

**МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
ХАРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

Факультет № 6

Кафедра цивільного права та процесу

ТЕКСТ ЛЕКЦІЇ

з навчальної дисципліни «Охорона сімейних прав та інтересів при здійсненні
правоохоронної діяльності»

вибіркових компонент

першого (бакалаврського) рівня вищої освіти

262 Правоохоронна діяльність

**за темою – «Конституційні права людини на невтручання в особисте і
сімейне життя в Україні. Компетенція органів внутрішніх справ України
щодо реалізації правоохоронної функції щодо охорони цих прав»**

ЗАТВЕРДЖЕНО

Харків (Вінниця) 2023

СХВАЛЕНО

Науково-методичною радою
Харківського національного
університету внутрішніх справ
Протокол від 30.08.2023 № 7

Вченою радою факультету № 6
Протокол від 25.08.2023 №7

ПОГОДЖЕНО

Секцією Науково-методичної ради
ХНУВС з юридичних дисциплін
Протокол від 29.08.2023 № 7

Розглянуто на засіданні кафедри цивільного права та процесу (протокол від 23.08.2023 № 8)

Розробник:

1. Доцент кафедри цивільного права та процесу, канд. юрид. наук, доцент
Кириченко Тетяна Сергіївна

Рецензенти:

1. Завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук, доцент Зайцев Олексій Леонідович.
2. Професор кафедри цивільного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук, професор Борисова Валентина Іванівна.

План лекції

1. Акти сімейного законодавства України.
2. Значення та порядок застосування міжнародних договорів при регулюванні сімейних відносин.
3. Регулювання сімейних відносин за допомогою договорів.
4. Значення постанов Пленуму Верховного Суду та судової практики при регулюванні сімейних відносин.
5. Реалізація правоохоронної функції щодо охорони цих прав правоохоронними органами.

Рекомендована література:

Основна

Основна

1. Ватрас В.А. Поняття «Сім'ї» у сімейному праві України. Форум права. Харків. 2009. № 1. С. 83–91.
2. Красицька Л.В. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян : монографія. Донецьк : Донецький інститут внутрішніх справ МВС України, 2002. 164 с.
3. Менджул М. В. Поняття та зміст права на сім'ю. Закарпатські правові читання: Матеріали X Міжнародної науково-практичної конференції (19-21 квітня 2018). Ужгород, 2018. С. 254–258.
4. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар : із змінами та допов. станом на 1 верес. 2008 р. / З.В. Ромовська. – К.: Правова єдність, 2009. – 430 с.
5. Сімейне право України: підручник / Т.В. Боднар, В.С. Гопанчук, О.В.Дзера та ін. – Київ : Юрінком Інтер, 2016. – 519 с.
6. Сімейне право України: підручник: Затверджено МОН України / авт. кол.: Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova, К.М. Глиняна та ін. – К. : Істина, 2010. – 320 с.
7. Сімейне право України: підручник: Затверджено МОН України / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 264с.
8. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар / С.Я. Фурса, Є.І.Фурса, О.О. Кармаза та ін. – К.: Вид. Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – 1248 с.
9. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я.М. Шевченко. Хмельницький: Вид-во Хмельницьк. ун-ту упр. та права, 2007. 626 с.
10. Синегубов О.В. Загальні положення здійснення права дитини на сім'ю. Форум права. 2013. № 4. С. 368.

11. Цивільний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За ред. Є.О. Харитонova. Х.: Одиссей, 2006. 1200 с.

Додаткова

1. Ахтирська Н.М., Касько В.В., Маланчук Б.А., Мелікян А., Пошва Б.М., Фулей Т.І., Шукліна Н.Г. Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поводженню і безкарності : науково-практичний посібник для суддів / За заг. ред. проф. Маляренка В.Т. К.: «К.І.С.», 2011. 320 с.

2. Апопій І. В. Сімейне право України: навч. посіб. Вид. 2-ге, переробл. та допов. К.: Центр учбової літератури, 2011. 360 с.

12. Багач Е. М., Білоусов Ю. В. Сімейний кодекс України: науково-практ. коментар. К.: Ліга, 2010. 577 с. 3. Гузь Л. Є., Гузь А. В. Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України. Х., 2011. 576 с.

3. Бринь Т.О. Питання забезпечення конституційних прав і свобод людини в сучасних умовах / Т.О. Бринь // Проблеми законності : респ. міжвід. наук. зб. – Вип. 84. – Х. – 2006. – С. 26–33.

4. Пейн Т. Права людини (текст) : монографія / Т. Пейн ; пер. з англ. І Савчак. – Львів : Літопис, 2000. – 48 с.

5. Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 09.12.1975. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_084#Text.

6. Дутко А. О., Мних С. Р. Поняття та ознаки сім'ї за законодавством України. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2014. № 3. С. 106.

1. Дашо Т.Ю. Роль органів внутрішніх справ у забезпеченні прав, свобод та обов'язків людини і громадянина / Т.Ю. Дашо // Актуальні проблеми держави і права. – № 3. – С. 310–315.

2. Дякович М. М. Правове регулювання «фактичних шлюбних відносин» // Вісник Верховного суду України. – 2011. - №2. – С. 37-43

3. Жилінкова І.В. Дія норм сімейного законодавства у часі // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 108 – 118.

4. Кравцова Т. Проблемні питання розлучення іноземців на території України // Юридична газета. – 2014. - №3-4. – С. 15-16

11. Загуменна Ю.О. Основні напрями забезпечення прав і свобод людини в діяльності органів внутрішніх справ України / Ю.О. Загуменна // Форум права. – 2010. – № 4. – 382 с.

12. Криштанович М. Діяльність ОВС щодо захисту прав і свобод людини як важлива умова забезпечення національної безпеки України / М. Криштанович // Науковий вісник. – 2013. – Вип. 12 «Демократичне врядування». – С. 34–38.

13. Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність видів поводження і покарання від 10.12.1984. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text.
14. Коновалов Д. Сімейний кодекс України - шлях до Європи // Юридичний журнал : Правове видання / МОН України, НПУ імені М.П.Драгоманова. - 2004. - № 10. – С.72-75.
15. Лепех С. М. Сімейне право України: навч. посіб. Львів: ВЦ ЛНУ ім. Івана Франка, 2010. 318 с.
16. Орлова О.О. Катування, нелюдське та таке поводження чи покарання, що принижує людську гідність: розмежування понять. Науковий вісник ДДУВС. 2017. № 3. С. 63–65.
17. Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 № 2402-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>.
18. Серьогін В.О. Конституційне право особи на недоторканість приватного життя (прайвесі): проблеми теорії та практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01, 12.00.02 / В.О. Серьогін. – Х., 2011. – 415 с. 6. Посібник з європейського права у сфері захисту персональних даних. – Київ: К.І.С, 2015. – 215 с.
19. Сімейне право України: навч. посіб. для студентів ЗВО / Ю. М. Фролов та ін. Донецьк: Донбас, 2014. 340 с.
20. Сімейне право України: підручник/ Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. К.: Юрінком Інтер, 2012. 264 с. 12. Сімейне право України: підручник / Т. В. Боднар, В. С. Гопанчук, О. В. Дзера та ін.; за заг. ред. Т. В. Боднар та О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2016. 520 с.
21. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія. К. : КНТ, 2007. 626 с.
22. Червоний Ю. Поняття предмета і методу сімейного права України // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4. – С.157-170.
23. Черновалюк Ю. Ю. Право особи на сім'ю за законодавством України. Актуальні проблеми держави і права, 2008. С. 216–221.
24. Шемчушенко Ю. С. Великий енциклопедичний юридичний словник. К. : Юрид. думка, 2007. 990 с.
25. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т.4: Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки / За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Х.: ФО-П Колісник А.А., 2010. 768 с.

Інформаційні ресурси в Інтернеті

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
3. Рішення ЄСПЛ від 18.06.1971 у справі «Де Вільде (De Wilde), Оомс (Oovs) и Версип (Versyp) проти Бельгії». URL: <https://zakon.>
2. Бельо Л.Ю. Право на сім'ю, його зміст та особливості. http://lsey.org.ua/3_2022/14.pdf
3. Верховна Рада України: Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>
4. Верховний Суд України: Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/>
5. Загальна декларація прав людини: Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.97. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
7. Конвенція про права дитини: ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text
8. Сімейний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>
9. Рішення Конституційного суду № 2-рп/2012 від 20.01.2012 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12#n51>
9. Цивільний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
10. Національна бібліотека України імені В. І. Вернадського Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua>
11. Майкут Х.В. Право на свободу та право на особисту недоторканість у контексті нормативного забезпечення та прецедентної практики Європейського суду з прав людини http://www.lsey.org.ua/4_2021/60.pdf
12. Кардаш А.В. Право на приватність як основоположне право людини <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/34569/1>
13. Стахура Б.І. Роль органів внутрішніх справ у забезпеченні прав, свобод та обов'язків людини і громадян <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/.pdf>

1. Акти сімейного законодавства України.

Відповідно до ст. 7 СК сімейне законодавство включає в себе сам Сімейний кодекс України та інші нормативно-правові акти. Зведення сімейного законодавства виключно до цих нормативно-правових актів не можна вважати новим для українського законодавства, бо традиційно терміном «сімейне законодавство» охоплювалася *вся сукупність нормативних актів, які містили норми сімейного права*. Між тим, у самому СК вказується і на інші джерела, які складають сімейне законодавство, які аж ніяк не можна віднести до нормативно-правових актів. Так, **ст. 9 СК** передбачає можливість урегулювання сімейних відносин за домовленістю (**договором**) сторін, а **ст. 11 СК** допускає врахування *звичайв* при врегулюванні сімейних відносин, якщо вони не суперечать СК, іншим законам та моральним засадам суспільства. Звідси і договір, і певні звичаї теж слід відносити до джерел сімейного права. **Стаття 13 СК** визнає *частиною національного сімейного законодавства України міжнародні договори*, згоду на обов'язковість яких дано Верховною Радою України,

Ряд норм сімейного права міститься і в новому ЦК України. Так, відповідно до **ч. 3 ст. 368 майно**, набуте подружжям за час шлюбу, є їхньою **спільною сумісною власністю**, якщо інше не встановлено договором або законом. До того ж, **ст. 8 СК** допускає субсидіарне застосування відповідних норм ЦК.

Крім цього, безумовно, слід погодитися з тими правниками, які вважають, що в **ст. 7 СК** є деяка неточність, бо в першу чергу сімейні відносини регулюються **Конституцією**, норми якої є **нормами прямої дії** (**ст. 8 Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй**

Значення Конституції для регулювання сімейних відносин Конституція має **вищу юридичну силу**, а всі закони, включаючи і СК, і інші нормативно-правові акти, *приймаються на її основі і повинні їй відповідати*. Виходячи з цього, якщо будь-який нормативний акт суперечить Конституції, він не тільки повинен бути відміненим Конституційним Судом, а й взагалі не може застосовуватися.

Конституція містить цілий ряд норм, які визначають зміст сімейного законодавства. Такі норми знаходяться в розділі **II Конституції**, наприклад, **ч. 3 ст. 24** *забезпечує жінкам та чоловікам рівні права, гарантує створення жінкам умов для можливості поєднання роботи з материнством тощо*.

Особливо важливе значення мають положення статей **51 і 52 Конституції**, які встановлюють *основні принципи регулювання сімейних відносин* і знаходять своє втілення в нормах СК та інших нормативно-правових актів. Відповідно до **ст. 51 Конституції сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою**. Шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка, тобто не може бути ніякого примусу щодо взяття шлюбу. Незгода батьків, опікунів не має значення при взятті шлюбу, укладенні шлюбу — це справа тих, хто його бере для створення сім'ї, і тому вирішальним є їх бажання. Ця стаття

також встановлює, що кожен з подружжя має *рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї, батьки зобов'язані утримувати своїх неповнолітніх дітей, а повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків.*

Відповідно до **ст. 52 Конституції** діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Таким чином відтворюється загальне правило, за яким *взаємні права та обов'язки батьків і дітей ґрунтуються на походженні дітей, засвідченому у встановленому законом порядку.* Законом закріплено дві рівнозначні за своєю правовою силою підстави виникнення батьківських правовідносин. Якщо батьки дитини перебувають у зареєстрованому шлюбі, то її походження визначаються на підставі запису про шлюб батьків. Наявність зареєстрованого шлюбу є передусім підставою для презумпції (припущення) батьківства чоловіка матері дитини. Тобто жінка, яка перебуває у шлюбі на час зачаття чи народження дитини, звільняється від обов'язку доводити походження дитини від свого чоловіка і може записати його батьком дитини *незалежно від волі останнього.* Припущення батьківства дає право і чоловікові зареєструвати себе батьком дитини, народженої у шлюбі, без згоди матері. Походження дитини від батьків, які не перебувають між собою у шлюбі, встановлюється *шляхом подачі спільної заяви батька і матері дитини до державних органів реєстрації актів цивільного стану (далі — РАЦС).* За відсутності спільної заяви батьківство може бути встановлене у судовому порядку.

