

13. Рішення Конституційного Суду України від 10.11.2011 року №15-рп/2011. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11>.

**Банасевич І.І. Теоретико-правові підходи до розмежування споживчого та публічного договорів.**

Наукова стаття присвячена дослідженню сучасного стану нормативно-правового регулювання та наукових поглядів щодо розмежування споживчого та публічного договорів. У статті автором виявлено ряд недоліків у правовому регулюванні досліджуваних договорів та подано пропозиції щодо їх усунення. Зроблено висновок щодо недоцільності існування ідентичних за правовою метою закріплення цивільно-правових інститутів: споживчого і публічного договорів. При цьому автор аналізує міжнародно-правові документи, чинне законодавство України та погляди інших дослідників названої проблеми.

**Ключові слова:** публічний договір, споживчий договір, споживач, підприємець, особисті потреби.

**Banasevych I.I. Theoretical and legal approaches to demarcation of consumer and public contracts.**

The scientific article is devoted to the study of the current state of regulatory and legal regulation and scientific views on the distinction between consumer and public contracts. The groundlessness of assigning a consumer contract to a special type of public contract is proved. In the article, the author revealed a number of shortcomings in the legal regulation of the studied treaties and made suggestions on their elimination. The conclusion is made about the inexpediency of the existence of legal and legal entities consolidating civil-law institutions: consumer and public contracts. It is proved that the concept of «consumer contract» is more successful and consistent with the norms of international law. In this regard, the modern version of Art. 633 of the Civil Code of Ukraine needs to be changed. In particular, it is necessary to change the title of the article on «Consumer contract», and, consequently, its content.

At the same time, the author analyzes the international legal documents, the current legislation of Ukraine and the views of other researchers of the problem.

**Keywords:** public contract, consumer contract, consumer, entrepreneur, personal needs.

**Ганкевич О.М.**

## **ВІДІБРАННЯ ДИТИНИ ВІД БАТЬКІВ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ**

УДК 347.6

Незважаючи на те, що питання про відібрання дитини є дуже важливим для будь-якого суспільства, в українському законодав-

стві це питання розглянуто не досить детально. Відібрання дитини як спосіб захисту прав та законних інтересів є досить специфічним, оскільки, насамперед стосується захисту прав дитини, що повинні довести батьки, усиновителі, опікуни, піклувальники, інші родичі [1].

В юридичній літературі неодноразово піднімалося питання щодо природи сімейно-правової санкції у вигляді відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав. Зокрема, увага науковців акцентується на тому, чи розглядати інститут відібрання дитини як захід сімейно-правової відповідальності батьків за неналежне виконання ними батьківських прав та обов'язків, чи як захід захисту дитини [2, с. 163].

На погляд ученого-правознавця М. В. Логвінової, не варто так однозначно ставити питання. Відомо, що застосування сімейно-правової санкції можливе за наявності протиправної та винної поведінки суб'єктів сімейних правовідносин, зокрема батьків (осіб, які їх замінюють), що, в свою чергу, тягне за собою відповідальність. При цьому санкція, будучи проявом відповідальності, містить в собі елементи захисту. Притягуючи батьків до сімейно-правової відповідальності, закон тим самим вживає заходи щодо захисту прав та інтересів дитини, зокрема права на належне сімейне виховання. Хоча не виключена ситуація, що притягнення батьків до відповідальності є наслідком протиправної поведінки батьків, яка призвела до заподіяння дитині шкоди. Наприклад, після тривалої відсутності матері дома, відповідно й залишення дитини без їжі, остання потрапила у лікарню. Шкода, завдана дитині внаслідок порушення матір'ю ч. 2 ст. 150 СК, проявилася у порушенні здоров'я дитини. В даному випадку як негативний наслідок протиправної поведінки батьків у них забирають дитину, що в свою чергу є способом захисту прав дитини у вигляді припинення дій, що порушували сімейні права [2, с. 163-164].

Автор робить висновок, що на погляд більшості науковців, застосування санкції у вигляді відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав повинно ґрунтуватися на винній поведінці батьків. Так, О. Косенко вважає, що відібрання дитини без позбавлення батьківських прав можливе як при винній,

так і невинній їх поведінці. При цьому при винній поведінці батьків відібрання дитини виступає як захід відповідальності, а при невинній – як захід захисту. Хоча правові наслідки відібрання дитини в обох випадках є майже однаковими. [3, с. 61]

На думку О. Іоффе, відібрання дітей проводиться тільки тоді, коли батьки не можуть належно виконувати своїх обов'язків з незалежних від них причин (душевна хвороба, фізичні вади тощо) [4, с. 250] Тобто вчений наполягає на безвинній поведінці батьків.

