що сама вона, скоріше за все, не зможе дістатися до нотаріальної контори, а тому у даному випадку ми маємо на увазі перебування малолітніх дітей при оголошенні секретного заповіту у супроводі батьків, одного з них чи навіть інших родичів. У такому разі дитині має бути приділена належна увага, а за необхідності їй повинно бути роз'яснено нотаріусом значення того, що відбувається, а також зміст секретного заповіту, відповідно, після його оголошення та складання протоколу про це, як це передбачено ЦК.

Зрозуміло, що під час оголошення секретного заповіту стане відома воля спадкодавця, а тому у випадку, коли у секретному заповіті буде вказана спадкоємцем малолітня чи неповнолітня дитина, але її законні представники та/чи сама неповнолітня дитина не будуть присутні при оголошенні, вбачається, доцільно було б передбачити у законодавстві можливість нотаріусу повідомити органи опіки та піклування про існування заповіту на користь дитини, про неявку законних представників на оголошення такого та про інші обставини, які нотаріус буде вважати потрібними, щоб органи опіки та піклування могли б надалі вжити всіх необхідних засобів та заходів для охорони та забезпечення належної реалізації спадкових прав дітей (наприклад, зв'язатися з законними представниками, відвідати їх вдома,

повідомити та роз'яснити про необхідність здійснення певних дій для прийняття дитиною спадщини та реєстрації її права власності унаслідок спадкування, про необхідність подати відмову та отримати згоду на таку від органів опіки та піклування тощо).

Якщо дитина не зазначена у заповіті як спадкоємець, то відповідні відомості про право на обов'язкову частку, згідно ст. 1241 ЦК так само має бути роз'яснено неповнолітній особі або законним представникам малолітньої особи.

У літературі також вказується на певну прогалину ЗУ «Про нотаріат», у якому секретний заповіт взагалі не отримав регламентації [79]. Відповідно, це потребує виправлення, а тому до даного закону мають бути внесені зміни, якими буде врегульоване дане питання із передбаченням можливості особистої участі малолітніх дітей при оголошенні секретного заповіту, а також із врахуванням особливостей участі дітей в оголошенні секретного заповіту та спадкуванні за таким заповітом, зокрема, щодо необхідності роз'яснити дитині зміст заповіту, повідомлення нотаріусом органів опіки та піклування про існування такого заповіту на користь дитини, якщо законні представники не з'явилися на його оголошення.

Висновки до Розділу 2

1) Доведено, що міжнародний та іноземний досвід може стати в нагоді при розробці нового Закону України «Про нотаріат» або Нотаріального кодексу, але не можна без широкого обговорення і адаптації його положень до законодавства України і без врахування українських традицій, ментальності українського народу, власного досвіду його сліпо запозичувати;

2) обґрунтовано, що у разі звернення батьків до нотаріуса як законних представників дітей, дієздатність батьків і повноваження на

укладення правочину від імені дітей формально визначається і обмежується згодою органів опіки та піклування;

3) доведено, що у випадках, коли за вчиненням правочину звертається неповнолітня особа, то межі її дієздатності формально підтверджуються двома документами: згодою батьків та дозволом органів опіки та піклування на вчинення правочину;

4) обґрунтовано, що умова про надання дозволу органами опіки та піклування на укладення договору купівлі-продажу житла, право на яке мають діти, яка у ст. 177 СК сформульована як «гарантії збереження прав на житло», слід сприймати широко і розуміти так, що при укладанні такого правочину відчуження житла дитини, право цієї дитини на житло гарантовано не тільки батьками, а й державою, оскільки саме державну функцію виконує орган опіки та піклування і саме держава має забезпечувати гарантії збереження прав дитини на житло та це положення повинно мати правові та певні процесуальні наслідки;

5) запропоновано авторську концепцію про сприйняття повноважень державних органів, які зводяться не тільки до застосування дозвільного режиму охорони прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб органами опіки та піклування, а й до системного контролю з боку держави за охороною і захистом таких прав як під час, так і після їх реалізації, зокрема й в нотаріальному, цивільному та виконавчому процесах;

б) доведено, що договір про продаж житла дитини повинен посвідчуватися нотаріусом лише у тому разі, коли він укладається із дотриманням всіх умов, які вказано у дозволі (рішенні) органу опіки та піклування (наприклад, якщо орган опіки та піклування дав згоду на укладення договору продажу житла лише за умови одночасного посвідчення договору купівлі іншого житла, то нотаріус повинен вчинити нотаріальну дію саме так). І порушення цієї умови повинно мати певні наслідки – визнання договору недійсним (нікчемним) і притягнення нотаріуса до відповідальності;

7) встановлено, що субпредставництво малолітніх осіб у нотаріальному провадженні згідно Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України обмежується, а точніше взагалі виключається. Тому нами запропоновано внести зміни у це законодавство, передбачивши можливість субпредставництва інтересів малолітніх дітей у нотаріальному провадженні адвокатом. Головним аргументом на підтвердження цієї позиції має слугувати той фактор, що батьки у довіреності на ім'я адвоката мають зазначити повноваження адвоката як сімейного, а також висловити згоду на посвідчення договору. В такому випадку роль адвоката буде зводитися не до дачі згоди, а до контролю за умовами договору, щоб некоректні його умови або інші недоліки не могли бути використані на шкоду інтересів дитини;

8) проаналізовано, що процедура заміни законного представника у нотаріальному процесі не передбачена законом, як у цивільному процесі, тому нами було запропоновано порядок здійснення такої заміни;

9) виявлено, якщо ми визнаємо необхідність посвідчення того чи іншого договору у нотаріальному порядку, то це є свідченням важливості правочину для дитини, але у вік інформаційних технологій встановлювати дитину до 14 років за свідоцтвом про народження за умови підтвердження батьками (одним із батьків) того, що ця особа є їх дитиною (п. 5 глави 3 Порядку), здається некоректним, недосконалим і нераціональним. Дитина в такому віці, як правило, відвідує школу, дитячий садок і відповідні відомості нотаріус вправі отримувати з відповідних офіційних джерел;

10) доведено, що згода органу опіки та піклування не потрібна у випадку укладення і посвідчення договорів на користь дитини;

11) встановлено, що за чинним законодавством у разі вчинення правочину неповнолітнім особисто вимагається дозвіл органу опіки та піклування двічі, а саме: а) на згоду батьків на правочин та б) на сам правочин. Обґрунтовано, що отримання такої згоди двічі є недоцільним, тому запропоновано внести зміни в законодавство та привести норми СК у

відповідність ЦК, у якому дозвіл органу опіки і піклування на згоду батьків не вимагається;

12) запропоновано, що ч. 13 ст. 44 Закону у новій редакції Закону України «Про нотаріат» має бути викладена так: «встановлення дійсних намірів кожного учасника нотаріального провадження з посвідчення правочину може бути здійснено нотаріусом за відсутності інших осіб з метою виключення можливості стороннього впливу на її волевиявлення»;

13) проаналізовано, що презумпція автоматичного прийняття спадщини дітьми не завжди може узгоджуватися із їх інтересами, а тому запропоновано передбачити для цього загального правила певні винятки;

14) встановлено, що презумпція «автоматичного» прийняття спадщини дітьми не завжди узгоджується із їх інтересами, а тому запропоновано передбачити для цього загального правила винятки, зокрема, встановивши, що діти (та інші особи з частковою чи обмеженою дієздатністю) вважаються такими, що прийняли спадщину, окрім випадків, коли в наступному буде виявлено, що до спадщини входять зобов'язання спадкодавця, які перевищують обсяг спадщини. Тут маються на увазі випадки, коли спадкоємці лише виявляють згоду на прийняття спадщини, але реальні обсяги спадщини можуть бути виявлені і після видачі свідоцтва про право на спадщину та після пред'явлення вимог кредиторами. Тому вважаємо доцільним при спадкуванні дітьми визначати загальний обсяг належної їм частки спадкового майна шляхом проведення нотаріусом опису спадщини в порядку нотаріального провадження з вжиття заходів до її охорони;

15) доведено, що дитина може бути відчужувачем або набувачем у спадковому договорі; проаналізовано порядок нотаріального посвідчення такого договору з дотриманням умов дозволу органів опіки та піклування, а для неповнолітніх, які діятимуть самостійно, також і згоди батьків;

16) встановлено, що обов'язок нотаріуса повідомити органи опіки та піклування про видачу свідоцтва про право на спадщину на ім'я дитини

відноситься до моменту, коли таке свідоцтво вже видано із визначеною в ньому часткою спадкового майна, що не можна вважати належною охороною спадкових прав дітей під час складного нотаріального процесу, де дитині може знадобитися правова допомога. Тому запропоновано внести відповідні зміни в законодавство, щоб передбачити участь органів опіки та піклування ще на етапі реалізації спадкових прав дитини, зокрема, відкриття провадження (заведення спадкової справи, укладання договору про розподіл спадщини тощо), подачі заяв про прийняття спадщини та видачу відповідного свідоцтва, особливо у тих випадках, коли дитина або її законні представники не виявили бажання прийняти спадщину, а строк для її прийняття закінчується, але не на етапі закриття провадження після видачі свідоцтва про право на спадщину на ім'я дитини;

17) доведено, що неповнолітні можуть брати особисту участь у всьому комплексі спадкових правовідносин, у тому числі і в тлумаченні заповіту. Запропоновано у випадку, коли неповнолітні особи будуть самостійно брати участь у тлумаченні заповіту, встановити у законодавстві обов'язок нотаріуса залучати законних представників та органи опіки та піклування, якщо він помітить з боку інших спадкоємців спроби зловживання щодо тлумачення заповіту, які можуть призвести до порушення прав та інтересів дітей у процесі та в результаті тлумачення заповіту спадкоємцями;

18) встановлено, що особиста участь дітей у нотаріальному провадженні часто пов'язана із ускладненнями нотаріального провадження та викликає їх, проте обґрунтовано, що це все одно не повинно ставати перешкодою для їх особистої участі у нотаріальному провадженні за їх бажанням, а нотаріус та інші особи (законні представники, органи опіки та піклування) мають подбати про створення належних умов дітям для реалізації їх прав та інтересів, а також для належної охорони їх прав, у тому числі, і у спадкових відносинах;

19) запропоновано ч. 1 ст. 63 ЗУ «Про нотаріат» доповнити таким положенням: «Якщо спадкоємцями є малолітні особи, то повідомлення

надсилається їх законним представникам, якщо неповнолітні, то їм особисто, а також органу опіки та піклування».

Подальшого поширення та обґрунтування набули:

1) концепція, запропонована професором С. Я. Фурсою та підтримана вченою Я. П. Панталієнко щодо необхідності систематизації нотаріального законодавства і виділення деяких правил вчинення нотаріальних дій, які нині віднесені законодавцем до Загальних правил нотаріальних дій, у окремий розділ про ускладнення, які виникають у нотаріальному провадженні. Зокрема, у випадках вчинення нотаріальних дій за участю дітей ускладнення часто можуть бути пов'язані з відкладенням вчинення нотаріальної дії для того, щоб отримати дозвіл органів опіки та піклування на вчинення правочину за участю малолітніх та неповнолітніх осіб, а також у зв'язку із необхідністю здійснення заміни законного представника дитини, якщо нотаріусом виявлено, що такий недобросовісний законний представник діє всупереч інтересам дитини. Більше того, дисертантка вважає необхідним визнати право однієї із сторін договору взяти «тайм аут» для продумування умов договору, особливо істотних, як і право відмовитися від посвідчення договору на будь-якій стадії вчинення нотаріального провадження. Відповідно, ці всі випадки повинні знайти своє законодавче відображення у правилах вчинення нотаріальних дій у розділі про ускладнення у нотаріальних провадженнях, де такі можливі випадки будуть детально регламентовані законом;

2) позиція професора С. Я. Фурси, згідно з якою правочини, що вчиняються неповнолітньою особою, якій була надана дієздатність, після припинення дії факту, на підставі якого їй була надана повна цивільна дієздатність, і надалі повинні вчинятися такою особою і без згоди піклувальника. На подальше поширення цієї концепції нами було запропоновано процедуру перевірки нотаріусом наявності такої дієздатності. У підтвердження емансипації неповнолітнім може бути надано трудовий договір, що припинив чинність чи трудову книгу із відповідним записом про

звільнення, свідоцтво про розірвання шлюбу, а факт зайняття підприємницькою діяльністю, яка була припинена, нотаріус так само може встановити в електронній формі шляхом безпосереднього доступу до ЄДР. Це наразі не визначено в чинному законодавстві, а тому нами запропоновано доповнити його відповідними положеннями;

3) концепція вченої Я. П. Панталієнко щодо можливості запровадження нотаріальних послуг за викликом, але запропоновано розширити межі повноважень нотаріусів при посвідченні правочинів за участю малолітніх та неповнолітніх осіб.

РОЗДІЛ 3

УЧАСТЬ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ У ЦИВІЛЬНОМУ І ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ ТА ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДСТАВНИЦТВА ЇХ ІНТЕРЕСІВ

3.1 Участь малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі

У наш час права дітей знайшли своє закріплення, як на національному рівні, так і на міжнародному. Зокрема, Конвенція ООН про права дитини закріплює досить широкий перелік основоположних прав дитини, серед яких право на ім'я і набуття громадянства, а також, наскільки це можливо, право знати своїх батьків і право на їх піклування, право дитини на збереження індивідуальності, включаючи громадянство, ім'я та сімейні зв'язки; право дитини, яка розлучається з одним чи обома батьками, підтримувати на регулярній основі особисті відносини і прямі контакти з обома батьками, за винятком випадків, коли це суперечить найкращим інтересам дитини тощо [68].

Нині багато говорять про те, що сучасні діти гарно знають свої права, проте не знають обов'язків. Але якщо говорити про обов'язки малолітніх дітей у матеріальному праві, то варто зазначити, що обов'язки дітей прямо не встановлені нормами законодавства. Їх можна виділити лише опосередковано із приписів правових норм як таких, що мають зобов'язуючий характер.

Наприклад, висновок про обов'язок дітей здобути середню освіту ми робимо виходячи із того розуміння системи, зокрема, шкільної освіти, яка склалася на даний момент. Загальна середня освіта є обов'язковою відповідно до норм ст. 53 Конституції України [71]. Але разом з тим, прямо цього обов'язку дитини здобути освіту не встановлено ні в яких спеціальних нормативно-правових актах. Також нині встановлена законом

відповідальність дітей за скоєний булінг, але висновок про те, що діти зобов'язані утримуватися від цькування та поважати своїх ровесників та вчителів ми також робимо виходячи із загальних засад моралі та законодавства, оскільки прямо такого обов'язку дітей у законі не закріплено [28, с. 66–74].

Неповнолітні особи, відповідно до ЦК, мають ті обов'язки, які самі на себе візьмуть – із договорів. Обов'язок неповнолітніх відшкодувати шкоду відноситься до деліктоздатності неповнолітніх, з приводу застосування якої ми висловили свої погляди у наукових публікаціях [24, с. 64–81].

Тому до моменту настання повноліття або емансипації обов'язки дітей регулюються правилами моралі, як наприклад, обов'язок поважати старших, оскільки нормативно це не закріплено. І це вірно, оскільки в силу своїх особливостей, діти не здатні бути повноцінними носіями обов'язків, а загально обов'язкові, моральні та етичні правила поведінки повинні бути привиті їм у процесі виховання [24, с. 64–81].

Що стосується прав та обов'язків дітей у цивільному процесі, то тут ситуація дещо інакша. Стаття 45 ЦПК передбачає особливості забезпечення захисту прав малолітніх або неповнолітніх осіб під час розгляду справи. Зокрема, положення цієї статті закріплюють, що малолітня або неповнолітня особа, окрім прав та обов'язків звичайного (повнолітнього) учасника справи, має додаткові, передбачені ст. 45 ЦПК. Таким чином, діти як учасники справи мають такі права: ознайомлюватися з матеріалами справи; подавати докази; брати участь у судових засіданнях; подавати заяви та клопотання; надавати пояснення суду; наводити свої доводи, міркування щодо питань, які виникають під час судового розгляду; оскаржувати судові рішення у визначених законом випадках тощо. Як суб'єкти зі спеціальним статусом діти у цивільному процесі додатково мають право безпосередньо або через представника чи законного представника висловлювати свою думку та отримувати його допомогу у висловленні такої думки; отримувати через представника чи законного представника інформацію про судовий розгляд;

здійснювати інші процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки, передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України [203].

Разом з тим, коли малолітні чи неповнолітні діти беруть особисту участь у справі, то вони повинні виконувати особисто і певні обов'язки, оскільки іншого у ЦПК не передбачено. Якщо неповнолітні особисто представляють свої інтереси у суді, то, відповідно, на них лягає весь комплекс обов'язків сторони, а саме: виявляти повагу до суду та до інших учасників судового процесу; сприяти своєчасному, всебічному, повному та об'єктивному встановленню всіх обставин справи; з'являтися в судові засідання за викликом суду, якщо їх явка визнана судом обов'язковою; подавати усі наявні у них докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази; надавати суду повні і достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні; виконувати процесуальні дії у встановлені законом або судом строки тощо [203].

Якщо малолітні діти допитуються як свідки, то на них, по ідеї, теж поширюються обов'язки, зокрема виявляти повагу до суду та до інших учасників судового процесу; з'являтися в судові засідання за викликом суду; надавати суду повні і достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні. Але цей висновок впливає із загального статусу свідка...

Частина 2 ст. 45 ЦПК передбачає, що суд роз'яснює малолітній або неповнолітній особі її права та можливі наслідки дій її представника чи законного представника у разі, якщо за віком вона може усвідомити їх значення. Разом з тим, це положення не визначає конкретно, коли судом здійснюється таке роз'яснення – чи кожен раз, коли, наприклад, представник здійснює певні дії, чи за проханням дитини? Із формулювання даного положення статті можна зробити висновок, що таке роз'яснення – це не право, а обов'язок суду. Відповідно, вбачається, що таке роз'яснення має

здійснюватися судом постійно протягом розгляду справи навіть без прохання дитини надати таке роз'яснення [218, с. 86–87].

Окрім цього, ч. 3 ст. 45 ЦПК передбачає обов'язок суду сприяти створенню належних умов для здійснення малолітньою або неповнолітньою особою її прав, визначених законом та передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Проте дане положення не регламентує, кому ж саме суд повинен сприяти у створенні належних умов дітям при розгляді справи і, відповідно, хто відповідальний за створення таких умов. Також дане положення не конкретизує і умов, які мають бути забезпечені дітям і навіть не наводить ніяких стандартів, критеріїв таких умов. Відповідно, це питання та інші потребують вирішення.

У випадку, коли неповнолітні діти беруть участь у справі самостійно без представника, то такими особами, що мають забезпечити їй необхідні умови, можна визнати судового розпорядника, органи опіки та піклування чи службу у справах дітей.

Якщо ж дитину представляє адвокат чи законний представник, то вбачається, що саме ці особи, перш за все, повинні подбати про створення дитині належних умов для її участі у судовому засіданні, а суд, відповідно, саме їм має сприяти у цьому.

Тому важко погодитися з ч. 2 ст. 13 ЦПК, де допускається, що суд має право збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи лише у випадках, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб [203]. В таких випадках суд втрачатиме безсторонність і порушуватиметься принцип змагальності, тому раціонально визначити необхідною участь адвоката або іншої особи, які згідно ст. 56 ЦПК вправі представляти і захищати інтереси інших осіб. Більше того, ч. 2 ст. 13 ЦПК слід сприймати не як сприяння, а як безпосередню участь суду в захисті прав таких осіб. Так само можна доручити суду створювати правову позицію по

справі за участі неповнолітніх осіб або захисту інтересів малолітніх осіб, але це концептуально неправильно.

Створення дітям належних умов може відбуватися різними способами і має здійснюватися із врахуванням особливостей кожної справи. Дані умови можуть бути процесуального характеру, як наприклад, визначення осіб, які можуть перебувати у залі чи яких потрібно видалити при допиті дитини як свідка; забезпечення участі дитини у режимі відео конференції, якщо такий формат, наприклад, адвокатом буде визначений як найбільш сприятливий для дитини. Дані умови можна віднести до умов процесуального характеру. Окрім цих, вбачається, може виникнути необхідність у забезпеченні й інших умов із категорії простих зручностей, як наприклад, зручний для дитини стілець чи надання допомоги у тому, щоб сісти на зависокий стілець, питна вода тощо. Звісно, це дрібниці, але для дітей вони можуть виявитися зовсім не дрібницями (як наприклад, можливість попити води). Відповідно, особи, які представляють дитину чи залучені до справи для забезпечення інтересів дитини мають передбачити особливості розгляду справи і врахувати потреби дитини, які можуть виникнути при її особистій участі у справі і подбати про створення таких умов.

Оскільки кожна справа, як і кожна дитина, особлива, тому універсально визначити необхідні умови для кожної дитини складно, проте певні стандарти, чи критерії, все ж можуть бути передбачені. До таких стандартів, зокрема, пропонуємо віднести:

- максимальне врахування потреб дитини, її вікових особливостей, факторів її стану здоров'я, психологічного та фізіологічного розвитку, її побажань;
- мінімальне травмування психіки дитини (що може забезпечуватися, наприклад, видаленням із зали певних осіб, встановленням перерви у судовому засіданні тощо);
- запобігання та недопущення негативного психологічного впливу і тиску на дитину із боку інших учасників справи, що може проявлятися в

тоні і змісті запитань до неї тощо. На такі прояви суд має активно реагувати, кваліфікуючи такі дії як зловживання правом;

- забезпечення необхідної підтримки для дитини, наприклад, в особі фахівців (психолога, педагога, можливо, лікаря) та близьких осіб (батьків чи інших родичів дитини, яких вона побажає бачити під час судового засідання);

- надання дитині необхідної допомоги, яку вона може потребувати чи про яку може просити;

- недопущення створення штучних перешкод для участі дитини у справі;

- притягнення до відповідальності осіб, які будуть створювати перешкоди для участі дитини у справі та у забезпеченні для цього необхідних умов.

Даний перелік не є вичерпним.

Відомо, що малолітні діти не здійснюють своїх прав та обов'язків сторони у цивільному процесі особисто, а тому це за них здійснюють їх законні представники. Проте діти можуть залучатися до справи для з'ясування їх думки щодо визначення місця проживання (ст. 160 СК) чи для надання згоди на усиновлення (ст. 218 СК). Неповнолітні діти можуть на власний розсуд та на розсуд їх батьків брати особисту участь у цивільному процесі або реалізовувати свої права через законних представників чи у порядку субпредставництва. Як встановлено законом, неповнолітні можуть брати участь у судових справах, які виникають із відносин, у яких вони особисто беруть участь (ч. 2 ст. 47 ЦПК). При цьому така участь встановлена на рівні права, а не обов'язку.