Стаття 52 Конституції встановлює також, що будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація **переслідуються за законом.** За жорстоке поводження з дітьми батьки можуть бути позбавлені батьківських прав.

Частина **3 ст. 52** покладає на державу обов'язок щодо утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Держава заохочує і підтримує благодійницьку діяльність щодо таких дітей.

Сімейний кодекс як джерело сімейного права. СК складається з **семи розділів**, які містять **292 статті**. Структура його, порівняно з Кодексом законів про шлюб та сім'ю, який було прийнято ще 20 червня 1969 р. (далі — КЗпШС), зазнала суттєвих змін.

По-перше, такі розділи як «Акти цивільного стану» (розділ V) та «Опіка та піклування» (розділ IV) вилучено з нього. Більшість норм про опіку та піклування міститься тепер у **новому ЦК** (глава 6), хоча окремі норми, наприклад ті, що регулюють опіку і піклування над дітьми, як одну з форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, залишено в СК (**статті 243—251**). Що ж стосується норм, які регулюють реєстрацію актів цивільного стану (раніше назва була дещо іншою — акти громадянського стану), то вони повинні ще знайти своє втілення, за прикладом РФ, у спеціальному законі «Про акти цивільного стану». До тих пір розділ V «Акти громадянського стану» КЗпШС зберігає свою чинність у частині, що не суперечить СК. **З нового СК вилучена глава 3 «Позовна давність», хоча залишилася стаття «Застосування позовної давності до вимог, що впливають із сімейних**

відносин» і введена стаття «Обчислення строків, встановлених у цьому кодексі».

По-друге, в кодексі з'явилися нові глави, наприклад такі, як глава 10 «Шлюбний договір» (статті 92—103), глава 20 «Патронат над дітьми» (статті 252—256).

Розділ I «Загальні положення» містить 2 глави: **«Сім'я. Регулювання сімейних відносин»** (статті 1—13) і **«Здійснення сімейних прав та виконання сімейних обов'язків. Захист сімейних прав та інтересів»** (статті 14—20). В СК вперше дається законодавче визначення ознак сім'ї: це *спільне проживання осіб, зв'язаність їх спільним побутом, наявність взаємних прав та обов'язків. До підстав створення сім'ї законодавець відніс шлюб, кровне споріднення, усиновлення, а також інші підстави, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства* (ст. 3 СК).

До новел у цьому розділі слід віднести, наприклад, **встановлення обов'язку батьків неповнолітніх надавати допомогу у здійсненні останніми батьківських прав та виконанні батьківських обов'язків** (ст. 16 СК); надання дитині, якій виповнилося чотирнадцять років, цивільної процесуальної дієздатності (ч. 1 ст. 18 СК); можливість відшкодування матеріальної шкоди (збитків) та моральної шкоди тим, хто порушив сімейні права особи у випадках, передбачених СК або договором (ч. 2 ст. 18 СК).

Розділ II «Шлюб. Права та обов'язки подружжя» містить 9 глав: **«Загальні положення»** (статті 21—26), **«Державна реєстрація шлюбу*»** (статті 27—37), **«Недійсність шлюбу»** (статті 38—48), **«Особисті немайнові права»** (статті 49—56), **«Право особистої приватної власності»** (статті 57—59), **«Право спільної сумісної власності подружжя»** (статті 60—74), **«Права та обов'язки подружжя по утриманню»** (статті 75—91), **«Шлюбний договір»** (статті 92—103), **«Припинення шлюбу»** (статті 104—120). У цьому розділі вперше на законодавчому рівні дається поняття шлюбу, яке до цього часу давалося тільки у навчальній і науковій літературі. Шлюб — це сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі РАЦС (ст. 21). Підхід законодавця залишився незмінним у цьому питанні, породжує правові наслідки лише шлюб, зареєстрований у встановленому законом порядку. В зв'язку з цим викликає подив поява ст. 74 СК, яка поширила на майно, набуте жінкою та чоловіком, що проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, правовий режим, що виникає на майно у подружжя, а саме право спільної сумісної власності. Таким чином фактичним шлюбним відносинам надано значення юридичного факту, який *служить підставою для поширення на них сімейно-правового регулювання*, що ввійшло в протиріччя з ч. 2 ст. 21 СК, відповідно до якої проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них **прав та обов'язків подружжя**. Винятки з цього правила законодавець не встановив. Вважаємо, що слід погодитися з тими правниками, які підкреслюють, що фактичні шлюбні відносини — це відносини, що стосуються тільки *особистого життя людини*, вони залежать від волі людини і від того, як вона їх буде, тому втручання

держави за встановленим нею правовим регулюванням відносин за типом сім'ї тут недоречні та необґрунтовані. Так звані фактичні шлюбні відносини — це відносини окремих людей, що ґрунтуються на підставах, які вони самі для себе встановлюють і погоджують. Отже, правове регулювання їхніх особистих, майнових і житлових прав має відбуватися на підставах загального цивільного регулювання.

У СК розширено коло осіб, які не можуть перебувати у шлюбі між собою. Це стосується двоюрідних братів та сестер, рідних тіток, дядьків та племінників, племінниць. Між тим, за рішенням суду може бути надано право на шлюб між рідною дитиною усиновлювача та усиновленою ним дитиною, а також між дітьми, які були усиновлені ним.