На переконання М. В. Логвінової, відібрання дитини можливе за відсутності вини, а в окремих випадках, й за відсутності протиправної поведінки батьків (недієздатність батьків, існуюча небезпека передачі дитині важкого захворювання). Тому можна стверджувати, що процес відібрання дитини у батьків в порядку ст.170 СК припускає як активну, так і пасивну протидію батьків, їх небажання самим звільнити свою дитину від оточуючої її небезпеки [5, с. 115]

Зміст ст. 170 СК чітко визначає, що відібрання дитини від батьків слід розглядати як сімейно-правову санкцію за протиправну та винну поведінку батьків. Ч. 1 ст. 170 СК передбачає, що суд може постановити рішення про відібрання дитини від батьків (одного з них), не позбавляючи їх батьківських прав, у випадках, ухилення батьків від виконання своїх обов'язків по вихованню дитини, жорстокого поводження з дитиною, хронічного алкоголізму або наркоманії батьків, експлуатації дитини, примушення її до жебракування та бродяжництва. Перераховані випадки є нічим іншим як порушенням батьками норм сімейного законодавства щодо забезпечення належного виховання дитини в сім'ї. Батьки свідомо не виконують батьківських обов'язків, що в свою чергу становить небезпеку для виховання та розвитку дитини.

Таким чином, як зазначає М. В. Логвінова, застосування до батьків санкції у вигляді відібрання дитини передбачає наявність усіченого складу батьківського правопорушення. Взаємообумовлені і тісно пов'язані між собою протиправність поведінки батьків та їх вина виступають основними елементами складу правопорушення батьків [2, с. 169].

Відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав відбувається у разі: 1) вчинення батьками правопору-

шення, тобто їх винної протиправної поведінки; 2) поведінки, яка не є правопорушенням, проте становить небезпеку для дитини у зв'язку з психічним розладом, іншим хронічним захворюванням, збігом тяжких обставин та інших обставин, що не відносяться до винних дій (бездіяльності) батьків.

Тобто відібрання дитини можливе як за наявності в діях батьків вини та протиправності, так і у разі відсутності в поведінці батьків цих елементів. Існування такої ситуації, на наш погляд, вимагає від законодавця запровадження як заходу захисту прав та інтересів неповнолітньої дитини нового інституту сімейного права – обмеження батьківських прав.

На думку, Є. Д. Тонієвич, право на відібрання дитини входить в зміст особистого немайнового права батьків на особисте виховання дитини і, цим самим, виключає його реалізацію як санкції за протиправну поведінку. Тому відібрання дитини та її повернення є обов'язком батьків і тієї особи, яка тримає її не на підставі закону чи рішення суду, не матиме ніяких обмежень в правах за сімейним законодавством. Тому не будь-яке відібрання дитини ми можемо називати санкцією сімейно-правової норми, а тільки відібрання:

а) в одного з батьків та повернення її за попереднім місцем проживання в судовому порядку (можливе також одночасне відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої тому, з ким дитина проживала) (ст. 162 СК України);

б) від батьків (матері, батька, інших осіб, з якими проживає дитина) без позбавлення їх батьківських прав (ст. 170 СК України). Вказана санкція може бути як тимчасовою щодо батьків, які неналежно виконують батьківські права та обов'язки, тобто такою, що передуює позбавленню батьківських прав, так і самостійною сімейно-правовою санкцією. В переважній більшості випадків санкція у вигляді відібрання дитини є попереджувальним (тимчасовим) заходом захисту прав та інтересів дитини, і передуює позбавленню батьківських прав [6, с. 11].

Варто також зауважити, що окремі вчені наголошують на такому виді забезпечення позову як відібрання дитини в одного чи обох батьків і передача на виховання іншій особі, передбаченій законом [7, с. 190; 8, с. 503; 9, с. 334].

Так, на думку ученого-процесуаліста Д. Д. Луспеника, за правилами СК України щодо спору про місце проживання малолітньої дитини або про позбавлення батьківських прав (статті 161, 164) суд може для забезпечення позову за наявності небезпеки для життя чи здоров'я дитини постановити ухвалу до розгляду справи по суті про відібрання дитини у одного чи обох батьків і передати на виховання іншій особі, передбаченій законом [9, с. 334].

