

В. І. Труба

доктор юридичних наук, професор,
ректор Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

СПІЛЬНА ФІЗИЧНА ОПІКА НАД ДИТИНОЮ: ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ

Останнім часом все частіше в судових рішеннях і виступах суддів вживаються терміни «спільна опіка над дитиною», «спільна фізична опіка над дитиною». Законодавство України не оперує такими термінами, на відміну від законодавства інших європейських держав. У більшості правників поняття «опіка» пов'язується з інститутом власне опіки та піклування, зважаючи на те, що відповідно до ч. 5 ст. 63 ЦК України фізичній особі може бути призначено одного або кількох опікунів чи піклувальників. Однак застосування в судових рішеннях згаданих словосполучень зумовлене необхідністю вирішення спорів між батьками дитини, які проживають окремо.

У стародавньому законодавстві, яке діяло на території сучасної України, а саме у статтях Цивільного кодексу Східної Галичини, Зводу законів цивільних Російської Імперії «спільна опіка над дитиною» пов'язувалась з батьківською владою – правами, обов'язками, відповідальністю батька або матері, або обох батьків [1; 2]. Джерелом цих норм, звичайно видозміненим відповідно до часу, були норми римського права щодо *patria potestas*. Батьки були зобов'язані турбуватися про своїх дітей, поступово готувати до самостійного життя в силу належної їм батьківської опіки.

Однак метою цього виступу є не екскурс в історичні джерела права, а роздуми щодо доцільності використання в сучасному праві таких понять, як «спільна опіка над дитиною», «спільна фізична опіка над дитиною».

Засади спільної фізичної опіки над дітьми закладені у міжнародних нормативно-правових актах. Передусім це норми щодо рівних повноважень (відповідальності) батьків щодо своїх дітей.

Згідно з Конвенцією ООН про права дитини від держав вимагається запровадження різних суворих процесуальних гарантій щодо збереження дитиною сімейних зв'язків, ухвалення рішень про розлучення з батьками проти їхньої волі, включаючи рішення щодо батьківських прав та опіки, дотримання права дитини підтримувати

на регулярній основі особисті відносини і прямі контакти з обома батьками (статті 8, 9, 10). Повноваження розлучити дитину з її батьками проти їхньої волі належить до компетенції держави. Рішення про це можуть прийматися лише компетентними національними судовими та адміністративними органами та підлягають процедурним гарантіям [3]. Саме запроваджений Конвенцією про права дитини принцип, згідно з яким дитина повинна продовжувати підтримувати міцні відносини з обома батьками, навіть якщо вони живуть окремо, став більш визнаним правом. Відтоді концепція спільного виховання набула поширення на розлучених і сепарованих батьків, а також на батьків, які ніколи не проживали разом.

У Гаазькій конвенції від 19 жовтня 1996 року Конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей передбачено, що відповідальність за неправомірне переміщення або утримування дитини з порушенням права опіки особи, установи або будь-якого іншого органу, покладається на державу, де перебуває дитина (статті 7 – 10) [4].

Звичайно, найбільше гарантій забезпечення того, щоб права на опіку і на доступ, передбачені законодавством, ефективно дотримувалися в договірних державах, визначено у Гаазькій конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей [5].

Національне законодавство та юриспруденція можуть містити більш конкретні вказівки щодо застосування загальних принципів, викладених у міжнародних документах, однак із застереженням, що принципи найкращих інтересів дитини, розроблені на національному рівні, можуть мати особливості у спорах щодо розлучення з батьками, батьківської опіки, клопотань про усиновлення тощо. У всіх випадках найкращі інтереси дитини мають бути визначені адміністративними та судовими органами шляхом оцінки найкращих її інтересів. До того ж найкращі інтереси дитини рідко визначаються одним, головним, фактором. Відносини між дитиною та опікуном (природним чи призначеним) необхідно оцінювати в кожному конкретному випадку.

Звернення до зарубіжного законодавства свідчить про те, що в державах ЄС більшість юрисдикцій визнають, що батьки дитини є природними опікунами дитини – батьки здійснюють права щодо благополуччя своєї дитини, забезпечуючи її їжею, житлом та одягом, а також на них покладено відповідальність за її виховання.

Всі породіллі автоматично стають законними матерями стосовно дитини, яку вони народили (якщо вони не є сурогатними).