Розширено в СК також коло обставин, які дають можливість у судовому порядку визнати шлюб недійсним. Так, приховання тяжкої хвороби, а також хвороби, небезпечної для другого з подружжя, їхніх нащадків, може бути підставою для визнання шлюбу недійсним (ч. 5 ст. 30 СК). Легалізовано представництво при подачі заяви про реєстрацію шлюбу. Якщо жінка і (або) чоловік не можуть через поважні причини особисто подати заяву про реєстрацію шлюбу до державних органів РАЦС, таку заяву, нотаріально посвідчену (ст. 28 СК), можуть подати їх представники. Між тим, залишилася незмінною норма, відповідно до якої реєстрація шлюбу через представника неможлива (ст. 34 СК). Причому шлюб, зареєстрований за відсутності нареченої і (або) нареченого, вважається неукладеним, що тягне анулювання запису про такий шлюб у державному органі РАЦС (ст. 48 СК). Введено інститут заручин (с. 31 СК). Розширено можливість для укладення шлюбу. Так, місцем укладення шлюбу може бути не лише місце проживання однієї з осіб, що одружуються, а, за заявою наречених, це може бути й інше місце (наприклад, місце надання стаціонарної медичної допомоги) (ст. 33 СК). Уперше введена норма, яка закріпила одну із правових презумпцій — презумпцію правозгідності (дійсності) шлюбу (ст. 37).

Розділ III «Права та обов'язки матері, батька і дитини» містить 6 глав: **«Визначення походження дитини»** (статті 121—140), **«Особисті немайнові права і обов'язки батьків та дітей»** (статті 141—172), **«Права батьків і дітей на майно»** (статті 173—179), **«Обов'язок матері, батька утримувати дитину та його виконання»** (статті 180—197), **«Обов'язок батьків утримувати повнолітніх дочку, сина та його виконання»** (статті 198—201), **«Обов'язок повнолітніх дочки, сина утримувати батьків та його виконання»** (статті 202—206). **новел цього розділу** До слід віднести наступне: визначається походження дитини від батька у разі реєстрації повторного шлюбу з її матір'ю (ст. 124 СК); при визнанні батьківства за рішенням суду, тобто у випадку народження дитини в незареєстрованому шлюбі, на відміну від ст. 53 КЗпШС законодавець не визначає якісь конкретні підстави встановлення батьківства. Частина 2 ст. 128 СК закріплює, що підставою для визнання батьківства можуть бути будь-які відомості, що засвідчують походження дитини від певної особи; СК передбачив можливість встановлення не тільки батьківства,

а й материнства (ст. 131 СК), а також встановлення факту материнства за рішенням суду (ст. 132 СК); СК, передбачивши можливість оспорування батьківства особою, яка записана батьком дитини, не пов'язує її зі смертю матері або позбавленням її батьківських прав (ст. 136); ст. 143 СК уперше на законодавчому рівні закріпила обов'язок батьків забрати дитину з пологового будинку або з іншого закладу охорони здоров'я.

До новел слід віднести норму, яка вирішує долю доходу від майна дитини (ст. 178 СК), відповідно до якої дохід, *отриманий від використання майна малолітньої дитини (орендна плата за будинок, що належить дитині на праві власності, дивіденди, відсотки за користування банком вкладом тощо), батьки мають право використовувати не тільки для задоволення потреб самої дитини, а також на виховання та утримання інших дітей та на невідкладні потреби сім'ї*. Неповнолітня дитина розпоряджається доходом від свого майна. Вперше на законодавчому рівні врегульовано питання стосовно власності на аліменти, які один з батьків одержує на дитину. Відповідно до **ст. 179 ці аліменти є власністю того з батьків, на ім'я якого вони виплачуються і тільки в разі смерті останнього аліменти переходять до власності дитини**. Важко погодитися з таким вирішенням питання. Аліменти — кошти особливого призначення, вони повинні передаватися у власність дитини, а батько (матір) мали б право на розпорядження ними, як і будь-яким майном (ст. 177). Цілковито необхідним являється і введення ст. 190, яка вперше на законодавчому рівні вирішує питання *припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно*. СК вводить і норми про **обов'язок батьків утримувати повнолітніх дітей, які продовжують навчання до досягнення останніми двадцяти трьох років за умови, якщо батьки спроможні надавати матеріальну допомогу (ст. 199)**.

СК розширив коло осіб, які повинні піклуватися про непрацездатних, немічних батьків, вказавши на те, що таке зобов'язання покладається і на дітей, які не досягли віку **18 років (ст.172)**.

Розділ IV «Влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування» містить 3 глави: *«Усиновлення»* (статті 207—242), *«Опіка та піклування над дітьми»* (статті 243—251), *«Патронат над дітьми»* (статті 252-256). Дитина, яка тимчасово або постійно позбавлена сімейного оточення або яка в її власних якнайвищих інтересах не може залишатися в такому оточенні, має право на особливий захист і допомогу, що забезпечується передачею її на виховання, *усиновлення або за необхідності направлення до відповідних установ із догляду за дітьми*. СК встановлює умови, порядок та правові наслідки усиновлення, визнання його недійсним, скасування, а також позбавлення усиновлювача батьківських прав. До новел СК слід віднести встановлення можливості за виняткових обставин усиновити повнолітню особу (ст. 208 СК); встановлення різниці у віку усиновлювача і усиновленого. Так усиновлювач обов'язково повинен бути старшим за дитину, яку він бажає усиновити, не менш як **на п'ятнадцять років**, а при усиновленні повнолітньої особи різниця у віці не може бути меншою, **ніж вісімнадцять років**. Дещо по-

іншому вирішується доля рідних братів і сестер. Так, якщо на обліку для можливого усиновлення перебувають рідні брати і сестри, **вони не можуть бути роз'єднані при їх усиновленні**, за винятком обставин, що мають істотне значення (наприклад один з братів має фізичну ваду). Згоду на це обов'язково дає **орган опіки та піклування**. Причому, якщо усиновлення для дитини не є таємним, брат і сестра мають право знати про нове місце її проживання (ст. 210). Встановлена нова підстава припинення усиновлення — позбавлення усиновлювача батьківських прав.

Законодавець виходить з того, що опіка та піклування — цивільно-правовий інститут і залишає в СК лише норми про опіку і піклування над дітьми як правову форму влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування.

У СК відновлено інститут патронату, за яким патронатний вихователь виконує свої договірні відносини, а саме забезпечує дитину житлом, одягом, харчуванням, створює їй належні умови для навчання, фізичного та духовного розвитку, захищає дитину, її права та інтереси на оплатних засадах (статті 254, 255).