Зазначена позиція автора спонукає до деякої дискусії. Зокрема, виходячи із сучасного правового регулювання інституту забезпечення цивільного позову відібрання дитини в одного чи обох батьків і передача її на виховання іншій особі, передбаченій законом не можна розглядати як вид забезпечення цивільного позову. Так, виникає цілком логічне запитання, чому науковець не звертає увагу також на інші норми СК України [10] щодо відібрання дитини, а саме, статті 162 і 170. Доцільно також зауважити і те, що законодавець у статті 161 СК України веде мову про малолітніх дітей, у той час як у статті 163 та 170 про дітей, тобто це можуть бути окрім малолітніх ще й неповнолітні діти. І нарешті, чому не можна розглядати як забезпечення цивільного позову відібрання дитини в одного чи обох батьків і передачу її на виховання іншій особі. Так, відповідно до абзацу 2 ч. 3 ст. 161 СК України якщо дитина не може бути передана жодній із цих осіб (бабі, діду або іншим родичам, залучених до участі у справі), суд на вимогу органу опіки та піклування може постановити рішення про відібрання дитини від особи, з якою вона проживає, і передати її для опікування органу опіки та піклування. У той час як забезпечуючи позов суд постановляє ухвалу. Окрім того, потрібно розуміти і те, що забезпечуючи позов шляхом відібрання дитини в одного чи обох батьків і передача її на виховання іншій особі, суд фактично ухвалював би рішення без розгляду справи по суті.

Варто у контексті даної проблеми згадати про норму частини 9 статті 153 ЦПК України [11], яка містить наступне положення: «Ухвала про забезпечення позову виконується негайно в порядку, встановленому для виконання судових рішень. У разі забезпечення вимог заявника заставою ухвала про забезпечення позову звер-

тається до виконання негайно після внесення предмета застави в повному розмірі». Натомість ч. 2 ст. 170 СК України містить норми наступного змісту: «У виняткових випадках, при безпосередній загрозі для життя або здоров'я дитини, орган опіки та піклування або прокурор мають право постановити рішення про негайне відібрання дитини від батьків.

У цьому разі орган опіки та піклування зобов'язаний негайно повідомити прокурора та у семиденний строк після постановлення рішення звернутися до суду з позовом про позбавлення батьків чи одного з них батьківських прав або про відібрання дитини від матері, батька без позбавлення їх батьківських прав» [12, с. 76].

Як уже зазначалося, дитина може бути відібрана від матері і (або) батька на підставі рішення суду про позбавлення батьківських прав. Виконання такого рішення здійснюється державною виконавчою службою за участю представників органу опіки та піклування. Тобто, мова йде про доволі затяжний процес, коли немає реальної загрози життю та здоров'ю дитини [13, с. 416].

Поряд із цим є чимало випадків, коли інтереси дитини вимагають вжиття невідкладних заходів: дитина проживає з матір'ю, яка зловживає алкоголем; троє маленьких дітей, залишених матір'ю, яка торгувала на базарі, ледь не згоріли у квартирі; вітчим неодноразово домагався десятирічної падчерки на очах у її матері; важко хвору дитину батьки залишили без медичної допомоги; матір, з якою проживала дитина, мала туберкульоз; через поганий матеріальний стан батьків діти жили впроголодь, не мали елементарних речей та ін.

Відповідно до ст. 64 Закону України «Про виконавче провадження» під час виконання рішення про відібрання дитини державний виконавець проводить виконавчі дії за обов'язковою участю особи, якій дитина передається на виховання, із залученням представників органів опіки і піклування. За необхідності державний виконавець може звернутися до суду з поданням щодо вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу. У разі якщо боржник перешкоджає виконанню рішення про відібрання дитини, до нього застосовуються заходи, передбачені цим Законом [14].

Специфіка діяльності державного виконавця з виконання рішень цієї категорії має полягати в тому, що треба враховувати психічний стан дитини, а тому засоби мають обиратись і застосовуватись з певною обережністю. Саме тому в даній нормі говориться про те, що державний виконавець провадить виконавчі дії з обов'язковою участю особи, якій дитина передається на виховання, та із залученням представників органів опіки і піклування. У даній нормі слід було визначити обов'язкове медичне обстеження дитини для того, щоб встановити необхідність вжиття термінових заходів щодо її лікування [1].

Під час виконання рішень про відібрання дитини державний виконавець, в разі потреби, може залучити представників органів та установ освіти, медичних працівників. При виконанні рішень про відібрання дитини забороняється застосовувати до дитини заходи фізичного впливу. У разі потреби, державний виконавець може звернутися до суду з поданням про вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого чи лікувального закладу. Питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу вирішує суд за поданням державного виконавця у 10-денний строк із викликом у судове засідання сторін та обов'язковою участю представників органів опіки та піклування. Проте, неявка сторін не є перешкодою для вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу (ст. 374 Цивільного процесуального кодексу України) [11].

