

**Зауваження Національної асоціації адвокатів України
до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів
України щодо визначення місця проживання дитини в безспірному порядку»
(реєстр. № 4154 від 25.09.2020)**

25.09.2020 у Верховній Раді України було зареєстровано законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення місця проживання дитини в безспірному порядку» (реєстр. № 4154 від 25.09.2020).

Метою вказаного законопроекту визначено «вдосконалення законодавчого механізму визначення місця проживання дитини шляхом надання можливості батькам звертатися до суду для такого визначення у безспірному порядку».

Законодавець пропонує запровадити механізм визначення органами судочинства місця проживання дитини у безспірному порядку, завдяки якому батьки отримують надійний інструмент вирішення цього важливого питання, а діти, визначення місця проживання яких здійснюється безконфліктно, справедливо будуть урівнені у правах та отримують однакові можливості реалізації своїх законних інтересів поряд із дітьми, чий батьки перебувають у конфлікті.

Із змісту законопроекту вбачається, що законодавець пропонує доповнити Сімейний кодекс України статтею 160-1, якою визначити наступне:

«Стаття 160-1. Визначення місця проживання дитини в безспірному порядку.

1. В разі відсутності спору між батьками про визначення місця проживання дитини суд за спільною заявою батьків визначає місце проживання дитини в порядку окремого провадження.

2. За наявності нотаріально посвідченого договору між батьками, в якому визначено місце проживання дитини, та в разі звернення батьків із спільною заявою справа розглядається без виклику учасників справи.

3. Строк розгляду заяви про визначення місця проживання дитини в безспірному порядку не може перевищувати двох місяців».

Окрім цього, пропонується доповнити частину першу статті 161 Сімейного Кодексу України абзацом третім такого змісту:

«До закриття підготовчого засідання у судовій справі про визначення місця проживання дитини, провадження у якій відкрито за правилами загального позовного провадження, суд перевіряє наявність або відсутність спору між батьками. Заява одного з батьків про відсутність спору про визначення місця проживання дитини не є перешкодою для розгляду справи в розпочатому позовному провадженні та ухвалення судом рішення по суті про визначення місця проживання дитини». А також внести зміни до статті 293 Цивільного процесуального кодексу України, доповнивши її після слів «про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя» словами «про визначення місця проживання дитини в безспірному порядку».

Аналізуючи вказані норми хотілося б нагадати про співвідношення норм матеріального та процесуального права.

В загальному розумінні у науковій літературі зазначається, що якщо норми матеріального права встановлюють варіант поведінки шляхом гарантування прав, закріплення обов'язків чи заборон, то процесуальні вказують на послідовність дій,

починаючи з їх втілення в життя, розкривають процедуру реалізації можливої або належної поведінки.

Отже, норми матеріального права безпосередньо регулюють суспільні відносини і сукупність галузей права, в яких основний акцент робиться на встановленні прав і обов'язків суб'єктів. Норми матеріального права закріплюють форми власності, юридичне становище майна та осіб, встановлюють правовий статус, підстави і межі юридичної відповідальності і т.д. Норми матеріального права завжди є первинними по відношенню до процесуальних норм.

Процесуальні норми – це так званий «вторинний» регулятор суспільних відносин – що встановлюють правила про порядок реалізації норм матеріального права та вирішення справи по суті. Призначення норм процесуального права - встановити процедуру (правило) здійснення прав або виконання обов'язків, закріплених у матеріальних нормах, сприяти досягненню результату, передбаченого нормою матеріального права, реалізовувати право на захист.

Відповідно до статті 1 Сімейного кодексу України визначено, що Сімейний кодекс України визначає засади шлюбу, особисті немайнові та майнові права і обов'язки подружжя, підстави виникнення, зміст особистих немайнових і майнових прав та обов'язків батьків і дітей, усиновлювачів та усиновлених, інших членів сім'ї та родичів.

Особисті немайнові права і обов'язки батьків та дітей визначені у Главі 13 Розділу III Сімейного кодексу.