Проте дане положення варто співставити із нормами матеріального права, зокрема, тими, які встановлюють особисту відповідальність неповнолітньої особи, наприклад, у відшкодуванні шкоди. Так, ч. 3 ст. 33 ЦК встановлює, що неповнолітня особа несе відповідальність за шкоду, завдану нею іншій особі, відповідно до ст. 1179 цього Кодексу. Стаття 1179 ЦК

передбачає, що неповнолітня особа (у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років) відповідає за завдану нею шкоду самотійно на загальних підставах. Окрім цього, відповідно до частин 1–2 ст. 33 ЦК, неповнолітня особа особисто несе відповідальність за порушення договору, укладеного нею самотійно відповідно до закону чи за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника.

Оскільки законом прямо встановлена особиста відповідальність дітей у даних категоріях справ, то вбачається, що у них неповнолітні діти мають обов'язково залучатися судом при розгляді справи. А тому пропонуємо доповнити ст. 47 ЦПК про те, що при розгляді справ про порушення договору, укладеного самотійно неповнолітньою особою та за згодою батьків (чи осіб, що їх замінюють) у випадках, де така згода є обов'язковою відповідно до закону, а також у справах про відшкодування шкоди, завданої неповнолітньою особою, сама неповнолітня особа особисто має залучатися до розгляду справи судом обов'язково.

Деякі суди вже дотримуються такої практики. Так, наприклад, у справі № 2-2802/11 рішенням Іллічівського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 14 листопада 2011 року задоволено частково позов про стягнення моральної шкоди із неповнолітніх відповідачів, яка була завдана їй унаслідок вчинення неповнолітніми кримінально-каранного діяння. Із тексту мотивувальної частини можна побачити, що як відповідачі у справі неповнолітні приймали участь самотійно, але разом зі своїми законними представниками [158].

У випадках відшкодування шкоди неповнолітніми більшість справ розглядається судами унаслідок вчинення неповнолітніми кримінальних злочинів, унаслідок яких потерпілим і завдається моральна та матеріальна шкода. У Єдиному державному реєстрі судових рішень у даних категоріях справ часто трапляються судові рішення, які розміщено лише у варіанті вступної та резолютивної частини, у яких суди обмежуються тим, що задовольняють позов, встановлюють стягнути з неповнолітніх певні суми,

при цьому зазначаючи, що у випадку відсутності у них майна чи при його недостатності, визначені судом суми відшкодування шкоди мають бути стягнуті із батьків (як, наприклад, у рішенні Солонянського суду Дніпропетровської області від 04 листопада 2014 року у справі № 192/1856/14 [160]; рішенні Городянського районного суду Чернігівської області від 20 серпня 2014 року у справі № 732/1210/14 [154]).

У контексті особистої участі дитини у цивільному процесі виникає питання явки дитини до суду. Зрозуміло, що діти самі у більшості випадків не можуть дістатися до приміщення суду. Тому їм мають надати у цьому допомогу батьки, адвокат чи інші особи. Проте як бути у випадку, коли, наприклад, один із батьків, із яким проживає дитина, не виконає свого обов'язку і не доставить дитину до залу суду для того, щоб вона могла висловити свою думку? Оскільки привід до дітей не застосовується, а відповідальність за створення перешкод для участі дитини у справі, за невиконання обов'язку забезпечити особисту участь дитини у справі, коли суд вирішить, що така є необхідною, не передбачена. Відповідно, ст. 45 ЦПК має бути доповнена положенням про відповідальність осіб, які будуть штучно і необґрунтовано створювати перешкоди для особистої участі дітей у справі, для їх явки в судові засідання, а також для створення необхідних умов для її участі.

Окрім цього, серед проблемних питань участі дітей у цивільному процесі виділяють також складність доказати здатність дитини чи навпаки її відсутність висловлювати свою думку. Так, вчена Г. Гаро зазначає, що «доведення необхідності / відсутності необхідності вислуховування думки дитини в кожному окремому судовому процесі покладається на сторони та є досить проблематичним, оскільки суди у кожному окремому випадку займають досить суперечливі висновки щодо її доцільності» [38]. Про те, що суди здебільшого не з'ясовують думку дітей йдеться також і в Узагальненні ВСУ від 11 грудня 2008 року «Практика розгляду судами справ, пов'язаних із позбавленням батьківських прав, поновленням батьківських прав,

усиновленням, установленням опіки та піклування над дітьми» [187]. Якщо суди не з'ясовують думку дітей, то що вже говорити про її врахування?..

Відповідно, питання врахування думки дитини є також проблематичним. Відповідно до ч. 3 ст. 171 СК, суд має право постановити рішення всупереч думці дитини, якщо цього вимагають її інтереси [174]. Проте суперечність бажання дитини її інтересам ще також має бути доведена, тобто це повинно бути або очевидно, або встановлено окремо. Наприклад, якщо дитина прив'язана до матері, яка пиячить, то зрозуміло, що краще залиши дитину із батьком, який не має шкідливих звичок. Але якщо обидва із батьків будуть мати однакові позиції, то вбачається, що все-таки визначальною має бути думка дитини. Разом з тим, і розлучення дитини із матір'ю вимагає належного обґрунтування.

У цьому контексті цікава справа № 6-564цс17, у якій суди різних інстанцій по-різному вирішували питання про визначення місця проживання дитини. За фавулою справи, обидва із батьків мали житло та належне матеріальне забезпечення, не мали шкідливих звичок. Дитина віком у 10 років висловила бажання залишитися із батьком, тому суд першої інстанції прийняв рішення про визначення місця проживання дитини (хлопчика) із батьком. Проте суд апеляційної інстанції скасував рішення і визначив місце проживання дитини із матір'ю. Суд касаційної інстанції врахував думку дитини і скасував рішення суду апеляційної інстанції, віддавши дитину батькові знову. Проте ВСУ скасував рішення ВССУ і направив справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції, вказавши на те, що «відповідно до положень Декларації та Конвенції про права дитини заборонено малолітню дитину віком до 14 років розлучати з матір'ю (тільки у виняткових випадках). Тому віддаючи дитину батькові суд повинен обґрунтувати у рішенні, чому бажання дитини залишитися із батьком не суперечить правам та інтересам цієї дитини, і чому думці дитини надається перевага над іншими доказами у справі» [122].

Аналізуючи дану справу, варто звернути увагу на декілька аспектів. По-перше, піднімається питання існування певних переваг на боці матері в силу існування принципу 6 Декларації прав дитини, відповідно до якого малолітня дитина, крім випадків, коли є виняткові обставини, не має розлучатися зі своєю матір'ю [48]. Разом з тим, статті 12–13 Конвенції ООН про права дитини закріплюють право дитини вільно висловлювати свої думки, а держав зобов'язує заслуховувати її. Проте якщо віддається перевага принципу 6 Декларації прав дітей щодо залишення малолітніх дітей з матір'ю, то виникає питання, навіщо тоді питати думку дитини?.. Але вбачається, що принцип 6 не повинен нівелювати право дитини на висловлення своєї думки і на її врахування дорослими. Очевидно, що право дитини висловлювати свою думку закріплено для того, щоб вона бралася до уваги. Відповідно, якщо дитина однозначно сформулює своє бажання залишитися із батьком, то такий випадок варто віднести до виняткових, у яких і принцип 6 Декларації прав дитини допускає розчуження із матір'ю.

По-друге, дане рішення ВСУ щодо скасування рішення суду касаційної інстанції провокує критику науковців та практиків щодо існування подвійних стандартів у тому, що думка дитини враховується, якщо дитина хоче жити з матір'ю, а якщо з батьком – то не враховується [38]. Проте все ж таки така критика не має у даному випадку достатніх підстав. Суд лише звернув увагу на те, що залишення дитини із батьком потребує додаткового обґрунтування. Дане рішення також звертає увагу на те, що автоматична перевага думки дитини перед іншими доказами не визначена законодавчо, а відповідно теж потребує додаткової мотивації.

Разом з тим, такий підхід вважаємо таким, що дещо дискримінує і дитину, і її батька, оскільки суд в силу лише одного принципу 6 Декларації стає на бік матері, якій, як виходить, не потрібно додатково доводити своїх прав на те, щоб не розлучатися з дитиною, а от батькові потрібно довести переваги залишення дитини з ним, а також чому думка дитини повинна мати переважне значення у тому випадку, коли вона хоче залишитися з батьком.

Відповідно, такий нерівномірний тягар доказування в силу дискримінації на підставі матеріальних норм породжує певну дискримінацію і щодо процесуальних прав та обов'язків. Таку ситуацію ми вважаємо несправедливою. Відповідно, вирішення цього питання потребує внесення змін у законодавство. Але перш ніж перейти до того, щоб їх пропонувати, варто звернути увагу на іще один аспект.

По-третє, дитина судом першої інстанції була залишена із батьком. Потім її віддали матері, а потім знов батьку, і от вона знову у невизначеному становищі. Дана ситуація є чи не найгіршою для дитини, коли батьки починають «розривати» дитину між собою, тому що не можуть поділити. Вони можуть думати, що діють із найкращих міркувань, але тим самим наносять велику шкоду психологічному здоров'ю дитини. У даному випадку, здається, батьки думають більше про себе і про свої інтереси, тому що кожен хоче забрати дитину собі, а не про інтереси дитини. І суди, виходить, так само не захищають інтереси дитини, а зміною своїх рішень наносять лише шкоду. Тому нам вбачається правильною підхід американських вчених, які відстоюють позицію про те, що визначення місця проживання дитини має відбуватися один раз, і якщо вже було прийнято певне рішення, а тим більше, що воно було із врахуванням думки дитини, то не варто його змінювати, тим самим вириваючи дитину із середовища, до якого вона вже могла звикнути чи почати пристосовуватися [221, с. 35].

Разом з тим, аналіз останніх правових позицій Верховного Суду свідчить про позитивну тенденцію, відповідно до якої з'являється все більше і більше рішень, у яких дитину залишають проживати разом із батьком, а Суд, виходячи з рівності прав батьків щодо дитини, бере до уваги ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, у тому числі обов'язків по вихованню дитини, особисту прихильність дитини до кожного з них, вік дитини [126], а також особисті якості батьків, відносини, які існують між кожним з батьків і дитиною, можливість створення дитині умов для виховання і розвитку [124].

Окрім цього, застосовуючи правову позицію ВП ВС, яка у постанові від 17 жовтня 2018 року у справі № 402/428/16-ц відступила від позиції ВСУ щодо обов'язковості застосування ст. 6 Декларації [123], КЦС ВС зробив висновок, що «під заборонаю розлучення дитини зі своєю матір'ю в контексті Декларації прав дитини необхідно 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; Декларація прав дитини не є міжнародним договором та не має в Україні виключно обов'язкового характеру» [125].

Ми підтримуємо дану позицію ВС і вважаємо, що при визначенні місця проживання дитини слід враховувати також і вік дитини, і зв'язок з матір'ю, тому коли мати годує дитину, то, безперечно, дитина має бути з матір'ю. Коли ж дитина досягла віку, що може висловити свої думки, то нерозривність зв'язку дитини з матір'ю не превалює в цивільному процесі, а має враховуватися рівність прав батька і матері в питаннях виховання і утримання дитини.

Виходячи з цього, пропонуємо внести зміни у ст. 45 ЦПК, доповнивши її положенням про те, що висловлена однозначно і усвідомлено думка дитини має перевагу над іншими доказами щодо вирішення питань, які стосуються її майбутнього, і може бути не врахована судом лише у випадку, коли одна зі сторін доведе, що думка дитини протирічить її ж інтересам або висловлена під чужим впливом. Відповідно, ми пропонуємо встановити необхідність додаткового обґрунтування неврахування судом думки дитини, а не навпаки, що врахування думки повинно додаткового обґрунтовуватися, як це було сказано у рішенні ВСУ і розглядуваній справі. Окрім цього, пропонуємо також внести зміни в законодавство, встановивши, що батько та матір мають однакове право не розлучатися з дитиною, щоб батьки були у рівному положенні і перевага автоматично не надавалася матері, а щоб кожен із них в силу змагальності процесу мав довести, що залишення дитини саме із ним буде відповідати найкращим інтересам дитини, оскільки, як видно із

проаналізованої вище справи № 6-564цс17, це автоматичне залишення дитини із матір'ю не завжди відповідає бажанням та інтересам дітей.

У даному контексті також постає питання щодо того, як суду встановити, а сторонам довести те, що дитина досягла відповідного рівня розвитку і може висловити власну думку? Вбачається, що це може бути здійснено на підставі довідки від дитячого психолога чи психіатра. У літературі також пропонувалося використовувати для цього довідку з медичного закладу чи закладу шкільної (дошкільної) освіти [38], що може мати місце, але все ж таки вбачається, що довідка має бути видана не просто закладом освіти, оскільки для цього у школі повинен бути відповідний фахівець – дитячий психолог, психіатр, а не просто педагог. І медичний висновок, наприклад, від педіатра, теж у цьому випадку не можна вважати достатньо показовим, тому що педіатр не має навичок у дослідженні та встановленні психологічного здоров'я дітей. Тому вважаємо, що має бути чітко і конкретно встановлено, що довідка із відповідним висновком має надаватися фахівцем у галузі дитячої психології чи психіатрії. І далі уже буде не настільки важливим саме заклад, у якому працює даний фахівець – медичний чи освітній, чи взагалі від особи, що веде власну підприємницьку діяльність (чи незалежну професійну діяльність).

Іноді у законодавстві робиться зовсім протилежна презумпція, коли за ч. 2 ст. 173 СК припускається, що при вирішенні спору між батьками та малолітніми, неповнолітніми дітьми, які спільно проживають, щодо належності їм майна вважається, що воно є власністю батьків, якщо інше не встановлено судом [174]. Тобто у ч. 2 ст. 173 СК пропонується малолітній або неповнолітній дитині відсудити у батьків власне майно і їх думка щодо майна розцінюється судом нижче, ніж слова батьків, з чим важко однозначно погодитися.

Окрім цього, вважаємо, що для забезпечення мінімального травмування психіки дитини під час її особистої участі у справі має залучатися відповідний фахівець-психолог для застереження психологічних ускладнень

у стресових ситуаціях. Це питання може бути вирішено різним чином: за клопотанням адвоката, який діятиме в інтересах саме дитини, якщо ми вважаємо за необхідне діяти в найкращих її інтересах, через залучення психолога із служби у справах дітей (саме психолога, а не просто працівника) або навіть залучення незалежного фахівця на тих же засадах, що і надання безоплатної вторинної правової допомоги, тобто таке залучення може здійснюватися на засадах надання дитині безоплатної медичної допомоги, яка фінансується державою. Відповідно, потрібно додатково передбачити у законодавстві як механізм реалізації залучення таких фахівців, так і фінансування для оплати їх праці.

3.2 Участь адвоката як представника інтересів неповнолітньої дитини при розгляді цивільних справ

Зовні малолітні та неповнолітні особи є найбільш захищеними суб'єктами цивільного і сімейного права та цивілістичного процесу, оскільки про них мають турбуватися і батьки, і держава в особі різних органів і посадових осіб, але, на жаль, непоодинокими є випадки, коли діти опиняються без батьківської турботи і охорони їх прав та інтересів.

На міжнародному рівні, зокрема, у рамках ООН, було прийнято низку нормативно-правових актів, які встановлюють стандарти захисту прав дітей. Ці стандарти розроблені з метою забезпечення захисту та реалізації найкращих інтересів дітей. При цьому зауважимо, що ми вважаємо за доцільне використовувати саме термін «найкращі інтереси» і у законодавстві України, і у науковій доктрині, і у правозастосовній практиці. Такий висновок зроблений нами на підставі текстів оригіналу міжнародних документів із врахуванням інтеграційних та глобалізаційних процесів [22, с. 134–137].

Серед таких міжнародних стандартів захисту прав дітей у рамках ООН можна виокремити, зокрема, забезпечення представництва інтересів дітей перед іншими особами та державними органами, врахування думки та інтересів дитини при вирішенні сімейних спорів, першочерговість в наданні захисту і допомоги [23, с. 147–150]. Забезпечити дотримання цих стандартів і покликано адвокатське представництво інтересів дітей у суді [32, с. 6–15].

Хоча закон в Україні закріплює права дітей, встановлює обов'язки батьків, опікунів та піклувальників, визначає повноваження органів опіки та піклування, на практиці цивільні права та інтереси малолітніх та неповнолітніх осіб часто виявляються не захищеними. Відомо багато випадків невиконання батьками покладених на них обов'язків щодо утримання, виховання, а тому і захисту дітей; випадків зловживання правами опікунами та піклувальниками, які переслідують власні інтереси і діють всупереч інтересам своїх підопічних. Отже, існують практичні проблеми, які потребують розв'язання.

Теми захисту прав дітей неодноразово торкалися різні вчені, то висвітлюючи її окремі питання, то присвячуючи їй свої монографічні дослідження. Зокрема, відомі праці таких вчених: С. Я. Фурси та Є.І. Фурси [172]; В. П. Мироненко [98], С. Я. Ременяк [151], Н. А. Д'ячкової [47], Л. А. Ольховик [106], М. В. Логвінової [90], Ж. Л. Чорної [205] та інших, які присвячені питанням матеріального права, таким як: усиновлення дітей, певним категоріям цивільних прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб, обов'язкам батьків, опікунів чи піклувальників. Проте наукових напрацювань у сфері розгляду цивільних справ за участю малолітніх та неповнолітніх осіб бракує.

Так, О. О. Грабовською було досліджено особливості судочинства в справах про усиновлення [44], а Л. А. Кондрат'єва у своїй роботі про судовий захист неповнолітніх осіб робить акцент на дослідженні правового становища дітей та їх законних представників, на особливостях захисту житлових прав дітей та під час розгляду справ щодо батьківства, материнства

та стягнення аліментів [70]. Ми вбачаємо за доцільне розкрити особливості участі адвоката як представника інтересів неповнолітньої дитини у цивільному процесі.

Як відомо, діти є особливими суб'єктами суспільних відносин, оскільки, як встановлено в Преамбулі Декларації прав дитини, дитина внаслідок її фізичної і розумової незрілості потребує спеціальної охорони і піклування, зокрема належного правового захисту, до і після народження. Окрім цього, принцип 7 вказаного міжнародного документу встановлює, що дитина за будь-яких обставин має бути серед тих, які першими одержують захист і допомогу [48].

Разом з цим варто зазначити, що встановлення особливого правового режиму для неповнолітніх визначає їх привілейоване становище у суспільстві унаслідок їх додаткових потреб, проте не обмежує їх у загальних правах, які належать кожній людині.

Конвенція ООН про захист прав людини і основоположних свобод закріплює за кожним право на справедливий суд (ст. 6) та на ефективний засіб юридичного захисту (ст. 13) [68]. Конституція України гарантує кожному право на професійну правничу допомогу та на вільний вибір захисника своїх прав (ст. 59) [71]. Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК) встановлює, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів (ст. 4) [203].

Відповідно до п. 5.1. Мінімальних стандартних правил Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення здійснення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»), система правосуддя щодо неповнолітніх повинна бути направлена, в першу чергу, на забезпечення благополуччя неповнолітнього [101].

Неповнолітні особи, беручи участь у розгляді справи судом особисто, можуть здійснювати весь комплекс прав, передбачений і ст. 43, і ст. 45 ЦПК. Малолітні ж особи можуть особисто реалізовувати тільки права, визначені в

ст. 45 ЦПК щодо можливості висловлення своєї думки з приводу застосування щодо них норм матеріального права, як наприклад, надати згоду на усиновлення (ст. 218 Сімейного кодексу України – далі СК) чи щодо визначення місця проживання (ч. 2 ст. 160 СК).

Співставляючи положення ст. 45 ЦПК та ст. 59 ЦПК, складається враження про їх деяку невідповідність. Так, ст. 59 ЦПК встановлює, що права, свободи та інтереси малолітніх осіб віком до чотирнадцяти років захищають у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, опікуни чи інші особи, визначені законом. І якщо у цій статті сказано, що неповнолітні можуть бути залучені судом до розгляду справи, то щодо малолітніх такого положення немає. Оскільки суду не надано повноважень залучати до участі у розгляді справи малолітніх дітей, то по логіці речей виходить, що суд не має права це робити. Таким чином, складається враження, що положення ст. 59 ЦПК не залишають місця для особистої участі малолітніх дітей, хоча така можливість передбачена у ст. 45 ЦПК.

Виходячи з цього, вважаємо за доцільне змінити положення ст. 59 ЦПК і привести їх у відповідність до норм ст. 45 ЦПК, закріпивши право суду залучати і малолітніх дітей до розгляду справи. Тому пропонуємо речення у ч. 2 ст. 59 ЦПК: «Суд може залучити до участі в таких справах неповнолітню особу чи особу, цивільна дієздатність якої обмежена», – виключити, але доповнити статтю частиною 4 схожого, але дещо розширеного змісту: «Суд може залучити до участі у розгляді таких справ малолітню особу, неповнолітню особу чи особу, цивільна дієздатність якої обмежена».

Ця позиція має покладати на суд певні обов'язки, якщо він вважатиме за необхідне заслухати думку малолітньої особи, оскільки його цікавитимуть суб'єктивні інтереси такої особи, але, загальновідомо, що діти, особливо малолітні, знаходяться під впливом своїх батьків. Отже, відокремлення інтересів дитини від інтересів батьків потребує особливого ставлення до дитини і виведення її з під впливу батьків, а це неможливо здійснити у звичних умовах.

Але поки що, виходячи із положень чинного законодавства, можна говорити про те, що малолітні особи особисто не беруть участі у судовому процесі для захисту своїх цивільних прав та інтересів, а лише через законних представників, які можуть доручити ведення справи в суді іншим особам, наприклад, адвокату (ст. 59 ЦПК). Таким чином, простежується правовий зв'язок, що адвокат буде працювати в інтересах батьків, які уклали з ним договір про правову допомогу, але такі інтереси можуть і не співпадати з інтересами дитини. Виходячи ж з того, що неповнолітні можуть бути й безпосередніми суб'єктами цивільного процесу, а малолітні – тільки опосередкованими, беручи участь у провадженні опосередковано – через законних представників, тобто у останньому випадку буде мати місце субпредставництво, суд має у певних випадках надавати охорону і захист прав безпосередньо дітям, визначаючи випадки, коли адвокат має надавати безоплатну правову допомогу саме дітям. Дійсно, неповнолітні діти як відносно самостійні учасники справи вправі укласти договори про правову допомогу з адвокатом, але для реалізації такого права, зазвичай, в них відсутні кошти. Тому мова тут йде про безоплатну правову допомогу.

Вважаємо певним нонсенсом, коли у ч. 2 ст. 45 ЦПК передбачається, що «Суд роз'яснює малолітній або неповнолітній особі її права та можливі наслідки дій її представника чи законного представника у разі, якщо за віком вона може усвідомити їх значення». Тобто суд не тільки стає на бік малолітньої або неповнолітньої особи, а й, по суті, кваліфікує дій її представника чи законного представника та правову позицію у справі, але такі роз'яснення мають надаватися кваліфікованій особі, щоб вона здатна була їх сприйняти і застосувати.

