

УДК 346.961:347.121.1

**Ірина Бондар,***канд. юрид. наук, доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури**Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СІМЕЙНИХ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ У НОТАРІАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ

*Стаття присвячена проблемним питанням реалізації та захисту особистих немайнових прав у різних нотаріальних провадженнях. Досліджуються аспекти можливості врегулювання особистих немайнових відносин шлюбним договором та питання особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей.*

**Ключові слова:** нотаріус, особисті немайнові права, шлюбний договір, діти, посвідчення правочинів.

**Постановка проблеми.** Загальне сприйняття сімейних особистих немайнових прав і відповідних правовідносин у нотаріальних провадженнях слід, на нашу думку, структурувати на системній моделі нотаріальних процесуальних правовідносин [1] та системності в застосуванні договорів [2], що відображено у різних моделях сімейних договорів та їх окремих різновидах, які узгоджено визначають питання сімейних відносин [3]. Тому у статті зосередимо увагу на дискусійних питаннях, що стосуються можливості врегулювання особистих немайнових відносин шлюбним договором та розглянемо проблемні аспекти особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей, тому що нині ці питання набувають актуальності та залишаються відкритими, оскільки не знайшли свого остаточного вирішення.

**Мета дослідження.** Автор поставив собі за мету дослідити можливість врегулювання особистих немайнових прав у шлюбному договорі та питання особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей.

**Стан дослідження.** До вчених, які свої праці присвятили дослідженню проблем шлюбного договору, слід віднести І. В. Жилінкова, О. М. Калітенко, С. Я. Фурсу та інші. Питання регулювання особистих немайнових відносин у сімейній сфері розкривають такі науковці, як В. І. Бобрик, О. В. Михальнюк, О. М. Нікітюк, І. В. Спасько-Фатеева та інші.

**Виклад основного матеріалу.** Одразу звернемо увагу на те, що у ст. 92 СК обмежується право неповнолітніх на безпосереднє укладання шлюбного договору до реєстрації шлюбу, оскільки в цьому разі потрібна письмова згода їхніх батьків або піклувальників,

засвідчена нотаріусом. Вважаємо, що це положення абсолютно не узгоджується з реальними правовідносинами, оскільки шлюб накладає на подружжя і без шлюбного договору певні зобов'язання, а з моменту реєстрації шлюбу особи набувають повної дієздатності. А дозволяти або забороняти батькам або піклувальникам укладати договір без ознайомлення з його змістом – це просто нелогічно, однак саме так у ст. 92 СК тлумачаться повноваження батьків або піклувальників. При цьому будь-яка участь цих осіб в укладанні шлюбного договору і його посвідченні не передбачена, оскільки він почне діяти з моменту реєстрації шлюбу.

Згідно ж зі ст. 93 СК шлюбним договором регулюються майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки. Шлюбним договором можуть бути визначені майнові права та обов'язки подружжя як батьків. Шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми.

Таке обмеження змісту шлюбного договору лише регулюванням майнових прав та обов'язків викликало у науці та практиці дискусію щодо особливостей тлумачення цього положення СК та доцільності врегулювання у шлюбному договорі й особистих немайнових прав подружжя.

Так, С. Я. Фурса зазначає, що така редакція норми закону потребує відповідного тлумачення, оскільки неконкретність цієї норми зумовлює неможливість її застосування. Тому реально можна тлумачити особисті права лише у межах глави 6 «Особисті немайнові права та обов'язки подружжя», а інші питання вносити до змісту шлюбного договору, що впливає із загальновідомого

правила: все, що не заборонено, дозволено [4, с. 257].

