ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ: ПРАВА БАТЬКІВ, ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПРОТИПРАВНОЇ ПОВЕДІНКИ ОДНОГО З БАТЬКІВ АБО ІНШОЇ ОСОБИ, СПІР МІЖ МАТІР'Ю ТА БАТЬКОМ, ПРАВО БАТЬКІВ НА ВІДІБРАННЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ДИТИНИ ВІД ІНШИХ ОСІБ[1]

Анотація. Публікація поєднує чинні на 23 жовтня 2021 р. норми Сімейного кодексу України про місце проживання дитини, науково-практичний коментар до них і добірку правових позицій Верховного Суду. Аналіз охоплює ст. 157, 160–163 і 171 СК України, зокрема правові наслідки протиправної поведінки одного з батьків або іншої особи (ст. 162) і право батьків на відібрання малолітньої дитини від інших осіб (ст. 163). Коментар пояснює вікові межі участі дитини у виборі місця проживання: до десяти років його визначають за згодою батьків, з десяти потрібна спільна згода батьків і дитини, з чотирнадцяти за окремого проживання батьків дитина обирає сама. Ці правила зіставлено зі ст. 29 ЦК України та Законом України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», виявлено суперечності між ними. Розкрито випадки, коли думку дитини заслуховують обов'язково, і право суду ухвалити рішення всупереч їй, якщо цього вимагають інтереси дитини. Для спору між батьками названо критерії оцінки (ставлення до батьківських обов'язків, прихильність дитини, її вік і здоров'я, особисті якості батьків, умови виховання) й обставини, що унеможливлюють передання дитини (відсутність самостійного доходу, зловживання алкоголем чи наркотиками, аморальна поведінка). Матеріальна перевага одного з батьків сама по собі не вирішальна, а недостатньо обґрунтований висновок органу опіки та піклування не зобов'язує суд. Постанови ВС, зокрема Великої Палати від 17.10.2018 у справі № 402/428/16-ц, утверджують пріоритет найкращих інтересів дитини, цінність стабільного середовища, право діда на спілкування з дитиною та обов'язковість письмового висновку органу опіки. Постанова ВС від 14.02.2019 у справі № 377/128/18 показує, що висновок психолога, складений без спілкування з обома батьками й без підтвердженого досвіду в дитячій психології, не визнають допустимим доказом. Окреслено три напрями участі судового експерта-психолога (забезпечення позову через зустрічі з дитиною в його присутності, судово-психологічна експертиза, опитування дитини в суді), а також договір батьків за ч. 4 ст. 157 СК і порядок отримання судового дозволу на виїзд дитини за кордон без згоди другого з батьків.

Ключові слова: місце проживання дитини, Сімейний кодекс України, науково-практичний коментар, думка дитини, спір між батьками, найкращі інтереси дитини, орган опіки та піклування, відібрання дитини, виїзд дитини за кордон, судовий експерт-психолог, правові позиції Верховного Суду, Конвенція про права дитини.

Determining a Child's Place of Residence: Parental Rights, Legal Consequences of Unlawful Conduct by a Parent or Another Person, Disputes Between Mother and Father, and the Parents' Right to Recover a Young Child from Other Persons

Abstract. Prepared by the editorial board, the paper brings together the provisions of the Family Code of Ukraine on a child's place of residence (Articles 157, 160–163 and 171, as in force on 23 October 2021), a scholarly commentary on them and a selection of Supreme Court rulings. The commentary explains the age thresholds: residence of a child under ten is fixed by agreement of the parents, from ten it requires the joint consent of parents and child, and from fourteen, where the parents live apart, the child decides. These rules are compared with Article 29 of the Civil Code and the Law on

Freedom of Movement and Free Choice of Place of Residence, and inconsistencies between them are identified. The child's right to be heard is linked to Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child, while the court may still rule against the child's wishes where the child's interests so require. For disputes between mother and father, the paper sets out the criteria courts apply, the statutory bars to placing a child with a parent (no independent income, substance abuse, immoral conduct) and the limited weight of one parent's material advantage. Supreme Court rulings, including the Grand Chamber judgment of 17 October 2018 in case No. 402/428/16-ts, affirm the primacy of the child's best interests, the value of a stable environment, a grandparent's right to contact and the mandatory written opinion of the guardianship authority. A 2019 ruling shows that a psychologist's report made without contact with both parents and without proven competence in child psychology is inadmissible. The paper also outlines three avenues for involving a forensic psychologist (supervised meetings as an interim measure, forensic psychological examination, hearing the child in court), the parental agreement under Article 157(4) and court permission for a child's travel abroad without the other parent's consent.

Keywords: child's place of residence, Family Code of Ukraine, child's views, parental dispute, best interests of the child, guardianship authority, removal of a child, travel abroad, forensic psychologist, Supreme Court case law, UN Convention on the Rights of the Child.

Вперше оприлюднено: *сайт журналу «Судово-психологічна експертиза», 23.10.2021.*

Повний текст

Витяг з Сімейного кодексу України (актуальність статей перевірена станом на 23 жовтня 2021 року) від 10 січня 2002 року № 2947-III, URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text:

Стаття 160. Право батьків на визначення місця проживання дитини

1. Місце проживання дитини, яка не досягла десяти років, визначається за згодою батьків.

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

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

Науково-практичний коментар до статті.

Право батьків на вибір місця проживання дитини має сприяти забезпеченню належного виконання батьками своїх обов'язків та безперешкодному здійсненню прав щодо виховання дитини. Визначаючи місце проживання дитини, батьки здійснюють своє право на особисте виховання дитини, оскільки дитина, як правило, проживає з батьками чи одним з них. У тому разі, коли батьки дитини спільно не проживають, право визначати місце проживання дитини залишається за кожним з батьків, і кожен з них має брати участь у визначенні місця проживання дитини на засадах рівності. При цьому не мають значення причини роздільного проживання батьків (відсутність або розірвання шлюбу між ними, тимчасове роздільне проживання з поважних причин (див. коментар до ст. 3 СК). Ніхто з них не може бути усунений від вирішення цього питання.

Відповідно до ч. 1 ст. 29 ЦК України місцем проживання фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово.

Закон України "Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні" розрізняє два поняття, які визначають місцезнаходження фізичної особи в залежності від тривалості перебування фізичної особи на території адміністративно-територіальної одиниці. Місце проживання - це адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік. Адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік є її місцем перебування.

Фізична особа, відповідно до ст. 3 вказаного Закону має право визначати як своє місце проживання, так і місце перебування. Оскільки дитина є не досить зрілою істотою для формування своєї думки щодо визначення місця свого проживання, право на визначення місця проживання та місця перебування дитини надано перш за все батькам дитини. Але дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками з питань, що стосуються її особисто. Вказане право дитина може здійснювати в залежності від її віку. Так, правове значення у питаннях визначення місця проживання дитини її думка має по досягненню дитиною десяти років. До досягнення цього віку дитина не бере участі у вирішенні питання свого місця проживання.

2. Місцем проживання фізичної особи, яка не досягла десяти років, є місце проживання її батьків або одного з них, з ким вона проживає. Місце проживання дитини цього віку визначається за згодою батьків. При цьому не має значення, чи знаходяться батьки у шлюбі між собою, чи проживають вони спільно. Крім того, питання про визначення місця проживання дитини має вирішуватися не тільки з урахуванням інтересів кожного з батьків, а перш за все з урахуванням прав та законних інтересів дитини - її права на належне батьківське виховання, яке повною мірою може бути забезпечене тільки обома батьками; права на безперешкодне спілкування з кожним з батьків, здійснення обома батьками якого є запорукою нормального психічного розвитку дитини.

Слід також зазначити, що дитина може бути передана батьками на виховання іншим фізичним або юридичним особам (див. коментар до ст. 151 СК). В цьому разі місцем проживання фізичної особи, яка не досягла десяти років, є місце проживання її опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я, в якому вона проживає. В даному разі місце проживання дитини також може визначатися за згодою батьків, коли вони спільно вирішують, якій фізичній чи юридичній особі передати дитину на виховання.