Це положення цілком зрозуміле, коли ч. 1 ст. 218 СК визначає необхідність згоди дитини для її усиновлення, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити [175]. Але у ч. 2 ст. 160 СК передбачається необхідність визначення місця проживання дитини і позиції батьків будуть різними, але дитина, яка досягла 10-річного віку, може

висловити свою волю, що й має роз'яснити суд, коли інтереси сторін розходяться.

У таких випадках малолітні особи можуть мати свої інтереси і їх необхідно ізолювати від впливу батьків до вирішення справи, а також турбуватися про те, щоб ні хто не здійснював вплив на дитину і вона здатна була висловити свою волю. Виходячи із зазначених положень СК, бачимо, що законодавець у питаннях усиновлення та визначення місця проживання малолітньої особи вважає її здатною брати часткову участь у судовому розгляді і навіть встановлює таку необхідність із 10 років, але з ким на момент визначення місця проживання дитини вона має проживати і яким чином забезпечити її від стороннього впливу? Вважаємо, що об'єктивним правовим радником у такій ситуації може бути адвокат, який працюватиме на безоплатній основі надаючи вторинну правову допомогу саме дитині, а не в інтересах однієї із сторін справи. Цілком очевидно, що оплата послуг адвоката увійде до судових витрат і буде стягнута з однієї із сторін справи.

Такий підхід ми вважаємо цілком обґрунтованим, оскільки дитина має право брати участь у визначенні важливих питань свого життя. І хоча малолітньою особою вважається до 14-ти років (ст. 6 СК), а тому до цього віку є дещо обмеженою у можливості здійснення самостійно та особисто всіх процесуальних прав, практика показує, що значно раніше, навіть ще до 10-ти років, дитина здатна усвідомлювати та висловлювати свої бажання.

Остання практика Верховного Суду свідчить про те, що думка дитини набуває все більшого значення у вирішенні судових тяжб. Так, у постанові КЦС ВС від 25 березня 2019 року у справі № 165/2240/16-ц вказується на те, що «при вирішенні питань, які стосуються її життя, дитині, здатній сформулювати власні погляди, має бути забезпечено право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що її стосуються, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю» [127].

Разом з тим, враховуючи різні життєві обставини, в яких можуть опинитися діти, батьки чи особи, що їх замінюють, бажано, щоб суд

переконався у тому, що дитина має змогу по-справжньому висловити свою думку, не знаходячись ні під чийм психологічним тиском. Хоча навіть і без такого тиску сама ситуація сімейних обставин, у яких може опинитися дитина, може бути для неї морально тяжкою. Обрати одного із батьків при визначенні місця проживання, у той час, коли дитина хотіла б жити і спілкуватися однаково із обома батьками; дати згоду на усиновлення перед батьками, яких позбавляють батьківських прав – це все ставить дитину перед складним вибором. І хоча ми вважаємо абсолютно правильним, що думка дитини повинна бути з'ясована судом і врахована, постає питання про створення необхідних умов дитині для того, щоб вона могла визначитися і висловити свою позицію без стороннього впливу. І для того, щоб забезпечити підтримку дитині в реалізації нею своїх прав, вважаємо за необхідне залучати до розгляду справи адвоката.

Проте вбачається, що простого залучення будь-якого адвоката не буде достатньо для того, щоб сприяти створенню необхідних умов для участі дитини у вирішенні її долі судом у певних категоріях справ, зокрема, у справах про усиновлення та про визначення місця проживання особи. Якщо, слідуючи принципу аналогії закону, звернутися до положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), то ст. 226 встановлює необхідність проведення допиту малолітньої або неповнолітньої особи у присутності педагога або психолога, а за необхідності – лікаря [77].

Звичайно, кримінальний процес передбачає розгляд більш складних категорій справ, хоча для дитини моральне навантаження при допиті в кримінальному провадженні чи при вирішенні її долі у цивільному процесі може бути однаковим. Тому вважаємо за доцільне закріпити в ЦПК і дотримуватися такого підходу до порядку з'ясування думки дитини, який подібний до встановленого в КПК, а саме за участю психолога.

Враховуючи особливості психічного розвитку дітей, також потрібно мати на увазі, що висловлювати свою думку їм може бути краще за відсутності певних осіб, наприклад, батьків, щодо яких порушена справа про

відібрання дитини. Тому ми вважаємо, що процесуальне законодавство повинно також передбачити можливість за клопотанням адвоката видалити із залу судового засідання осіб, присутність яких може негативно вплинути на дитину, вивести її з рівноваги. Можливий також й інший варіант забезпечення дитині належної обстановки для спілкування із судом із використанням сучасних технологій – тобто поза залом судового засідання, але в режимі відеоконференції. Вбачається, що доцільність вибору одного чи іншого варіанту повинна бути виявлена адвокатом, який представляє інтереси малолітньої чи неповнолітньої особи.

А для цього адвокат повинен уважно підходити до ситуації, спостерігаючи за поведінкою свого підопічного, щоб мати змогу встановити необхідність вжиття заходів для забезпечення дитині можливості висловитися через видалення певних осіб із залу судових засідань чи через подання клопотання про участь малолітньої чи неповнолітньої особи у режимі відеоконференції (ст. 212 ЦПК). Така необхідність може також бути встановлена і через просте спілкування адвоката із дитиною, тому йому варто серйозно також підійти до того, щоб правильно побудувати відносини, зокрема, із малолітньою особою, і завоювати в неї довіру, що дасть змогу адвокату якнайкраще відіграти свою роль щодо сприяння дитині у реалізації нею своїх прав.

Таким чином, ми вважаємо за необхідне залучати адвоката для представництва інтересів дітей і психолога, щоб вони могли реально забезпечити дитині підтримку у судовому процесі.

Відповідно до ст. 15 ЦПК, представництво у суді як вид правничої допомоги здійснюється виключно адвокатом (професійна правнича допомога), крім випадків, встановлених законом [203].

Вичерпне визначення цивільного процесуального (судового) представництва дає С. Я. Фурса, яка під цим поняттям розуміє «правовідносини, в силу яких одна особа (представник) виконує на підставі повноваження, яке надане йому законом, статутом, положенням чи

договором, процесуальні дії у цивільному судочинстві в інтересах іншої особи (довірителя), які спрямовані на захист порушених, оспорюваних та невизнаних прав та інтересів іншої особи, державних чи суспільних інтересів, у результаті чого у представника виникає комплекс процесуальних прав та обов'язків» [195, с. 178–179].

Відповідно до ст. 237 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства [201]. Відповідно до положень ст. 26 Закону України (далі – ЗУ) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», підставою для здійснення адвокатської діяльності є договір про надання правової допомоги [133].

Отже, формально, неповнолітня особа може сама, але по певних категоріях справ за згодою законних представників (ч. 2 ст. 32 ЦК), укласти із адвокатом договір про надання їй правової допомоги, проте на практиці адвокатів для представництва інтересів дітей залучають здебільшого батьки або особи, що їх замінюють. Якщо ж неповнолітня особа все-таки укладатиме самостійно договір про надання їй правової допомоги, то виникає питання про визначення меж повноважень адвоката у представництві інтересів такої неповнолітньої особи, оскільки адвокат зобов'язаний діяти в межах повноважень, наданих йому клієнтом, у тому числі з урахуванням обмежень щодо вчинення окремих процесуальних дій (ч. 4 ст. 26 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») [133].

Очевидно, що неповнолітня особа не матиме достатньо знань для визначення меж повноважень адвоката для якнайкращого захисту ним своїх прав та інтересів. Тому вбачається, що у такому випадку доцільно закріпити презумпцію наявності у адвоката повноважень на здійснення будь-яких передбачених нормами чинного законодавства процесуальних дій в інтересах малолітньої особи, яку він представляє. Хоча застосування цього правила видається доречним і у випадку участі адвоката у справі як субпредставника дітей у суді. Тому ч. 4 ст. 62 ЦПК пропонуємо доповнити положенням

наступного змісту: «При представництві прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб повноваження адвоката є необмеженими».

Це положення певною мірою наштовхується на випадки, коли інтереси дитини, на боці якої має працювати адвокат, не співпадають з інтересами батьків, які уклали договір про правову допомогу з адвокатом. Очевидно, що це конфлікт інтересів, який не передбачений у п. 8 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», але він заважатиме адвокату діяти і вибудовувати правову позицію по справі. Оскільки такий конфлікт має призводити до розірвання договору про правову допомогу і залишення інтересів дитини незахищеними, то про його виявлення адвокат має повідомити суд. При цьому, варто у ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначити такі поняття як «внутрішній конфлікт», коли діяльність адвоката в справі обтяжується власними інтересами, а також «зовнішній конфлікт», коли клієнт адвоката уклав з ним договір про правову допомогу в інтересах третьої сторони, однак при виконанні повноважень за договором адвокат дізнався про конфлікт інтересів клієнта та третьої сторони, що унеможлиблює якісне і неупереджене виконання доручення.

Тому наступним питанням, на якому хотілося б зупинитися, є право суду щодо залучення адвоката до справи для здійснення представництва прав та інтересів дітей. Норми ЦПК не надають такої можливості суду за його ініціативою залучити до участі у справі адвоката для надання кваліфікованої правничої допомоги малолітній чи неповнолітній особі, що ми вважаємо досить суттєвою прогалиною, оскільки законний представник не завжди може найкращим чином представляти інтереси неповнолітніх у суді, але самостійно не звертатися за правовою допомогою. При цьому залучення адвоката для захисту прав дітей повинно здійснюватися додатково і незалежно від наявності чи призначення законного представника.

Якщо законний представник і буде належним чином виконувати свої обов'язки щодо представництва дитини у суді, участь адвоката на боці неповнолітньої особи ніяк не завадить, а навпаки буде додатковою гарантією

захищеності прав та інтересів неповнолітніх осіб. Вважаємо, що таке залучення адвоката за ініціативою суду до розгляду справи за участю неповнолітніх повинно здійснюватися на підставах надання безоплатної вторинної допомоги. У п. 2 ч. 1 ст. 14 ЗУ «Про безоплатну правову допомогу» діти визнаються суб'єктами безоплатної вторинної правової допомоги, у тому числі діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, діти, які перебувають у складних життєвих обставинах, діти, які постраждали внаслідок воєнних дій чи збройного конфлікту [134].

Але таке право не набуває належної реалізації, оскільки не знаходить подальшого закріплення відповідних положень у процесуальному законодавстві. Тому для покращення цієї ситуації вважаємо за доцільне доповнити ст. 63 ЦПК частиною 6 наступного змісту: «Суд на власний розсуд може залучити адвоката до справи за участю малолітніх та неповнолітніх осіб для надання їм безкоштовної вторинної правової допомоги». Залучаючи адвоката до розгляду справи на засадах надання дитині безоплатної правової допомоги, суд зможе забезпечити належне представництво прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб.

До того ж, дана пропозиція зроблена із переконаності у тому, що у такому випадку може бути досягнуто вищого рівня захищеності цивільних прав та інтересів дітей, тому що суд зможе краще виконати свою функцію захисту (ст. 4 ЦПК), а участь адвоката буде цьому додатковою гарантією. Оскільки, відповідно до п. 7 Стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у цивільному, адміністративному процесі та представництва у кримінальному процесі, у разі, якщо адвокат установив, що законний представник діє всупереч інтересам малолітнього, неповнолітнього, якого він представляє, адвокат повинен буде вжити всіх доступних йому заходів для захисту законних прав та інтересів клієнта [182].

При цьому, вважаємо, що суд повинен враховувати обставини кожної справи і при необхідності залучати для представництва інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб саме адвокатів, які мають відповідний досвід участі в

побідних справах. Враховуючи особливості процесу усиновлення, складність процесу розлучення батьків із визначенням місця проживання дитини, вбачаємо саме ці категорії справ такими, у яких існує найбільша необхідність участі висококваліфікованих адвокатів, можливо, із додатковою освітою психолога.

Хоча, зрозуміло, що ситуації бувають різними, тому якщо дитина із дитячого будинку бажає бути усиновленою, або якщо при визначенні місця проживання дитини суд з'ясує, що у неї були складні стосунки із батьком, то в такому випадку необхідність участі адвоката і психолога може бути відсутньою. Тому варто залишити вирішення питання про необхідність залучення до справи саме адвоката і психолога на розсуд суду в кожній конкретній справі.

Отже, варто на законодавчому рівні наділити суд повноваженнями для залучення за власною ініціативою на засадах надання безоплатної вторинної правової допомоги адвоката для представництва інтересів дітей, а в окремих випадках (таких як усиновлення чи визначення місця проживання дитини) – вирішення питання про залучення адвоката і, додатково, психолога. Дисертант вважає, що цивільне судочинство є одним з найскладніших, оскільки в ньому застосовуються норми різних галузей права, що потребує високого професіоналізму від учасників справи, має місце значна емоційна складова, обумовлена долею людей. Тому розраховувати на те, що батьки або діти будуть здатні самостійно здійснювати свої процесуальні права та виконувати обов'язки не доводиться. Тому перевага має бути на боці призначення дітям правової допомоги.

3.3 Участь у виконавчому провадженні малолітніх та неповнолітніх осіб та представництво їх інтересів

Виконавче провадження є важливим елементом відносно нової галузі правової науки – виконавчого процесу, який нині у доктрині українського права прийнято вважати самосійною галуззю права. Так, вчена С. В. Щербак доводить, що «виконавчий процес являє собою відокремлену, відносно замкнуту підсистему правового регулювання, здатну існувати самостійно (галузь права), що відрізняється від інших процесуальних галузей специфікою виконавчих процесуальних норм, які покликані упорядковувати не лише матеріальні норми, але й процесуальні норми інших галузей права» [211, с. 33]. Це доводить складність відповідної правової «матерії», яка панує у виконавчому провадженні.

Цитата з рішення Конституційного Суду України у справі про стягнення заборгованості з підприємств паливно-енергетичного комплексу від 13 грудня 2012 року № 18-рп/2012 підтверджує, що «виконання судового рішення є невід’ємною складовою права кожного на судовий захист і охоплює, зокрема, визначений у законі комплекс дій, спрямованих на захист і поновлення порушених прав, свобод, законних інтересів фізичних та юридичних осіб, суспільства, держави» [159].

Отже, відповідно до ст. 2 Закону України «Про виконавче провадження» (далі – Закон), виконавче провадження здійснюється з дотриманням засад верховенства права; обов’язковості виконання рішень; законності; диспозитивності; справедливості, неупередженості та об’єктивності; гласності та відкритості виконавчого провадження; розумності строків виконавчого провадження; співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями; забезпечення права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних виконавців, приватних виконавців [135]. І хоча не з усіма принципами виконавчого провадження можна однозначно погодитися, одне очевидне – здійснення виконавчого

провадження приводить до безпосереднього відновлення порушених, невизнаних чи оспорених прав та інтересів громадян. Сама можливість примусового виконання рішення дисциплінує значну частину громадян, тому значення виконавчого процесу у всій правозахисній системі важко переоцінити.

Проте нині в Україні саме на цій стадії розвитку нашої держави має місце катастрофічна ситуація з примусовим виконання рішень судів. Так, після ухвалення рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» (Заява № 40450/04) від 15 жовтня 2009 року щодо невиконання рішення національних судів [156], відповідно до п. 37 рішення ЄСПЛ у справі «Бурмич та інші проти України» від 12 жовтня 2017 року (Заява № 46852/13 та інші), станом на січень 2015 року Суд повідомив Уряд України про групу із 5000 аналогічних справ (див. «Самойленко та 4999 інших заяв» (Samoylenko and 4999 Others), заяви №№ 11212/08–2803/15) [155]. Наведена статистика свідчить про незадовільну ситуацію у сфері виконання рішень національних судів, що склалася в Україні. І хоча станом на 25 січня 2018 року із лідера за кількістю скарг проти неї у ЄСПЛ Україна із 7100 скарг перемістилася на четверту позицію після Туреччини (7500 скарг), Росії (7750 скарг) та Румунії (9900 скарг) [189], що можна вважати певним прогресом, все одно продовжують існувати багато проблем, унаслідок чого ми і далі маємо вкрай низьку статистику виконання судових рішень.

Зокрема, Асоціація приватних виконавців України констатує, що лише 2,7 % боргів повертаються законним власникам в Україні [87; 148]. Звісно, це є порушенням прав та свобод людини і громадянина. Усе це зумовлює актуальність проведення подальших досліджень у сфері виконавчого процесу, оскільки при такому низькому відсотку виконання рішень розраховувати на те, що діти здатні будуть досягти очікуваного результату не доводиться.

Окрім наведених вище проблем, що зумовлюють актуальність досліджень у сфері виконавчого процесу, в Законі відсутні процедури примусового виконання рішень за участю малолітніх та неповнолітніх дітей. Регламентовані лише окремі аспекти процедури виконання рішень немайнового характеру у таких виконавчих провадженнях, як про відібрання дитини та про встановлення побачення з дитиною. Але ж сама специфіка виконання рішень в цих категоріях справ обумовлюється віком дитини, її розумовими здібностями. Тому перед наукою постало питання дослідити проблеми, які виникають на практиці при примусовому виконанні рішень у майнових спорах за участю дітей, зокрема у справах про звернення стягнення на предмет іпотеки, право користування яким мають діти, та запропонувати шляхи їх вирішення, розробити пропозиції щодо внесення доповнень до Закону тощо. Так, найпростіша схема виконання таких рішень зумовлена тим, що при наявності у батьків боргів можна констатувати їх неплатоспроможність і забирати дитину до дитячого закладу, але така позиція не відповідатиме ні найкращим інтересам дитини, ні інтересам держави, яка будується на традиціях, гуманізмі, а також міжнародних договорах (конвенціях).

У сфері виконавчого процесу відомі фундаментальні теоретичні праці багатьох українських вчених. Теоретичні основи для становлення та розвитку науки про виконавчий процес заклали роботи таких вчених, як С. Я. Фурси та С. В. Щербак [196], Ю. В. Білоусова [13], М. Й. Штефана [210], І. В. Спасибо-Фатєєвої та О. П. Печеного [7]. Окремі проблемні аспекти виконавчого процесу досліджували А. М. Авторгов, який досліджував адміністративно-правовий статус державного виконавця [3]; І. В. Бондар, яка досліджувала проблеми примусового виконання рішення про виселення боржника [18, с. 192–194; 16, с. 115–117]; М. В. Вінциславська, яка досліджувала статус суб'єктів виконавчого провадження [34]; Р. В. Ігонін аналізував, зокрема, проблеми співвідношення і взаємодії органів

примусового виконання судових рішень і судів загальної юрисдикції [61] та багато інших.

Питання застави та іпотеки, але з точки зору матеріального права досліджувались у працях таких вчених, як О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової [198], та Р. А. Майданика [93, с. 54–60; 95]; І. А. Бірюкова та Ю. О. Заїки [199]; Л. М. Баранової, Т. І. Бєгова, В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої та В. Л. Яроцького [200]; М. Б. Гончаренка [40]; А. А. Герца [39]; В. Бойка та В. Шевченка [15, с. 66–74], О. С. Ткачука [185] та інших.

Проте питання щодо звернення стягнення на предмет іпотеки виконавцями при примусовому виконанні рішень до сих пір на теоретичному рівні не вирішене, про що свідчать поодинокі праці таких вчених, як С. Я. Фурси [191, с. 5–19], І. І. Кравченко [59], Л. С. Малярчук [97], І. І. Строкач [183], а також мають місце у роботах молодих вчених, зокрема В. В. Некрасової [103, с. 37–41], але питання про звернення стягнення на предмет іпотеки, право користування яким мають діти, практично не досліджене.

Колізійність матеріального законодавства, відсутність норм виконавчого провадження, які регламентують процедури виконання рішень про звернення стягнень на предмет іпотеки за участі дітей у регулюванні даного питання, а також непослідовність судової та виконавчої практики свідчать про те, що дана тема потребує подальших наукових напрацювань.

Тому ми проведемо комплексний аналіз проблем звернення стягнення на предмет іпотеки, право користування яким мають діти, і спробуємо розробити теоретично обґрунтовані рекомендації для вирішення проблемної ситуації, що склалася, та розробимо пропозиції щодо вдосконалення законодавства, яке регламентує такі процедури.

Найбільша кількість справ про виселення і про звернення стягнення на предмет іпотеки пов'язана з кредитними правовідносинами між споживачами

і банками, тому й дослідження даного питання ми будемо проводити здебільшого у контексті таких кредитних правовідносин.

Кожна країна має свої підходи до вирішення питання щодо нерухомого майна, яке або належить дітям, або право користування яким вони мають [20, с. 24–27]. Як вже було зазначено вище, в Україні одним із чи не найбільш проблемних питань при виконанні судових рішень є звернення стягнення на предмет іпотеки, коли у ньому зареєстровані та (або) проживають діти.

Це питання не знаходило істотного аналізу, але різниця між реєстрацією і фактичним проживанням в житловому приміщенні дитини кардинальна, оскільки питання про житло має величезний обсяг напрацьованої інформації як українськими вченими [36; 43; 14; 88], так міжнародними установами, зокрема, ЄСПЛ. Права на житло охороняються і захищаються доволі жорсткими способами [132; 11], тому грань між цивільно-правовими [150] та іншими способами впливу на житлові правовідносини чітко проведена у ч. 3 ст. 47 Конституції України, де гарантується, що ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду.

У ст. 30 Конституції України кожному гарантується недоторканність житла, а також встановлена заборона проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Наведені та інші аспекти зумовлюють особливе відношення до примусового виконання рішень, які стосуються житлових приміщень, оскільки з ними також пов'язують таємницю особистого життя, особисту недоторканість тощо. Безперечно, ці аспекти мають враховуватися під час примусового виконання рішень, де в тій чи іншій мірі «зачіпаються» права та інтереси дітей різного віку.

Більше того, наведені аспекти дозволяють зробити висновок про те, що мають відрізнятися нерухомі об'єкти, які вже використовуються для проживання та ті, які знаходяться на стадії будівництва та в них не завершені ремонтні роботи, хоча й можлива реєстрація права на проживання у таких

об'єктах. Але ці питання не врегульовані на законодавчому рівні, отже вони потребують деталізації і, зокрема, в контексті прав та інтересів дітей на проживання в квартирах, будинках.

Відповідно до п. 28 розділу VIII «Порядок звернення стягнення на майно боржника» Інструкції з організації примусового виконання рішень (далі – Інструкція), затвердженої наказом Міністерства юстиції України 02 квітня 2012 року № 512/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України 29 вересня 2016 року № 2832/5), у разі передачі на реалізацію нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, необхідний попередній дозвіл органів опіки та піклування, що надається відповідно до закону. Якщо такий дозвіл не надано, виконавець продовжує виконання рішення за рахунок іншого майна боржника, а в разі відсутності такого майна повертає виконавчий документ стягувачу з підстави, передбаченої п. 9 ч. 1 ст. 37 Закону України (далі – ЗУ) «Про виконавче провадження» [63].