Звернемо увагу й на той факт, що у ст. 99 СК встановлене право на утримання одного із подружжя і незалежно від непрацездатності та потреби у матеріальній допомозі на умовах, визначених шлюбним договором. Дане положення, загалом, слід розцінювати як порушення принципу рівності сторін та правила про рівність прав жінки та чоловіка, а це є порушенням ст. 21, частин 2 та 3 ст. 24, ч. 1 ст. 51 Конституції України. Тому такий шлюбний договір може бути визнаний судом нікчемним, якщо підстави для встановлення утримання не будуть належно обґрунтовані. З цього відносно простого висновку випливає, що в шлюбі відчувається нерівність і певні особисті нематеріальні права одного із подружжя домінують над правами іншого з подружжя. Наприклад, коли один із подружжя за його позицією жертвує власною кар'єрою задля забезпечення інтересів сім'ї, то інший зобов'язується компенсувати таку втрату за власний рахунок, і знов таки в інтересах сім'ї. Наскільки такі відносини в майбутньому будуть тривалими, важко передбачити. Але іноземна юридична практика знає випадок, коли за народження дитини від мільйонера громадянка України отримала мільйон доларів США. Тому говорити про законність такої умови шлюбного договору за українським законодавством і відповідними традиціями українського народу не доводиться.

Після такого порівняння вважаємо дивною таку дискусію. Так, С. Я. Фурса допускає можливість регулювання шлюбним договором права кожного з подружжя на віросповідання, а також на виховання у дітях прихильності до якоїсь релігії або неможливість поширення виховання на питання віросповідання дитини до досягнення нею повноліття [5, с. 360-361]. І. В. Жилінкова, навпаки, вказує, що зазначена норма досить чітко окреслює межі шлюбного договору в цьому сенсі. Вона однозначно наголошує на неможливості включення до шлюбного договору будь-яких умов особистого характеру. Тому не відповідатимуть закону ймовірні умови шлюбного договору, запропоновані С. Я. Фурсою, щодо встановлення права кожного із подружжя на віросповідання або на виховання в дітях прихильності до якоїсь релігії [6, с. 126].

Загалом погодитися з думкою І. В. Жилінкової щодо начебто дуже чіткого окреслення у наведеній нормі меж шлюбного договору в цьому сенсі не можна.

Натомість уведення будь-якої заборони на врегулювання шлюбним договором осо-

бистих немайнових правовідносин взагалі не видається доцільним.

Очевидно, правильною натепер слід вважати позицію О. В. Михальнюк, яка полягає в тому, що в Україні в сучасних умовах існує тенденція до позитивного вирішення питання про регулювання шлюбними договорами, поряд із майновими відносинами, також і особистих немайнових, але за умови, що гарантовані Конституцією України права людини не порушуватимуться [7, с. 91-92]. Отже, натепер таких заборон вже фактично не існує. У зв'язку з цим В. І. Бобрик на підставі аналізу ст. 7, 9 СК робить цілком обґрунтований висновок, що СК не виключає договірне регулювання особистих немайнових відносин сімейного характеру, крім як у ч. 3 ст. 93 СК, в якій встановлена пряма заборона регулювання шлюбним договором особистих відносин подружжя, а також особистих відносин між ними та дітьми [8, с. 234]. Таким чином, на його погляд, вбачається штучність обмеження, встановленого зазначеною нормою [8, с. 237].

На наш погляд, з огляду на те, що сімейне законодавство дозволяє врегулювання особистих немайнових відносин договором, у шлюбному договорі, як у жодному іншому, особисті немайнові відносини повинні бути врегульовані. Правова природа шлюбного договору є сімейною, а не цивільною. У сфері сімейних відносин особисті немайнові правовідносини відіграють набагато більше значення, ніж майнові. Чоловік та жінка, вступаючи у шлюб, реалізують саме наявні у них особисті немайнові права на сім'ю (ст. 291 ЦК) та на особисте життя (ст. 301 ЦК), а шлюбні сімейні відносини, власне, і виникають унаслідок особистих немайнових благ. Отже, сімейні відносини – це більше особисті немайнові. Може, ще навіть більші, ніж майнові. Для нас виглядає нелогічним, що інститут шлюбного договору із заборonoю регулювати особисті немайнові права закріплений у СК у тому вигляді, що він регулює тільки майнові відносини. Цим він втрачає свою сімейно-правову природу, перетворюючись більше в цивільно-правовий договір. Задля того, щоб шлюбний договір дійсно став шлюбним, а не цивільно-правовим, він повинен містити в собі й умови щодо врегулювання особистих немайнових прав та обов'язків подружжя.