Традиційно, нагадуємо користувачам журналу, що науковий журнал запроваджує надання послуг **«Консультація»: запит на проведення судово-психологічної експертизи за різними підставами, у тому числі із застосуванням поліграфа** на замовлення зацікавлених осіб, суду, правоохоронних органів згідно процесуальних кодексів. - URL: http://expertize-journal.org.ua/konsultacia **Телефон для термінового дзвінка судовому експерту:** +38 093 476 72 60 (Viber, Telegram, Whatsapp).



Звертаємо увагу, організація проведення професійних консультацій всім зацікавленим, здійснюється членом Президії Науково-консультативної та методичної ради з проблем судової експертизи при Міністерстві юстиції України, головним редактором журналу, атестованим судовим експертом психологом (поліграфологом), кандидатом психологічних наук, доцентом Назаровим Олегом Анатолійовичем.



3. Місцем проживання фізичної особи у віці від десяти до чотирнадцяти років є місце проживання її батьків або одного з них, з ким вона проживає, якщо інше місце проживання не встановлено за згодою між дитиною та батьками. Місце проживання дитини цього віку визначається за спільною згодою батьків та самої дитини. Отже, дитина у віці від десяти до чотирнадцяти років має право висловлювати свою думку щодо визначення

її місця проживання. Але в даному випадку думка дитини не має для батьків вирішального значення. Частина 3 ст. 29 ЦК України надає дитині право у разі спору звернутися до органу опіки та піклування або до суду, які мають визначити місце проживання дитини. І в даному випадку, як батьки, так і орган опіки та піклування і суд мають керуватися інтересами перш за все дитини.

4. Відповідно до ч. 2 ст. 29 ЦК України фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, вільно обирає собі місце проживання, за винятком обмежень, які встановлені законом. Відповідні обмеження встановлені Законом України "Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні". Частина 2 ст. 13 Закону встановлює, що щодо осіб, які не досягли 16-річного віку, вільний вибір місця проживання обмежується. Отже, з урахуванням вказаних вимог свобода вибору місця проживання фізичної особи у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років є обмеженою.

Вказані норми вступають у суперечку з нормою ч. 3 коментованої статті, яка встановлює, що, якщо батьки проживають окремо, місце проживання дитини, яка досягла чотирнадцяти років, визначається нею самою. Диспозиція цієї норми містить два істотних моменти: по-перше, при визначенні особою, яка досягла чотирнадцяти років, місця проживання батьки участі не беруть; по-друге, свобода вибору особою, яка досягла чотирнадцяти років, місця проживання допускається тільки між місцями проживання її батьків, які проживають окремо.

Остання теза суперечить нормам чинного законодавства, оскільки відповідно до ст. 3 Закону України "Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні" вільний вибір місця проживання чи перебування - це право громадянина України на вибір адміністративно-територіальної одиниці, на території якої вони хочуть проживати чи перебувати. Виходячи з цього, особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право на вибір місця проживання не тільки між місцем проживання її батьків, а в межах всієї України. Наприклад, дитина може вирішити, що її інтересам відповідає проживання з бабусею або повнолітнім братом, які проживають у межах іншої територіальної одиниці, ніж дитина, її батько, мати. Тобто дитина має право обирати не тільки між місцем проживання батьків, а також місцем проживання інших родичів, але право такого вибору виникає в неї відповідно до вимог ст. 13 Закону України "Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні" з 16 років.

Стаття 171. Врахування думки дитини при вирішенні питань, що стосуються її життя

1. Дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї.

2. Дитина, яка може висловити свою думку, має бути вислухана при вирішенні між батьками, іншими особами спору щодо її виховання, місця проживання, у тому числі при вирішенні спору про позбавлення батьківських прав, поновлення батьківських прав, а також спору щодо управління її майном.

3. Суд має право постановити рішення всупереч думці дитини, якщо цього вимагають її інтереси.

Науково-практичний коментар до статті.

1. Коментована стаття закріплює право дитини на врахування її думки при вирішенні питань, що стосуються її життя. Визнання за дитиною вказаного права на рівні закону є важливою гарантією дотримання її інтересів при вирішенні спорів про її виховання, питань влаштування дитини, позбавленої батьківського піклування, а також важливою складовою її соціалізації. Крім того, право дитини на врахування її думки є свідченням утвердження у суспільстві поваги до дитини і відповідає світовим стандартам охорони прав дитини. Так, у ст. 12 Конвенції про права дитини закріплюється, що дитина, здатна сформулювати власні погляди, має 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. На національному рівні зазначене право вперше було закріплене у ст. 9 Закону України "Про охорону дитинства". Відповідно до цієї статті кожна дитина має право на вільне висловлювання особистої думки, формування власних поглядів, розвиток власної суспільної активності, отримання інформації, що відповідає її віку.

2. Дитина має право бути вислуханою як її батьками, так і іншими родичами, а також посадовими особами, до компетенції яких належить охорона немайнових та майнових прав дитини. До вказаних посадових осіб належать посадові особи всіх тих органів, до яких дитина має право звернутися за захистом своїх прав та інтересів відповідно до норм ст. 152 СК, - судді, прокурори, посадові особи органів опіки та піклування, служб у справах дітей, органів внутрішніх справ тощо (див. коментар до ст. 152 СК). Крім того, думка дитини має бути врахована і посадовими особами, які здійснюють діяльність, пов'язану з вихованням та навчанням, охороною здоров'я, культурно-масовою діяльністю щодо дітей тощо.

3. Здійснення прав дитини на вільне висловлювання думки може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету та неупередженості правосуддя (ч. 4 ст. 9 Закону України "Про охорону дитинства").

4. Право дитини на врахування її думки поширюється на всі питання, які стосуються її особисто, а також питання сім'ї. Частина 2 коментованої статті закріплює випадки, коли думка дитини має бути вислухана обов'язково. До цих випадків належать: вирішення спору між батьками, іншими особами щодо її виховання (ст. 159 СК); вирішення спору між батьками, іншими особами щодо її місця проживання (ст. 161 СК); вирішення спору про позбавлення батьківських прав (ст. 164 СК); вирішення спору про поновлення батьківських прав (ст. 169 СК); вирішення спору щодо управління її майном (ст. 177 СК).

Крім того, закон передбачає ще низку випадків, коли обов'язково має бути заслухана думка дитини. Так, думка дитини має бути врахована: при зміні прізвища дитини, яка досягла семи років (ст. 148 СК); при зміні по батькові дитини, яка досягла чотирнадцяти років (ст. 149 СК); при визначенні батьками місця проживання дитини, яка досягла десяти років (ст. 160 СК); при розпорядженні аліментами, які одержані на неповнолітню

дитину (ст. 179 СК); при усиновленні дитини, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може висловити свою думку щодо цього питання (ст. 218 СК); при записі усиновлювача матір'ю, батьком дитини, яка досягла семи років (ч. 2 ст. 229 СК); при зміні усиновлювачами імені дитини (ч. 1 ст. 231 СК); при призначенні опікуна чи піклувальника (ч. 4 ст. 63 ЦК); при визначенні опікуном, піклувальником способів виховання дитини (ч. 1 ст. 249 СК); при передачі дитини у сім'ю патронатного вихователя (ст. 253 СК); при влаштуванні дитини до прийомної сім'ї (ч. 2 ст. 2563 СК); при влаштуванні дитини до дитячого будинку сімейного типу (ч. 2 ст. 2567 СК).

5. При вирішенні у суді питань щодо дитини суд не пов'язаний думкою дитини і має право постановити рішення всупереч думці дитини, якщо цього вимагають її інтереси. Це обумовлено, по-перше, тим, що дитина через свої незрілі розумові здібності та відсутність життєвого досвіду не завжди може повною мірою усвідомлювати свої інтереси. По-друге, відповідно до ст. 129 Конституції судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону. Суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів (ч. 1 ст. 212 ЦПК). Таким чином, суд оцінює думку дитини за своїм внутрішнім переконанням та приймає рішення, яке має відповідати інтересам дитини.

Правові позиції Верховного Суду:

1. Постанова Верховного Суду від 05 вересня 2018 року у справі № 752/22028/16-ц. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76503075

Правова позиція ВС: Твердження заявника про те, що діти не досягли десятирічного річного віку і не здатні самостійно формулювати свої думки щодо особистого життя, а тому не могли бути допитані судом апеляційної інстанції, є безпідставними з огляду на таке. Відповідно до положень статті 12 Конвенції про права дитини держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що стосуються дитини, при чому 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 її стосується, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства.