Розділ V «Права та обов'язки інших членів сім'ї та родичів» містить 2 глави **«Особисті немайнові права та обов'язки інших членів сім'ї та родичів»** (статті 257—264), **«Обов'язок по утриманню інших членів сім'ї та родичів»** (статті 265—274). СК розширив коло осіб, які віднесено до «інших» членів сім'ї та родичів (прабаба, прадід), а також сферу відносин за їх участю за рахунок врегулювання особистих немайнових відносин (право на виховання внуків та правнуків бабою та дідом, прабабою та прадідом; право на захист внуків; права братів і сестер на спілкування тощо).

Розділ VI «Застосування Сімейного кодексу України до іноземців та осіб без громадянства. Застосування законів іноземних держав та міжнародних договорів в Україні» (статті 275—292), містить норми, які встановлюють права і обов'язки іноземців та осіб без громадянства у сімейних відносинах та застосування законів іноземних держав при укладенні договорів, які стосуються сімейних відносин, а також при вирішенні судом сімейного спору.

Розділ VII «Прикінцеві положення» встановлює термін вступу СК у дію та правові наслідки цього.

2. Значення та порядок застосування міжнародних договорів при регулюванні сімейних відносин.

Відповідно до Конституції чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких дано Верховною Радою України (далі — ВРУ), є *частиною національного законодавства України (ст. 9)*. Це повністю відповідає положенню ч. 1 ст. 17 Закону від 22 грудня 1993 р. «Про міжнародні договори України». На необхідність урахування міжнародних договорів, які не суперечать Конституції, вказує і Пленум Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»,

підкреслюючи, що суд не може застосувати закон, який регулює відносини, що розглядаються, інакше, ніж міжнародний договір.

Частиною національного сімейного законодавства України визнаються багатосторонні міжнародні договори — Конвенції та двосторонні угоди про надання правової допомоги у цивільних та сімейних справах, які укладаються Україною з іншими державами за наявності на це згоди ВРУ.

Серед конвенцій, які на сьогодні ратифіковані ВРУ і мають значення для регулювання сімейних відносин, слід вказати на Конвенцію про права дитини від 20 листопада 1989 р., яка була підписана Україною 21 лютого 1990 р., ратифікована ВРУ 27 лютого 1991 р. і набула чинності для України 27 вересня 1991 р.; Конвенцію про захист прав людини та основних свобод (Рим, 4 листопада 1950 р.), яка була ратифікована ВРУ 17.07.97 р.; Конвенцію про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах держав—членів СНД, ратифіковану ВРУ 10 листопада 1994 р. Положення вказаних конвенцій знаходять своє втілення в законодавстві України. Так, ст. 12 Конвенції про захист прав людини та основних свобод «Право на шлюб», відповідно до якої чоловіки та жінки, які досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї згідно з національними законами, що регулюють здійснення цього права, знайшла своє закріплення у ч. 1 ст. 23 СК «Право на шлюб». Стаття 1 Конвенції про права дитини, відповідно до якої дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, знайшла своє закріплення в ст. 6 СК, згідно з якою правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття.

Між тим, більшість конвенцій так і не ратифіковані ВРУ. До них слід віднести такі, як Європейська конвенція про здійснення прав дітей (Страсбург, 25 січня 1996 р.), Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення (документ Ради Європи, прийнятий сесією Гаазької конференції з міжнародного приватного права 29 травня 1993 р.), Конвенція про стягнення за кордоном аліментів (документ Організації Об'єднаних Націй від 20 червня 1956 р.) та деякі інші.

Між тим, кількість двосторонніх угод про надання правової допомоги у цивільних та сімейних справах, які укладає Україна з іншими державами, постійно зростає.

3. Регулювання сімейних відносин за допомогою договорів.

Сімейний кодекс не містить загальних положень стосовно договору, вони визначаються у ЦК України. Запозичимо ці надбання в нашому дослідженні. Перш ніж перейти до дослідження питання правової природи договору в сімейному праві, звернімося до дискусії серед вчених із приводу визначення договору. Оскільки договір є універсальною правовою категорією¹, його можна розглядати з різних позицій. У науковій літературі поняття договору досліджується різними вченими і нерідко він стає предметом палких дискусій, оскільки кожен пропонує своє бачення. О. С. Іоффе зазначав, що це обов'язок,

який виникає з домовленості, а у певних випадках цей термін означає документ, що фіксує акт виникнення прав та обов'язків сторін. Р. О. Халфіна наполягала, що до поняття договору, крім узгодження волі осіб, повинні включатися їх взаємні права й обов'язки. При цьому автор звертала увагу на те, що права та обов'язки, які беруть на себе сторони правовідносин, як правило, відрізняються один від одного, вони повинні бути взаємно узгоджені та давати єдиний правовий результат³. О. А. Красавчиков, розглядаючи дефініцію «договір», визначав його у двох аспектах: як юридичний факт і як форму існування правовідносин. Як вказує професор Ж. В. Завальна, переживши безліч трансформацій, спричинених особливостями функціонування в умовах існування державної організації суспільства, договір дійшов до нашого часу. Але сучасні реалії української держави, прагнення долучитись до загальноєвропейських цінностей вимагають переосмислення місця та ролі договору в системі вітчизняного права.

На даний час у доктрині є переосмислення місця та правної природи договору в сімейному праві. Одні вчені, вважають, що у системі права є тільки цивільно-правові договори. Як стверджував О. А. Підпригора, під поняттям «договір» слід розуміти цивільне правовідношення (зобов'язання), що виникло з договору як юридичного факту, або мається на увазі правовий документ, яким зафіксовано факт виникнення договірної зобов'язання з волі його учасників. Подібної точки зору дотримується М. Д. Пленюк, зазначаючи, що договір як основний юридичний факт є підставою виникнення цивільно-правових зобов'язань⁷. У радянський період науковці ігнорували договірне регулювання сімейних відносин і навіть таке поширене явище, як договір про поділ майна подружжя.

Низка авторів наполягають, що договори, які укладаються між чоловіком і дружиною, не містять правового підґрунтя, яке б відіграло самостійну роль у процесі регулювання майнових відносин подружжя. Крім того, поняття «договір, укладений між чоловіком та дружиною» замінюють поняттям «погодження», «юридичний акт», «двосторонній акт».

Інші автори визнають, що між чоловіком і дружиною можуть укладатися договори, однак зазначають, що вони не вступають між собою в договірні відносини, за винятком договору дарування.