Аналіз судової практики щодо розгляду та вирішення цивільних справ про відібрання дитини дозволяє констатувати наступне:

1. Національні органи могли б застосувати менш суворі заходи, ніж відібрання від них дітей, і держава могла б допомогти їм виховувати дітей, забезпечивши сім'ї належні умови життя. Вони також наголошували, що при вирішенні їхньої справи в суді думку дітей не брали до уваги.

2. Необхідно зауважити, що у разі коли рішення мотивується необхідністю захистити дитину від небезпеки, має бути доведено, що така небезпека справді існує (див., *mutatis mutandis*, справу

«Хазе проти Німеччини» (*Haase v. Germany*), № 11057/02, п. 99, ЄСПЛ 2004-III (витяги)). При винесенні рішення про відібрання дитини від батьків може постати необхідність врахування цілої низки чинників. Можливо, потрібно буде з'ясувати, наприклад, чи зазнаватиме дитина, якщо її залишать під опікою батьків, жорстокого поводження, чи страждатиме вона через відсутність піклування, через неповноцінне виховання та відсутність емоційної підтримки, або визначити, чи виправдовується встановлення державної опіки над дитиною станом її фізичного або психічного здоров'я (див. справи «Валлова і Валла проти Чеської Республіки» (*Wallovb and Walla v. the Czech Republic*), № 23848/04, п. 72, від 26 жовтня 2006 року; і «Гавелка та інші проти Чеської Республіки» (*Havelka and Others v. the Czech Republic*), № 23499/06, п. 57, від 21 червня 2007 року). З іншого боку, сам той факт, що дитина може бути поміщена в середовище, більш сприятливе для її виховання, не виправдовує примусового відібрання її від батьків (див., наприклад, справу «К. А. проти Фінляндії» (*K. A. v. Finland*), № 27751/95, п. 92, ЄСПЛ 2003-I). Такий захід не можна також виправдовувати виключно посиланням на ненадійність ситуації, адже такі проблеми можна вирішити за допомогою менш радикальних засобів, не вдаючись до роз'єднання сім'ї, наприклад, забезпеченням цільової фінансової підтримки та соціальним консультуванням (наприклад, справа «Мозер проти Австрії» (*Moser v. Austria*), № 12643/02, п. 68, від 21 вересня 2006 року; згадані вище рішення у справі «Валлова і Валла проти Чеської Республіки», пп. 73–76, та у справі Гавелка та інші, п. 61).

3. Згідно з ч.5 ст.19 СК орган опіки та піклування подає суду письмовий висновок щодо вирішення спору на підставі відомостей, одержаних у результаті обстеження умов проживання дитини, батьків, інших осіб, які бажають проживати з дитиною, брати участь у її вихованні, а також на підставі інших документів, які стосуються справи. Суд може не погодитися з висновком органу опіки та піклування, якщо він є недостатньо обґрунтованим, суперечить інтересам дитини.

4. Рішення про відібрання дитини та вилучення її з сімейного оточення має підкріплюватися достатньо переконливими і виваженими аргументами на захист інтересів дітей [15, с. 113].

1. Розка Н. В. Коментар фахівця: примусове виконання рішень про відібрання дитини / Н. В. Розка [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dvs-zp.gov.ua/?q=node/3035>.
2. Логвінова М. В. Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків (осіб, які їх замінюють) за правопорушення, вчинені неповнолітніми : монографія / М. В. Логвінова. – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2009. – 206 с.
3. Косенко А. Е. Отображение детей без лишения родителей родительских прав / А. Е. Косенко // Материалы Всесоюзной научно-практической конференции «Проблемы советского семейного права» (19-21 января 1979 г.) – М., 1980. – С. 61.
4. Иоффе О. С. Советское гражданское право. – Ч. 3 / О. С. Иоффе. – Л., 1965. – 347 с.
5. Логвінова М. В. Відібрання дитини як сімейно-правова санкція / М. В. Логвінова // Проблеми вдосконалення правового регулювання щодо забезпечення прав та основних свобод людини і громадянина в Україні : матеріали Регіональної міжвузівської наукової конференції молодих учених та аспірантів (м. Івано-Франківськ, 19 квітня 2003 р.). – Івано-Франківськ, 2003. – С. 111–117.
6. Тонієвич Є. Д. Санкції в сімейному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес ; сімейне право; міжнародне приватне право» / Є. Д. Тонієвич. – К., 2015. – 19 с.
7. Луспенник Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції / Д. Д. Луспенник. – Х. : Харків юридичний, 2006. – 480 с.
8. Цивільний процес України : академічний курс : підручник / [Фурса С. Я., Фурса Є. І., Гетманцев О. В. та ін.]; За ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2009. – 848 с.
9. Позовне провадження : монографія / В. В. Комаров, Д. Д. Луспенник, П. І. Радченко та ін. ; за заг. ред. В. В. Комарова. – Харків : Право, 2011. – 552 с.
10. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
11. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