Як зазначають практики, майже у всіх без винятку випадках органи опіки та піклування такого дозволу не дають, захищаючи права дітей. Ця позиція цілком зрозуміла, але вона має бути обґрунтованою нормами законодавства, а не лише виконуваною цими органами функцією. Окрім цього, на практиці часто виникають ситуації, коли боржники зловживають правами та реєструють у майні, яке знаходиться в іпотечі, дітей навіть чужих, щоб завадити виконанню рішення по зверненню стягнення на майно [96, с. 65]. Це спонукає стягувачів знову звертатися до суду та оскаржувати дії державних виконавців. Проте наведене вище положення Інструкції дещо вступає у колізію з іншими нормами законодавства, що регулює виконавче провадження, зокрема із принципом обов'язковості виконання рішень, який закріплений у п. 2 ст. 2 ЗУ «Про виконавче провадження».

Вбачається, що у даному випадку ситуація ускладнюється тим, що задоволення вимог кредитора за рахунок іпотечного майна вступає у колізію із конституційними правами громадян на житло (ст. 47 Конституції

України [71]), а також із правами та інтересами дітей, які захищаються ЗУ «Про охорону дитинства» та ЗУ «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей». Звернення стягнення на предмет іпотеки передбачає також виселення боржника та звільнення приміщення від його майна.

Так, ст. 39 ЗУ «Про іпотеку» встановлює, що одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя виносить рішення про виселення мешканців за наявності підстав, передбачених законом, якщо предметом іпотеки є житловий будинок або житлове приміщення [142]. Але позиція суду, на наш погляд, не повинна бути формальною, оскільки в нашій країні і так існує величезна кількість осіб, включаючи дітей, які залишилися без житла.

Стаття 109 ЖК України визначає, що звернення стягнення на передане в іпотеку жиле приміщення є підставою для виселення всіх громадян, що мешкають у ньому, за винятками, встановленими законом. Виселення громадян при зверненні стягнення на жилі приміщення, що були придбані ними за рахунок кредиту (позики) банку чи іншої особи, повернення якого забезпечене іпотекою відповідного жилого приміщення, є підставою для надання цим громадянам жилих приміщень з фондів житла для тимчасового проживання. Відсутність таких жилих приміщень, не тягне припинення виселення громадянина з жилого приміщення, яке є предметом іпотеки, у порядку, встановленому частиною третьою цієї статті [56]. Виходить, що суд абсолютно не турбує, де буде мешкати виселена дитина?

Як зазначається у науковій літературі [45, с. 39] та юридичній практиці [129], усі способи (судовий та позасудові) захисту кредитора зводяться до того, що боржник позбавляється права власності на своє майно, яке є предметом іпотеки. Звісно, обирати спосіб захисту – це право кредитора, іпотекодержателя, але у випадку, коли мова йде про права дітей, то вони повинні бути пріоритетними. Відповідно до ст. 3 Конвенції ООН про права дитини, в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони

державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, найкращі інтереси дитини повинні бути першочерговими [219].

Тому вбачається, що у випадку, коли йде мова про права дітей на житло, потрібно законодавчо визначити, що спосіб захисту прав кредитора повинен не порушувати і прав дитини на житло. Більше того, на наш погляд, процитовану норму міжнародного законодавства потрібно розуміти так, що у випадку конфлікту інтересів дитини і кредитора, перевага повинна надаватися саме інтересами дітей, оскільки вони є найбільш вразливою категорією суспільства. Кредитори ж, навпаки, зазвичай мають переваги у порівнянні з боржниками, диктують їм свої умови і можуть обрати різні способи захисту своїх прав. Якщо розглядати банки як кредиторів, то у них часто є багато різних активів, а тому надання першочергового значення інтересам дітей не дуже-то вдарить по їх прибуткам і становищу – як то кажуть, вони і так не пропадуть, а от дітей потрібно захищати [215, с. 82–86].

У процесі пошуку способів захисту прав кредитора, які б могли задовольнити, відповідно, і самих кредиторів, і зберегти права дітей на житло, як відправну точку можна взяти ст. 33 ЗУ «Про іпотеку», яка встановлює, що за наявності обставин, що ускладнюють виконання рішення або роблять його неможливим (хвороба сторони виконавчого провадження, відрядження сторони виконавчого провадження, стихійне лихо тощо), сторони мають право звернутися до суду, який розглядав справу як суд першої інстанції, із заявою про відстрочку або розстрочку виконання рішення [142]. І хоча тут йде мова вже не про спосіб захисту, а про спосіб виконання рішення, все ж положення цієї статті є показовими у тому, що законодавство допускає розстрочку і відстрочку виконання рішення, а отже, за певних об'єктивних обставин можна знайти й схожі способи розстрочки чи відстрочки для погашення боргу як альтернативний спосіб того, як задовольнити вимоги кредитора, не порушуючи і прав дітей на житло.

Вбачається, що у випадках, коли у житлі, що є предметом іпотеки, проживають діти, варто визначити способом захисту кредитора не звернення відразу стягнення на предмет іпотеки, а спочатку застосувати звернення стягнення необхідних платежів у рахунок погашення боргу, шляхом, наприклад, відрахування із заробітної плати батьків відповідної суми коштів чи з урахуванням обставин боржника встановити розстрочку чи відстрочку платежів з урахуванням відсотків річних. Тобто звернення стягнення на житло дітей повинно бути крайнім заходом, коли батьки-боржники не виконують зобов'язання і не повертають кредитору позичених коштів ніяким більше іншим способом.

Якщо ж все-таки батьки як боржники не можуть вносити платежі за кредитним договором, але спірне житло є єдиним, право проживання у якому має дитина (наприклад, відсутність інших близьких родичів або відсутність у них свого житла), то у такому випадку можна навіть говорити про встановлення відстрочки звернення стягнення на предмет іпотеки аж до досягнення дитиною повноліття.

Можна заперечити, що це не буде належним захистом прав кредитора, оскільки може йти мова про весь період аж до 18 років. Проте нерухомість вважається досить вигідним активом, і навіть через 18 років кредитор зможе повернути свої кошти у достатньому обсязі. Тим більше, що в умовах нинішньої економічної ситуації навіть і звернення стягнення на майно часто нічого не дає кредиторіві, оскільки не знаходяться покупці на таке майно, а тому воно продається роками.

Окрім цього, можливо, варто також передбачити державі певну допомогу сім'ям, які не можуть виплатити кредит, який забезпечений заставою житла, і компенсувати якусь частину платежу (чи одноразово частину повної суми, чи регулярно частину місячної суми виплати, наприклад). Але виселяти і залишати дітей на вулиці не вбачається гуманним по відношенню до них.

Варто зазначити, що у такій своїй позиції ми керуємося тим, що батьки дитини діють добросовісно, дійсно не маючи змоги здійснювати погашення боргу, як це встановлено у кредитному договорі. Наша держава економічно переживає не найкращі часи, тому часто люди з об'єктивних причин не можуть заплатити за житло. А держава, декларуючи право кожного на житло, майже ніяк не сприяє його забезпеченню своїм громадянам.

Окрім цього, укладаючи договір з банком, споживачі не можуть встановлювати чи змінювати умови договору, тому вони погоджуються на те, що диктується їм банком. Усе це створює такі умови, що боржники за кредитними договорами знаходяться у повній залежності від кредиторів, а тому потребують додаткового захисту [31, с. 101–106]. На захист боржників як споживачів став також і Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своїй практиці [220].

Окрім цього, ЄСПЛ також неодноразово наголошував на тому, що втрата житла є крайньою формою втручання у право на повагу до житла [181], а концепція «житла» має першочергове значення для особистості людини, тому втручання у право людини на повагу до житла має бути не лише законним, але й необхідним у демократичному суспільстві [180].

Виходячи з цього, суди повинні якомога повно та всебічно досліджувати обставини справи, коли мова йде про виселення дітей. А для того, щоб не було зловживань, суд має дослідити, чи зареєстрована і чи проживала дитина у об'єкті іпотеки, та чи є така малолітня чи неповнолітня особа дитиною боржника, чи має така дитина інше місце проживання тощо. Перевіряти родинні зв'язки важливо тому, що від цього залежить, які норми законодавства будуть застосовуватися.

Так, ст. 177 СК передбачає обов'язок батьків не здійснювати правочинів, які вимагають нотаріального посвідчення, без згоди органів опіки та піклування. Тому якщо мова йтиме про іншу особу, відмінну від батьків дитини, то згода органу опіки та піклування буде не потрібна. Такого

висновку дійшов Верховний Суд у справі № 1612/2343/12 від 20 березня 2019 року [118]. Тому якщо недобросовісні боржники реєструють не свою дитину для уникнення відповідальності, то відсутність згоди органу опіки та піклування не є перешкодою для звернення стягнення на таке майно.

Вирішення питання про те, чи потрібна згода органу опіки та піклування на звернення стягнення на предмет іпотеки, право користування яким мають діти, як вбачається, залежить від вирішення двох інших питань: по-перше, від того, чи є таке стягнення правочином; та по-друге, на якому етапі такий дозвіл має отримуватися. І хоча Верховний Суд у Постанові у справі № 54910/856/17 від 05 червня 2018 року дійшов висновку, що процедура набуття майна на електронних торгах є різновидом договору купівлі-продажу, а тому є правочином [120], у Постанові Верховного Суду у справі № 754/15589/14-ц від 02 жовтня 2019 року висловлена позиція, відповідно до якої згода органу опіки та піклування не є необхідною після ухвалення рішення судом для його виконання [121]. Якщо слідувати цій позиції, то потрібно вносити відповідні зміни у законодавство, зокрема в Інструкцію з організації примусового виконання рішень, і виключити положення, яке вимагає отримання державним виконавцем такої згоди.

Висловлена Верховним Судом позиція є логічною, оскільки встановлення законодавством необхідності отримання згоди органів опіки та піклування є гарантією дотримання прав дітей, тому органи опіки та піклування без участі суду повинні перевіряти, чи не порушуються такі права та інтереси дітей, тобто перевірка здійснюється у позасудовому порядку. У випадку, коли ми маємо судову справу, то, по ідеї, суд повинен здійснити перевірку всіх обставин і винести справедливе рішення. Проте варто зазначити, що позовне провадження передбачає змагальність процесу, тому якщо боржник не доведе порушення прав дітей, суд прийме рішення не на користь боржника та, відповідно, дітей, які мають право користування спірним житлом.

Тому вбачається, що у справах про звернення стягнення на предмет іпотеки органи опіки та піклування обов'язково повинні залучатися ще на стадії розгляду справи та надавати суду свої пояснення, згоду на відчуження спірного майна. Така позиція повинна враховуватися судом для запобігання порушенню прав дітей невмотивованим рішенням суду із неправильним застосуванням норм матеріального права. Зокрема, Ю. Є. Ходико вважає, що у випадку, коли орган опіки та піклування не дає дозволу на звернення стягнення на предмет іпотеки, яким є житло дитини, то і суд повинен відмовити у задоволенні позову про звернення такого стягнення [197, с. 182]. Окрім цього, як вказується в Узагальненні Верховного Суду судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин, при прийнятті рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки судами має враховуватися і співмірність заборгованості з вартістю іпотечного майна [188].

При цьому існує інший варіант можливого вирішення даного спірного питання. Якщо взяти до уваги той факт, що як спосіб захисту кредитора може бути визнано право власності за кредитором на предмет іпотеки, то у такому випадку згода органів опіки та піклування не потрібна буде на подальше відчуження майна. Кредитор може прийняти у власність спірне майно і у тому випадку, якщо воно не буде куплене після проведення трьох електронних торгів. Далі кредитор, тобто вже новий власник, зможе ініціювати процедуру продажу майна та ставити питання про виселення попереднього власника на підставі того, що майно придбано за кредитні кошти, а ст. 109 ЖК допускає виселення у такому випадку без надання іншого житлового приміщення.

У випадку, коли майно буде предметом іпотеки, але воно не придбавалося в кредит, то ситуація буде іншою. Якщо кредитор продасть об'єкт нерухомості іншій особі і з'явиться новий власник, то він не зможе виселити боржника із його сім'єю без надання іншого житлового приміщення, оскільки таке допускається лише при виселенні для звернення

стягнення на майно, яке куплене за кредитні кошти (ст. 109 ЖК). Тому якщо житло куплене, наприклад, на електронних торгах, то ці відносини не підпадають під дію цієї норми ЖК, про що наголошував Верховний Суд у своїй Постанові у справі № 753/12729/15-ц від 31 жовтня 2018 року [115].

Аналізуючи виселення на підставі ст. 109 ЖК, деякі питання виникають і про положення цієї статті. Зокрема, положення ст. 109 ЖК, яким допускається можливість виселення без надання іншого житла у випадках, якщо іпотечне майно придбане за кредитні кошти, не враховує того факту, що житло придбавається не лише за кошти кредиту, а за умовами договору із банком зазвичай боржник вносить 30–40 % власності житла своїми коштами. Таким чином, виходить, що житло придбавається за рахунок власних коштів боржників, а також кредитних коштів. Тому, по ідеї, виселення теж повинно бути із наданням іншого житла, а без такого виселення не повинно здійснюватися. Таке тлумачення норми ст. 109 ЖК навіть вже було застосовано Бердянським міськрайонним судом Запорізької області у рішенні у справі № 310/2950/18 від 18 квітня 2019 року [153], і дану позицію вбачаємо мотивованою та такою, що слідує логіці і духу закону, оскільки виселяти із житла, за яке було внесено 30–40 % вартості власними коштами боржника, хоч інша частина і сплачувалася кредитними коштами, не вбачається справедливим.

Зважаючи на ці всі проблемні аспекти щодо виселення, особливо у випадках, коли це стосується прав дітей, вбачається, що правильним би було шукати альтернативні способи захисту прав кредиторів, які б не порушували і житлових прав дітей. Наприклад, суд міг би призначати стягнення коштів у рахунок погашення боргу шляхом вирахування із доходів боржника. Якщо таких нема, то постійно без доходів людина жити не може, тому тут може бути надана відстрочка до їх появи. Також суду доцільно вжити заходів щодо виявлення неофіційних доходів боржника [172, с. 605] і присудження виплат із них тощо.

На заперечення, що це кредиторам може бути не вигідно, відповімо тим, що і звернення стягнення та виселення теж не можна вважати повністю ефективним, оскільки багато предметів іпотеки роками не можуть бути реалізовані унаслідок низької купівельної спроможності населення в силу глибокої економічної кризи. Тому виходить, що об'єкти стоять і пустують, а люди в них не мають змоги прожити, хоча і мають для цього законні підстави (такі як сплата 30–40 % вартості житла навіть при купівлі за кредитні кошти). При цьому варто враховувати і той факт, що коли за об'єктами нерухомості не доглядають належним чином, то вони псуються і від цього лише втрачають вартість (навіть до 65 %), тому такі ситуації теж не можна вважати вигідними для кредитора.

Іншим варіантом вирішення питання може бути визнання права власності за кредитором на об'єкт нерухомості та встановлення, наприклад, оренди боржником спірного житла, що знаходиться в іпотеці, якщо боржник не має іншого житла та не бажає виселитися. Таким чином, боржник не буде позбавлятися житла, а кредитор отримуватиме орендну плату на постійній основі. При цьому можна встановити, що невнесення орендної плати за період більше, ніж шість місяців, є підставою для виселення боржника із займаного приміщення, тому що такі дії боржника будуть свідчити про його недобросовісність та уникнення обов'язку щодо внесення плати.

Отже, виходячи із усього проаналізованого, вбачається, що варто шукати альтернативні шляхи, які б несли компромісне задоволення прав та інтересів добросовісних боржників та кредиторів, а головне – дітей, тому що діти – це майбутнє сім'ї та держави. Тому і в ст. 39 ЗУ «Про іпотеку», яка встановлює, що «одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя виносить рішення про виселення мешканців за наявності підстав, передбачених законом, якщо предметом іпотеки є житловий будинок або житлове приміщення» [142], варто зробити застереження: «Таке виселення має здійснюватися з обов'язковим визначенням місця проживання дітей іпотекодавця чи боржника». В такому

випадку суди, а головне іпотекодержателі будуть обережно ставитися до інтересів дітей, а не з формальних міркувань і недоліків у законодавстві «викидати дітей на вулицю».

Не менш проблемним вважається й виконання судових рішень про стягнення аліментів, а також встановлення відповідальності за їх невиконання. Аліментні зобов'язання нерозривно пов'язані з батьківськими обов'язками – утримувати дитину і покликане забезпечити дитині нормальний рівень життя та задоволення її потреб. До цього слід додати, що в сучасній міжнародній практиці питання підіймається на істотно вищій рівень оскільки держава має турбуватися про найкращі інтереси дитини, тобто аліменти мають забезпечувати й розвиток дитини. Отже, суд при визначенні аліментів має виходити не з прожиткового мінімуму на дитину певного віку, а з реальних доходів платника і потреб дитини.

Проте на практиці далеко не всі батьки добросовісно ставляться до своїх обов'язків по утриманню дитини та сплати аліментів. І хоча певне реформування законодавства у сфері сплати та примусового стягнення аліментів, яке відбулося у 2017 році, і дещо покращило ситуацію, все ж не вирішило проблеми сплати і стягнення аліментів остаточно. Відповідно, ми зупинимося на проблемах, які потребують врегулювання.

Аліментні зобов'язання і порядок їх стягнення уже неодноразово ставав предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних вчених. Так, професори С. Я. Фурса та Є. І. Фурса досліджували аліменти у контексті матеріальних прав батьків та дітей, обов'язків батьків та дітей, діяльності нотаріусів із посвідчення договорів про сплату аліментів, а також судовий порядок стягнення аліментів і проблемні аспекти виконавчого провадження, пов'язані з цим [172, с. 560–626]. Професор З. В. Ромовська розглядала аліментні правовідносини у контексті сімейних правовідносин [165]. Вчені Л. В. Сапейко та В. А. Кройтор досліджували загальні питання правового регулювання аліментів батькам та дітям [170]. Окремі практичні проблеми у сфері примусового стягнення аліментів аналізував вчений і приватний

виконавець А. М. Авторгов [4; 2]. Ґрунтовне теоретичне дослідження аліментних зобов'язань було проведено вченою О. О. Дерій [50]. У своєму дисертаційному дослідженні вчена Л. А. Кондрат'єва аналізувала особливості процесуального становища неповнолітніх осіб у справах про стягнення аліментів на їх утримання [70].

Разом з тим, із 2018 року законодавство зазнало значних змін у сфері стягнення аліментів, проте з того часу відомі лише окремі публікації, присвячені окремим питанням вживаних термінів (І. В. Атаманчук та Ю. І. Ковальчук [10, с. 134–139]); підставам, на яких проводиться стягнення аліментів (О. В. Губанова [46, с. 13–20]; О. М. Пономаренко [109, с. 28–36]); виконання судових рішень про стягнення аліментів в контексті міжнародного законодавства та практики ЄСПЛ (Д. Ю. Іщенко [64, с. 63–69]); проблемних аспектів визначення майна боржника, на яке повинно звертатися стягнення у рахунок погашення заборгованості по аліментах (О. С. Юнін [212, с. 132–139]), а комплексні дослідження у світлі новел законодавства не проводилися. Тому наше дослідження присвячене проведенню комплексного аналізу чинних норм закону для встановлення невирішених проблем та розроблення пропозицій їх вирішення.

Вчена О. О. Дерій запропонувала сприймати аліментні зобов'язання «як елемент комплексного поняття «утримання особи», які встановлюються на підставі усного, письмового, нотаріально посвідченого договору або за рішенням суду і відповідають тим фактичним обставинам, що передували фіксуванню конкретного обов'язку зі сплати аліментів у встановлені строки, відповідному розмірі та певному порядку» [50, с. 9]. Такий підхід ми вбачаємо обґрунтованим. Виходячи з цієї теоретичної концепції, можна говорити про те, що аліментами буде визнаватися і встановлена договором форма утримання дитини. Таким чином, аліментний договір може бути укладено і, відповідно, посвідчено нотаріусом не лише за наявності рішення суду про сплату аліментів, а й без такого, тобто у добровільному порядку.

Останню тезу ми вважаємо за доцільне розглянути й в площині участі в цьому договорі неповнолітньої особи, яка, на наш погляд, вправі претендувати на якусь частину аліментів для забезпечення власних потреб, так званих кишенькових коштів. Це питання важливе, оскільки може бути реалізоване і у виконавчому провадженні шляхом укладання мирової угоди.

З іншого боку, якщо розглядати в цьому контексті суб'єктів, які братимуть участь в укладанні мирової угоди, то на місці платника аліментів може опинитися й дитина з неповною дієздатністю, оскільки згідно ст. 35 ЦК неповнолітня особа, яка записана матір'ю або батьком дитини, не зобов'язана, а може набути повну дієздатність (ч. 2 ст. 35 ЦК). В такому разі учасником мирової угоди у виконавчому провадженні буде сама дитина та її батьки, оскільки вони стануть безпосередньо зобов'язаними за таким договором особами, якщо в неповнолітнього не вистачить майна для виконання аліментних зобов'язань.

Обов'язок батьків утримувати дитину до досягнення нею повноліття закріплено у ст. 180 СК. Відповідно до ст. 199 СК, якщо повнолітні дочка, син продовжують навчання і у зв'язку з цим потребують матеріальної допомоги, батьки зобов'язані утримувати їх до досягнення двадцяти трьох років за умови, що вони можуть надавати матеріальну допомогу [175]. Порядок стягнення аліментів визначається ст. 71 ЗУ «Про виконавче провадження».

Законом від 03 липня 2018 року «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» передбачено можливість звернути стягнення на майно боржника, якщо заборгованість по сплаті аліментів перевищує розмір платежів за три місяці, не залежно від звернення стягнення на заробітну плату та застосувати додаткові заходи впливу на боржника до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі (ч. 9 ст. 71 ЗУ «Про виконавче провадження») [135].

Виходячи з положень ст. 183-1 КУпАП, ст. 164 КК України, частин 11–12 ст. 71 ЗУ «Про виконавче провадження», стягувач може звернутися до суду для притягнення до кримінальної відповідальності боржника у разі ухилення від сплати аліментів, унаслідок якого виникла заборгованість по сплаті аліментів за три місяці, а адміністративна відповідальність передбачена у разі виникнення заборгованості за шість місяців. Вбачається, що такий підхід є не зовсім логічним.

Заборгованість за три місяці має менший негативний вплив, аніж заборгованість за шість місяців. Визнавати складовою злісного ухилення від сплати аліментів і виникнення заборгованості за три місяці, а менш суспільно небезпечним діянням визначати несплату аліментів протягом шести місяців вбачається дещо непослідовним підходом законодавця. Тим більше, що у випадку, коли стягувач скористається своїм правом притягнути до кримінальної відповідальності боржника через три місяці після виникнення заборгованості і суд визнає ухилення боржника, то притягнення до адміністративної через шість місяців буде вже не актуальним. Тому логічно було б поміняти строки, передбачивши адміністративну відповідальність боржникові у разі виникнення заборгованості у сумі, що перевищує розмір платежів більше, ніж за три місяці, і встановити кримінальну відповідальність у разі виникнення заборгованості унаслідок злісного ухилення від сплати аліментів більше, ніж за шість місяців.

