

ВІДГУК

офіційного опонента – доктора юридичних наук, професора Шишки Романа Богдановича на дисертаційне дослідження Мельника Олександра Володимировича «Особисті немайнові права дитини при усиновленні за законодавством України та окремих зарубіжних країн», поданого на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право

На підставі ознайомлення із рукописом дисертації, авторефератом та опублікованими і доступними опоненту роботами є слушним наступний відзив.

Актуальність теми дисертаційного дослідження насамперед зумовлена особливостями правового регулювання відносин, які виникають при усиновленні згідно уявлень та цінностей християнської моралі. Після підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом Україна взяла зобов'язання щодо розвитку її законодавства відповідно до загальноєвропейських принципів. Трансформаційні процеси у різних сферах правового впливу на основі адаптації законодавства України до вимог законодавства країн ЄС стосуються і сімейного законодавства. Це свідчить про потребу належного законодавчого регулювання та вироблення для того відповідного теоретичного підґрунтя.

Зокрема, йдеться про адаптацію законодавства, яке регулює сімейно-правові відносини на сприйнятій і більшості країн ЄС цивілістичній основі та християнській моралі. Наразі в Україні із загостренням економічної, соціальної та політичної криз значно ускладнилась ситуація із дотриманням прав дітей, у тому числі, при їх усиновленні. Тут проблем, з огляду на задекларовану соціальну спрямованість держави та допущенні помилки доктрини соціального утримання, більш чим треба.

Можна погодитися із дисертантом, що «...проблематика ефективного забезпечення прав дитини при усиновленні наразі є одним із найбільш перспективних напрямів наукового дослідження. Це обумовлено активними процесами усиновлення, що мають позитивну тенденцію протягом останніх років, у яких беруть участь як громадяни України, так й іноземці; задекларованим обов'язком держави і суспільства всебічно охороняти права та інтереси дітей, позбавлених батьківського піклування; увагою, що приділяється реалізації та охороні особистих немайнових прав дитини при усиновленні; контролем за дотриманням прав дитини у родині усиновлювача до досягнення нею повноліття» (с.5).

Специфіка цих правовідносин проявляється в учасниках, стадіях розвитку, способі здійснення прав, особливостях їх виникнення, зміни та припинення. Можна погодитися із самостійністю інституту особистих немайнових прав дитини при усиновленні, що потребує відповідного наукового дослідження та

вдосконалення, який перебуває в Україні на етапі становлення, в деяких розвинутих країнах давно є сформованим.

Вивчення законодавчої бази та правозастосовної практики щодо забезпечення особистих немайнових прав дитини при усиновленні у європейських країнах надає змогу виявити перспективні напрями розвитку вітчизняного інституту особистих немайнових прав дитини при усиновленні та запозичити найбільш ефективні механізми реалізації цих прав. Удосконалення інституту особистих немайнових прав дитини при усиновленні не може обмежитись лише окремими змінами та потребує комплексного наукового обґрунтування з **урахуванням позитивного досвіду окремих зарубіжних країн (Англії, Німеччини, Російської Федерації).**

Отже, враховуючи відсутність євроцентричних наукових доробок з проблематики дослідження та таких прагнень України, об'єктивно необхідно віднайти підходи до регулювання цих правовідносин та напрацювання певних пропозицій і рекомендацій задля їх подальшого відображення у правозастосовній діяльності.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Теоретичні та практичні аспекти правовідносин за темою дисертації досліджувалися в межах плану науково-дослідної роботи кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» «Методологічні засади вдосконалення цивільного законодавства» на 2011-2015 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку української державності та права» на 2011-2015 роки (державний реєстраційний номер 0110U000671).

Мета і завдання дослідження сформульовані кваліфіковано і узгоджені: *метою* дисертаційного дослідження було визначення особливостей реалізації особистих немайнових прав дитини при усиновленні за законодавством України та окремих зарубіжних країн, а *завданнями*: дослідити сучасний стан правового регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією особистих немайнових прав дитини, що виникають при усиновленні в Україні та окремих зарубіжних країнах; здійснити науковий *аналіз* поняття «усиновлення» та виокремити його характерні ознаки; визначити поняття особистих немайнових прав усиновленої дитини та підстави їх класифікації; сформулювати концептуальні засади здійснення особистих немайнових прав усиновленою дитиною за законодавством України та окремих зарубіжних країн; виявити юридичну природу особистих немайнових прав дитини фактичного характеру, що реалізуються у відносинах з членами сім'ї, за законодавством України та окремих зарубіжних країн; з'ясувати особливості прав дитини інформаційного характеру, що реалізуються у відносинах з членами сім'ї, за законодавством України та окремих зарубіжних країн; охарактеризувати особливості здійснення особистих немайнових прав дитини, що реалізуються у відносинах з особами, які не є членами сім'ї, за законодавством України та окремих зарубіжних країн; сформулювати науково обґрунтовані пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення правового регулювання особистих немайнових

відносин, що виникають при усиновленні, з урахуванням позитивного законодавчого досвіду зарубіжних країн.

Відповідно до встановлених вимог дисертантом визначено: *об'єкт дослідження* – цивільні правовідносини, що виникають у процесі реалізації особистих немайнових прав дитини при усиновленні; та його *предмет* – особисті немайнові права дитини при усиновленні за законодавством України та окремих зарубіжних країн.