Питання щодо визначення місця проживання дітей регламентовані статтями 160, 161 Сімейного кодексу України. Вказані норми визначають суб'єктів, які можуть вирішувати питання місця проживання дитини як за згодою, так і при наявності спору між батьками.

Проте сам порядок вирішення вказаного питання про визначення місця проживання дитини між батьками регламентується іншими нормативно-правовими актами, а саме постановою КМУ № 866 (у разі досудового вирішення справи органом опіки та піклування) або Цивільним процесуальним кодексом України (у разі наявності спору між батьками), тощо.

Намагання законодавців включити в Сімейний кодекс України питання процедури вирішення питання між батьками щодо місця проживання дитини призведе до ще більшої колізії в праві, адже в матеріальний закон намагаються включити норми виключно процесуального характеру, що є недопустимим. Такі визначення, як «окреме провадження», «строк розгляду справи», «розгляд справи без виклику учасників справи», не притаманні суті Сімейного кодексу України.

Порядок вирішення питання щодо визначення місця проживання, як за згодою батьків, в безспірному порядку, при наявності спору - має міститися в нормативно-правових актах процесуального характеру.

Намагання змішати норми матеріального і процесуального права призведе до грубого порушення принципу правової визначеності, адже текст закону має бути легко доступним, закон має бути сформульований з достатньою мірою чіткості, аби особа мала можливість скерувати свою поведінку.

Європейський суд з прав людини неодноразово зазначав, що норма національного закону не може розглядатися як право, якщо її не сформульовано з достатньою точністю так, щоб громадянин мав змогу, якщо потрібно, з відповідними рекомендаціями, до певної міри передбачити наслідки своєї поведінки. Поняття «якість закону» означає, що

національне законодавство повинне бути доступним і передбачуваним, тобто визначати достатньо чіткі положення, аби дати людям адекватну вказівку щодо обставин і умов, за яких державні органи мають право вживати заходів, що вплинуть на права осіб (справи «Ольссон проти Швеції», «Олександр Волков проти України», «С.Г. та інші проти Болгарії» та ін.).

Крім того зміст запропонованої законодавцями статті 160-1 «Визначення місця проживання дитини в безспірному порядку» не відповідає загальному змісту та завданням Сімейного кодексу України, а отже запропонована редакція не може бути включена до вказаного кодексу. Те саме стосується і доповнень до 160 статті Сімейного кодексу України. Сімейний кодекс України не може містити норм, що стосуються процесуального порядку розгляду справи судом про визначення місця проживання дитини. Загальний порядок розгляду справ в суді з сімейних правовідносин врегульовано Цивільним процесуальним кодексом України, завданням якого і є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Відносно доповнень до статті 293 Цивільного процесуального кодексу України, словами «про визначення місця проживання дитини в безспірному порядку», слід зазначити, що відповідно до частині першої статті 293 ЦПК України визначено, що окреме провадження - це вид неспірного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав, свобод та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

Отже, законодавством чітко регламентовано, що окреме провадження - це вид цивільного провадження, який призначений для розгляду справи за відсутності спору між учасниками справи для підтвердження тих чи інших юридичних фактів, що мають значення для охорони прав, свобод та інтересів. При цьому, якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження, суд залишає заяву без розгляду і роз'яснює заінтересованим особам, що вони мають право подати позов на загальних підставах (ч. 6 ст. 293 ЦПК України).

У зв'язку із викладеним доповнення статті 293 Цивільного процесуального кодексу України словами «про визначення місця проживання дитини в безспірному порядку» - є недоречним.

Окремо слід звернути увагу на обґрунтування законодавцями вказаного законопроекту. Так, в пояснювальній записці зазначається наступне:

«Сімейним кодексом України врегульовано процедуру визначення місця проживання дитини державними органами (зокрема судом) лише в разі наявності спору між батьками. Офіційної процедури визначення місця проживання дитини в разі відсутності спору із залученням державного апарату не існує. В разі якщо спір між батьками відсутній, місце проживання дитини визначається за згодою батьків, тобто в договірному порядку.