У шлюбних договорах не лише можна, а й необхідно, щоб майбутнє подружжя зафіксувало спільні підходи до врегулювання сімейних відносин особистого немайнового характеру. Такими можуть бути не лише відносини щодо права кожного з подружжя на віросповідання, на виховання у дітях при-

хильності до якоїсь релігії або неможливість поширення виховання на питання віросповідання дитини до досягнення нею повноліття, як на те цілком правильно вказує С. Я. Фурса, а й, наприклад, взагалі питання щодо наявності дітей у сім'ї або їх кількості. І в аспекті цих правовідносин виглядає недосконалим правове регулювання особистого немайнового права на життя, визначеного ч. 6 ст. 281 ЦК, згідно з якою штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки. Отже, як видається, у вирішенні питання про штучне переривання вагітності згода чи незгода чоловіка, який є майбутнім батьком, на таке переривання вагітності взагалі не враховується. У зв'язку з цим не виключено, що цей чоловік в межах такого шлюбу взагалі не зможе реалізувати особисте немайнове право, яке йому надає законодавством, – право на батьківство (ст. 50 СК). У разі, якщо шлюбний договір міг би містити положення щодо особистих немайнових прав та обов'язків, то реалізація такого права чоловіка могла би відбутися. А з огляду на те, що згідно з ч. 2 ст. 50 СК відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини взагалі може бути законодавчо визначеною причиною розірвання шлюбу, то заборона на включення у шлюбний договір положення щодо наявності дітей у шлюбі загалом виглядає не лише штучною, а й шкідливою та такою, що з більшою часткою ймовірності може призвести до руйнування сім'ї. Аналогічне право на народження дитини гарантується СК й жінці, отже, такі права мають регламентуватися шлюбним договором. У зв'язку з наведеним пропонуємо удосконалити не лише ст. 93 СК на предмет скасування заборони щодо врегулювання у шлюбному договорі особистих відносин подружжя, а й положення ч. 6 ст. 281 ЦК на предмет обумовлення можливості штучного переривання вагітності жінкою, яка перебуває у шлюбі, згодою на це чоловіка або бодай тими зобов'язаннями щодо материнства, які дружина взяла на себе у шлюбному договорі.

Не дивно, що, якщо встановлена «запрограмованість» умов шлюбного договору в Україні, в нотаріальній практиці лише незначна кількість громадян посвідчує такий договір, хоча в розвинених країнах такий договір користується істотним попитом. З огляду на те, що сімейне законодавство дозволяє врегулювання особистих немайнових відносин договором, повинна бути можливість врегулювати особисті немайнові відносини і в шлюбному договорі. Тому об'єктивно варто переглянути умови посвідчення шлюбного

договору та його зміст відповідно до принципу свободи договору, щоб громадяни хоча б замислювалися над питаннями майбутнього життя їхньої сім'ї, а не спрощувати процедуру реєстрації шлюбу і робити її формальною. Тому варто звернути увагу на той аспект, що, якщо змінити назву договору зі шлюбного договору на сімейний, в осіб виникає право регламентувати будь-які відносини, а не тільки майнові [9, с. 48] чи посвідчити у нотаріуса шлюбний договір з елементами виховання та визначення місця проживання дитини (змішаний договір) [10, с. 84].

Тепер розглянемо питання особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей. Якщо можливість урегулювання особистих немайнових прав у шлюбному договорі є дискусійною, то цього не можна сказати про сімейні договори щодо дітей. Так, наприклад, ч. 1 ст. 109 СК передбачає, що подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той із батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей. Згідно з ч. 4 ст. 157 СК батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. У практиці такі договори дістали назву договорів про визначення місце проживання та виховання дитини. Безумовно, у цих договорах знаходять свою реалізацію особисті немайнові права та обов'язки батьків та дітей. Такі договори є чи не найбільш поширеними з усіх сімейних договорів щодо особистих немайнових прав.