При цьому, доцільно дещо зупинитися на аналізі самих ст. 164 КК та ст. 183-1 КУпАП. Стаття 164 КК України передбачає відповідальність навіть не просто за ухилення, а за злісне ухилення від сплати аліментів [76]. У літературі зазначається, що поняття злісності належить до оціночних категорій [51, с. 32]. Виходячи з положень ст. 164 КК, строк виникнення заборгованості по сплаті аліментів у три місяці свідчить про злісність ухилення від сплати аліментів, але не є єдиною обставиною, що визначає вину боржника, тому цей строк варто визнавати лише складовою такого злісного ухилення від сплати аліментів, тому що сам факт виникнення

заборгованості за три місяці ще не є підставою для застосування ст. 164 КК, оскільки вона має виникнути унаслідок інших злісних дій боржника, таких як приховування доходів, інформації про місце проживання тощо.

У цьому контексті варто розглянути Постанову Верховного Суду у справі № 283/1309/17 від 30 квітня 2020 року, у якій Суд висловив позицію, що злісним ухиленням слід також визнавати дії боржника, які свідчать про умисне небажання їх сплачувати [119]. Окрім цього, Суд зазначив, що не слід брати до уваги і те твердження боржника про те, що він не мав змоги платити аліменти через відсутність роботи, оскільки вказана обставина ні в якому разі не звільняє його від обов'язку утримання дитини [119].

Відповідно, відсутність роботи не є достатньою обставиною для звільнення від відповідальності за несплату аліментів. Раніше правники пропонували як вихід із ситуації звертатися по державну допомогу або ставати на облік у центр зайнятості [51, с. 36], але сам факт перебування на обліку, відповідно до висловленої позиції Верховним Судом, також не буде достатнім для звільнення боржника від відповідальності, якщо особа відмовлятиметься від тих вакансій, які пропонуватимуться центром.

Науковці та практики (С. Я. Фурса [172, с. 605], А. Авторгов [6]) неодноразово зазначали, що однією із найбільших проблем виконавчого провадження є існування неофіційних доходів у боржників, унаслідок чого рішення не може бути виконане через відсутність офіційних доходів, тоді коли насправді боржник може мати значні засоби для існування і навіть для хорошого існування, хоча тіньова економіка є проблемою на загальнодержавному рівні. Проте законодавством не передбачено можливості виконавцям розшукувати неофіційні доходи боржника.

Як один із варіантів виходу, професори С. Я. Фурса та Є. І. Фурса пропонують подання позову до суду про визначення розміру аліментів та встановлення реального доходу відповідача, хоча при цьому автори зазначають, що такий підхід має дискусійний характер [172, с. 605]. Наділяти виконавців у цьому певними повноваженнями слідчих для розшуку

неофіційних доходів теж буде мати дискусійний характер. Вбачається, що кращим варіантом може бути впровадження системи автоматизованого виконання рішення, як у Хорватії та у Литві, коли із рахунків кошти будуть списуватися автоматично. Втім, варто зазначити, що значна частина населення в Україні все ще має недовіру до банків, а тому кошти у багатьох випадках у фізичних осіб зберігаються вдома у сейфах, а не у банках, тому автоматизована система хоч і може допомогти, але може бути дієвою далеко не у всіх випадках.

Окрім цього, приватні виконавці здебільшого не беруться за стягнення аліментів, зокрема, тому, що винагорода для приватного виконавця у таких справах стягується із боржника лише у разі наявності заборгованості, як пояснює це, за словами В. Якуши, приватний виконавець і вчений А. Авторгов [213]. При цьому він наводить досвід Казахстану, де приватний виконавець отримує винагороду від держави за стягнення аліментів [213]. Вбачається, що аналогічний підхід можна було б запровадити і в Україні, але враховуючи постійний дефіцит бюджету складно говорити про спроможність держави покривати такі витрати додатково.

Можливо, варто запровадити визначення винагороди приватному виконавцю на договірній основі зі стягувачем у вигляді регулярних платежів (як відсотку від стягуваної суми) чи одноразової виплати приватному виконавцю стягувачем. Це б могло зробити стягнення аліментів для приватних виконавців більш привабливою і більш-менш вигідною справою, унаслідок чого вони б могли братися за такі справи частіше, що могло б позитивно вплинути на кількість виконаних судових рішень у цій категорії справ, оскільки, як свідчить практика, приватні виконавці демонструють кращі показники кількості виконаних рішень у порівнянні із державними виконавцями.

Альтернативним варіантом для виконавців може стати застосування до боржників ст. 382 КК, за якою відповідальність настає за умисне невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної

сили, або перешкоджання їх виконанню [76]. За ч. 2 ст. 76 ЗУ «Про виконавче провадження» за наявності ознак кримінального правопорушення в діях особи, яка умисно перешкоджає виконанню рішення чи в інший спосіб порушує вимоги закону про виконавче провадження, виконавець складає акт про порушення і звертається до органів досудового розслідування з повідомленням про вчинення кримінального правопорушення [135]. У такому випадку проблемами невиконання рішення суду про сплату аліментів будуть займатися органи досудового розслідування з усіма негативними наслідками для боржника.

Дисертанту відомі випадки, коли платник аліментів для того, щоб сподобатися дитині надсилав не аліменти, а дорогі іграшки і так намагався поставити матір дитини в скрутне матеріальне становище, оскільки у матері не вистачало коштів на одяг і їжу для дитини. Тому варто визнавати таку поведінку платника аліментів як зловживання правом через те, що іграшки продати за адекватною ціною неможливо, а мати мусить забезпечувати дитину всім необхідним кожен день. Водночас відібрати у дитини іграшку, яку подарував батько, неможливо з моральних міркувань. В такій ситуації, на наш погляд, варто сприймати такі дарунки як такі, що не належать до аліментів, і вимагати в суді, щоб кошти були сплачені у повному обсязі, оскільки розпорядником коштів є мати або батько дитини і саме вони мають визначати, на які потреби вони мають бути витрачені. Очевидно, що ці питання не повинен вирішувати виконавець навіть у тому випадку, коли аліментно-зобов'язана особа надасть йому чек про придбання іграшок, одягу для дитини, але не надасть письмової згоди на їх придбання тією особою, з якою проживає дитина.

Наступними питаннями, на яких варто зупинитися, це застосування виконавцем «заходів впливу» на боржників, які передбачені ч. 9 ст. 71 ЗУ «Про виконавче провадження», які було впроваджено у 2018 році. Пунктом 1 ч. 9 ст. 71 Закону передбачено встановлення тимчасового обмеження боржника у праві виїзду за межі України – до погашення заборгованості зі

сплати аліментів у повному обсязі, що визнається іноді навіть єдиним дієвим заходом [5].

І якщо обмеження боржника у праві виїзду за кордон, за загальним правилом, встановлюється судовим рішенням, то у випадку із виникненням заборгованості по сплаті аліментів більш, ніж три місяці, діє спрощений порядок, оскільки повноваженнями виносити постанову про обмеження боржника у виїзді за межі України наділений сам виконавець через винесення вмотивованої постанови, яка виготовляється за допомогою автоматизованої системи виконавчого провадження [139].

Така постанова виконавця вступає в силу після сплину строків оскарження постанови до суду, якщо вона не була оскаржена, а у випадку оскарження – після розгляду справи судом. Виконання цієї постанови покладено на Держприкордонслужбу (п. 8 ст. 19 ЗУ «Про державну прикордонну службу України») [136]. Направлення виконавцем постанови про обмеження особи у праві на виїзд за кордон до Держприкордонслужби визначається Порядком взаємодії органів та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів, та органів Державної прикордонної служби України під час здійснення виконавчого провадження [141].

Відповідно до п. 2 ч. 9 ст. 71 «Про виконавче провадження», до обов'язків виконавця віднесено винесення постанови про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві керування транспортними засобами – до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі, яке надсилається до правоохоронних органів також через автоматизовану систему [140].

При цьому тимчасове обмеження боржника у праві керування транспортними засобами припиняється на підставі постанови державного виконавця у разі погашення боржником заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі або закінчення виконавчого провадження [140]. Проте в законодавстві не визначено строки, протягом яких має бути винесена

постанова виконавцем. Вказано лише, що після погашення боргу, але це дуже широке формулювання. Після погашення боргу може бути на наступний день, а може бути і через два місяці. Відповідно, права боржника можуть необґрунтовано обмежуватися, якщо виконавець не виноситиме постанову про припинення тимчасового обмеження у праві керування транспортним засобом оперативно, що наразі залишено на його власний розсуд (як це сталося у справі № 339/272/19 [157]).

Відповідно, варто передбачити в законі чіткі строки, протягом яких виконавець має винести постанову про припинення обмеження прав платника аліментів та встановити дисциплінарну відповідальність за прострочення у винесенні постанови про зняття обмеження, і це стосується всіх постанов, про які йдеться в пунктах 1–4 ч. 9 ст. 71 ЗУ «Про виконавче провадження».

У даному контексті також цікаво звернути увагу на те, що водійське посвідчення безпосередньо не вилучається у боржника, а лише виноситься постановою про обмеження у праві керування транспортним засобом. Разом з тим, таке обмеження може бути виявлене лише у разі, коли водія-боржника на дорозі зупинить поліція. Тобто порушення накладеного виконавцем обмеження боржником може бути і не виявлено. Тим більше, що нині ввели систему автоматичної фіксації порушень Правил дорожнього руху, що, відповідно, дещо зменшило «ентузіазм» поліції на дорозі у виявленні адміністративних порушень. Це до того, що «обійти» дане обмеження може бути і не так важко. Але все-таки сам факт встановлення даного обмеження вже є хорошим стимулом виконати свої зобов'язання, що підтверджується практикою, коли після введення даної норми заборгованість зі сплати аліментів за 17 років було погашено [52].

Винесення постанов про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві користування вогнепальною мисливською, пневматичною та охолощеною зброєю, пристроями вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями

метальними снарядами несмертельної дії та про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві полювання [135] здійснюється виконавцем у аналогічному порядку через автоматизовану систему виконавчого провадження.

При цьому у роз'ясненні Мін'юсту йдеться про те, що «перед винесенням цих постанов перевірка наявності у боржника паспорта громадянина України для виїзду за кордон, а також документів, які встановлюють його право на керування транспортними засобами, користування зброєю та полювання, не здійснюється» [85]. Хоча це дещо дивно, оскільки у разі відсутності у боржника, наприклад, водійського посвідчення, винесення постанови про тимчасове обмеження у праві керування транспортним засобом є недоцільним. Тому вбачається, що все-таки варто передбачити можливість виконавцям перевіряти наявність у боржника паспорта громадянина України для виїзду за кордон, а також документів, які встановлюють його право на керування транспортними засобами, користування зброєю та полювання шляхом направлення до відповідних державних органів запитів через ту саму автоматизовану систему, що потребує внесення змін у порядки взаємодії державної виконавчої служби та приватних виконавців із такими державними органами.

Дослідження особливостей виконання рішень немайнового характеру щодо дітей залишається актуальним в силу нововведень законодавства, швидкого розвитку суспільних відносин, процесів глобалізації та євроінтеграції, а також досягнення належного рівня виконання судових рішень в Україні загалом та у справах щодо дітей зокрема.

Теоретичні та практичні аспекти виконання рішень немайнового характеру щодо дітей у матеріальному праві досліджували такі вчені, як О. М. Іоффе [60], Я. М. Шевченко [207], С. Я. Фурса та Є. І. Фурса [202], З. В. Ромовська [165], О. В. Дзера та Н. С. Куєнцева [198], М. В. Логвінова [91; 89, с. 111–117], В. І. Борисова та І. В. Жилінкова [173], В. П. Мироненко [99, с. 254–263], Є. Д. Тонієвич [186], О. М. Ганкевич [37,

с. 75–85]. У сфері саме виконання рішень немайнового характеру за участю дітей відомо не багато праць, серед яких провідне місце посідають фундаментальні теоретичні праці професора С. Я. Фурси [172, с. 520–531]. Відомі також окремі публікації інших авторів, таких як Є. М. Решетнік [152, с. 174–179]. Відповідно, особливості виконання рішень немайнового характеру щодо дітей потребують подальших наукових досліджень.

До рішень суду немайнового характеру, які безпосередньо стосуються дітей, відносяться рішення про відібрання дитини, про встановлення побачення з дитиною, про усунення перешкод у побаченні з дитиною. Закон передбачає окремі особливості виконавчого провадження, але вказує на те, що на них поширюється і загальний порядок виконання рішень немайнового характеру, визначений ст. 63 ЗУ «Про виконавче провадження» (далі – Закон).

Як слушно зазначала професор Я. М. Шевченко, «відібрання дитини продиктовано турботою про дитину і неможливістю батьків самим визначити її долю» [207, с. 59]. Професор В. П. Мироненко вважає, що відібрання дітей є, по суті, превентивною мірою відносно до батьків [99, с. 255]. По суті, рішення про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною також є заходами впливу на того з батьків (чи опікунів, піклувальників), який перешкоджає іншому із батьків чи родичів дитини здійснювати свої права щодо дитини.

При цьому, як було слушно зазначено Є. М. Решетнік, в чинному законодавстві не існує чітко визначеного поняття «відібрання дитини», тому вчений пропонує розуміти його як «сукупність дій, що здійснюються уповноваженими державою органами та посадовими особами, які спрямовані на захист прав дитини та полягають у передачі дитини від батьків або інших суб'єктів, у яких проживає дитина, особам, які визначені у рішенні суду [152, с. 175].

Проте вбачається, що дане визначення, хоча і досить вдало сформульовано, але не враховує всіх аспектів відібрання дитини та останніх

тенденцій розвитку виконавчого процесу. Так, нині стоїть питання про зрівняння у повноваженнях державних виконавців та приватних виконавців [147; 1], що нам вбачається доцільним. Відповідно, при внесенні таких змін у законодавство потрібно буде говорити не лише про державні органи та їх посадових осіб. Окрім цього, рішенням про відібрання дитини суд може постановити не передати її іншій особі, а влаштувати до спеціального лікувального чи навчального закладу.

Тому ми б запропонували визначення поняття «відібрання дитини» як здійснення на підставі рішення суду уповноваженими законом про виконавче провадження особами передбаченої законодавством сукупності дій, які полягають у передачі дитини від батьків чи інших суб'єктів, із якими проживає дитина, до визначеної в рішенні суду особи чи влаштуванні дитини до спеціального лікувального чи навчального закладу з метою забезпечення найкращих інтересів дитини. При цьому, в рішенні суду і під час його примусового виконання має враховуватися вік дитини, її розумові здібності, специфіка виконання такого рішення, оскільки не можна застосовувати примусових заходів для проникнення до житлового приміщення, що обумовлюється не тільки його недоторканістю, а й тим фактором, що дитину можна налякати. Тобто такі рішення мають виконуватися з максимальним врахуванням тих небезпек, з якими пов'язане виконання таких емоційно складних для дитини рішень.

У законодавстві ми також не знаходимо визначень поняття «встановлення побачення з дитиною» чи «усунення перешкод у побаченні з дитиною». На підставі аналізу законодавства, що регулює такі категорії справ, можемо говорити про те, що встановлення побачення із дитиною – це забезпечення заінтересованій особі (іншому із батьків чи близьких родичів дитини) права на спілкування з дитиною у визначений судом час і спосіб (наприклад, особисте спілкування або в присутності визначеної боржником особи, за допомогою електронних засобів зв'язку або очно тощо), проведення з нею відпочинку та здійснення її виховання, сприяння її розвитку, що

здійснюється у передбаченому законодавством порядку виконання таких рішень уповноваженими законом особами.

Аналогічно можемо визначити і поняття «усунення перешкод у спілкуванні з дитиною» як комплекс заходів, який направлений на спонукання до дії чи утримання від дій боржника для забезпечення заінтересованій особі (стягувачу: іншому із батьків чи родичів дитини) її права на побачення з дитиною, що здійснюється на підставі рішення суду у спеціально визначеному законом порядку уповноваженими особами на виконання судових рішень.

Переходячи до аналізу саме порядку виконання рішень немайнового характеру за участю дітей, слід зазначити, що ст. 64 Закону передбачає особливий порядок виконання рішення про відібрання дитини. Так, положення ч. 1 ст. 64 Закону встановлюють, що під час виконання рішення про відібрання дитини державний виконавець проводить виконавчі дії за обов'язковою участю особи, якій дитина передається на виховання, із залученням представників органів опіки і піклування. Частина 2 цієї статті передбачає, що за необхідності державний виконавець може звернутися до суду з поданням щодо вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу [135; 139], що конкретизується у положеннях Інструкції з організації примусового виконання рішень (далі – Інструкція) [139].

Таким чином, ініціатива подати подання до суду про вирішення питання влаштування дитини до спеціального закладу на даному етапі виконання рішення суду вже віднесено до компетенції і на розсуд державного виконавця, а не органів опіки та піклування. Хоча вони також обов'язково залучаються державним виконавцем до цього процесу, тому вбачається, що доцільно було б передбачити можливість і органам опіки та піклування звертатися до суду на даному етапі виконання рішення з відповідним поданням в інтересах дитини про влаштування її до спеціального закладу, якщо цього не зробив державний виконавець. У роботі

раніше наголошувалось й на те, що до участі у таких справах може залучатися й психолог, який так само має бути наділений правом на надання свого висновку.

Це питання вважається дуже емоційно напруженим, тому і дитина з певного віку має бути наділена правом на висловлення власної думки, але в межах зазначених вище варіантів. Особливо, це правило має застосовуватися по відношенню до дітей віком з десяти років і вище.

У разі якщо боржник перешкоджає виконанню рішення про відібрання дитини, до нього застосовуються заходи, передбачені цим Законом [135], тобто штраф, а при повторному невиконанні – кримінальна відповідальність. Однак, при примусовому виконанні рішення про відібрання дитини та застосуванні адміністративних або кримінальних «заходів впливу» на боржника має так само враховуватися вік дитини, оскільки батьки не можуть зобов'язувати дитину з чотирнадцяти років йти до інших осіб, у лікувальний чи дитячий заклад через те, що з цього віку дитина наділена правом сама визначати місце свого проживання.

При цьому варто звернути увагу на те, що у визначеному Міністерством юстиції Порядку примусового виконання рішень про відібрання дитини від 08 липня 2013 року, орган опіки та піклування може прийняти рішення про те, що жоден із батьків не може створити дитині належних умов для виховання та розвитку та про передання дитини її родичам на вимогу останніх [111].

Проте, як слушно зазначається професором С. Я. Фурсою, на підставі аналізу положень ст. 170 СК «можна дійти висновку, що рішення органу опіки та піклування про відібрання дитини не є безпосередньою підставою для виконання його державним виконавцем» [172, с. 523]. Таким чином, примусовому виконанню підлягають лише рішення суду, і ми вбачаємо це правильним і обґрунтованим підходом законодавця, оскільки суд має перевірити всі обставини справи і прийняти справедливе і вмотивоване рішення з урахуванням думки самої дитини.

У разі невиконання боржником рішення про встановлення побачення з дитиною чи усунення перешкод для цього без поважних причин на нього накладається штраф, як і у всіх випадках невиконання рішень немайнового характеру. Проте варто звернути увагу на те, що у випадку повторного невиконання рішення про встановлення побачення з дитиною чи усунення перешкод у побаченні з дитиною до боржника застосовуються вже більше «заходів впливу», аніж у загальному порядку виконання рішень немайнового характеру (ч. 4 ст. 64-1 Закону [135]).

Тому у випадку невиконання рішення про встановлення побачення з дитиною та усунення перешкод у побаченні з дитиною, застосовуються такі «стимулюючі» заходи, які передбачені у випадку невиконання рішень про сплату аліментів, а саме про обмеження у праві виїзду за кордон та у праві керування транспортним засобом. Такі заходи не застосовуються навіть у випадку невиконання рішень про відібрання дитини, хоча вбачається, що логічно і доцільно було б поширити їх застосування і на випадки невиконання рішення боржником про відібрання дитини.

У справах про відібрання дитини головна функція виконавця – це забезпечити виконання судового рішення і передати дитину тій особі, яка визначена судом. А окремі аспекти (такі, як збір особистих речей та іграшок дитини) вже будуть вирішуватися по ходу справи. Тим більше, що у випадку, коли дитина зовсім мала (до чотирьох років, наприклад), то вона зовсім не зможе ще сама зібратися. Зрозуміло, що це повинні будуть зробити за неї. І зробити це вже може як державний виконавець [152, с. 174–179], так і особа, якій дитина передається, і вбачається навіть, що це більше належить до відповідальності особи, якій дитина передається, аніж виконавця. При цьому, дисертант не виключає можливості виникнення з цього приводу спору, згідно якого батьки можуть наполягати на тому, що одяг та інші речі дитини придбавалися за їх кошти, тому вони не зобов'язані передавати їх іншим особам разом з дитиною тощо. Тому ці аспекти виконання рішень

потребують деталізації або вони ускладнюватимуть виконання і так складних рішень.

Інструкцією передбачено, що державний виконавець здійснює перевірку виконання боржником рішення про встановлення побачення з дитиною у час та місці побачення стягувача з дитиною, визначені рішенням або державним виконавцем. Останнє повноваження державного виконавця слід вважати дискусійним, оскільки загальнообов'язковими розцінюються рішення судів, які мають конкретизувати права та обов'язки стягувача та боржника як на певний проміжок часу, так і на тривалий період. Виконавець може запропонувати сторонам час і місце побачення стягувачу та боржнику, у разі ж не згоди боржника з таким положенням, наприклад, у дитини спортивна секція або традиційно в цей час дитина готує уроки тощо, виникатиме спір, який так само буде вирішуватися судом. Тому вважаємо оптимальним варіантом, коли всі питання з приводу побачень з дитиною будуть вирішуватися судом, а у разі відсутності відповідних відомостей в рішенні суду, його можна просити доповнити або роз'яснити порядок його виконання.

Такий комплексний варіант вирішення цього дискусійного питання, на наш погляд, буде узгоджуватися й з тими випадками, коли про час і місце побачень з дитиною будуть просити близькі родичі стягувача (наприклад, його батьки), а також таким чином можна визначити строк перебування дитини з усіма родичами під час літніх канікул дитини. Це важливо, оскільки доволі часто між батьками і близькими родичами дитини виникають напружені стосунки і кожна із сторін не бажає йти на поступки, включаючи зловживання своїми правами з метою помсти. З'ясувати всі ці питання у державного виконавця немає ні процесуальних повноважень, ні об'єктивних можливостей, оскільки він не може одночасно з'ясувати і узгоджувати позиції всіх заінтересованих, але не зобов'язаних за рішенням суду осіб. Особливо, коли мова йде про дітей, які мають такі особливості характеру як

капризи, зміна настрою, бажання проводити вільний час лише в певному місці тощо.