2. Постанова Верховного Суду від 18 березня 2019 року справа № 215/4452/16-ц. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80521632

Правова позиція ВС: Дитина, як у розмові з психологом, так і в судовому засіданні повідомила, що рівнозначно любить як батька, так і матір, але проживати хоче з батьком. Дитина більш прихильно ставиться до батька. Відповідно до статті 3 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року (далі - Конвенція) в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Держави-учасниці зобов'язуються забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і з цією метою вживають всіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів. З огляду на викладене, суд апеляційної інстанції

дійшов правильного висновку, що проживання дитини з батьком буде відповідати найкращому забезпеченню його інтересів. Відповідач не надала суду переконливих доказів, що проживання сина разом з матір'ю буде найкраще відповідати інтересам дитини. Апеляційним судом вірно встановлено, що проживання сина з батьком відповідає принципу «найкращих інтересів дитини» та є пріоритетним при вирішенні цієї справи.

3. Постанова Верховного Суду від 14 лютого 2019 року у справі № 377/128/18. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79846507

Правова позиція ВС: Доводи заявника про те, що суд апеляційної інстанції безпідставно не прийняв до уваги та не врахував до кого із батьків дитина має більшу прихильність і не з'ясував думку самої дитини з приводу визначення місця її проживання є безпідставними, оскільки за положеннями зазначеної норми права , місце проживання дитини, яка не досягла 10 років визначається без врахуванні її думки. При цьому, питання про заслуховування думки дитини було предметом оцінки апеляційного суду, який вірно дійшов до висновку, що з урахуванням встановлених судом обставин справи, ситуації, яка склалась у сім'ї та обстановці у якій перебуває дитина, вона не зможе об'єктивно, незалежно та вільно висловити свою думку. Також, суд касаційної інстанції підтримав оцінку, яку надав суд апеляційної інстанції висновку практикуючого психолога, а саме апеляційний суд не визнав належним та допустимим доказом висновок психолога, оскільки психодіагностичне обстеження ОСОБА_5 було здійснено психологом без попереднього спілкування з обома батьками дитини, за відсутності у нього інформації з приводу стосунків між батьками після припинення між ними фактичних шлюбних стосунків та повну ізоляцію дитини на протязі майже півтора місяця від спілкування з матір'ю. Результати та висновки такого дослідження викладені на бланку та з печаткою Громадської організації «Чернігівська міська асоціація «Конкордія», яка відповідно до видів її діяльності КВЕД 94.99 не має права та не здійснює такої діяльності як надання психологічної допомоги, проведення психодіагностичного обстеження, в тому числі дітей, про що свідчить витяг з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань. Не надано суду доказів того, що психолог ОСОБА_8, має право та займається такою практикою, що у нього є відповідний досвід у сфері дитячої психології.

Стаття 161. Спір між матір'ю та батьком щодо місця проживання малолітньої дитини

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

Під час вирішення спору щодо місця проживання малолітньої дитини беруться до уваги ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, стан її здоров'я та інші обставини, що мають істотне значення.

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

3. Якщо орган опіки та піклування або суд визнав, що жоден із батьків не може створити дитині належних умов для виховання та розвитку, на вимогу баби, діда або інших родичів, залучених до участі у справі, дитина може бути передана комусь із них.

Якщо дитина не може бути передана жодній із цих осіб, суд на вимогу органу опіки та піклування може постановити рішення про відібрання дитини від особи, з якою вона проживає, і передання її для опікування органу опіки та піклування.

Науково-практичний коментар до статті.

1. Спір між матір'ю та батьком, які проживають окремо, щодо місця проживання малолітньої дитини може вирішуватися у адміністративному та у судовому порядку. Звернення за захистом до органу опіки та піклування не позбавляє особу права на звернення до суду (ч. 3 ст. 19 СК). У разі звернення з позовом до суду орган опіки та піклування припиняє розгляд поданої йому заяви. Крім того, суд не має права відмовити особі в прийнятті позову з тієї підстави, що її вимоги можуть бути розглянуті в передбаченому законом досудовому порядку. Право звертатися з заявою до органу опіки та піклування або з позовом до суду має кожен з батьків.

Коментована стаття встановлює основні засади вирішення спорів, які виникають між матір'ю та батьком, які проживають окремо, щодо місця проживання малолітньої дитини, якими мають керуватися як суд, так і органи опіки та піклування.

Звернення до суду заінтересованої сторони можливе і у разі незгоди її з рішенням органу опіки та піклування щодо даного спору. Таке право надається кожній особі ст. 55 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

2. Абзац 2 ч. 1 коментованої статті встановлює, що під час вирішення спору щодо місця проживання малолітньої дитини орган опіки та піклування або суд бере до уваги ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особисту прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, стан її здоров'я та інші обставини, що мають істотне значення.

До інших обставин, що мають істотне значення, можна віднести:

- етичні і інші особисті якості батьків (дані, що їх характеризують, рівень освіти батьків);

- відносини, існуючі між кожним з батьків і дитиною (як виконують батьки свої батьківські обов'язки по відношенню до дитини, як враховують її інтереси, чи є взаєморозуміння між кожним з батьків і дитиною);

- можливість створення дитині умов для виховання і розвитку (рід діяльності, режим роботи батьків, їхнє матеріальне і сімейне становище і ін.), маючи на увазі, що перевага в матеріально-побутовому стані одного з батьків сама по собі не є вирішальною умовою для передачі йому дитини.

Частина 2 коментованої статті містить вказівку на ті юридичні факти, які є підставами для відмови органом опіки та піклування або судом у переданні дитини для проживання. Такими фактами є:

- відсутність у особи самостійного доходу;

- зловживання спиртними напоями або наркотичними засобами;

- аморальна поведінка особи, яка може зашкодити розвиткові дитини.

3. У справах даної категорії, якщо вони розглядаються у суді, обов'язкова участь в судовому засіданні органів опіки і піклування. Орган опіки та піклування подає суду письмовий висновок щодо розв'язання спору на підставі відомостей, одержаних у результаті обстеження умов проживання дитини, батьків, інших осіб, які бажають проживати з дитиною, брати участь у її вихованні, а також на підставі інших документів, які стосуються справи (ст. 19 СК). Проте суд не зв'язаний висновком органу опіки та піклування, якщо він є недостатньо обґрунтованим, суперечить інтересам дитини.

4. Слід також мати на увазі, що відповідно до ст. 171 СК дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї. Дитина, яка може висловити свою думку, має бути вислухана обов'язково при вирішенні між батьками спору щодо її місця проживання. Проте суд має право постановити рішення всупереч думці дитини, якщо цього вимагають її інтереси.

5. Норма ч. 3 коментованої статті є досить суперечливою та може викликати значні утруднення при практичному її застосуванні. Вона надає органу опіки та піклування або суду право передати дитину бабі, діду або іншим родичам. З юридичної точки зору така передача є відібранням дитини у того з батьків, з яким вона проживає, без позбавлення його батьківських прав. Коментована норма обумовлює можливість здійснення органом опіки та піклування чи судом такої передачі при наявності наступних обставин: а) вказані органи визнають, що жоден із батьків не може створити дитині належних умов для виховання та розвитку; б) баба, дід або інші родичі мають заявити вимогу про передачу їм дитини на виховання; в) вказані особи мають бути залучені до участі у справі. Кожна з названих обставин має бути певним чином конкретизована.

Визнання органом опіки та піклування або судом, що жоден із батьків не може створити дитині належних умов для виховання та розвитку, має бути оформлене певним документом - рішенням органу опіки та піклування або судовим рішенням. Таке рішення має бути прийняте при наявності підстав, вказаних у ч. 1 ст. 170 СК, якщо залишення дитини у батька, матері є небезпечним для їх життя, здоров'я і морального розвитку. При встановленні вказаних обставин суд має постановити рішення про відмову у позові, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 11 ЦПК України суд розглядає цивільні справи в межах заявлених вимог і на підставі доказів сторін. Постановлення судом рішення про відібрання дитини від когось з батьків без позбавлення батьківських прав є відступом від принципу диспозитивності цивільного судочинства та виходом за межі заявлених вимог.