На процедуру посвідчення таких договорів поширюються загальні положення нотаріальної процедури щодо посвідчення договорів, з певними особливостями. Так, насамперед, у разі посвідчення такого виду договорів нотаріус поряд із низкою загальних умов відповідності договорів вимогам законодавства повинен перевірити, чи не порушує він прав та інтересів дитини. Як свідчить нотаріальна та судова практика, у нотаріальній практиці трапляються випадки очевидного порушення прав дитини.

Так, приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу Т. І. Лубніною 30.03.2010 між ОСОБА\_1 та ОСОБА\_2 як подружжям був посвідчений договір про режим виховання та забезпечення їхніх спільних дітей під час та після розірвання шлюбу, зареєстрований у реєстрі за

№ 694. Умовами договору було визначено, що дитина буде проживати з обома батьками за графіком: з одинадцятої години неділі до дев'ятої години четверга з матір'ю, а з дев'ятої години четверга до одинадцятої години неділі – з батьком. Такий договір був розірваний рішенням Шевченківського районного суду м. Києва від 17.07.2012 з огляду на те, що з умов даного договору вбачалося, що фактично місце постійного проживання дитини не було визначене. Договором був встановлений режим проживання дитини, що не відповідав інтересам дитини, не сприяв її фізичному та духовному розвитку, а, навпаки, негативно впливав на стан її фізичного та психічного здоров'я [11].

І справді, з таким висновком суду слід погодитися, якщо під час розгляду справи були представлені належні і допустимі докази погіршення стану здоров'я дитини тощо. Дитина повинна мати певне місце проживання, хоча це положення деякою мірою і суперечить ч. 6 ст. 29 ЦК. Постійна зміна цього місця є важкою навіть фізично, не призводить до створення комфорту для дитини. Тому такі випадки, коли подружжя, визначаючи місце постійного проживання дитини фактично порівну ділять час, який кожний із подружжя проводитиме з дитиною, є не завжди виправданим. Але ділити тиждень по днях та годинах нерационально, оскільки дитині потрібно готуватися до наступних занять, відвідувати гуртки, витратити час на переїзди і перевезення необхідних речей тощо, тому можлива «компенсація» за недоотримане спілкування з дитиною залежить від графіку роботи іншого із подружжя, але в літній період діти, як правило, перебувають на канікулах, і в цей період можна «надолужити» втрачений час на спілкування. Головне, щоб сторони були готові до діалогу, і кваліфіковані нотаріуси здатні будуть запропонувати альтернативні варіанти розподілу між батьками обов'язків щодо виховання дитини.

Неприйнятними слід розглядати й випадки, коли внаслідок укладення таких договорів між подружжям, які проживають порізно, діти (рідні брати та сестри) розлучаються: один із них проживає з матір'ю, а інший – з батьком. Такі варіанти визначення місця проживання та участі батьків у вихованні дітей порушують права дітей по відношенню до своїх братів та сестер.

Із посвідченням правочинів щодо дітей та їхніх особистих немайнових прав виникає ще одне практичне питання, яке нотаріусу необхідно буде обов'язково вирішити задля вчинення повністю законного нотаріального акту, – це питання участі у нотаріальному процесі в окремих випадках самої дитини.

Така участь, на наш погляд, впливає з положень сімейного законодавства.

Так, ч. 2 ст. 160 СК передбачає, що місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини. Необхідно погодитися з думкою О. Розгон, що дитина, яка досягла 10 років, може брати участь у договірному процесі між батьками щодо визначення питання місця її проживання, оскільки під час вирішення питання про визначення місця проживання дитини враховується не лише думка батьків, але й самої дитини [12, с. 74]. Однак, трансформуючи відповідні положення у зміст договору та процедуру його нотаріального посвідчення, можемо констатувати, що у разі укладення договорів щодо визначення місця проживання дитини віком від десяти років та до чотирнадцяти років безпосередньо стороною такого договору повинна бути дитина, при цьому сам договір набуватиме характеру тристороннього, однак участь у процедурі нотаріального посвідчення такого договору самої дитини може бути істотно ускладнена. Так, дитина може заперечувати проти будь-яких умов такого договору лише через те, що вона не хоче, щоб батьки розлучалися і жили окремо, тощо.