За потреби при виконанні рішення про встановлення побачення з дитиною, рішення про усунення перешкод у побаченні з дитиною державний виконавець може залучити органи опіки та піклування [139]. При цьому залишається не зовсім зрозумілим, для чого ж саме здійснюється залучення органів опіки та піклування при виконанні рішень про встановлення побачення з дитиною чи усунення перешкод у побаченні з нею. Яка їх роль? Сприяти порозумінню сторін? Бути присутнім на таких побаченнях? Допомогти встановити контакт стягувачу із дитиною? Чи зафіксувати факт невиконання рішення? В останньому випадку здається не зовсім виправданою мета залучення представників органів опіки та піклування, оскільки для цього достатньо стягувачу або боржнику забезпечити присутність свідків.

У випадку контролю виконання рішення, то це пряма функція виконавця, а у випадку сприяння порозумінню, налагодження відносин із дитиною, то цим мають займатися не просто органи опіки та піклування, а психолог. При цьому ми вбачаємо необхідність залучати психолога в обов'язковому порядку для того, щоб він працював з дитиною і за потреби – зі сторонами, оскільки такі справи, а особливо про відібрання дитини, можуть бути дуже травмуючими для дитини з точки зору її психіки та психологічного здоров'я. Відповідно, пропонуємо перебачити у законодавстві не просто залучення органів опіки та піклування до виконання рішень немайнового характеру щодо дітей, а саме психолога, який може бути незалежним, або із тих же органів опіки та піклування чи служби у справах дітей.

У випадку невиконання боржником судового рішення про встановлення побачення з дитиною, при кожному наступному невиконанні боржником державний виконавець виносить постанову про накладення на боржника штрафу у розмірі, визначеному ч. 4 ст: 64-1 Закону, тобто у

подвійному розмірі [135]. Разом з тим, варто звернути увагу, що у даному випадку законом чітко не визначено, кому буде сплачуватися цей штраф, як наприклад, у випадку стягнення аліментів, коли стягнуті кошти за штрафом виплачуються виконавцем стягувачу. Вбачається, що у аналогічному порядку як і при стягненні аліментів, такий штраф за невиконання рішення про побачення з дитиною чи усунення перешкод у побаченні з дитиною має перераховуватися стягувачу.

Водночас, коли призначений день, місце і час побачення стягувача з дитиною, а він не з'явився і завчасно про це не попередив ні дитину певного віку, ні боржника, ні виконавця, то можна говорити про завдання моральної і матеріальної шкоди дитині та боржнику, які планували побачення, виділили для цього час, а іноді і кошти. Відсутність побачення з дитиною породжує в таких випадках її емоційне розчарування, погіршення настрою, тому не завжди і стягувачі діють правомірно, вимагаючи побачень з дитиною, але при цьому переслідують інші цілі...

Професором С. Я. Фурсою також слушно зверталася увага на те, що у переліку випадків, який визначений ст. 171 СК, у яких дитина має право висловлювати свою думку, не передбачено такої категорії справ як про відібрання та повернення дитини [172, с. 525–526] і, відповідно, про встановлення побачення з дитиною чи усунення перешкод у побаченні з нею. Проте ми погоджуємося із висловленою позицією вченої щодо того, що виходячи із аналогії закону, думка дитини повинна також враховуватися і у цих категоріях справ [172, с. 526]. Тому пропонуємо перелік справ, при вирішенні яких має враховуватися думка дитини, у ч. 2 ст. 171 СК доповнити справами про відібрання та повернення дитини і, відповідно, про встановлення побачення з дитиною чи усунення перешкод у побаченні з нею.

Стосовно виконання рішень про встановлення побачення з дитиною та усунення перешкод у побаченні з дитиною, особливо коли час та місце для побачення не визначені судом, актуальності набуває питання також договірних засад врегулювання і визначення цих умов. У таких випадках

вирішенню може навіть підлягати такі аспекти, як забезпечення супроводу дитини до місця зустрічі, розподілу транспортних витрат тощо. Зрозуміло, що такий супровід уже не покладається на виконавця, а має бути визначений сторонами чи державним виконавцем із врахуванням позиції сторін. Тому варто передбачити, щоб виконавець міг не лише встановлювати час та місце побачення з дитиною, а й вирішувати інші питання, такі як забезпечення супроводу дитини, оскільки наразі це не віднесено до компетенції державного виконавця, а тому при виникненні спору з таких питань, як забезпечення супроводу дитини та розподіл транспортних витрат, якщо дитина проживає із боржником десь далеко від стягувача, сторони мають знову звертатися до суду.

Висновки до Розділу 3

У ході проведеного дослідження було:

1) обґрунтовано, що важко погодитися з ч. 2 ст. 13 ЦПК, де допускається, що суд має право збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи лише у випадках, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб. У цих випадках суд втрачатиме безсторонність і порушуватиметься принцип змагальності, тому у таких справах варто визначати необхідною участь адвоката або іншої особи, які згідно ст. 56 ЦПК вправі представляти і захищати інтереси інших осіб. Більше того, ч. 2 ст. 13 ЦПК слід сприймати не як сприяння, а як безпосередню участь суду в захисті прав таких осіб. Так само можна доручити суду формувати правову позицію у справі за участю неповнолітніх осіб або захисту інтересів малолітніх осіб, але це концептуально неправильно;

2) розроблено та запропоновано стандарти умов, які мають бути забезпечені дітям під час їх особистої участі при розгляді судової справи, а саме:

- максимальне врахування потреб дитини, її вікових особливостей, факторів її стану здоров'я, психологічного та фізіологічного розвитку, її побажань;

- мінімальне травмування психіки дитини (що може забезпечуватися, наприклад, видаленням із зали певних осіб, встановленням перерви у судовому засіданні тощо);

- запобігання та недопущення негативного психологічного впливу і тиску на дитину із боку інших учасників справи, що може проявлятися в тоні і змісті запитань до неї тощо. На такі прояви суд має активно реагувати, кваліфікуючи такі дії як зловживання правом;

- забезпечення необхідної підтримки для дитини, наприклад, в особі фахівців (психолога, педагога, можливо, лікаря) та близьких осіб (батьків чи інших родичів дитини, яких вона побажає бачити під час судового засідання);

- надання дитині необхідної допомоги, яку вона може потребувати чи про яку може просити;

- недопущення створення штучних перешкод для участі дитини у справі;

- притягнення до відповідальності осіб, які будуть створювати перешкоди для участі дитини у справі та у забезпеченні для цього необхідних умов.

Даний перелік не є вичерпним;

3) обґрунтовано, що неповнолітні особи повинні обов'язково залучатися судом до участі у справах, у яких законом встановлена особиста відповідальність неповнолітніх, а саме: при розгляді справ про порушення договору, укладеного самостійно неповнолітньою особою та за згодою батьків (чи осіб, що їх замінюють), а також у справах про відшкодування

шкоди, завданою неповнолітньою особою. Зроблено відповідні пропозиції внесення змін у законодавство;

4) обґрунтовано, що висловлена однозначно і усвідомлено думка дитини має перевагу над іншими доказами щодо вирішення питань, які стосуються її майбутнього, і може бути не врахована судом лише у випадку, коли одна зі сторін доведе, що думка дитини протирічить її ж інтересам або висловлена під чужим впливом. Відповідно, запропоновано встановити необхідність додаткового обґрунтування неврахування судом думки дитини, а не навпаки. Крім того, здатність дитини висловити власну думку може бути встановлена та перевірена судом на підставі довідки від дитячого психолога чи психіатра;

5) визначено, що у ч. 2 ст. 173 СУ пропонується малолітній або неповнолітній дитині відсудити у батьків власне майно і її думка щодо майна розцінюється судом нижче, ніж слова батьків, з чим важко однозначно погодитися;

б) вважається, що при визначенні місця проживання дитини слід враховувати також вік дитини, її зв'язок з матір'ю, тому коли мати годує дитину, то, безперечно, вона має бути з матір'ю. Коли ж дитина досягла віку, що може висловити свої думки, то нерозривність зв'язку дитини за матір'ю не превалює в цивільному процесі, а має враховуватися рівність прав батька і матері в питаннях виховання і утримання дитини. Тому запропоновано внести зміни в законодавство, встановивши, що батько та матір мають однакове право не розлучатися з дитиною, щоб батьки були у рівному положенні і перевага автоматично не надавалася матері, а щоб кожен із них в силу змагальності процесу мав довести, що залишення дитини саме із ним буде відповідати найкращим інтересам дитини;

7) обґрунтовано, що для забезпечення мінімального травмування психіки дитини під час її особистої участі у справі має залучатися відповідний фахівець-психолог для застереження психологічних ускладнень у стресових ситуаціях та запропоновано шляхи реалізації цієї пропозиції –

зокрема, таке залучення може здійснюватися на засадах надання дитині безоплатної медичної допомоги, яка фінансується державою;

8) доведено необхідність наділення суду повноваженнями для залучення за власною ініціативою на засадах надання безоплатної вторинної правової допомоги адвоката для представництва інтересів дітей, а в окремих випадках (таких як усиновлення чи визначення місця проживання дитини) – вирішення питання про залучення адвоката і, додатково, психолога;

9) встановлено відсутність у процесуальному законодавстві положень щодо створення належних умов малолітнім та неповнолітнім особам щодо висловлення ними своєї думки з важливих питань вирішення їх долі перед судом через закріплення права адвоката подавати клопотання про видалення із зали судового засідання осіб, присутність яких створює додаткові складнощі для дитини у тому, щоб визначитися із своєю позицією і висловити її перед судом. У роботі також було обґрунтовано доцільність створення таких умов шляхом забезпечення участі малолітніх та неповнолітніх осіб у розгляді справи у режимі відео конференції;

10) доведено доцільність встановлення презумпції про існування у адвоката необмежених повноважень вчиняти всі дії, передбачені процесуальним законодавством для якнайкращого представництва інтересів саме дітей і не зважаючи на умови договору про правову допомогу, укладеного з батьками дитини, оскільки така колізія допустима в тих випадках, коли інтереси дитини та батьків різняться. В таких випадках адвокат має бути підзвітним органам опіки та піклування і йому має виплачуватися гонорар за надання безоплатної правової допомоги.

11) вважаємо певним нонсенсом, коли у ч. 2 ст. 45 ЦПК передбачається, що «Суд роз'яснює малолітній або неповнолітній особі її права та можливі наслідки дій її представника чи законного представника у разі, якщо за віком вона може усвідомити їх значення». Тобто суд не тільки стає на бік малолітньої або неповнолітньої особи, а й, по суті, кваліфікує дії її представника чи законного представника та правову позицію у справі, але

такі роз'яснення мають надаватися кваліфікованій особі, щоб вона здатна була їх сприйняти і застосувати;

12) для врегулювання випадків, коли інтереси дитини, на боці якої має працювати адвокат, не співпадають з інтересами батьків, які уклали договір про правову допомогу з адвокатом, запропоновано у ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначити такі поняття як «внутрішній конфлікт», коли діяльність адвоката в справі обтяжується власними інтересами, а також «зовнішній конфлікт», коли клієнт адвоката уклав з ним договір про правову допомогу в інтересах третьої сторони, однак при виконанні повноважень за договором адвокат дізнався про конфлікт інтересів клієнта та третьої сторони, що унеможливує якісне і неупереджене виконання доручення;

13) надане авторське теоретичне визначення представництва адвокатом інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб, яке дисертантка пропонує розуміти як діяльність адвоката із використанням системи організаційно-правових заходів, вживаних на підставі наданих йому повноважень законними представниками, неповнолітніми дітьми особисто чи судом, спрямовану на відновлення порушених, невизнаних та/чи оспорюваних цивільних прав та інтересів дітей, а у разі відсутності можливості такого відновлення – на отримання малолітніми та неповнолітніми справедливої компенсації завданої їм шкоди;

14) запропоновано шукати альтернативні способи захисту в іпотечних правовідносинах, які б враховували права і кредиторів, і боржників та їх дітей шляхом, наприклад, надання відстрочки платежів на певний період; встановлювати розстрочки основних платежів за кредитним договором; визнавати право власності за кредитором та встановлювати між боржником і кредитором нові орендні правовідносини із певним умовами;

15) доведено, що вирішення усіх питань щодо дітей мають здійснюватися із максимальним врахуванням їх прав та інтересів в силу норм міжнародного законодавства, а тому права дітей превалюють навіть над

правами кредиторів, унаслідок чого усі справи, у тому числі щодо звернення стягнення на житло дітей, яке є предметом іпотеки, повинні вирішуватися на користь цих дітей;

16) запропоновано у ст. 39 ЗУ «Про іпотеку», яка встановлює, що «одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя виносить рішення про виселення мешканців за наявності підстав, передбачених законом, якщо предметом іпотеки є житловий будинок або житлове приміщення», зробити застереження: «Таке виселення має здійснюватися з обов'язковим визначенням місця проживання дітей іпотекодавця чи боржника». В такому випадку суди, а головне іпотекодержателі будуть обережно ставитися до інтересів дітей, а не з формальних міркувань і недоліків у законодавстві «викидати дітей на вулицю»;

17) запропоновано запровадити визначення винагороди приватному виконавцю на договірній основі зі стягувачем у вигляді регулярних платежів (як відсотку від стягнутої суми аліментів, наприклад) чи одноразової виплати приватному виконавцю стягувачем;

18) запропоновано передбачити в законі чіткі строки, протягом яких виконавець має винести постанову про припинення обмеження прав платника аліментів та встановити дисциплінарну відповідальність за прострочення у винесенні постанови про зняття обмеження, які передбачені в пунктах 1–4 ч. 9 ст. 71 ЗУ «Про виконавче провадження»;

19) запропоновано визначення понять:

– відібрання дитини – це здійснення на підставі рішення суду уповноваженими законом про виконавче провадження особами передбаченої законодавством сукупності дій, які полягають у передачі дитини від батьків чи інших суб'єктів, із якими проживає дитина, до визначеної в рішенні суду особи чи влаштуванні дитини до спеціального лікувального чи навчального закладу з метою забезпечення найкращих інтересів дитини;

– встановлення побачення із дитиною – це забезпечення заінтересованій особі (іншому із батьків чи близьких родичів дитини) права на спілкування з дитиною у визначений судом час і спосіб (наприклад, особисте спілкування або в присутності визначеної боржником особи, за допомогою електронних засобів зв'язку або очно), проведення з нею відпочинку та здійснення її виховання, сприяння її розвитку, що здійснюється у передбаченому законодавством порядку виконання таких рішень уповноваженими законом особами;

20) усунення перешкод у спілкуванні з дитиною – комплекс заходів, який направлений на спонукання до дії чи утримання від дій боржника для забезпечення заінтересованій особі (стягувачу: іншому із батьків чи родичів дитини) її права на побачення з дитиною, що здійснюється на підставі рішення суду у спеціально визначеному законом порядку уповноваженими особами на виконання судових рішень;

21) запропоновано передбачити у законодавстві не просто залучення органів опіки та піклування до виконання рішень немайнового характеру щодо дітей, а саме психолога, який має бути незалежним, або із тих же органів опіки та піклування чи служби у справах дітей;

22) встановлено, що у випадку, якщо боржник перешкоджає побаченням стягувача з дитиною, законом чітко не визначено, кому буде сплачуватися передбачений за це порушення штраф. Доведено, що у аналогічному порядку, як і при стягненні аліментів, такий штраф за невиконання рішення про встановлення побачення з дитиною чи усунення перешкод у побаченні з дитиною має перераховуватися стягувачу;

23) запропоновано перелік справ, при вирішенні яких має враховуватися думки дитини, у ч. 2 ст. 171 СК доповнити справами про відібрання та повернення дитини і, відповідно, про встановлення побачення з дитиною чи усунення перешкод у побаченні з нею;

24) при примусовому виконанні рішення про відібрання дитини та застосуванні адміністративних або кримінальних «заходів впливу» на

боржника так само має враховуватись вік дитини, оскільки батьки не можуть зобов'язувати дитину з чотирнадцяти років йти до інших осіб, у лікувальний чи дитячий заклад через те, що з цього віку дитина наділена правом сама визначати місце свого проживання;

25) проаналізовано, що стосовно виконання рішень про встановлення побачення з дитиною та усунення перешкод у побаченні з дитиною, особливо коли час та місце для побачення не визначені судом, актуальності набуває питання також договірних засад врегулювання і визначення цих умов. Тому запропоновано передбачити, щоб виконавець міг не лише встановлювати час та місце побачення з дитиною, а й вирішувати інші питання, такі як забезпечення супроводу дитини, оскільки наразі це не віднесено до компетенції державного виконавця, а тому при виникненні спору з таких питань, як забезпечення супроводу дитини та розподіл транспортних витрат, якщо дитина проживає із боржником десь далеко від стягувача, сторони мають знову звертатися до суду.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення та запропоновано нове розв'язання наукового завдання, яке полягає у тому, щоб виявити та вирішити теоретичні та практичні проблеми участі дітей у цивілістичному процесі.

Концептуальна мета цієї наукової роботи полягає в тому, щоб надати системної охорони і захисту прав малолітніх та неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі, і, на відміну від інших робіт, дисертантом визначено новий спосіб досягнення поставленої мети прослідкувати за дотриманням прав та інтересів в нормах матеріальних галузей права, у міжнародних актах, а також у нотаріальному, цивільному та виконавчому процесах. Під час дослідження були виявлені істотні неузгодженості в статусі малолітніх та неповнолітніх осіб як у теоретичних джерелах, так і законодавстві, а також у нотаріальній і судовій, та виконавчій практиці.

Зокрема, в теоретичних джерелах не ставиться питання про те, що у сучасних умовах варто переглянути участь органів опіки та піклування в охороні прав дітей з фрагментарного дозвільного характеру на системний, коли вони здійснюватимуть і контроль за реалізацією прав дітей, і за діяльністю законних представників у нотаріальному, цивільному та виконавчому процесах, а також за участю адвокатів в захисті прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб тощо. На виконання цієї функції органами опіки та піклування було зроблено ряд пропозицій з удосконалення законодавства, які спрямовані на охорону і захист прав та інтересів дітей.

Встановлено, що у процесуальних галузях не визначено такого поняття як дієздатність малолітніх та неповнолітніх осіб, а також не конкретизована специфіка їх статусу у ролі заявників та заінтересованих осіб у ЗУ «Про нотаріат», у ЦПК як позивачів, відповідачів, третіх осіб, а також як свідків, що є характерним й для ЗУ «Про виконавче провадження». У зв'язку з цим

були запропоновані як універсальні підходи до визначення відповідних понять, так і конкретні пропозиції по визначенню відповідних дефініцій.

Тому дисертантом запропоновано наступні підходи до розуміння дієздатності та правового статусу дітей у цивілістичному процесі:

– Дієздатність малолітніх осіб у цивілістичному процесі, по-перше, має бути сформульована у відповідному процесуальному законодавстві і за аналогією з нормами ЦК позначена як часткова, по-друге, потрібно системно враховувати статус цієї особи в цивільному, нотаріальному та виконавчому процесі з урахуванням віку та розумових здібностей дитини, включаючи право висловлювати свою думку як особі, на права та інтереси якої може вплинути відповідний процес, а також виступити свідком в цивільному процесі. Системно слід ставитися до виступів таких осіб, оскільки не володіючи спеціальними знаннями і життєвим досвідом діти можуть керуватися настроями, підпадати під вплив дорослих, отже можуть висловлювати побажання, які можуть бути використані їм на шкоду, а це неприпустимо з позиції дотримання найкращих інтересів дитини і такі негативні виступи не повинні братися до уваги.

– Правовий статус малолітніх у цивілістичному процесі може бути різним, що обумовлюється характером матеріальних правовідносин, але специфіка такого статусу обумовлюється тим, що у відповідних процесах їх роль зводиться до висловлення своєї позиції, а комплексом процесуальних прав та обов'язків по охороні і захисту прав таких осіб наділяється законний представник або уповноважений ним адвокат, але органи опіки та піклування доволі часто залишаються «безучасними» в таких справах, а дитина залежною від правомірності дій представників, що не відповідає духу найкращих інтересів дитини, дотримання яких ні ким не контролюється у цивілістичному процесі.

– Дієздатність неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі слід визнати неповною і відповідно закріпити у законодавстві, а також сформулювати системний комплекс прав та обов'язків таких осіб у

цивільному, нотаріальному і виконавчому провадженні, коли вони зможуть особисто здійснювати права та обов'язки сторони та третьої особи, перекладача, свідка, стягувача або боржника особисто, а коли їх участь у процесі має супроводжуватися не тільки згодою законних представників, але й контролем з боку органів опіки та піклування та правовою допомогою адвокатів тощо.

– Правовий статус неповнолітніх осіб у цивілістичному процесі ускладнений у порівнянні з малолітніми особами, оскільки вони можуть визнаватися учасниками правовідносин, але мають неповну дієздатність (ст. 32 ЦК), а також їх статус пов'язаний з їх матеріальним становищем (ч. 2 ст. 33 ЦК), що може бути з'ясовано навіть у виконавчому провадженні. Отже наведені обставини потребують системного відображення у законодавстві та уточнення комплексу прав та обов'язків таких осіб в різних ситуаціях.

Для забезпечення найкращих інтересів дитини і для впровадження авторської позиції про те, що охорона і захист прав та інтересів дитини має здійснюватися об'єктивно, була зроблена пропозиція про те, що адвокат має залучатися судом персонально для дитини, якщо її інтереси не збігаються з інтересами законних представників. Більше того, для неупередженості адвоката при захисті прав та інтересів дитини запропоновано виділити в ЗУ «Про адвокатуру» таке поняття як «внутрішній конфлікт інтересів», коли діяльність адвоката в справі обтяжується власними інтересами, а також «зовнішній конфлікт», коли клієнт адвоката уклав з ним договір про правову допомогу в інтересах третьої сторони, однак при виконанні повноважень за договором адвокат дізнався про конфлікт інтересів клієнта та третьої сторони, що унеможлиблює якісне і неупереджене виконання доручення. В такому разі запропоновано надавати дітям правову допомогу адвокатами на безоплатній основі.

Доведено доцільність встановлення презумпції про існування в адвоката необмежених повноважень вчиняти всі дії, передбачені процесуальним законодавством, для якнайкращого представництва інтересів

саме дітей і не зважаючи на умови договору про правову допомогу, укладеного з батьками дитини, оскільки така колізія допустима в тих випадках, коли інтереси дитини та батьків різняться. В таких випадках адвокат має бути підзвітним органам опіки та піклування і у разі розірвання договору батьками, йому має виплачуватися гонорар за надання безоплатної правової допомоги.

У теорії виконання рішень немайнового характеру за участю дітей запропоновано використовувати такі визначення понять:

– відібрання дитини – це здійснення на підставі рішення суду уповноваженими законом про виконавче провадження особами передбаченої законодавством сукупності дій, які полягають у передачі дитини від батьків чи інших суб'єктів, із якими проживає дитина, до визначеної в рішенні суду особи чи влаштуванні дитини до спеціального лікувального чи навчального закладу з метою забезпечення найкращих інтересів дитини;

– встановлення побачення із дитиною – це забезпечення заінтересованій особі (іншому із батьків чи близьких родичів дитини) права на спілкування з дитиною у визначений судом час і спосіб (наприклад, особисте спілкування або в присутності визначеної боржником особи, за допомогою електронних засобів зв'язку або очно), проведення з нею відпочинку та здійснення її виховання, сприяння її розвитку, що здійснюється у передбаченому законодавством порядку виконання таких рішень уповноваженими законом особами.