Слід зазначити, що діти, чиє місце проживання визначене за згодою батьків (в усній або письмовій формі), позбавлені ряду привілеїв, які мають діти, чиє місце проживання

визначене судом. Зокрема, наприклад, це стосується можливості виїзду за межі України без згоди того із батьків, хто проживає окремо, в порядку, передбаченому ст. 157 Сімейного кодексу України.

Також на практиці наявність у того із батьків, з ким проживає дитина, навіть нотаріально посвідченого договору про визначення місця проживання дитини разом із ним, у ряді випадків є недостатньою правовою підставою для певних правових дій (наприклад, для оперативно-розшукових заходів), натомість рішення суду не викликає сумнівів у необхідності його виконання. Усної домовленості між батьками недостатньо для негайного відібрання дитини та повернення за постійним місцем проживання, що породжує випадки т.з. сімейного кіднепінгу».

Таким чином, законодавці виправдовують необхідність внесення запропонованих ними змін до законодавства «відсутністю ряду привілеїв, які мають діти, чиє місце проживання визначене судом», а саме відсутністю можливості виїзду за межі України без згоди того із батьків, хто проживає окремо, в порядку, передбаченому ст. 157 Сімейного кодексу України.

Однак, саме внесення законодавцями змін до статті 157 Сімейного кодексу України на підставі Закону № 2475-VIII від 03.07.2018 і призвело до цих суперечок. При доповненні статті 157 Сімейного кодексу України законодавець проігнорував усі зауваження до законопроекту, залишив поза увагою той факт, що визначення місця проживання дітей в Україні визначається не лише за рішенням суду, але й за рішенням органу опіки та піклування, договором між батьками, що може укладатися у простій письмовій формі, а також посвідчуватися нотаріально, і звичайно батьки можуть укласти договір усно, що також є законним способом визначення місця проживання дітей у відповідності до статті 160 Сімейного кодексу України.

Звичайно, у батьків, які вирішили питання щодо місця проживання дитини у добровільному/досудовому порядку, виникає ряд питань до законодавця, в тому числі чому при досудовому вирішенні питання про визначення місця проживання дитини, той з батьків, з ким проживає дитина, не може самостійно вирішувати питання тимчасового виїзду за межі України на строк, що не перевищує одного місяці? Чому таке право є лише у тих, хто вирішував питання визначення місця проживання дитини в судовому порядку?

Однак, законодавець обрав дивний спосіб вирішення спірних питань. Фактично законодавець пропонує усім батькам визначати місце проживання своїх дітей у судовому порядку, як в позовному, так і в непозовному провадженні.

Такий вихід із ситуації є безперспективним. Вирішувати законодавчі помилки шляхом створення нових законів, які не відповідають елементарним принципам законотворення, знищить наше законодавство взагалі.

Законодавець в пояснювальній записці оперує поняттям «сімейний кіднепінг» не зважаючи на те, що діюче законодавство на сьогодні не має визначення, що таке «сімейний кіднепінг», що і стає причиною його розповсюдження в нашій країні без жодної відповідальності винуватих осіб.

З метою зупинення «сімейного кіднепінгу», законодавець має взяти на себе відповідальність та надати визначення на законодавчому рівні, що є сімейним кіднепінгом, чи є це злочином чи проступком, хто є суб'єктами сімейного кіднепінгу та яка відповідальність має наставати за наслідками його здійснення. Відповідних змін потребують норми Сімейного кодексу України (Глава 13 Розділу III Сімейного кодексу

України, в тому числі ст. ст. 141, 160, 162) норми Кримінального кодексу України (стаття 146 КК України), тощо.

Враховуючи вищевикладене, НААУ вважає за доцільне повернути законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення місця проживання дитини в безспірному порядку» (№ 4154 від 25.09.2020) на доопрацювання з урахуванням висловлених зауважень.