Справді, 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. І хоча частини 2 та 3 ст. 171 СК стосуються врахування думки дитини лише судом під час вирішення ним спору щодо її виховання, місця проживання, у тому числі під час вирішення спору про позбавлення батьківських прав, поновлення батьківських прав, а також спору щодо управління її майном, на наш погляд, у досвідчених нотаріусів має бути відпрацьований шлях щодо поширення ч. 1 ст. 171 СК і на процедуру посвідчення ними правочинів, що стосуються регламентації прав такої дитини у нотаріальному акті. Так, діти у 10-річному віці ще не знають такого поняття, як паспорт, особистий підпис, і, відповідно, його складно буде зафіксувати під згодою дитини на посвідчення відповідного договору. Тому вважаємо доцільним посвідчувати такий договір у присутності свідків або із залученням представників органу опіки та піклування, щоб зафіксувати згоду або заперечення дитини. Під час нотаріального посвідчення правочинів щодо особистих немайнових прав дитини необхідно передбачити участь у нотаріальному процесі органу опіки та піклування, задля чого необхідно внести відповідні зміни в Сімейний кодекс України і в Закон України «Про нотаріат».

Усе наведене нами свідчить про те, що нотаріус повинен досить ретельно перевіряти умови правочинів, навіть очевидно майнового характеру, на предмет відповідності їх законодавству про особисті немайнові права.

#### Список використаних джерел:

1. Фурса С.Я. Юридична природа та системна модель нотаріальних правовідносин. Вісник Академії праці і соціальних відносин. 2000. № 6.
2. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Системність у сприйнятті договорів. Нотаріат Адвокатура Суд. 2010. № 6 (56).
3. Драгневич Л.Ю., Пульнева О.С., Фурса Є.І. Сімейне право. Нотаріат Адвокатура Суд: науково.-практ. посіб.: у 2-х кн. / за заг. ред. С.Я. Фурси. К.: Видавець Фурса С.Я., 2005.
4. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи. К.: Істина, 2002. 320 с.
5. Фурса С.Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. К., 2003. 426 с.
6. Жилінкова І. Концепція шлюбного договору за новим Сімейним кодексом України.

Вісник Академії правових наук України. 2002. № 3. С. 122-130.

7. Михальнюк О.В. Договірне регулювання особистих немайнових відносин у сімейній сфері. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 1. С. 86-92.

8. Бобрик В. И. Договорное регулирование личных неимущественных отношений. Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука. К: ЮрИнком Интер, 2010. С. 229-245.

9. Фурса С.Я., Драгневич Л.Ю., Фурса Є.І. Настільна книга нотаріуса. Сімейні відносини в нотаріальній та судовій практиці. Видавничий дім «Інюре», 2003. 352 с.

10. Нікітюк О.М. Охорона і захист права спільної власності подружжя: нотаріат, суд, виконавче провадження: монографія. К.: Алерта, 2018. 208 с.

11. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 17.07.2012 у справі № 2610/3770/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/25329857>

12. Розгон О. Договір між батьками про місце проживання дитини. Мала енциклопедія нотаріуса. 2013. № 2. С. 71-84.

*Стаття посвячена проблемним вопросам реализации и защиты личных неимущественных прав в различных нотариальных производствах. Исследуются аспекты возможности урегулирования личных неимущественных отношений брачным договором и вопросы личных неимущественных прав при удостоверении сделок в отношении детей.*

**Ключевые слова:** нотариус, личные неимущественные права, брачный договор, дети, удостоверение сделок.

*The article is devoted to problematic issues of realization and protection of individual non-property rights in various notarial proceedings. The aspects of the possibility of settling individual non-property relations by a marriage contract and the issue of individual non-property rights of children in the process of notary certifications of bergans are explored.*

**Key words:** notary, individual non-property rights, marriage contract, children, bergain notary certification.