Незрозумілою є процесуальна природа заяви баби, діда або інших родичів про передачу їм дитини. З точки зору цивільного процесуального права заява є підставою для відкриття особливого провадження. Спір же між батьком та матір'ю щодо місця проживання малолітньої дитини розглядається у порядку позовного провадження. Незрозумілим також є і процесуальне становище самих вказаних осіб та момент їх залучення до справи. Отже, встановивши при розгляді спору про визначення місця проживання дити-

ни, що жоден із батьків не може створити дитині належних умов для виховання та розвитку дитини, суд має постановити рішення про відмову у позові.

Орган опіки та піклування, встановивши при розгляді спору про визначення місця проживання дитини, що жоден із батьків не може створити дитині належних умов для виховання та розвитку дитини, якщо є безпосередня загроза для життя або здоров'я дитини, має право постановити рішення про негайне відібрання дитини від батьків у порядку, передбаченому ч. 2 ст. 170 СК з наступною подачею позову до суду про позбавлення батьків батьківських прав або відібрання дитини від батьків без позбавлення батьківських прав (див. коментар до ст. 170 СК). Таким чином, справи щодо визначення місця проживання малолітньої дитини та справи про відібрання дитини від батьків без позбавлення батьківських прав мають розглядатися в різних провадженнях з метою справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду справ, а також об'єктивної оцінки наданих доказів.

Правові позиції Верховного Суду:

1. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 17 жовтня 2018 року у справі № 402/428/16-ц. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77361954

Правова позиція ВП ВС: При визначенні місця проживання дитини першочергова увага приділяється як найкращому забезпеченню інтересів дитини з огляду на вимоги ст. 3 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року.

2. Постанова Верховного Суду від 30 березня 2021 року у справі № № 542/1428/18. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95907486

Правова позиція ВС: Визначаючи місце проживання дітей, надавши належну оцінку усім обставинам справи, а саме, що батьком і матір'ю створено належні умови для виховання та розвитку дітей, суди, виходячи із найкращих інтересів дітей, встановивши, що діти вже досить тривалий час проживають разом із батьком, визначили місце їхнього проживання саме разом з ним. Суди на час ухвалення оскаржуваних рішень не встановили обставин, які б давала підстави для висновку, що визначення місця проживання дітей з матір'ю, що фактично приведе до зміни місця проживання дітей, буде мати більш позитивний влив на них. За таких обставини суди правильно врахували інтереси дітей, які проживають в атмосфері любові, турботи, захисту, а тому для зміни їхнього проживання вагомі підстави відсутні. ВС наголосив, що матір дітей, яка, безсумнівно, відіграє важливу роль у житті та розвитку дітей, має право та обов`язок піклуватися про їхнє здоров`я, стан розвитку, незалежно від того, з ким діти будуть проживати.

3. Постанова Верховного Суду від 12.04.2021 у справі № 638/12278/15-ц. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96243593

Правова позиція ВС: Дід має право на особисте спілкування з дитиною та брати участь у її вихованні, а той із батьків, з ким проживає дитина, не має перешкоджати йому. При визначенні місця проживання дитини у першу чергу повинні бути визначені та враховані її інтереси, а вже тільки потім права батьків. Разом з тим, дійсно, прецедентна практика Європейського суду з прав людини вимагає врахування поглядів дітей, ці погляди не обов`язково є незмінними, а заперечення дітей, які мають бути наділені належною вагою, не обов`язково є достатніми для подолання інтересів батьків, особливо в

тому, щоб мати постійний контакт з їхніми інтересами з дитиною. Зокрема, право дитини висловлювати свої власні погляди не повинно тлумачитися як ефективне надання безумовного права вето дітям без будь-яких інших факторів, що розглядаються, а також проведення експертизи для визначення їх найкращих інтересів. Такі інтереси зазвичай диктують, що зв`язки дитини з сім`єю повинні зберігатися, за винятком випадків, коли це може шкодити його здоров`ю та розвитку (рішення у справі «A.B. проти Словенії» від 09 квітня 2019 року). Захист прав дитини гарантовано і статтями 3, 12, 16 Конвенції ООН про права дитини 1989 року. Одночасно з цим Верховний Суд звертає увагу й на те, що будь-який сімейний спір стосовно дитини дійсно має вирішуватися з урахуванням та як-найкращим забезпеченням інтересів дитини. Відповідно до статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського Суду як джерело права. Положення статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, якою передбачено право на повагу до сімейного життя, поширюються у тому числі і на відносини між бабою, дідом та онукою, якщо між ними існують достатньо тісні зв`язки (рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Kruskicv. Croatia» від 25 листопада 2014 року, п. 108). Для врахування балансу інтересів у цій справі Верховний Суд звертається до положення статті 257 СК України, згідно з якою баба, дід, прабаба, прадід мають право спілкуватися зі своїми внуками, правнуками, брати участь у їх вихованні. Батьки чи інші особи, з якими проживає дитина, не мають права перешкоджати у здійсненні бабою, дідом, прабабою, прадідом своїх прав щодо виховання внуків, правнуків. Якщо такі перешкоди чиняться, баба, дід, прабаба, прадід мають право на звернення до суду з позовом про їх усунення. Тлумачення наведених норм матеріального права у системному поєднанні з прецедентними рішеннями Європейського суду з прав людини дає Верховному Суду підстави вважати, що дід має право на особисте спілкування з дитиною, а той із батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати йому спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвиткові дитини.

4. Постанова Верховного Суду від 23.12.2020 у справі № 712/11527/17. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93835748

Правова позиція ВС: Письмовий висновок органу опіки та піклування є обов'язковим при розгляді судом спорів про визначення місця проживання дитини, в тому числі за зустрічним позовом.

Стаття 162. Правові наслідки протиправної поведінки одного з батьків або іншої особи при визначенні місця проживання малолітньої дитини

1. Якщо один з батьків або інша особа самочинно, без згоди другого з батьків чи інших осіб, з якими на підставі закону або рішення суду проживала малолітня дитина, або дитячого закладу (установи), в якому за рішенням органу опіки та піклування або суду проживала дитина, змінить її місце проживання, у тому числі способом її викрадення, суд за позовом заінтересованої особи має право негайно постановити рішення про відібрання дитини і повернення її за попереднім місцем проживання.

Дитина не може бути повернута лише тоді, коли залишення її за попереднім місцем проживання створюватиме реальну небезпеку для її життя та здоров'я або обставини змінилися так, що повернення суперечить її інтересам.

2. Особа, яка самочинно змінила місце проживання малолітньої дитини, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому, з ким вона проживала.

Науково-практичний коментар до статті.

Коментована стаття встановлює правові наслідки протиправної зміни місця проживання малолітньої дитини одним з батьків (з яким вона не проживає) або третьою особою. Слід зазначити, що в статті мова йде саме про малолітню дитину (яка не досягла 14 років). Отже подібні дії стосовно неповнолітньої дитини не підпадатимуть під правила коментованої статті, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 29 ЦК України фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, вільно обирає собі місце проживання, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Місце проживання малолітньої дитини може визначатися таким чином:

А) Обома батьками за погодженням, тобто шляхом домовленості, яка може бути усною або оформленою у вигляді письмового документа. В даному випадку зміна місця проживання дитини також має проводитися за погодженням батьків.

Б) Законом. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 29 ЦК України місцем проживання фізичної особи у віці від десяти до чотирнадцяти років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я тощо, в якому вона проживає, якщо інше місце проживання не встановлено за згодою між дитиною та батьками (усиновлювачами, опікуном) або організацією, яка виконує щодо неї функції опікуна. А відповідно до ч. 4 цієї ж статті місцем проживання фізичної особи, яка не досягла десяти років, є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я, в якому вона проживає.

В) Рішенням суду або рішенням органу опіки та піклування. Зазначені органи можуть постановити рішення про проживання дитини з кимось із родичів або у відповідному дитячому закладі (установі), зокрема у дитячому будинку, будинку-інтернаті тощо.