Деякі автори вважають, що договори, які укладають чоловік і дружина щодо спільного майна за формою і змістом аналогічні цивільно-правовим договорам учасників спільної власності. Зокрема, Ш. Д. Чіквашвілі зазначав, що між подружжям та іншими членами сім'ї можуть виникати різні цивільно-правові відносини. Однак це не впливає на правову природу таких відносин і не перетворює їх на сімейно-правові, вони залишаються цивільно-правовими і регулюються нормами цивільного, а не сімейного права. Але така позиція є досить спірною, як і думка А. Д. Корецького, який вважає, що всі галузеві договори схожі один на одного та якісно однорідні з цивільно-правовими визначенням. Деякі вчені, які хоча й допускають існування договору в сімейному праві, але з поєднанням ознак цивільно-правового договору. Так, наприклад, Ю.

В. Коренга допускає, що сімейно-правовий договір може мати двоїсту (тобто подвоєну) — цивільно-сімейну правову природу¹⁴

Зауважимо, що не існує єдиного підходу щодо визначення правової природи шлюбного договору. Так, одні вчені ведуть мову про цивільно-правову, інші — про сімейно-правову природу шлюбного договору. Існує й окрема позиція, що шлюбний договір — це своєрідний протокол про наміри сторін, після укладення якого пропонується додатково укладати відповідні правочини після реєстрації шлюбу. Проте на думку Т. І. Нестерової та О. А. Малянової, шлюбний договір необхідно відносити до змішаних договорів, які регулюються нормами цивільного та сімейного права. Цікавою є точка зору А. В. Слепакової, яка зазначає, що шлюбний договір є цивільно-правовим у тій частині, яка регулює відносини власності подружжя, і сімейно-правовим, у тій частині, що регулює сімейні відносини. О. С. Олійник також пропонує шлюбний договір розглядати як цивільно-правовий у тій частині, в якій він регулює відносини, що становлять предмет цивільного права — модифікує законний або встановлює договірний режим майна подружжя, визначає права та обов'язки подружжя щодо володіння, користування і розпорядження їх майном, передбачає порядок поділу майна в разі розірвання шлюбу — тобто визначає правовідносини власності подружжя. У тій частині, в якій шлюбний договір регулює сімейні правовідносини, наприклад, аліментні, він не може вважатися цивільно-правовим договором, про нього слід говорити як про особливий, сімейно-правовий договір. Дослідниця зазначає, що шлюбний договір має подвійну (цивільно-сімейну) правову природу та містить елементи міжгалузевого договору, оскільки не виходить зі сфери цивільно-правового регулювання і повинен відповідати таким вимогам цивільного законодавства, як дієздатність його сторін, вільне волевиявлення, відповідність закону та дотримання встановленої форми. Його належність до сфери сімейного права виявляється в особливостях суб'єктного складу цього договору, а також у визначенні його сторонами своїх прав та обов'язків як подружжя (майбутнього подружжя). Хоча деякі вчені вважають, що неможливо поділити майнові відносини подружжя на цивільні та сімейні¹⁹. Але на наше переконання при аналізі шлюбного договору є підстави вважати, що має місце субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин як спосіб подолання прогалин у праві. На думку Б. В. Фасій, субсидіарне застосування до сімейних відносин як складової частини приватного права норм цивільного законодавства є природним²⁰. Цю тезу підтверджує й норми закону. Зокрема, стаття 9 ЦК України встановлює правило, що його положення можуть бути застосовані до врегулювання відносин, які виникають у тому числі й у сфері сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Підтверджує це й ст. 8 СК України, яка вказує на застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин, якщо це не суперечить їх суті у зв'язку із специфічністю самих сімейних відносин. Приклад використання принципу субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин вказує О. С. Олійник, яка стверджує, що при визначенні в шлюбному договорі правовідносин власності подружжя норми цивільного і сімейного

законодавства України співвідносяться як загальні та спеціальні. У тій частині, де шлюбний договір визначає сімейні правовідносини, слід використовувати принцип субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

4. Значення постанов Пленуму Верховного Суду та судової практики при регулюванні сімейних відносин.

Під судовою практикою розуміють ті положення (рішення) судів, які виробляються судами при розгляді певної категорії справ (наприклад, щодо встановлення батьківства, відшкодування шкоди, яка заподіяна джерелом підвищеної небезпеки тощо

Рішення суду в конкретній справі мають обов'язкову силу лише для суб'єктів цієї справи і, звичайно, вони не є джерелом права. Джерелом права не можуть вважатися й узагальнення судової практики з певних категорій справ, позиції колегії у цивільних справах Верховного Суду України.

Водночас судова практика тісно пов'язана із джерелами права і має важливе значення у цивільному законодавстві.

По-перше, саме за допомогою судової практики встановлюється таке розуміння і тлумачення закону, яке розкриває його зміст і розвиває його положення.

По-друге" саме цивільна практика є вихідною базою для цивільного законодавства. Завдяки судовій практиці у нормативному порядку врегульовуються відносини, які до цього цивільним законодавством не регламентувалися. Так, ЦК 1963 р. не містив положень щодо відшкодування витрат, які особа зазнала при веденні чужої справи без доручення. Проте на практиці такі справи виникали, і суди змушені були їх вирішувати. Як наслідок цього, у ЦК України 2003 р. з'явилася окрема глава: "Ведення чужих справ без доручення".

По-третє, застосування цивільно-правових норм на практиці дозволяє з'ясувати, наскільки ефективною і повною є діюча норма, виявити прогалини, неточності, суперечності, які закладені у ній, усунути їх і саме цим удосконалити норму права.

Відповідно до ст. 147 Конституції України право офіційного тлумачення законів надане Конституційному Суду України.

Верховний Суд України вивчає й узагальнює судову практику, аналізує судову статистику і дає керівні роз'яснення судам з питань застосування законодавства, що виникають під час розгляду судових справ. Роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є обов'язковими для судів, тобто постанови Пленуму, власне виступають як джерела права. Саме таким чином досягається єдність судової практики при розгляді справ певної категорії (про захист прав споживачів, про відшкодування моральної шкоди, про захист права приватної власності, про встановлення фактів, що мають юридичне значення та ін.)

Постанови Пленуму Верховного Суду України публікуються в окремих збірниках та періодичних юридичних виданнях ("Вісник Верховного Суду України", "Право України", "Юридичний вісник" та ін.)