Водночас права батька дитини можуть відрізнятись. Одружені батьки автоматично стають законними батьками стосовно дитини, народженої під час їхнього шлюбу або протягом 300 днів (10 місяців) після розлучення, навіть якщо дитина біологічно не є їхньою.

Батько, який не перебуває у шлюбі, є законним батьком, якщо його ім'я вказане у свідоцтві про народження дитини, є офіційна заява про те, що він є батьком, або якщо щодо нього є рішення суду, в якому стверджується, що він є законним батьком

Як згадувалося вище, вважається, що батьки є природними опікунами своїх дітей. Батьківська опіка не втрачається при розірванні батьками шлюбу.

Таким чином, коли йдеться про спільну фізичну опіку, це стосується опіки над дітьми. Водночас слід пам'ятати, що законодавство держав ЄС та України врегульовує різні види опіки над дітьми, які можуть бути присуджені, встановлені. У разі проживання дитини з обома батьками спільна опіка над дитиною безумовно охоплює дві сфери опіки – юридичну та фізичну. У разі розірвання шлюбу подружжя, яке має дітей, має бути готовим до того, щоб цивілізовано вирішити питання розподілу обов'язків з утримання, виховання дитини. Батьки мають визначитись, яким чином буде здійснюватися фізична опіка та юридична опіка.

Законна (юридична) опіка визначається як обов'язки щодо прийняття рішень щодо дитини. Ці рішення, як правило, стосуються виховання, освіти, релігії, медичного обслуговування та інших важливих аспектів життя дитини.

Одноосібна опіка над дитиною означає, що один із батьків може приймати всі важливі рішення щодо життя дитини. Інший з батьків зазвичай має право знати про рішення, але не може вказувати опіку-ну, які рішення прийняти щодо дитини.

Фізична опіка визначається як повсякденний догляд за дитиною. Фізична опіка також використовується щодо визначення основного місця проживання дитини чи тимчасового місця проживання/перебування дитини. Той із батьків, який має фізичну опіку над своєю дитиною, має право на те, щоб дитина жила з ним в першу чергу. Така особа сприймається як основний батько-опікун.

Батькам, як правило, рекомендується укласти свою угоду про опіку у позасудовому порядку, якщо обидва батьки можуть дійти згоди про опіку над дитиною. Це робиться в інтересах дитини. Більшість фахівців з медіації та суддів вважають, що спільна опіка над дитиною відповідає найкращим інтересам дитини, оскільки обидва з батьків докладають зусиль для виховання дитини. Спільна опіка над дитиною визначається як спільна участь обох батьків у прийнятті рішень та/або фізичної опіки над дитиною. Спільна юридична опіка означає, що обоє з батьків поділяють відповідальність за прийняття рішень за дитину, обидва батьки вважаються відповідальними і дитина проводить час в обох сім'ях, будинках. Як правило, батьки, які мають спільну опіку над дитиною, ділять фізичну опіку над своєю дитиною, але не обов'язково законну опіку.

Якщо спір між батьками розглядається в судовому порядку, суддя визначає, хто із батьків краще підходить для законної опіки над дитиною, ніж інший. На вирішення питання про встановлення спільної або спільної фізичної опіки впливає кілька надзвичайно важливих чинників, зокрема: згода батьків, що спільне вирішення питань щодо дитини йде на користь їхній дитині, батьки хочуть і можуть бути залученими до виховання своїх дітей; батьки мають добрі відносини між собою, здатні співпрацювати і можуть ухвалювати рішення разом; батьки живуть досить близько один від одного і спільна домовленість можлива з погляду логістики; в історії спільного проживання, спілкування немає випадків жорстокого поводження з дітьми, домашнього насильства чи викрадення дитини.

В Україні, як і в інших європейських державах, біологічна мати автоматично здійснює опіку та наділена батьківською відповідальністю за свою дитину, так само, як і одружений батько.

Законодавство України презюмує рівність прав та обов'язків жінки та чоловіка, зокрема і як батьків, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі, чи народжена дитини у шлюбі або поза ним (статті 24, 51, 52 Конституції України). Ці норми Конституції цілком відповідають міжнародним нормативно-правовим актам, а також знаходять свою деталізацію в СК України та інших нормах законодавства, що врегульовує благополуччя дитини (ч. 6 ст. 7, ч.ч.1, 2 ст. 141).

Батьківські повноваження є сукупністю прав та обов'язків, що мають кінцеву мету – захист інтересів дитини. Вони надаються батькові та матері, як правило, до повноліття дитини або надання дитині чи

набуття нею повної цивільної дієздатності, для захисту її безпеки, здоров'я, моральності, для забезпечення її виховання та розвитку в умовах належної поваги до її особи.