Малолітня дитина має проживати у встановленому місці проживання, яке не може бути змінене самочинно як волею сторонніх осіб, так і волею якогось одного із її батьків. Якщо така особа змінить місце проживання дитини, зокрема шляхом викрадення, заінтересована особа має право подати до суду позов про повернення дитини у місце її проживання. Заінтересованими особами в розумінні даної статті можуть бути фізичні особи, з якими проживала дитина, дитячий заклад (установа), в якому проживала дитина, а також інші особи, які є родичами дитини. В разі подачі такого позову суд має негайно його розглянути та прийняти рішення про повернення дитини у попереднє місце її проживання.

Виключенням із цього правила є дві ситуації, за наявності яких суд не буде приймати рішення про повернення дитини у попереднє місце проживання:

1) якщо залишення її за попереднім місцем проживання створюватиме реальну небезпеку для її життя та здоров'я. Для повернення дитини непотрібно доводити факт наявності нормальних умов для її виховання та розвитку. В ст. 162 СК встановлена презумпція правомірності поведінки того з батьків, з ким проживала дитина. Якщо інший з батьків вважає такі умови непридатними для дитини, то способом захисту прав дитини є пред'явлення позову про зміну місця проживання малолітньої особи, а не самочинна зміна її місця проживання. Якщо відповідач доведе, що той, з ким проживала дитина, жорстоко поводився з нею, експлуатував дитину, тримав дитину в умовах, небезпечних для її життя та здоров'я, у позові повинно бути відмовлено. Дитина не може бути повернута, коли залишення її за попереднім місцем проживання створюватиме реальну небезпеку для її життя та здоров'я.

2) якщо обставини змінилися так, що повернення суперечить інтересам дитини (наприклад, особа, з якою проживала дитина, померла).

Кримінальний кодекс України не карає за викрадення своєї малолітньої дитини, а лише чужої (ст. 146 КК). У зв'язку з цим суб'єктом злочину можуть бути лише інші родичі, а не батько чи мати малолітнього. Суб'єктами сімейного правопорушення, передбаченого коментованою статтею, можуть бути як батько чи мати дитини, так і інша особа. За вчинене порушення винна особа нестиме відповідальність перед особою, з якою проживала дитина, у вигляді відшкодування моральної та матеріальної шкоди. Буквальне тлумачення ч. 2 коментованої статті дозволяє робити висновок, що правом на компенсації моральної та матеріальної шкоди, заподіяної самочинною зміною місця проживання малолітньої дитини, мають тільки фізичні особи, з якими дитина проживала. Дитячі установи та заклади, де проживала дитина, можуть вимагати відшкодування заподіяної шкоди тільки за загальними правилами Глави 82 ЦК України.

Правові позиції Веховного Суду:

Постанова Верховного Суду від 21 квітня 2021 року по справі № 2-3897/10. - URL:

Правова позиція ВС: Діяння особи, яка не виконувала свій обов`язок по утриманню дитини, є протиправними, однак факт завдання такими діяннями моральної шкоди дитині підлягає доведенню. Зокрема щодо обізнаності та усвідомлення дитиною відсутності матеріального утримання з боку матері, наявності у зв`язку із цим душевних страждань дитини та причинного зв`язку між такими стражданнями та відсутністю утримання з боку матері, рівня забезпеченості потреб дитини батьком, впливу відсутності утримання з боку матері на можливість розвитку дитини, забезпечення її потреб тощо.

Стаття 163. Право батьків на відібрання малолітньої дитини від інших осіб

1. Батьки мають переважне право перед іншими особами на те, щоб малолітня дитина проживала з ними.

2. Батьки мають право вимагати відібрання малолітньої дитини від будь-якої особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду.

3. Суд може відмовити у відібранні малолітньої дитини і переданні її батькам або одному з них, якщо буде встановлено, що це суперечить її інтересам.

Науково-практичний коментар до статті.

1. З права батьків на особисте виховання дитини випливає їхнє переважне право перед іншими особами на те, щоб малолітня дитина проживала з ними. Батьки є кровними родичами дитини, що пов'язує їх взаємними правами та обов'язками, тобто вони складають сім'ю. Кожна особа має право на проживання в сім'ї. Право батьків проживати з дитиною включає в себе право батьків На визначення місця проживання малолітньої дитини (ст. 160 СК), право батьків вимагати від інших осіб утримуватися від самочинних дій щодо зміни місця проживання малолітньої дитини (ст. 162 СК), їхнє право вимагати повернення дітей від будь-якої особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду (ч. 2 ст. 163 СК).

Право батьків проживати з дитиною забезпечується нормами ст. 167, 170 СК, які передбачають, що в разі позбавлення батьківських прав одного з батьків чи відібрання дитини без позбавлення батьківських прав від одного з батьків суд перш за все має розглянути питання про передання дитини іншому з батьків.

Слід мати на увазі все ж таки, що право батьків проживати з дитиною встановлюється тільки щодо малолітньої дитини, неповнолітня ж дитина має право визначати місце свого проживання самостійно, і це може бути місце проживання, відмінне від місця проживання батьків.

2. Закон, охороняючи право батьків на особисте виховання своїх дітей, передбачає їх право вимагати повернення дітей від будь-якої особи, яка тримає їх у себе не на підставі закону або рішення суду.

Така вимога може бути пред'явлена батьками при умові, що дитина утримується якою-небудь особою, включаючи і родичів, не на підставі а) закону; б) судового рішення. На підставі закону чи судового рішення дитина може проживати в сім'ї усиновлювача чи опікуна. Коментована стаття не враховує ті випадки, коли дитина проживає у сім'ях осіб на підставі договору - передана під патронат, до прийомної сім'ї чи до дитячого будинку сімейного типу. Проте передача дитини до сім'ї патронатного вихователя, прийомних батьків, батьків-вихователів не є підставою вимагати відібрання малолітньої дитини від цих осіб.

3. Батьки мають право вимагати відібрання дитини шляхом подання позову до суду. Такі справи мають розглядатися у порядку цивільного судочинства. Позов про відібрання дитини мають право подати тільки батьки, які не позбавлені батьківських, оскільки батьки позбавлені батьківських прав втрачають особисті немайнові права щодо дитини. Такого права також не мають батьки, від яких дитину відібрано без позбавлення їх батьківських прав, оскільки разом з правом на особисте виховання дитини вони позбавляються і права на проживання з нею.

4. Відповідно до п. 24 постанови Пленуму Верховного Суду України № 16 від 12.06.98 р. "Про застосування судами деяких норм Кодексу про шлюб та сім'ю України" при розгляді позовів батьків про передачу їм дитини іншими особами, від яких вони мають право вимагати її повернення суд бере до уваги зокрема можливість батьків забезпечити належне виховання дитини, характер їхніх взаємовідносин з нею, прихильність дитини до осіб, у яких вона перебуває, й інші конкретні обставини справи. При цьому суд враховує, хто з зацікавлених осіб виявляє більшу увагу до дітей і турботу про них, їхній вік і прихильність до кожної з осіб, особисті якості сторін, можливість створення належ-

них умов для виховання, маючи на увазі, що перевага в матеріально-побутовому стані однієї з осіб сама по собі не є вирішальною умовою для передачі йому дітей. Суд може взяти до уваги й бажання дитини, яка досягла 10 років, хоча воно не є обов'язковим для нього. У будь-якому випадку суд повинен постановити рішення, яке відповідало б інтересам малолітньої дитини.

Суд може відмовити у відібранні малолітньої дитини і переданні її батькам або одному з них, якщо буде встановлено, що це суперечить її інтересам. Якщо буде встановлено, що ані батьки, ані особи, в яких перебуває дитина, не в змозі забезпечити її належного виховання, суд за позовом органів опіки й піклування або прокурора передає дитину на піклування цим органам. Якщо такої вимоги не пред'явлено, суд окремою ухвалою звертає на це увагу зазначених органів.