Постанови Пленуму Вищого господарчого суду України та роз'яснення Президії Вищого господарчого суду України публікуються у спеціальному виданні "Вісник Вищого господарчого суду України", а також у наведених вище виданнях.

5. Реалізація правоохоронної функції щодо охорони сімейних прав правоохоронними органами.

Подальша розбудова України як демократичної, соціальної правової держави, а також конституційне закріплення головним обов'язком держави утвердження і забезпечення прав людини (ст. 3 Основного Закону) вимагають ефективної системи їх охорони. При цьому важливого соціального значення набуває правоохоронна система держави. Вітчизняний правник В. Копейчиков визначає її як сукупність державноправових засобів, способів і гарантій, що забезпечують охорону й захист людини і громадянина від протиправних діянь, а саме: об'єкти й мету право-охорони; суб'єктів правоохорони; правоохоронну діяльність. Звідси випливає, що правоохоронна діяльність є важливою складовою правоохоронної системи. Чинне вітчизняне законодавство не містить визначення правоохоронної діяльності. Не існує єдності і серед правників у наукових поглядах на це питання. Зокрема, в юридичній енциклопедії в широкому значенні правоохоронну діяльність визначено як систему заходів, спрямованих на забезпечення виконання конституції, законів та інших нормативно-правових актів держави; вказується, що здійснюють цю діяльність правоохоронні та інші державні органи, а також громадські організації. Досить часто до правоохоронної діяльності відносять також профілактику правопорушень та відновлення порушених прав.

Слід зазначити, що поняття «свобода та особиста недоторканність», яке використовується в ч. 1 ст. 29 Конституції України («кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність»), передбачає свободу у вузькому юридичному сенсі: не свободу загалом і в цілому, що розкривається в сукупності особистих, політичних та інших конституційних свобод, а свободу фізичного або психічного примусу (фізична і духовна недоторканність), свободу дій і прийняття рішень, можливість розпоряджатися собою і не перебувати під контролем, свободу на свій розсуд переміщатися в просторі (свобода переміщення). Історично право на свободу з відповідними судовими гарантіями в конституційному та міжнародному праві походить із Великої Британії. Право на особисту свободу та відповідне право не бути підданим свавільному арешту та затриманню вперше було закріплене у Великій Хартії вольностей 1215 року: «ніяка вільна людина не може бути взята та ув'язнена <...> тільки <...> відповідно до закону країни». Відповідні положення були закріплені у перших писаних конституціях. Свобода фізичної особи – особисте немайнове благо. Замах на

свободу передбачає насильницьку заборону особі залишати визначене місце або позбавлення особи можливості це зробити самостійно. Забороняються будь-які форми фізичного чи психічного тиску на фізичну особу, втягування її до вживання спиртних напоїв, наркотичних та психотропних засобів, вчинення інших дій, що порушують право на свободу (ст. 288 Цивільного Кодексу України). Законом передбачено кримінальну відповідальність за злочини проти свободи людини. До злочинів, об'єктом яких є свобода фізичної особи, відносяться: незаконне позбавлення волі чи викрадення людини, захоплення заручників, підміна дитини, торгівля людьми чи інша незаконна угода про передачу людини, експлуатація дітей, незаконне поміщення в психіатричний заклад. Позбавлення волі є незаконним у випадку, коли таке діяння вчиняється у невідповідності до Конституції, законів України, а також чинних міжнародних договорів. Законом встановлено процедуру арешту, затримання людини, поміщення її в місця позбавлення волі. Обов'язковою умовою таких дій є їхня суворі відповідність вимогам закону. Право на свободу включає в себе такі елементи: - свобода від свавільного арешту та затримання; - позбавлення волі тільки «на підставі закону»; - право бути повідомленим про причини арешту; - право на судовий контроль за арештом та затриманням; - право та реальна можливість оспорити законність арешту і затримання; - право на компенсацію за незаконний арешт і затримання. Як слушно зауважує С. Шевчук, хоча вказані права і мають процесуальний характер, вони все ж таки розглядаються з погляду конституційного права як матеріальні права конституційного рівня.

Особиста недоторканність є одним з фундаментальних і невідчужуваних особистих прав людини, яке закріплено міжнародним співтовариством у ст. 3 Загальної декларації прав людини 1948 р., ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р., ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (ратифікована Україною 17 липня 1997 р. і набрала чинності для України 11 вересня 1997 р.) та в інших загальновизнаних міжнародних документах. У ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права ООН зазначається, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи триманню під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, яку встановлено законом. Кожному заарештованому повідомляються при арешті причини його арешту і в терміновому порядку повідомляється будь-яке пред'явлене йому обвинувачення. Кожна заарештована або затримана за кримінальним обвинуваченням особа в терміновому порядку доставляється до судді чи до іншої службової особи, якій належить за законом право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд протягом розумного строку або на звільнення. Статтею 10 цього міжнародного договору передбачено, що всі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і поважання гідності, властивої людській особі. Стаття 11 виключає можливість позбавлення волі на тій лише підставі, що особа не в змозі виконати якесь договірне зобов'язання. Фізична особа має право на особисту недоторканність. Ця особа не може бути піддана катуванню,

жорсткому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню. Надання фізичній особі права на особисту недоторканність не випадково віднесено до прав, що забезпечують природне існування фізичної особи. Поняття «фізична недоторканність» є частково ідентичним більш ширшому поняттю «здоров'я».

Кримінальним кодексом передбачено відповідальність за злочини проти життя і здоров'я, об'єктивною стороною яких є катування, жорстоке чи нелюдське поводження, що принижує честь і гідність людини. Саме ж покарання передбачене Кримінальним кодексом як примусовий захід, який застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і не має на меті заподіяння фізичних страждань або приниження людської гідності. Жорстоке й аморальне поводження фізичної особи щодо іншої людини, котра перебуває у безпомічному стані, також може бути підставою для як кримінальної, так і цивільно-правової відповідальності. При цьому під жорстоким поводженням слід розуміти фізичний вплив у виді нанесення побоїв, заподіяння фізичного болю, мучень (наприклад, тривале позбавлення людини їжі, води, тепла, тримання у шкідливих для здоров'я умовах або інші насильницькі дії). Аморальне поводження з людиною – це поводження, що суперечить загальноприйнятим нормам, хоча не обов'язково є кримінально караним. Жорстоке поводження завжди є аморальним, і таким, що принижує людську гідність.