– усунення перешкод у спілкуванні з дитиною – комплекс заходів, який направлений на спонукання до дії чи утримання від дій боржника для забезпечення заінтересованій особі (стягувачу: іншому із батьків чи родичів дитини) її права на побачення з дитиною, що здійснюється на підставі рішення суду у спеціально визначеному законом порядку уповноваженими особами на виконання судових рішень.

Наведені та інші теоретичні висновки, що винесені в кінці кожного розділу, мають своє відображення у пропозиціях з удосконалення

законодавства, як щодо норм СК, ЦПК, ЗУ «Про нотаріат», «Про виконавче провадження», так і Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України тощо.

Зокрема, обґрунтовано, що важко погодитися з ч. 2 ст. 13 ЦПК, де допускається, що суд має право збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи лише у випадках, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб. У таких випадках суд втрачатиме безсторонність і порушуватиметься принцип змагальності, оскільки раціонально визначати необхідною участь адвоката або іншої особи, яка згідно ст. 56 ЦПК вправі представляти і захищати інтереси інших осіб. Більше того, ч. 2 ст. 13 ЦПК слід сприймати не як сприяння, а як безпосередню участь суду в захисті прав таких осіб. Так само можна доручити суду формувати правову позицію по справі за участі неповнолітніх осіб або захисту інтересів малолітніх осіб, але це концептуально неправильно. Вважаємо певним нонсенсом, коли в силу положень ч. 2 ст. 45 ЦПК суд не тільки стає на бік малолітньої або неповнолітньої особи, а й, по суті, кваліфікує дії її представника чи законного представника та правову позицію в справі, але такі роз'яснення мають надаватися кваліфікованій особі, щоб вона здатна була їх сприйняти і застосувати.

Наведені та інші висновки кінцевою метою мають поліпшити якість охорони і захисту прав малолітніх та неповнолітніх осіб, не перекладати відповідні обов'язки на уповноважених на вирішення питань осіб, а забезпечити права дітей висококваліфікованими і об'єктивними їх представниками, а також забезпечити контроль і за їх діяльністю.

Отримані результати можуть бути використані для подальших досліджень інших проблем, зокрема, впровадження обов'язкової медіації у сімейних спорах; у виконавчому провадженні для розроблення механізмів добровільного та примусового виконання рішень суду щодо зобов'язань немайнового характеру, на відсутність яких як на недолік національного законодавства неодноразово вказувалося у рішеннях ЄСПЛ проти України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Авторгов А. Законопроект № 3726: яких змін чекати в системі виконавчого провадження. URL: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/zakonoproekt-3726-yakih-zmin-chekati-v-sistemi-vikonavchogo-provadhennya.html> (дата звернення: 07.08.2020).
2. Авторгов А. М. «Аліменти» за житлово-комунальними послугами: в чому каверза. URL: https://thepage.ua/ua/experts/alimenti-za-zhitlovo-komunalnimi-poslugami-v-chomu-kaverza?fbclid=IwAR0MDlANd68mdnaiehOPmsgXh4XmuJLZvJDqhWqyBMotA9ZqQrvt_-sJ2Ew (дата звернення: 29.07.2020).
3. Авторгов А. М. Адміністративно-правовий статус державного виконавця: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2008. 17 с.
4. Авторгов А. М. Гра в хованки: як стягнути аліменти з боржника за межами України. URL: <https://www.avtorgov.com/?p=587> (дата звернення: 29.07.2020).
5. Авторгов А. М. Заборона виїзду боржника за кордон суперечить принципу незалежності приватного виконавця: АПВУ. URL: <https://sud.ua/ru/news/ukraine/171790-zaborona-viyizdu-borzhnika-za-kordon-superechit-printsipu-nezalezhnosti-privatnogo-vikonavtsya-apvu> (дата звернення: 29.07.2020).
6. Авторгов А. М. Реформа виконавчого провадження & розбудова правової держави – мрія чи реальність? URL: <https://uba.ua/ukr/news/7716/?fbclid=IwAR1t1MLUIndWPfb6NO8qMFZ9T--WjfmCM5XpOqvZh-Sn0xlOj16DXpK0MCg> (дата звернення: 29.07.2020).
7. Актуальні питання виконавчого провадження / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Київ: Центр комерц. права, 2009. 80 с.
8. Антипова О. В. Право на обов'язкову частку у спадщині. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_6679 (дата звернення: 29.05.2020).

9. Апеляційний суд м. Києва. Узагальнення практики розгляду судами цивільних справ про усиновлення дітей, позбавлення батьківських прав, встановлення опіки та піклування над дітьми від 01.01.2009 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0003705-09> (дата звернення: 17.05.2019).
10. Атаманчук І. В., Ковальчук Ю. І. Межі розуміння понять «заробіток» і «дохід» у контексті правозастосування у відносинах стягнення аліментів. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 3. С. 134–139.
11. Батиргарєєва В. С. Кримінологічна характеристика та попередження розбоїв, поєднаних з проникненням у житло: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2002. 20 с.
12. Бахарева О. А., Цепкова Т. М. Процессуальное положение лиц, участвующих в делах, связанных с воспитанием детей. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2017. № 1 (114). С.139-143.
13. Білоусов Ю. В. Виконавче провадження: навч. посібник. Київ: Прецедент, 2005. 192 с.
14. Білоцький О. В. Речові права на чуже житло: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 19 с.
15. Бойко В., Шевченко В. Іпотека як спосіб забезпечення зобов'язань: теорія і практика. *Слово Національної школи суддів України*. 2014. № 1. С. 66–74.
16. Бондар І. В. Примусове виконання рішення про виселення боржника. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 2. С. 115–117.
17. Бондар І. В. Проблемні питання сімейних особистих немайнових прав в нотаріальних провадженнях. *Підприємництво, господарство і право: щомісячний науково-практичний юридичний журнал*. 2018. № 10. С. 5-9.
18. Бондар І. В. Щодо виконання рішення про виселення боржника. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 3. С. 192–194.
19. Бордюг Т. О. Забезпечення права на життя зачатої, але ще не народженої дитини. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 4. С. 182–186.

20. Бордюг Т. О. Зарубіжний досвід звернення стягнення на житло за участю дітей. *Удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин з урахуванням зарубіжного досвіду: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 01 черв. 2020 р.)* / відп. ред. О. Ю. Бусол. Київ: Вид-во «Ліра-К», 2020. С. 24–27.

21. Бордюг Т. О. Згода органів опіки і піклування на вчинення нотаріально-посвідчуваних правочинів за участю дітей. *Цивілістична процесуальна думка*. 2019. № 2. С. 6–13.

22. Бордюг Т. О. Інтереси дитини: найвищі чи найкращі? *Актуальні проблеми правотворчості в Україні: матеріали X Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Рівне, 25 трав. 2020 р.)*. Львів: ГАЛИЧ-ПРЕС, 2020. С. 134–137.

23. Бордюг Т. О. Міжнародно-правові аспекти захисту прав дітей у рамках ООН. *Права людини в сучасних умовах розбудови громадянського суспільства в Україні: До тижня права та 70-ї річниці Загальної декларації прав людини: матеріали Круглого столу (м. Київ, 14 груд. 2018 р.)* / редкол.: І. А. Грицяк, С. В. Бобровник, С. О. Мосьондз, Т. О. Дідич та ін. Київ: Київський ун-т ім. Б. Грінченка, 2019. С. 147–150.

24. Бордюг Т. О. Правовий статус дитини у цивільному праві. *Актуальні проблеми права України та Польщі: монографія* / за заг. ред. Ю. Л. Бошицького та А. Шміта; Київський університет права НАН України. Київ: Талком, 2020. С. 64–81.

25. Бордюг Т. О. Правовий статус дітей у виконавчому процесі. *Актуальні проблеми виконавчого процесу України: теорія і практика: матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 06 груд. 2019 р.)* / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Позднишев, 2019. С. 181–184.

26. Бордюг Т. О. Правовий статус дітей у нотаріальному процесі. *Visegrad Journal On Human Rights*. 2020. № 2. С. 13–19.

27. Бордюг Т. О. Правовий статус малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі. *Цивілістична процесуальна думка*. 2018. № 4. С. 26–33.

28. Бордюг Т. О. Правові проблеми розгляду та вирішення випадків боулінгу у закладах загальної середньої освіти. *Актуальні проблеми сучасної юридичної науки та практики: матеріали Круглого столу* (м. Київ, 01 жовт. 2020 р.). Київ: Ліра-К, 2020. С. 66–74.
29. Бордюг Т. О. Спадкування за заповітом та за правом на обов'язкову частку дітьми. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 193–200.
30. Бордюг Т. О. Теоретичні підходи щодо формулювання загальних та спеціальних правил вчинення нотаріального провадження за участю дітей. *Право України*. 2020. № 9. С. 271–284.
31. Бордюг Т. О. Умови відповідальності за кредитними правочинами. *Інтернаука: міжнародний науковий журнал*. 2018. № 3 (43). С. 101–106. URL: <https://www.inter-nauka.com/issues/2018/3/3449>.
32. Бордюг Т. О. Участь адвоката як представника інтересів неповнолітньої дитини при розгляді цивільних справ. *Цивілістична процесуальна думка*. 2018. № 3. С. 6–15.
33. Ван Б'юрен Дж. Міжнародне право в галузі прав дитини / пер. з англ. Г. Є. Краснокутського; наук. ред. М. О. Баймуратов. Одеса: АО БАХВА, 2006. 524 с.
34. Вінциславська М. В. Суб'єкти виконавчого процесу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2014. 19 с.
35. Вінциславська М. В. Суб'єкти виконавчого процесу та їх класифікації: проблемні питання. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2012. № 3 (11). С. 7-17.
36. Галянтич М. К. Приватноправові засади реалізації житлових прав громадян в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2008. 40 с.
37. Ганкевич О. М. Відібрання дитини від батьків: проблеми теорії та практики. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2017. Вип. 43. С. 75–85.

38. Гаро Г., Бобак О. Актуальні проблеми з'ясування судом думки дитини при вирішенні питань, що стосуються її життя. URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/aktualni-problemy-z-yasuvannya-sudom-dumky-dytyny-pry-vyrishenni-pytan-shho-stosuyutsya-yiyi-zhyttya/> (дата звернення: 18.06.2020).
39. Герц А. А. Іпотека підприємства як єдиного майнового комплексу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2006. 17 с.
40. Гончаренко М. Б. Речеві права на нерухомість: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 1999. 19 с.
41. Гопанчук В. С. Сімейне право України. URL: <http://ukrkniga.org.ua/ukrkniga-text/713> (дата звернення: 27.08.2021).
42. Горбачук І. М. Особливості прийняття спадщини дитиною. URL: <http://www.kamadm.gov.ua/upravlinnia-iustytysii-informuie/item/2613-osoblyvosti-pryiniattia-spadshchyny-dytynoiu> (дата звернення: 29.05.2020).
43. Горобець Н. О. Право на недоторканність житла: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2010. 19 с.
44. Грабовська О. О. Особливості судочинства в справах про усиновлення (удочеріння) іноземними громадянами дітей, які проживають на території України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. 19 с.
45. Григор'єва Л. І., Спасибо-Фатєєва І. В. Звернення стягнення на майно боржника за вимогою кредитора, який є іпотекодержателем (іпотечного кредитора). *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 10. С. 37-42.
46. Губанова О. В. Щодо правового регулювання стягнення аліментів на утримання дитини за судовим наказом. *Форум права*. 2019. № 3. С. 13–20.
47. Д'ячкова Н. А. Опіка як спосіб охорони майнових прав фізичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 21 с.

48. Декларація прав дитини: прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384#Text (дата звернення: 19.06.2020).

49. Демчик М. Права дітей при оформленні договору дарування. URL: <https://zakjust.gov.ua/yurydychni-konsultatsii/2367-prava-ditei-pry-oformlenni-dohovoru-daruvannia-20062019> (дата звернення: 24.02.2020).

50. Дерій О. О. Аліментні зобов'язання у цивілістичному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2014. 18 с.

51. Дерій О. О. Процедура виконання рішень зі стягнення аліментів і заборгованості по них у примусовому порядку. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2012. № 3 (11). С. 30-40.

52. До неплатника аліментів державні виконавці застосували заходи, передбачені Законом України «Про виконавче провадження» в частині тимчасового обмеження боржника в деяких правах: повідомляє Міністерство юстиції України. URL: https://zib.com.ua/ua/143499-_alimenty_za_17_rokiv_styagnuli_vikonavci_u_kievi.html?fbclid=IwAR3er2Mp0dqavApmHvFD3-XE4jSPY3MXo-zokobcve2QRFDikvKuG-7-mb4 (дата звернення: 30.07.2020).

53. Дьячкова Н. А., Кугот Є. С. Емансипація неповнолітніх за цивільним законодавством України. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pib_2012_3_66.pdf (дата звернення: 20.05.2020).

54. Дякович М. М. Нотаріальне право України. Київ: Алерта, ЦУЛ, КНТ, 2009. 686 с.

55. Жилінкова І. Науково-правовий висновок щодо співвідношення понять «Управління майном дитини» за СК України та «розпорядження майном» за ЦК України. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2007. № 6. С. 63.

56. Житловий кодекс Української РСР: Закон України від 30.06.1983 р. № 5464-Х. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10> (дата звернення: 24.03.2020).

57. Журба І. О. Сторони у цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2015. 20 с.
58. Заворотько П. П., Штефан М. Й. Судове виконання: для викладачів і студ. юрид. вузів, працівників суду, прокуратури, юрисконсультів підприємств, установ, організацій. Київ: Вид-во Київського ун-ту, 1967. 263 с.
59. Зеленкова І. І. Процедура звернення стягнення на майно боржника у виконавчому процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франківськ, 2017. 16 с.
60. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. Ч. 3. 347 с.
61. Ігонін Р. В. Проблема співвідношення і взаємодії органів примусового виконання судових рішень і судів загальної юрисдикції (структурно-функціональний вимір). URL: <http://biblio.umsf.dp.ua/jspui/handle/123456789/976> (дата звернення: 24.03.2020).
62. Ігонін Р. В., Шкарупа К. В., Сеньків О. І. Організаційно-правові засади діяльності суб'єктів виконавчого провадження (теоретичні аспекти): навч. посібник для студ. вищ. навч. закладів / Державна податкова адміністрація України, Нац. ун-т Державної податкової служби України. Ірпінь: Нац. ун-т ДЛС України, 2010. 203 с.
63. Інструкція з організації примусового виконання рішень: наказ Міністерства юстиції України від 02.04.2012 р. № 512/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 29.09.2016 р. № 2832/5). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12> (дата звернення: 24.03.2020).
64. Іщенко Д. Ю. Виконання судових рішень про стягнення аліментів в Україні: аналіз актуальних питань. *Наукові записки НаУКМА. Серія: «Юридичні науки»*. 2019. Т. 3. С. 63–69.
65. Ковальчук А. М. До питання прийняття спадщини за правом на обов'язкову частку у спадщині. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2016/1_2016/part_1/13.pdf (дата звернення: 01.06.2020).

66. Кодекс законів про працю: Закон України від 11.10.2018 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08> (дата звернення: 17.05.2019).

67. Комаров В. В., Баранкова В. В. Нотаріат в Україні: підручник. Харків: Право, 2011. 384 с.

68. Конвенція ООН про захист прав людини і основоположних свобод: ратифікована Законом України № 475/97-ВР від 17.07.1997 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 23.01.2019).

69. Конвенція ООН про права дитини: ратифікована постановою Верховної Ради України № 789-XII від 27.02.1991 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021 (дата звернення: 15.05.2019).

70. Кондрат'єва Л. А. Судовий захист неповнолітніх осіб у цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 20 с.

71. Конституція України: прийнята Верховною Радою України 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 24.03.2020).

72. Короєд С. О. Недійсність правочину щодо майнових прав дитини, вчиненого без дозволу органу опіки та піклування. *Судова апеляція*. 2019. № 1 (54). С. 97-105.

73. Коротюк О. В. Науково-практичний коментар Закону України «Про нотаріат». URL: <https://westudents.com.ua/glavy/66645-stattya-45-rdpisannya-notaralno-posvdchuvanih-pravochinv-zayav-ta-nshih-dokumentv.html> (дата звернення: 27.02.2020).

74. Красицька Л. В. Переваги та ризики спадкового договору. *Проблеми цивільного права та процесу: тези доповідей учасників наук.-практ. конф., присвяченої світлій пам'яті О. А. Пушкіна (м. Харків, 19–20 трав. 2017 р.)* / МВС України, Харківський нац. ун-т внутрішніх справ; Харківський обласний осередок Всеукраїнської громадської організації «Асоціація цивілістів України». Харків: ХНУВС, 2017. С. 102-106.

75. Красицька Л., Сіряченко Н. Дитина як набувач права власності на майно за спадковим договором. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2017. № 1 (91). С. 102-106.

76. Кримінальний кодекс України: Закон України № 2341-III від 05.04.2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 29.07.2020).

77. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України у редакції від 11.01.2019 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n2131> (дата звернення: 23.01.2019).

78. Кузнецова Л. Г., Шевченко Я. Н. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. Москва: Юрид. лит., 1968. 136 с.

79. Кухарев О. Є. Секретний заповіт. *Спадкове право України*: навч. посібник. Київ: Алерта, 2013. 328 с. URL: https://pidruchniki.com/1566021256957/pravo/tlumachennya_zapovitu (дата звернення: 02.06.2020).

80. Кухарев О. Є. Спадкове право України: навч. посібник. Київ: Алерта, 2013. 328 с. URL: https://pidruchniki.com/1566021256957/pravo/tlumachennya_zapovitu (дата звернення: 02.06.2020).

81. Кухарев О. Є. Тлумачення заповіту. *Спадкове право України*: навч. посібник. Київ: Алерта, 2013. URL: https://pidruchniki.com/1566021256957/pravo/tlumachennya_zapovitu (дата звернення: 02.06.2020).

82. Куценко І. Захист прав малолітніх осіб під час вчинення нотаріальних дій. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2017. № 2 (92). С. 97–105.

83. Летова Н. В. Особенности статуса несовершеннолетних в гражданском. *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2011. № 4. С. 205–223.

84. Лист Міністерства юстиції від 16.01.2006 р. № К-37565-31. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3756323-06> (дата звернення: 24.02.2020).

85. Лист Міністерства юстиції України «Щодо виконання рішень про стягнення аліментів» від 09.02.2018 р. № 69/20.5.1/ін-18. URL: https://vk24.ua/regulations_and_jurisprudence/listi/okremi-kategorii-pracivnikiv/list-ministerstva-usticii-ukraini-sodo-vikonanna-risen-pro-stagnenna-alimentiv (дата звернення: 30.07.2020).

86. Лихолат І. Договірний порядок визначення місця проживання дитини в нотаріальній практиці. *Нотаріат України*. 2014. №. 12. С. 27-39.

87. Лише 2,7 % боргів повертаються законним власникам в Україні. URL: <https://www.pravojustice.eu/post/lishe-27-borgiv-povertayutsya-zakonnim-vlasnikam-v-ukrayini?fbclid=IwAR3kPddUcUINStGQCQEZn7NSI7UyZedODAXcIUjlyqybndCSjCNCukPNXjx4> (дата звернення: 24.03.2020).

88. Лічман Л. Г. Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. 20 с.

89. Логвінова М. В. Відібрання дитини як сімейно-правова санкція. *Проблеми вдосконалення правового регулювання щодо забезпечення прав та основних свобод людини і громадянина в Україні*: матеріали Регіональної міжвузівської наук. конф. молодих учених та аспірантів (м. Івано-Франківськ, 19 квіт. 2003 р.). Івано-Франківськ. 2003. С. 111–117.

90. Логвінова М. В. Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків за правопорушення, вчинені неповнолітніми: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 20 с.

91. Логвінова М. В. Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків (осіб, які їх замінюють) за правопорушення, вчинені неповнолітніми: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпатський нац. ун-т імені Василя Стефаника, 2009. 206 с.

92. Мазуренко С. В. Спадковий договір у цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2004. 194 с.

93. Майданик Р. А. Іпотека житла: поняття, природа, підстави виникнення. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2008. № 2. С. 54–60.
94. Майданик Р. А. Спадковий договір у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 100–101.
95. Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина: в 2 т. Київ: Алерта, 2012. Т. I: Вступ у цивільне право. 472 с.
96. Маковецький З. В. Практичні та теоретичні аспекти звернення стягнення на нерухоме майно, право користування яким мають діти. *Актуальні проблеми виконавчого процесу України: теорія та практика: матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 06 груд. 2019 р.) / за заг. ред. С. Я. Фурси*. Київ: Видавець Позднишев, 2019. С. 64–69.
97. Малярчук Л. С. Нові правила оскарження рішень, дій або бездіяльності виконавців під час звернення стягнення на майно боржника : переваги та недоліки. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 2. С. 160–164.
98. Мироненко В. П. Відповідальність батьків за неналежне виховання дітей за сімейним та цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2001. 19 с.
99. Мироненко В. П. Наявність небезпеки для виховання та розвитку дитини – визначальна умова її відібрання у батьків. *Юридична психологія та педагогіка*. 2013. № 1. С. 254–263.
100. Міненко К. В., Чепурна К. В. Узагальнення нотаріальної практики з питань порядку посвідчення заповітів. URL: <https://vnpri.kiev.ua/?p=3788> (дата звернення: 02.06.20).
101. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»). URL: [http:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_211](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_211) (дата звернення: 23.01.2019).

102. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / Е. М. Багач, Ю. В. Білоусов та ін. URL: <https://legalexpert.in.ua/komkodeks/sku/87-sku/3371-177.html> (дата звернення: 24.02.2020).

103. Некрасова В. В. Реєстрація місця проживання дітей за адресою іпотечного майна як перешкода звернення стягнення на нього. *Цивілістична процесуальна думка*. 2019. № 1. С. 37–41.

104. Нотаріат України: підручник: у 3 кн. / за заг. ред. С. Я. Фурси. 3-тє вид., допов. і перероб. Київ: Алерта, 2015. Кн. 1: Організація нотаріату з практикумом. 484 с.

105. Оксанюк Н. М. Окремі аспекти прийняття спадщини неповнолітніми. *Форум права*. 2013. № 2. С. 412-416.

106. Ольховик Л. А. Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2006. 21 с.

107. Особливості правового регулювання посвідчення правочинів щодо нерухомого майна за участю малолітніх та неповнолітніх осіб: роз'яснення Міністерства юстиції України від 22.08.2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nr000323-11> (дата звернення: 27.02.2020).

108. Панталієнко Я. П. Процедура вчинення нотаріальних проваджень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2010. 20 с.

109. Пономаренко О. М. Примусове стягнення аліментів за договором: проблеми судової та договірної практики. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. Серія: «Право»*. 2018. Вип. 29. С. 28–36.

110. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#n141> (дата звернення: 27.02.2020).