Сучасні напрями залучення атестованого Міністерством юстиції України судового експерта психолога у справах щодо визначення місця проживання дитини:

1. Забезпечення позову шляхом зустрічей одного з батьків з дитиною у присутності судового експерта психолога. Під час судового розгляду справи щодо місця проживання дитини, інколи для відновлення стосунків одного з батьків з дитиною потрібно організувати зустріч одного з батьків з дитиною в присутності психолога в належному, спеціально організованому місці для спілкування батька з дитиною. Одним з заходів такої організації зустрічі може бути забезпечення позову щодо зустрічей одного з батьків з дитиною в присутності психолога на протязі часу розгляду справи у суді з метою налагодження стосунків дитини з батьком, який з ним не проживає. Атестовані Міністерством юстиції України судові експерти психологи здатні на належному рівні організувати та провести зустріч дитини з одним із батьків за відповідним рішенням суду.

Правові позиції Верховного Суду:

Постанова Верховного Суду від 04 квітня 2018 року по справі № 344/16653/16-ц. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73437928

Правова позиція ВС: Забезпечення позову - це сукупність процесуальних дій, які гарантують реальне виконання рішення суду в разі задоволення позовних вимог. Положеннями статті 152 ЦПК України 2004 року, якою визначено види забезпечення позову, з урахуванням роз'яснень, які містяться в пункті 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 року № 9 «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» не заборонено допускати й інші його види, але з урахуванням обмежень, зазначених у частині четвертій зазначеної статті. Відповідно до пунктів 1, 2 статті 3 Конвенції про права дитини, ратифікованої Постановою Верховної Ради України від 27 лютого 1991 року № 789-XII, всі дії стосовно дітей органів соціального забезпечення, судів, адміністративних чи законодавчих органів повинні бути спрямовані на якнайкраще забезпечення інтересів дитини. Держави-учасниці повинні забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручі до уваги права і обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і з цією метою вживають всіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів. Суд встановив, що зустрічі одного з батьків з дитиною в кабінеті та в присутності кваліфікованого професійного психолога безперечно будуть сприяти відновленню та налагодженню емоційних стосунків цього батька із її малолітньою дити-

ною і ця обставина відповідатиме законним інтересам як одного з батьків, так і дитини, що в свою чергу може усунути загрозу невиконання чи утруднення виконання можливого рішення суду про відібрання дитини, дійшов обґрунтованого висновку про задоволення клопотання батька про забезпечення позову.

2. Призначення судово-психологічної експертизи відносно малолітніх або неповнолітніх дітей атестованому Міністерством юстиції України судовому експерту психологу згідно з статтею 106 Цивільно-процесуального кодексу України у цивільних справах щодо визначення місця проживання дитини. Проведення судово-психологічної експертизи відносно малолітніх або неповнолітніх у справах щодо визначення місця проживання дитини є необхідним обґрунтуванням забезпечення найкращих інтересів дитини та способом встановлення найліпших психологічних умов її проживання з одним із батьків. Проведення психологічної експертизи атестованим Міністерством юстиції судовим експертом психологом дозволяє отримати висновок експерта, який відповідає критеріям належності та допустимості доказів у цивільній справі та є процесуальним джерелом доказів у суді згідно статей 76, 102 ЦПК України. Підстава: стаття 106 Цивільно-процесуального кодексу України, частина 1 статті 7-1, частина 3 статті 10 Закону України "Про судову експертизу".

Довідково, орієнтовний перелік експертних питань затверджених Міністерством юстиції України, які можуть виноситись на судово-психологічну експертизу відносно малолітніх, неповнолітніх у справах визначення місця проживання дитини. Підстава: розділ VI Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, які затверджені наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 року № 53/5 (зі змінами):

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

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

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

Правові позиції Верховного Суду:

Постанова КЦС Верховного Суду від 23.12.2020 № 712/11527/17 (61-18882св19) - URL:

Правова позиція ВС: Висновок спеціаліста психолога є не належним доказом у справі з причини 1) не урахування психологом фактичних обставин справи, 2) не спілкування психолога з дитиною або одним із батьків, 3) не вивчення матеріалів справи. Висновок спеціаліста психолога за результатами проведення психологічного дослідження у справі визначення місця проживання дитини, який грунтується лише на поясненнях матері, а також окремих письмових документах, наданих лише однією стороною без дослідження матеріалів справи, не спілкування з малолітньою дитиною та батьком дитини, з викладенням лише загальних висновків про зв`язок матері з дитиною певного віку не може бути належним доказом у справі. Також, визначаючи місце проживання дитини з матір`ю, суд відхилив висновок органу опіки та піклування, відповідно до якого визначе-

но, що найкращим інтересам дитини відповідатиме її спільне проживання з батьком та взяв до уваги лише акт обстеження умов проживання матері; проте, судом не враховано, що за зустрічним позовом органом опіки та піклування не складено висновку про доцільність проживання дитини разом з матір`ю, а акт обстеження умов проживання не є за своєю суттю та змістом висновком органу опіки та піклування про визначення місця проживання дитини з одним із батьків.

УВАГА АДВОКАТАМ! Попередження від практичного психолога закладу освіту, що практичні психологи закладів освіти не можуть бути учасниками судового процесу та робити психодіагностичні висновки щодо дітей на запити адвокатів, оскільки работа психолога закладу освіти є конфіденційною з дитиною та вимагає використання інструментарію, який рекомендований Міністерством освіти і науки України (Положення про психологічну службу у системі освіти України). За своїм статусом практичні психологи та соціальні педагоги закладів освіти належать до педагогічних працівників» (частина 3 статті 76 Закону України «Про освіту»)!!!!

3. Опитування дитини у суді в присутності судового експерта психолога згідно зі статтями 160, 171 Сімейного кодексу України. Замовлення (залучення) судового експерта психолога потрібно для врахування емоційних, психологічних та поведінкових особливостей дитини під час її опитування в суді та встановлення ефективного психологічного контакту з дитиною для отримання об'єктивної інформації щодо думки дитини в сімейній ситуації. Судові спори, що виникають з сімейних відносин, відносять до справ, які вимагають використання спеціальних психологічних знань в галузі дитячої психології для забезпечення найкращих інтересів дитини у суді. Підстава: Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя дружнього до дітей від 17.11.2010 року, Закон України «Про охорону дитинства», Порядок забезпечення соціального захисту дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, у тому числі дітей, які постраждали від жорстокого поводження, який затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 1 червня 2020 р. № 585. Крім того, для захисту інтересів малолітніх чи неповнолітніх осіб, суд має право з власної ініціативи збирати докази, що стосуються предмета спору (ст. 13 ЦПК України). Допит малолітніх свідків і, за розсудом суду, неповнолітніх свідків проводиться в присутності не заінтересованих у справі батьків, усиновлювачів, опікунів, піклувальників; а також представників органів опіки та піклування, служби у справах дітей (ст. 232 ЦПК України). Відповідно до вимог ст. 45 ЦПК України під час розгляду справи малолітня або неповнолітня особа має право безпосередньо або через представника чи законного представника висловлювати свою думку та отримувати його допомогу у висловленні такої думки.

Правові позиції Верховного Суду:

1. Постанова Верховного Суду від 05 вересня 2018 року у справі № 752/22028/16-ц. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76503075

Правова позиція ВС: Твердження заявника про те, що діти не досягли десятирічного річного віку і не здатні самостійно формулювати свої думки щодо особистого життя, а тому не могли бути допитані судом апеляційної інстанції, є безпідставними з огляду на таке. Відповідно до положень статті 12 Конвенції про права дитини держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці

погляди з усіх питань, що стосуються дитини, при чому 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 її стосується, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства.

2. Постанова Верховного Суду від 18 березня 2019 року справа № 215/4452/16-ц. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80521632

Правова позиція ВС: Дитина, як у розмові з психологом, так і в судовому засіданні повідомила, що рівнозначно любить як батька, так і матір, але проживати хоче з батьком. Дитина більш прихильно ставиться до батька. Відповідно до статті 3 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року (далі - Конвенція) в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Держави-учасниці зобов'язуються забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і з цією метою вживають всіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів. З огляду на викладене, суд апеляційної інстанції дійшов правильного висновку, що проживання дитини з батьком буде відповідати найкращому забезпеченню його інтересів. Відповідач не надала суду переконливих доказів, що проживання сина разом з матір'ю буде найкраще відповідати інтересам дитини. Апеляційним судом вірно встановлено, що проживання сина з батьком відповідає принципу «найкращих інтересів дитини» та є пріоритетним при вирішенні цієї справи.