На думку О. Кушніренка та Т. Слінько, право на свободу не тільки створює умови, необхідні для всебічного задоволення потреб особи, а й забезпечує демократичний розвиток суспільства. Право на свободу – це можливість людини здійснювати будь-які правомірні дії. Свобода особи поширюється на її життя, здоров'я, честь, гідність. Ніхто не має права погрозами або силою примушувати людину до будь-яких дій, особливо протизаконних, піддавати її катуванню, обшуку чи завдавати шкоди здоров'ю. Людина сама може розпоряджатися власною долею, обирати свій життєвий шлях. Право людини та громадянина на свободу стає реальністю за наявності відповідних юридичних гарантій. До них слід віднести кримінально-правову заборону будь-яких зворотних дій громадян і посадових осіб. Обмеження цієї свободи допускається тільки на основі закону та в законних формах, усі заходи примусу мають бути під судовим контролем. Важливою гарантією свободи є судовий порядок арешту, тримання під вартою. Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правничою допомогою захисника (ч. 4 ст. 29 Конституції України). Нормами Основного Закону Української держави суду надано право приймати рішення про арешт людини або тримання її під вартою. За радянського минулого таким повноваженням наділявся прокурор. Слід зазначити, що і дотепер у деяких країнах світу такі важливі питання вирішує не суд, а прокурор. Значення судової гарантії, як зазначають О. Кушніренко та Т. Слінько, полягає в тому, що вона (гарантія) закріплює неприпустимість арештів

громадян у принципі, встановлює їх винятковий порядок (наприклад, у разі нагальної необхідності запобігти злочину чи його припинити). У разі нагальної необхідності запобігти злочину чи його припинити, уповноважені на те законом органи можуть застосовувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом 72 годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою (ч. 3 ст. 29 Конституції України). Європейські стандарти діяльності правоохоронних органів у галузі захисту права на свободу й особисту недоторканність визначені в ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка містить такі приписи: 1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи інакше ніж відповідно до процедури, встановленої законом, і в таких випадках, як: а) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом; б) законний арешт або затримання особи за невиконання законної вимоги суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом; с) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення; d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою провадження його до встановленого законом компетентного органу; е) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг; f) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, чи особи, щодо якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції. 2. Кожного заарештованого має бути негайно поінформовано зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення проти нього. 3. Кожен, кого заарештовано або затримано, згідно з положеннями підпункту «с» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судові засідання. 4. Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту чи тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним. 5. Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування. Рівень гарантованості права на свободу та особисту недоторканність визнається показником демократизації суспільства і є важливою складовою становлення правової державності. Саме тому, виходячи зі змісту ст. 3 Конституції України, однією із засад

конституційного ладу України є обов'язок держави утверджувати і забезпечувати права і свободи людини. Цей конституційний обов'язок впливає і зі змісту ч. 2 ст. 22 Основного Закону Української держави, відповідно до якої конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. Хоча суб'єкт такого гарантування прямо не визначений, системний спосіб тлумачення цієї правової норми у взаємозв'язку зі ст. 1, 3 Конституції України свідчить про те, що ним є саме держава в особі Президента, Парламенту, Уряду, судових і правоохоронних органів. Це право є одним із найважливіших для людини; його вона отримує з дня народження. Особиста недоторканність дає людині можливість здійснювати будь-які дії, не заборонені законом. Якщо в державі буде реалізоване це право, а також існуватимуть ефективні гарантії його захисту, це буде важливим свідченням демократизації суспільства і необхідним кроком на шляху формування правової держави. Інститут недоторканності включає фізичну і духовну недоторканність, свободу діяти, розпоряджатися собою, тобто не бути під контролем.

Згідно з рішенням Комітету ООН з прав людини, порушенням ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права визнається неспроможність або небажання державної влади забезпечити особисту недоторканність, навіть якщо посягання не пов'язане з позбавленням волі і виражається у небезпеці її втратити, погрозі життю або здоров'ю людини, переслідуванні з боку влади або приватних осіб. Таким чином, погроза втратити свободу також порушує особисту недоторканність, у тому числі психічну¹. Національне недоторканності особи: конституційні, кримінальні, адміністративноправові й цивільно-правові. Вони закріплені як у Конституції України, так і у відповідних законах. Так, зокрема, Кримінальний кодекс України у ст. 371 передбачає кримінальну відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід або арешт. Затримання є незаконним, якщо воно здійснюється за відсутності вказаних у законі підстав, або з порушенням умов, які визначають порядок його здійснення. Наприклад, незаконним є затримання без складання протоколу або без зазначення у складеному протоколі підстав, дати затримання, пояснень затриманого тощо. Незаконним буде взяття під варту (арешт) як за відсутності підстав для його застосування, передбачених законом, так і у випадку порушення порядку обрання цього запобіжного заходу. Це може полягати, наприклад: у взятті під варту особи, яка вчинила злочин, за який законом не передбачено покарання у виді позбавлення волі; у відсутності постанови судді чи ухвали суду про взяття під варту.

Незаконне тримання під вартою матиме місце у випадку порушення строків тримання під вартою, або порушення порядку продовження таких строків, а також тримання під вартою, коли відпала необхідність у запобіжному заході взагалі (наприклад, у ході досудового слідства доведена невинуватість особи у вчиненні злочину), або у застосуванні саме цього запобіжного заходу¹. На жаль, затримання без вмотивованого рішення суду є правилом, а за вмотивованим рішенням суду – виключенням, хоча стаття 29 Конституції вимагає зворотного. Отже, як стверджують правозахисники, переважна

більшість усіх «кримінально-процесуальних» затримань є незаконними. Однією з цілей такого затримання є можливість отримати зізнання підозрюваного у вчиненні злочину. На отриманні таких зізнань тримається вся система дізнання і слідства. Для досягнення результату використовуються одні й ті ж самі незаконні засоби, що вже стали звичними і сприймаються працівниками поліції, прокуратури та суду як норма: незареєстроване затримання, тиск щодо відмови від захисника, використання адміністративного арешту для цілей кримінального переслідування, подовження терміну затримання до 10 діб та ін. Поширеність цієї практики підтвердила і діяльність створеного в МВС у 2008 р. Управління моніторингу прав людини в діяльності МВС (УМДПЛ): помічники міністра з прав людини прийняли більше 200 заявників лише з питань незаконних затримань. Законодавство України передбачає юридичні гарантії