111. Порядок примусового виконання рішень про відібрання дитини: роз'яснення Міністерства юстиції України від 08.07.2013 р. № n0011323-13.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0011323-13#Text> (дата звернення: 07.08.2020).

112. Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини: постанова Кабінету Міністрів України від 24.09.2008 р. № 866. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-%D0%BF> (дата звернення: 25.02.2020).

113. Постанова Верховного Суду від 20.03.2019 р. № 1612/2343/12. URL: https://protocol.ua/ua/vs_ktss_zgoda_organu (дата звернення: 25.02.2020).

114. Постанова Верховного Суду від 26.05.2020 р. у справі № 313/1391/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89564221> (дата звернення: 29.07.2020).

115. Постанова Верховного Суду від 31.10.2018 р. у справі № 753/12729/15-ц. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/77696631> (дата звернення: 24.03.20).

116. Постанова Верховного Суду від 04.09.2019 р. у справі № 200/20405/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84152672> (дата звернення: 01.06.2020).

117. Постанова Верховного Суду від 05.12.2018 р. у справі № 335/9398/16-ц (касаційне провадження № 61-20484св18). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78470082?fbclid=IwAR2Ti3zSSNPIQ5onz5vtFRUjA48h5kQOivNLIFp1E11K4EM6H4wJfpCytj8> (дата звернення: 02.06.2020).

118. Постанова Верховного Суду у справі № 1612/2343/12 від 20.03.2019 р. URL: https://protocol.ua/ua/vs_ktss_zgoda_organu (дата звернення: 24.03.2020).

119. Постанова Верховного Суду у справі № 283/1309/17 від 30.04.2020 р. URL: https://protocol.ua/ru/vs_kks_zlisnim/ (дата звернення: 29.07.2020).

120. Постанова Верховного Суду у справі № 910/856/17 від 05.06.2018 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS181603.html (дата звернення: 24.03.2020).

121. Постанова Верховного Суду у справі у справі № 754/15589/14-ц від 02.10.2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84845583> (дата звернення: 24.03.2020).

122. Постанова Верховного Суду України від 12.07.2017 р. у справі № 6-564цс17. URL: https://protocol.ua/ua/vsu_rivnosti_prav_mig_batkami_shchodo_ditini_ne_ishue_nezvagayuchi_na_odnoznachne_bagannya_ditini_zalishi_tis_z_batkom_sud_viznachiv_ii_mistse_progivannya_z_matir_yu/ (дата звернення: 19.06.2020).

123. Постанова ВП ВС від 17.10.2018 р. у справі № 402/428/16-ц. URL: <https://lpd.juscourt.com/adjudication/333> (дата звернення: 20.08.2021).

124. Постанова КЦС ВС від 08.04.2020 р. у справі № 205/1621/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88739462> (дата звернення: 29.07.2021).

125. Постанова КЦС ВС від 13.02.2019р. у справі № 154/1554/17-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80521399> (дата звернення: 20.08.2021).

126. Постанова КЦС ВС від 14.11.2018 р. у справі № 463/3301/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78008148> (дата звернення: 29.07.2021).

127. Постанова КЦС ВС від 25.03.2019 р. у справі № 165/2240/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80950551> (дата звернення: 20.08.2021).

128. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08> (дата звернення: 02.06.2020).

129. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України у справі № 6-1388цс16 від 24.05.2017 р. URL:

<http://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipozicii/su/6-1388cs16> (дата звернення: 24.03.2020).

130. Права ребенка в Российской Федерации и проблемы их осуществления: монография / под ред. О. Ф. Беспалова. Москва: Проспект, 2019. 288 с.

131. Правила ведення нотаріального діловодства: наказ Міністерства юстиції України від 22.12.2010 р. № 3253/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1318-10> (дата звернення: 27.02.2020).

132. Присяжнюк І. І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності житла або іншого володіння особи в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2010. 20 с.

133. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#n24> (дата звернення: 23.01.2019).

134. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17> (дата звернення: 23.01.2019).

135. Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#n157> (дата звернення: 07.08.2020).

136. Про Державну прикордонну службу України: Закон України від 03.04.2003 р. № 661-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/661-15#n126> (дата звернення: 30.07.2020).

137. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15> (дата звернення : 02.06.2020).

138. Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20.11.2012 р. № 5492-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5492-17> (дата звернення: 30.05.2020).

139. Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень: наказ Міністерства юстиції України № 512/5 від 02.04.2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12#n365> (дата звернення: 30.07.2020).

140. Про затвердження Порядку взаємодії Міністерства внутрішніх справ України, Національної поліції України та органів і осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів: наказ Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України № 64/261/5 від 30.01.2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0140-18#Text> (дата звернення: 30.07.2020).

141. Про затвердження Порядку взаємодії органів та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів, та органів Державної прикордонної служби України під час здійснення виконавчого провадження: наказ Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України № 256/5/65 від 30.01.2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0133-18#Text> (дата звернення: 30.07.2020).

142. Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15> (дата звернення: 24.03.2020).

143. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#o456> (дата звернення: 20.03.2020).

144. Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей: Закон України від 02.06.2005 р. № 2623-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2623-15> (дата звернення: 27.02.2020).

145. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14> (дата звернення: 27.02.2020).

146. Про порядок надання згоди на вчинення правочинів щодо належного дітям майна: положення Івано-Франківської міської ради. URL: <http://www.mvk.if.ua/news/15554> (дата звернення: 25.02.2020).

147. Проект Закону про виконавче провадження № 3726 від 23.06.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=69256 (дата звернення: 07.08.2020).

148. П'ять кроків до ефективного виконання судових рішень. Концептуальні засади законопроекту «Про виконавче провадження». URL: <http://enforcement.pravojustice.eu/>; <https://drive.google.com/file/d/19qoR0a6qRa2I64twFfdp5hjXsnfxA2yW/view> (дата звернення: 24.03.2020).

149. Радіонова Т. І. Спадкування дітьми. URL: <http://lubotin.kharkov.ua/main/8146-spadkuvannya-dtmi.html> (дата звернення: 29.05.2020).

150. Радченко Л. І. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері житлового будівництва: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2009. 18 с.

151. Ременяк С. Я. Відшкодування шкоди, завданої малолітніми особами за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2007. 20 с.

152. Решетник Є. М. Окремі аспекти виконання рішень суду про відібрання дитини. *Університетські наукові записки*. 2013. № 4. С. 174–179.

153. Рішення Бердянського міськрайонного суду Запорізької області у справі № 81445991 від 18.04.2019 р. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/81445991/> (дата звернення: 24.03.2020).

154. Рішення Городянського районного суду Чернігівської області від 20.08.2014 р. у справі № 732/1210/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46694495> (дата звернення: 17.06.2020).

155. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Бурмич та інші проти України» від 12.10.2017 р. (Заява № 46852/13 та інші). URL: <https://minjust.gov.ua/m/4600> (дата звернення: 07.04.2020).

156. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» (Заява № 40450/04) від 15.10. 2009 р.

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_479 (дата звернення: 07.04.2020).

157. Рішення Івано-Франківського апеляційного суду у справі № 339/272/19 від 10.12.2019 р. URL: https://protocol.ua/ua/sud_keruvannya_avtomobilem/ (дата звернення: 30.07.2020).

158. Рішення Іллічівського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 14.11.2011 р. у справі № 2-2802/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/20127049> (дата звернення: 17.06.2020).

159. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю «ДІД Конс» щодо офіційного тлумачення положень пункту 15 частини першої статті 37 Закону України «Про виконавче провадження» у взаємозв'язку з положеннями частини першої статті 41, частини п'ятої статті 124, пункту 9 частини третьої статті 129 Конституції України, статті 115 Господарського процесуального кодексу України, пунктів 1.3, 1.4 статті 1, частини другої статті 2, абзацу шостого пункту 3.7 статті 3 Закону України «Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу» (справа про стягнення заборгованості з підприємств паливно-енергетичного комплексу) від 13.12.2012 р. № 18-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-12> (дата звернення: 03.04.2020).

160. Рішення Солонянського суду Дніпропетровської області від 04.11.2014 р. у справі № 192/1856/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41271291> (дата звернення: 17.06.2020).

161. Розгон О. Договір між батьками про місце проживання дитини. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2013. № 2. С. 71-84.

162. Ромовська З. Українське сімейне право: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. 500 с.

163. Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс. Київ: Алерта, КНТ, Центр навч. літ., 2009. 594 с.

164. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 532 с.
165. Ромовська З. В. Українське сімейне право. Академічний курс. URL: http://pidruchniki.com/1186082344566/pravo/osobliviv_pidstavi_viniknennya_prava_utrimannya (дата звернення: 29.07.2020).
166. Рябоконт Є. О. Інститут прийняття спадщини в цивільному законодавстві України: проблеми і перспективи. *Вісник КНУ ім. Т. Шевченка. Серія: «Юридичні науки»*. 2005. № 67–69. С. 130–131.
167. Рябоконт Є. О. Спадкове правовідношення в цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2002. 20 с.
168. Рябоконт Є. О. Тлумачення заповіту (стаття 1256). *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України* / за ред. О. В. Дзери. URL: <https://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/1624-1256.html> (дата звернення: 02.06.2020).
169. Сапейко Л. В. Участь малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі. *Право і Безпека*. 2010. № 1. С. 157–161.
170. Сапейко Л. В., Кройтор В. А. Аліменти дітям та батькам: монографія. Харків: Еспада, 2008. 160 с.
171. Семенов І. В. Злочинне ухилення від утримання дітей або батьків (ст.ст. 164, 165 Кримінального кодексу України): досвід систематичного тлумачення ознак потерпілого. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2014. № 7. С. 215-223.
172. Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посібник з інформ. додатком на лазерному носії: у 2 кн. / Л. Ю. Драгіневіч, О. С. Пульнева, Є. І. Фурса, С. Я. Фурса та ін.; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я., 2005. Кн. 1. 894 с.
173. Сімейне право України: підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 264 с.

174. Сімейний кодекс України: Закон України від 10.01.2002 р. № 2947-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 18.06.2020).

175. Сімейний кодекс України: Закон України у редакції від 28.08.2018 р. № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14> (дата звернення: 17.05.2019).

176. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2008. 1248 с.

177. Слома В. М. Спадковий договір за законодавством України. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2010. Вип. 25. С. 144–148.

178. Спадкове право в Україні: навч. посібник / за ред. Р. Б. Шишки. Київ: Ліра-К, 2014. 216 с.

179. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посібник / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко, С. Я. Рябовська, Л. О. Кармаза та ін.; за ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2007. 1216 с.

180. Справа «Кривіцька та Кривіцький проти України» (Заява № 30856/03). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_774 (дата звернення: 24.03.2020).

181. Справа «Садов'як проти України» (Заява № 17365/14). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c59 (дата звернення: 24.03.2020).

182. Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у цивільному, адміністративному процесах та представництва у кримінальному процесі: наказ Міністерства юстиції України від 21.12.2017 р. № 4125/5. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1554-17> (дата звернення: 23.01.2019).

183. Строкач І. І. Виконавчий напис нотаріуса в цивілістичному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. 22 с.

184. Теорія нотаріального процесу: наук.-практ. посібник / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Алерта; Центр учбової літ., 2012. 920 с.

185. Ткачук О. С., Ткачук А. О. Деякі особливості розгляду спорів, пов'язаних із забезпеченням кредитних зобов'язань (іпотека, порука). *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2015. № 6. С. 172–193.

186. Тонієвич Є. Д. Санкції в сімейному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2015. 19 с.

187. Узагальнення Верховного Суду України від 11.12.2008 р. «Практика розгляду судами справ, пов'язаних із позбавленням батьківських прав, поновленням батьківських прав, усиновленням, установленням опіки та піклування над дітьми». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0020700-08#Text> (дата звернення: 18.06.2020).

188. Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин: затверджене суддями Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1E6E164907ADC7BBC2257B7C004A74D2](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1E6E164907ADC7BBC2257B7C004A74D2) (дата звернення: 24.03.2020).

189. Україна вже не лідер за кількістю скарг проти неї у ЄСПЛ. Актуальна статистика від Євросуду та Мін'юсту. URL: https://zmina.info/news/ukrajina_vzhe_ne_lider_za_kilkistjiu_skarg_proti_neji_u_jespl_aktualna_statistika_vid_jevrosudu_ta_minjiustu-2 (дата звернення: 07.04.2020).

190. Ухвала Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 15.09.2010 р. у справі № 546-7615св10. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/C003357&an=1> (дата звернення: 24.03.2020).

191. Фурса С. Я. Ипотека в деятельности нотариусов Украины: проблемы законодательного регулирования и практики. *Цивілістична процесуальна думка*. 2016. № 3. С. 5–19.

192. Фурса С. Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2003. 40 с.

193. Фурса С. Я. Формування теоретичних основ виконавчих процесуальних правовідносин: сутність, система, ознаки, та класифікація. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: «Юридичні науки»*. 2013. Вип. 95. С. 12–16.
194. Фурса С. Я., Драгневич Л. Ю., Фурса Є. І. Настільна книга нотаріуса. Сімейні відносини в нотаріальному процесі. Київ: Видавничий Дім Ін Юре, 2003. 352 с.
195. Фурса С. Я., Фурса Є. І. Адвокат у цивільному процесі: наук.-практ. посібник. Київ: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. 448 с.
196. Фурса С. Я., Щербак С. В. Виконавче провадження в Україні: навч. посібник. Київ: Атіка, 2002. 480 с.
197. Ходико Ю. Є. Звернення стягнення на об'єкт іпотеки за рішенням суду. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: «Право»*. 2014. Вип. 29 (1). С. 179–182.
198. Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 1176 с.
199. Цивільне право України: Загальна частина / за ред. І. А. Бірюкова і Ю. О. Заїки. Київ: Алерта, 2014. 510 с.
200. Цивільне право: підручник: у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. Т. 2. 816 с.
201. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n1050> (дата звернення: 20.05.2020).
202. Цивільний процес України: Академічний курс: підручник для юрид. спец. вищ. навч. закладів / за ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. 848 с.

203. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 17.06.2020).

204. Чорна Ж. Л. Окремі питання участі малолітніх і неповнолітніх осіб у майнових відносинах за цивільним законодавством України. *Університетські наукові записки*. 2017. № 2. С. 35–43.

205. Чорна Ж. Л. Цивільно-правовий захист майнових прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2005. 17 с.

206. Шама Н. П. Спадковий договір в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2008. 199 с.

207. Шевченко Я. Н. Основы семейного законодательства. Киев: Вища шк., 1982. 400 с.

208. Шевчук К. П. Сторони виконавчого провадження. *Цивілістична процесуальна думка*. 2017. № 1. С. 74–77.

209. Шковира І. М. Порядок примусового виконання рішень про відібрання дитини. URL: <http://old.minjust.gov.ua/43312> (дата звернення: 22.05.2019).

210. Штефан М. Й., Омельченко М. П., Штефан С. М. Виконання судових рішень: навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2001. 320 с.

211. Щербак С. В. Виконавчий процес в Україні: правова природа. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2013. № 2. С. 30–34.

212. Юнін О. С. Стягнення заборгованості по аліментах та притягнення боржника до відповідальності за невиконання аліментних обов'язків: проблеми теорії та практики. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2017. № 1. С. 132–139.

213. Якуша В. Коли боржникам стане соромно за ігнорування судових рішень у сімейних справах? URL: <https://zib.com.ua/ua/143445->

koli_borzhnikam_stane_soromno_za_ignoruvannya_sudovih_rishen.html?fbclid=IwAR2ssi4xwGQ2tbUwG-kvo-ul27x0dOJIBMhfVuQwKKGaEOPG2jOefKI-e-4 (дата звернення: 29.07.2020).

214. Allison J. Civil Law Notaries. URL: <https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=310823&p=2079295> (дата звернення: 07.05.2020).

215. Bordiug T. Egzekucja z nieruchomości z udziałem dzieci na Ukrainie. *Nova Currenda*. 2020. № 9. S. 82–86.

216. Bordiuh T. Rights And Obligations Of Children In Civil Procedure In Ukraine. *Scientific practice: modern and classical research methods: Collection of scientific papers «ΛΟΓΟΣ» with Proceedings of the I International Scientific and Practical Conference (Vol. 1) (Boston, February 26, 2021)*. Boston-Vinnytsia: Primedia eLaunch & European Scientific Platform, 2021. P. 86–87. DOI: <https://doi.org/10.36074/logos-26.02.2021.v1.24>.

217. Can The Notary Help You Determine Child Support And File The Application For Custody Establishment Or Change? URL: <https://www.cnq.org/en/famillies-couples/131-can-the-notary-help-you-determine-child-support-and-file-the-application-for-custody-establishment-or-change-.html> (дата звернення: 24.04.2020).

218. Child participation. URL: <https://www.coe.int/en/web/children/participation> (дата звернення: 07.05.2020).

219. Convention on the Rights of the Child. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (дата звернення: 20.03.2020).

220. ECHR rejects complaints by Hungarian banks over 2014 law on unfair terms in consumer loan contracts. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-6285786-8196652%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-6285786-8196652%22]}) (дата звернення: 24.03.2020).

221. Goldstein J., Freud A., Solnit A. Beyond the Best Interests of the Child. New York: The Free Press (MacMillan Publishing Co.), 1973. URL: <https://www.jstor.org/stable/112152> (дата звернення: 18.02.2019).

222. How To Notarize A Document For A Minor. URL: <https://notarypublicunderwriters.com/national-notary-blog/251-national-notary-tips/892-how-to-notarize-a-document-for-minor> (дата звернення: 24.04.2020).

223. Mostowik P. Fundamental legal problems of surrogate motherhood: global perspective. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=IDGkDwAAQBAJ&lpg=PA435&hl=ru&pg=PP1#v=onepage&q&f=false> (дата звернення: 07.05.2020).

224. Notarizing for Family Members and the Family Businesses. URL: <https://www.notarypublicstamps.com/articles/notarizing-for-family-members-and-the-family-businesses> (дата звернення: 24.04.2020).

225. Notary Services in Germany. URL: <https://www.lawyersgermany.com/notary-services-in-germany> (дата звернення: 07.05.2020).

226. Other examples of good practice/ added value for justice: non litigious legal competences: divorce by mutual consent. *Specific Study of the CEPEJ on the Legal Professions*. Contribution of the Council of the Notariats of the European Union (CNUE). URL: <https://rm.coe.int/cepej-report-data-2016-draft-cnue-en-rev2-without-comments/168093da48> (дата звернення: 07.05.2020).

227. Scheidung. Heckschen & Van De Loo. Notare. URL: <https://www.heckschen-vandeloo.de/familienrecht/sorgerecht.html> (дата звернення: 07.08.2021).

228. Supporting actions of social interest. *International Union of Notaries*. URL: https://www.uinl.org/c/document_library/get_file?uuid=3d43d5be-cf19-4319-9baa-18e43092f9bc&groupId=20181_168093da48 (дата звернення: 07.05.2020).

ДОДАТОК А

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Бордюг Т. О. Участь адвоката як представника інтересів неповнолітньої дитини при розгляді цивільних справ. *Цивілістична процесуальна думка*. 2018. № 3. С. 6–15.

2. Бордюг Т. О. Правовий статус малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі. *Цивілістична процесуальна думка*. 2018. № 4. С. 26–33.

3. Бордюг Т. О. Згода органів опіки і піклування на вчинення нотаріально-посвідчуваних правочинів за участю дітей. *Цивілістична процесуальна думка*. 2019. № 2. С. 6–13.

4. Бордюг Т. О. Забезпечення права на життя зачатої, але ще не народженої дитини. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 4. С. 182–186.

5. Бордюг Т. О. Спадкування за заповітом та за правом на обов'язкову частку дітьми. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 193–200. DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.35.

6. Бордюг Т. О. Теоретичні підходи щодо формулювання загальних та спеціальних правил вчинення нотаріального провадження за участю дітей. *Право України*. 2020. № 9. С. 271–284. DOI: 10.33498/loou-2020-09-271.

7. Бордюг Т. О. Правовий статус дітей у нотаріальному процесі. *Visegrad Journal On Human Rights*. 2020. № 2. С. 13–19.

8. Bordiug T. Egzekucja z nieruchomości z udziałem dzieci na Ukrainie = (Звернення стягнення виконавцем на майно боржника за участі дітей в Україні). *Nova Currenda*. 2020. № 9. С. 82–86.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

9. Бордюг Т. О. Міжнародно-правові аспекти захисту прав дітей у рамках ООН. *Права людини в сучасних умовах розбудови громадянського суспільства в Україні: До тижня права та 70-ї річниці Загальної декларації прав людини*: матеріали Круглого столу (м. Київ, 14 груд. 2018 р.) / редкол.: І. А. Грицяк, С. В. Бобровник, С. О. Мосьондз, Т. О. Дідич та ін. Київ: Київський ун-т ім. Б. Грінченка, 2019. С. 147–150 (форма участі очна).

10. Бордюг Т. О. Правовий статус дітей у виконавчому процесі. *Актуальні проблеми виконавчого процесу України: теорія і практика*: матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 06 груд. 2019 р.) / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Позднишев, 2019. С. 181–184 (форма участі очна).

11. Бордюг Т. О. Інтереси дитини: найвищі чи найкращі? *Актуальні проблеми правотворчості в Україні*: матеріали X Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Рівне, 25 трав. 2020 р.). Львів: ГАЛИЧ-ПРЕС, 2020. С.134–137 (форма участі заочна).

12. Бордюг Т. О. Зарубіжний досвід звернення стягнення на житло за участю дітей. *Удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин з урахуванням зарубіжного досвіду*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 01 черв. 2020 р.) / відп. ред. О. Ю. Бусол. Київ: Вид-во «Ліра-К», 2020. С. 24–27 (форма участі заочна).

13. Бордюг Т. О. Правові проблеми розгляду та вирішення випадків булінгу у закладах загальної середньої освіти. *Актуальні проблеми сучасної юридичної науки та практики*: матеріали Круглого столу (м. Київ, 01 жовт. 2020 р.). Київ: Ліра-К, 2020. С. 66–74 (форма участі очна).

14. Bordiuh T. Rights And Obligations Of Children In Civil Procedure In Ukraine. *Scientific practice: modern and classical research methods*: Collection of scientific papers «ΛΟΓΟΣ» with Proceedings of the I International Scientific and Practical Conference (Vol. 1) (Boston, February 26, 2021). Boston-Vinnitsia:

Primedia eLaunch & European Scientific Platform, 2021. P. 86–87. DOI: <https://doi.org/10.36074/logos-26.02.2021.v1.24> (форма участі заочна).

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

15. Бордюг Т. О. Правовий статус дитини у цивільному праві. *Актуальні проблеми права України та Польщі: монографія* / за заг. ред. Ю. Л. Бошицького та А. Шміта; Київський університет права НАН України. Київ: Талком, 2020. С. 64–81.

16. Бордюг Т. О. Правові системи нотаріату. *Нотаріальний процес. Інтерактивний курс (з практикумом): підручник* / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Т. О. Бордюг, Є. Є. Фурса; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Алерта, 2021. С. 301–323.