В ідеалі, коли батьки розлучаються, слід, якщо це можливо, досягти згоди про спільне виховання дитини. Це може бути усна домовленість або письмовий, нотаріально завірений договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини, відповідно до ч. 4 ст. 157 СК України.

Якщо батьки не можуть дійти згоди, вони можуть звернутися за допомогою до органу опіки та піклування, вирішити спір шляхом медіації або в судовому порядку.

Незважаючи на те, що судам доводиться вирішувати значну кількість судових спорів щодо визначення місця проживання дитини, щодо участі одного з батьків у вихованні дитини, все ж практика щодо застосування спільного фактичного проживання тільки формується. На нашу думку, вирішення спорів згаданої категорії, враховуючи обґрунтовану та доведену необхідність у застосуванні спільного фактичного проживання, цілком відповідає дотриманню таких засад сімейного законодавства, як справедливість, добросовісність та розумність.

Стартом для вирішення питання про спільну фізичну опіку можна вважати рішення Верховного Суду (суддя-доповідач Шипович В. В.). Так, у рішенні Верховного Суду від 26.10.2022 у справі щодо визначення місця проживання дитини зазначається: «Питання встановлення спільної фізичної опіки над дитиною сторонами справи не ініціювалося та судом першої інстанції не досліджувалося. Суд касаційної інстанції в силу своїх повноважень позбавлений такої можливості. При цьому незалежно від визначення місця проживання дитини – легальна опіка щодо дитини (всі питання, пов'язані з вихованням, розвитком, навчанням тощо) підлягають вирішенню за згодою обох батьків, з урахуванням інтересів дитини» [6].

У наступних рішеннях у цій категорії справ Шипович В. В. як суддя-доповідач неодноразово звертав увагу на те, що суди мають застосовувати модель спільної фізичної опіки над дитиною. І якщо у першому, згаданому вище рішенні, суддя не уточнював, що під цим має на увазі, то в наступних зазначив, що це почергове проживання дитини з кожним із батьків за відповідним графіком у спорах про визначення місця проживання малолітньої дитини [7–9].

Надалі в судових рішеннях судді суду касаційної інстанції, а тепер і судді судів першої та апеляційної інстанцій стали застосовувати запропоновану конструкцію щодо розуміння спільної фізичної опіки над дитиною.

На нашу думку, це – виразний приклад судової правотворчості, який має стати підґрунтям для удосконалення сімейного законодавства, зокрема статей 19, 159, 161 СК України.

Література

1. Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali anni MDCCXCVH / Пер. с лат. А. Гужвы; Под ред. О. Кутагеладзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. 536 с.

2. Свод законов Российской империи. Т. X. Ч. 1. Свод законов гражданских. Петроград: Гос. типография, 1914. 498 с.

3. Конвенція ООН про права дитини від 20.11.1989, ратифіковано Постановою ВР № 789-ХІІ від 27.02.91. *Оф. веб-портал ВРУ*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text

4. Гаазька конвенція про юрисдикцію, застосовне право, визнання, виконання та співпрацю щодо батьківської відповідальності та заходів щодо захисту дітей від 19.10.1996, *ратифіковано із заявами та застереженням Законом N 136-V від 14.09.2006*, набрання чинності для України – 01.02.2008. *Оф. веб-портал ВРУ*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_002#Text

5. Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25.10.1980, ратифікована із заявою відповідно до Закону № 3303-IV від 11.01.2006, дата набуття чинності – 01.09.2006. *Оф. веб-портал ВРУ*. URL: Конвенція про цивільно-правові аспекти... | від 25.10.1980 (rada.gov.ua).

6. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 26.10.2022 у справі № 750/9620/20, провадження № 61-7187св22. *ЄДРСР*. URL: Єдиний державний реєстр судових рішень (court.gov.ua).

7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 08.02.2023 у справі № 501/488/21, провадження № 61-11187св22. *ЄДРСР*. URL: Єдиний державний реєстр судових рішень (court.gov.ua).

8. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 17.05.2023 у справі № 466/4380/20, провадження № 61-1106св23. Єдиний державний реєстр судових рішень (court.gov.ua).

9. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 09.08.2023 у справі № 752/13587/20, провадження № 61-2036св23. *ЄДРСР*. URL: Єдиний державний реєстр судових рішень (court.gov.ua).