3. Постанова Верховного Суду від 14 лютого 2019 року у справі № 377/128/18. - URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79846507

Правова позиція ВС: Доводи заявника про те, що суд апеляційної інстанції безпідставно не прийняв до уваги та не врахував до кого із батьків дитина має більшу прихильність і не з'ясував думку самої дитини з приводу визначення місця її проживання є безпідставними, оскільки за положеннями зазначеної норми права , місце проживання дитини, яка не досягла 10 років визначається без врахуванні її думки. При цьому, питання про заслуховування думки дитини було предметом оцінки апеляційного суду, який вірно дійшов до висновку, що з урахуванням встановлених судом обставин справи, ситуації, яка склалась у сім'ї та обстановці у якій перебуває дитина, вона не зможе об'єктивно, незалежно та вільно висловити свою думку. Також, суд касаційної інстанції підтримав оцінку, яку надав суд апеляційної інстанції висновку практикуючого психолога, а саме апеляційний суд не визнав належним та допустимим доказом висновок психолога, оскільки психодіагностичне обстеження ОСОБА_5 було здійснено психологом без попереднього спілкування з обома батьками дитини, за відсутності у нього інформації з приводу стосунків між батьками після припинення між ними фактичних шлюбних стосунків та повну ізоляцію дитини на протязі майже півтора місяця від спілкування з матір'ю. Результати та висновки такого дослідження викладені на бланку та з печаткою Громадської організації «Чернігівська міська асоціація «Конкордія», яка відповідно до видів її діяльності КВЕД 94.99 не має права та не здійснює такої діяльності як надання психологічної допомоги, проведення психодіагностичного обстеження, в тому числі дітей, про що свідчить витяг

з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань. Не надано суду доказів того, що психолог ОСОБА_8, має право та займається такою практикою, що у нього є відповідний досвід у сфері дитячої психології.

УВАГА! Укладення договору про визначення місця проживання дитини. Відповідно до ч. 4 ст. 157 СК України батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини. Предметом даного договору є визначення місця проживання та дії з виховання, навчання, догляду за дитиною або поєднаних цих елементів, спрямованих на забезпечення нормального фізичного, духовного та морального розвитку дитини. Договір укладається в письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню.

Стаття 157. Вирішення батьками питань щодо виховання дитини

1. Питання виховання дитини вирішується батьками спільно, крім випадку, передбаченого частиною п'ятою цієї статті.

2. Той із батьків, хто проживає окремо від дитини, зобов'язаний брати участь у її вихованні і має право на особисте спілкування з нею.

3. Той із батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвиткові дитини.

4. Батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню.

Той з батьків, хто проживає з дитиною, у разі його ухилення від виконання договору зобов'язаний відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану другому з батьків.

5. Той із батьків, з яким за рішенням суду визначено або висновком органів опіки та піклування підтверджено місце проживання дитини, крім того з батьків, до якого застосовуються заходи примусового виконання рішення про встановлення побачення з дитиною та про усунення перешкод у побаченні з дитиною, самостійно вирішує питання тимчасового виїзду за межі України на строк, що не перевищує одного місяця, з метою лікування, навчання, участі дитини в дитячих змаганнях, фестивалях, наукових виставках, учнівських олімпіадах та конкурсах, екологічних, технічних, мистецьких, туристичних, дослідницьких, спортивних заходах, оздоровлення та відпочинку дитини за кордоном, у тому числі у складі організованої групи дітей, та у разі, якщо йому відомо місце проживання іншого з батьків, який не ухиляється та належно виконує батьківські обов'язки, інформує його шляхом надсилання рекомендованого листа про тимчасовий виїзд дитини за межі України, мету виїзду, державу прямування та відповідний часовий проміжок перебування у цій державі.

Той із батьків, з яким за рішенням суду визначено або висновком органів опіки та піклування підтверджено місце проживання дитини, самостійно вирішує питання тимчасового виїзду за межі України на строк до одного місяця та більше з метою лікування, навчання, участі дитини в дитячих змаганнях, фестивалях, наукових виставках, учнівських олімпіадах та конкурсах, екологічних, технічних, мистецьких, туристичних, дослід-

ницьких, спортивних заходах, оздоровлення та відпочинку дитини за кордоном, у тому числі у складі організованої групи дітей, у разі:

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

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

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

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

Довідка про наявність заборгованості зі сплати аліментів видається органом державної виконавчої служби, приватним виконавцем у порядку, встановленому законом.

Науково-практичний коментар до статті.

1. Процес сімейного виховання дитини включає в себе безліч питань переважно педагогічного характеру. Вони вирішуються або обома батьками, або одним з них за погодженням або мовчазною згодою другого. При цьому презюмується, що батьки дотримуються інтересів дитини.

Різного роду суперечності між батьками по питанню виховання дитини повинні долатись самими батьками. Коли така мета не досягається, батьки (або один з них) можуть звернутись до органів опіки та піклування (ст. 158 СК) або до суду (ст. 159 СК).

2. Ч. 2 коментованої статті спрямована на захист прав того з батьків, що проживає окремо від дитини. Такий батько (мати) має право на спілкування з дитиною і право брати участь у її вихованні.

Формою здійснення батьківських прав особою, яка не проживає зі своєю дитиною, є участь у вихованні. Така участь передбачає використання різних способів позитивного впливу на дитину, що робить благотворний вплив на формування її особистості. Для цього використовується не лише особистий контакт (спілкування), але й телефонний зв'язок, переписка і т. д.

Той з батьків, що проживає окремо, може також брати участь у вирішенні питання отримання дитиною освіти. Але якщо той з батьків, що проживає з дитиною, має право вибору навчального закладу, форми навчання, то другий такими правами не наділений. Він може лише дати пораду, рекомендацію, надати необхідну допомогу при вирішенні проблем, пов'язаних із здобуттям освіти. Тобто інтенсивність впливу того з батьків, який проживає з дитиною, і того, який проживає окремо від неї, різний. Перевага надається тому, хто проживає разом.

3. Право на спілкування з дитиною належить до особистих немайнових прав батьків, про що прямо зазначає закон. Порушення цього права, створення умов, за яких неможливе його реалізація, є правопорушенням. Причому порушуються права не тільки батька (матері), але й дитини (див. ст. 153 СК та коментар до неї).

Тому ч. 3 ст. 157 СК забороняє тому із батьків, з ким проживає дитина, перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвиткові дитини.

Таким чином закріплюється презумпція корисності для дитини її спілкування з батьком (матір'ю), що проживає окремо. Протилежний підхід закріплено в ч. 2 ст. 15 Закону України "Про охорону дитинства": батьки, які проживають окремо від дитини, зобов'язані брати участь у її вихованні і мають право спілкуватися з нею, якщо судом визнано, що таке спілкування не перешкоджатиме нормальному вихованню дитини.

Вимагати рішення суду про те, що спілкування не перешкоджатиме нормальному вихованню дитини є абсурдним і недоцільним. Ч. 2 ст. 15 Закону України "Про охорону дитинства" встановлює презумпцію шкідливості для дитини її спілкування з батьком (матір'ю), що проживає окремо.

В основі протидії спілкування не повинні лежати сугубо особистісні, продиктовані егоїстичними міркуваннями мотиви.

4. Частіше за все проблеми здійснення права на спілкування виникають при припиненні сімейних стосунків між батьками. Тому доцільно саме на цьому етапі вирішувати всі питання, пов'язані з правом на спілкування. В цей момент легше оцінити реальну перспективу майбутніх контактів батьків, що окремо проживають, зі своїми дітьми.

Для спрощення цієї задачі ч. 4 ст. 157 СК надає батькам право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини.

Тут можуть бути зафіксовані будь-які важливі для сторін нюанси: місце спілкування, їх частота, періодичність, тривалість, необхідність присутності третіх осіб при спілкуванні тощо. Цей договір повинен не суперечити інтересам дитини. Законодавство чітко не визначає, з якого віку дитина вправі самостійно вирішувати питання свого спілкування з батьками. Дитина, яка може висловити свою думку, має бути вислухана при вирішенні між батьками, іншими особами спору щодо її виховання (ч. 2 ст. 171 СК). В тому випадку, якщо дитина не хоче спілкуватись з одним з батьків, вона не може бути примушена до такого спілкування, оскільки для неї це право, а не обов'язок, який вона повинна виконувати.

Договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини, має бути укладений у письмовій формі та обов'язково посвідчений нотаріально. Відсутність нотаріального посвідчення тягнутиме за собою визнання такого договору нікчемним (ч. 1 ст. 220 ЦК України). Разом з тим, на відносини батьків дитини стосовно укладення вищезазначеного договору також будуть розповсюджуватися положення ч. 2 ст. 220 ЦК України, відповідно до якої якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається.

Пропонуємо ознайомитись також з визначенням місця проживання дитини у судовому порядку: процедура та порядок дій Позивача (одного з батьків)

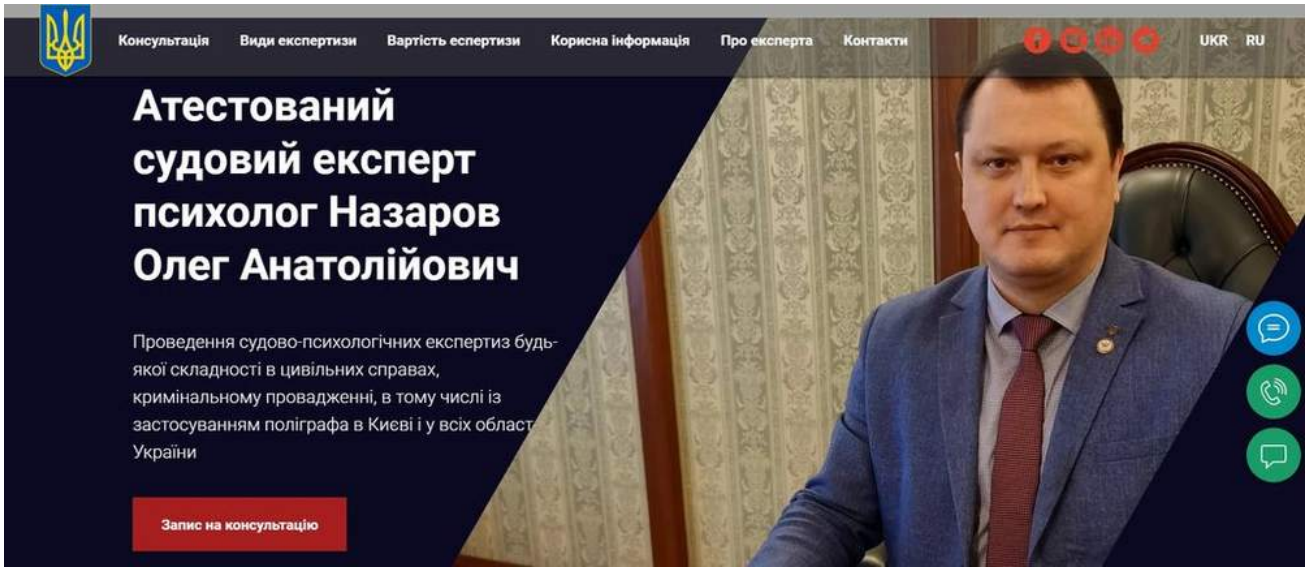
Традиційно, нагадуємо користувачам журналу, що науковий журнал запроваджує надання послуг «Консультація»: запит на проведення судово-психологічної експертизи за різними підставами, у тому числі із застосуванням поліграфа на замовлення зацікавлених осіб, суду, правоохоронних органів згідно процесуальних кодексів. - URL: http://expertize-journal.org.ua/konsultacia Телефон для термінового дзвінка судовому експерту: +38 093 476 72 60 (Viber, Telegram, Whatsapp).



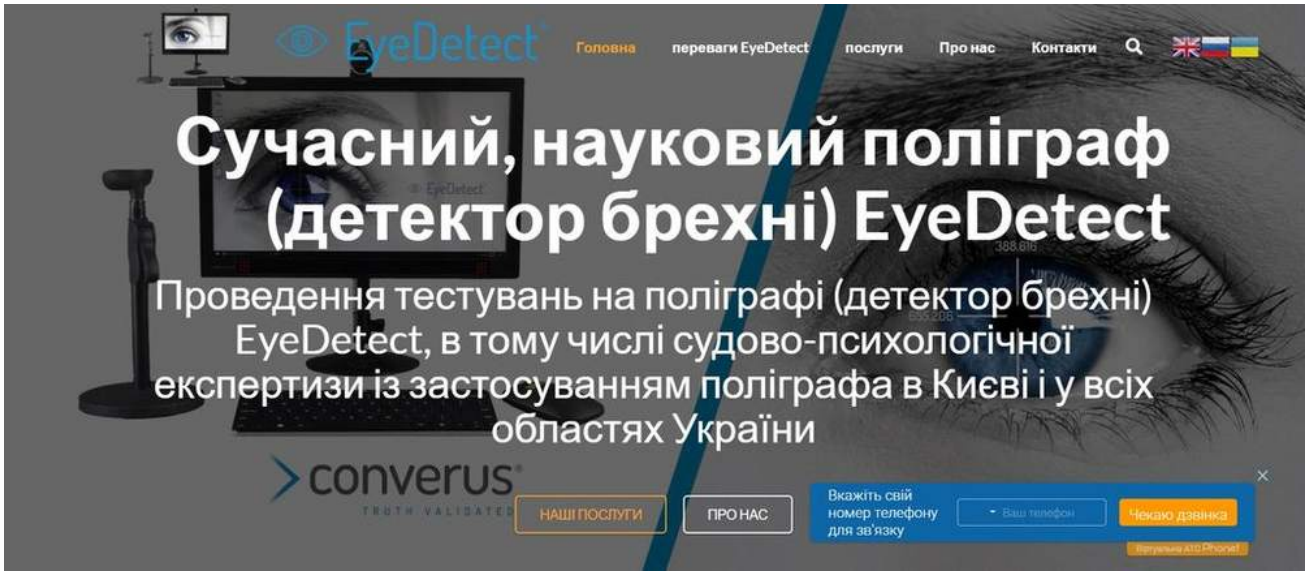
Звертаємо увагу, організація проведення професійних консультацій всім зацікавленим, здійснюється членом Президії Науково-консультативної та методичної ради з проблем судової експертизи при Міністерстві юстиції України, головним редактором журналу, атестованим судовим експертом психологом (поліграфологом), кандидатом психологічних наук, доцентом Назаровим Олегом Анатолійовичем.



Офіційний Інтернет-сайт судового експерта психолога (поліграфолога) Назарова О.А. (свідоцтво Міністерства юстиції України від 09.07.2020 №2035) - https://expertisekyivua.com/ukr



Офіційний Інтернет-сайт тестувань на поліграфі в Україні за міжнародними стандартами (EyeDetect, Converus Inc., USA): https://expert-nazarov.com



References

1. Vyznachennia mistsia prozhyvannia dytyny: prava batkiv, pravovi naslidky protypravnoi povedinky odnoho z batkiv abo inshoi osoby, spir mizh matiriu ta batkom, pravo batkiv na vidibrannia malolitnoi dytyny vid inshykh osib [Determining a Child's Place of Residence: Parental Rights, Legal Consequences of Unlawful Conduct by a Parent or Another Person, Disputes Between Mother and Father, and the Parents' Right to Recover a Young Child from Other Persons]. Sudovo-psykholohichna ekspertyza. Zastosuvannia polihrafa i spetsialnykh znan v yurydychnii praktytsi. 2021. Vol. 6, No. 5 (35). URL: https://expertize-journal.org.ua/vyznachennia-mistsia-meshkannia-dytyny/5946-prava-batkiv-pravovi-naslidki-protipravnoji-povedinki-odnogo-z-batkiv-abo-inshoji-osobi-spir-mizh-matir-yu-ta-batkom-shchodo-na-viznachennya-mistsya-prozhivannya-ditini-ta-pravo-batkiv-na-vidibrannya-malolitnoji-ditini-vid-inshikh-osib (onovlena versiia vid 08.08.2022). [in Ukrainian].