12. Корольов В. В. Способи забезпечення цивільного позову, не передбачені ЦПК України / В. В. Корольов // Вісник вищої ради юстиції. – 2011. – № 3 (7). – С. 72–82.
13. Ромовська З. Українське сімейне право : підручник / З. Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – 500 с.
14. Про виконавче провадження : Закон України від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.
15. *Захист прав дітей у цивільному судочинстві. Судові рішення* / Шепелєва Н. В., Романовська Л. А., Капустинський В. А. ; за ред. В. Т. Малярєнка. – К., 2012. – 205 с.

**Ганкевич О.М. Відібрання дитини від батьків: проблеми теорії та практики**

У статті досліджуються матеріальні та процесуальні аспекти відібрання дитини від батьків, аналізуються позиції учених та практиків щодо сутності, поняття та природи сімейно-правової санкції у вигляді відібрання дитини. У роботі розкрито процесуальні особливості виконання рішення суду про відібрання дитини органами ДВС та проаналізовано судову практику.

**Ключові слова:** санкція, сімейно-правова санкція, державний примус, правопорушення, вина.

**Ганкевич О.М. Отобраніе ребенка у родителей: проблемы теории и практики**

В статье исследуются материальные и процессуальные аспекты отобрания ребенка от родителей, анализируются позиции ученых и практиков относительно сущности, понятия и природы семейно-правовой санкции в виде отобрания ребенка. В работе раскрыты процессуальные особенности выполнения решения суда об отобрании ребенка органами ДВС и проанализирована судебная практика.

**Ключевые слова:** санкция, семейно-правовая санкция, государственное принуждение, правонарушение, вина.

**Gankevich O.M. Child withdrawal from parents: problems of theory and practice**

The article researches the substantive and procedural aspects of the removal of a child from parents. Views of scientists and practitioners about essence, concept and nature of family law sanctions of the removal of a child are analyzed. The procedural peculiarities of the execution of a court's judgement about the removal of a child by the State Enforcement Service are considered and summary of court rulings on the issue is done.

The analysis of the Family code of Ukraine clearly shows that the removal of the child from the parents should be viewed as the family law sanction for the illegal behavior and guilty conduct of parents.

The removal of the child from parents without terminating parental rights occurs in a number of cases: 1) commitment of an offence by parents, id est their illegal

behavior and guilty conduct; 2) behaviors that is not an offence itself but it poses a danger for a child as it may cause a psychological breakdown, chronic illness, confluence of reduced circumstances and other circumstances that do not constitute guilty conduct (inactivity) of parents.

The author subscribes to the position of scientists according to which not any removal of the child from parents can be determined as the sanction of the family law norm, but only the following removal: а) from one of the parents and return of the child to the previous place of residence through legal proceedings (in this case the simultaneous pecuniary and non-pecuniary damages to the one the child lived with can be provided); б) from parents (a mother, a father, other persons a child currently lives with) without terminating parental rights. The sanction mentioned above can be temporary in relation to parents who exercise their parental duties improperly as the one that precedes the termination of parental rights as well as independent family law sanction. In the majority of cases the sanction in the form of removal of the child is the preventive (temporary) measures of children safeguarding, and precedes the termination of parental rights.

It is proved that a court cannot decide to remove the child from one of the parents or both of them and foster the child to another person required by the Law as provisional remedy in case of danger or loss of life for the child before deciding the dispute over the place of residence of a child of tender years or the termination of parental rights.

**Keywords:** sanction, family law sanction, official enforcement, offence, guilt.

Гейнц Р.М.

## ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА СЕРВІТУТІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ФРАНЦІЇ

УДК 347.2

**Постановка проблеми.** Сервітут, сформувавшись ще у римському приватному праві, знайшов своє втілення у законодавствах більшості європейських країн. Із прийняттям Земельного та Цивільного кодексів України, сервітут відродився і в українському законодавстві. Реалізація євроінтеграційних прагнень України передбачає вивчення цивільного законодавства тих країн, які входять до Європейського Союзу, зокрема основних положень Французького цивільного кодексу 1804 року (далі – ФЦК) [3]. Тим більше, маючи понад двохсотлітню історію, цей законодавчий акт забезпечує найбільш повне та детальне регулювання відносин, пов'язаних із встановленням та змістом сервітутів.

ЗБІРНИК НАУКОВИХ СТАТЕЙ