Методологічна основа дисертаційного дослідження – загальні та спеціальні наукові методи пізнання правових явищ: діалектичний, аналізу та синтезу, формально-логічний, системно-структурного аналізу, історично-правовий, порівняльно-правовий. Так, можна погодитися, що діалектичний метод було використано для з'ясування витоків і поняття особистих немайнових прав дитини, що виникають при усиновленні, його стадії (підрозділ 2.1); метод аналізу та синтезу для вивчення теоретичних та практичних проблем розуміння нематеріальних благ усиновленої дитини, виявлення закономірності правового регулювання відносин, що виникають при усиновленні (підрозділи 1.2, 2.2); формально-логічний – для формулювання поняття прав усиновленої дитини, які реалізуються у відносинах з членами сім'ї, та здійснити їх поділ на фактичні та інформаційні та аргументації напрямів вдосконалення законодавства про охорону особистих немайнових прав дитини, що виникають при усиновленні (підрозділи 2.1, 3.1, 3.2, 3.3); метод системно-структурного аналізу – для класифікації сімейно-родинних прав дитини (підрозділи 3.1, 3.2); історично-правовий – для ґносеологізації наукової думки про статус дитини при усиновленні (підрозділ 1.2); порівняльно-правовий – для аналізу законодавств України та окремих зарубіжних країн щодо забезпечення особистих немайнових прав дитини при усиновленні (підрозділи 2.2, 3.1, 3.2, 3.3).

Теоретичною основою дисертації є наукові праці із цивільного та сімейного права, цивільного процесу, теорії держави та права; практичну – матеріали судової практики, зокрема, рішення Європейського суду з прав людини та судів України.

Отримані автором теоретичні та практичні висновки стали результатом наукового пошуку відповідно до поставленої мети та задач дослідження.

Ступінь обґрунтованості наукових положень, висновків, рекомендацій. Наукові положення, висновки і рекомендації, викладені в дисертації, мають достатній ступінь обґрунтованості, що свідчить про опрацювання дисертантом в достатній мірі відповідного емпіричного матеріалу. При цьому автор дисертації виявив належний рівень знань приватноправової літератури, нормативно-правових актів, віднайшов та опрацював низку дискусійних проблем, що підлягають осмисленню і відповідному їх вирішенню. Він звертався до зарубіжної доктрини та міжнародних нормативно-правових актів, і, як наслідок надав усесторонню євроцентричну оцінку відповідним їх положенням. Позитивним моментом дисертаційного дослідження, безумовно є широке використання національної та зарубіжної судової практики.

Заслужують у межах презентованих результатів:

обґрунтований висновок про необхідність запровадження комплексного психолого-правового підходу до встановлення доцільності усиновлення як міри потенційної сукупної можливості особи (усиновлювача) забезпечити належне виховання конкретної дитини;

запропоноване, з урахуванням законодавства Англії та Німеччини, впровадження в Україні адаптаційного періоду як окремої стадії усиновлення, метою якої є встановлення стабільного контакту між дитиною та кандидатами в усиновлювачі, що забезпечується проживанням дитини в їхній сім'ї протягом визначеного часу;

сформульоване авторське визначення категорії «особисті немайнові права дитини при усиновленні» як суб'єктивних права дитини, що виникають на початковій стадії усиновлення та діють на усіх його стадіях, та спрямовані на задоволення інтересів дитини, у першу чергу тих, які пов'язані з перебуванням у здоровому сімейному оточенні;

виділений комплекс особистих немайнових прав дитини, що *реалізуються* у відносинах з членами сім'ї та родичами при усиновленні, та здійснено їх поділ на фактичні та інформаційні;

визначений чи, скоріше уточнений у контексті єдності науки, на основі досвіду законодавства Англії та Німеччини зміст права усиновленої дитини на індивідуальність, що полягає у можливості збереження в умовах нової сім'ї своєї національної, культурної, релігійної, світоглядної та мовної ідентичності, на прояв своєї особистості у межах, не заборонених законом та суспільною мораллю (сс.7-8);

Не спричиняють особливих нарікань, за винятком згаданих у критичній частині відзиву, також проведені удосконалення: щодо функцій усиновлення та доповнення їх генеруючою, чи *правоустановлювальною* – *додавання наше – Р.Ш.) та констатуючою функціями; дефініції поняття «інтерес дитини при усиновленні», що розуміється як суб'єктивно обумовлена потреба дитини у сприятливих умовах розвитку в сім'ї усиновлювача, за яких дитина отримує можливість повною мірою реалізувати свої особисті немайнові права відповідно до закону; визначення поняття «особисті немайнові права дитини» як суб'єктивних цивільних прав фізичної особи, які вона може здійснювати до досягнення повноліття чи емансипації, та які спрямовані на задоволення немайнового інтересу, відрізняються особистісним характером, об'єктом яких є певне нематеріальне благо; визначення права на належне сімейне виховання, під яким розуміється особисте немайнове право усиновленої дитини, що передбачає можливість вільно та всебічно формувати свою особистість у сімейному оточенні, здобувати життєві орієнтири відповідно до загальнолюдських цінностей, норм права та суспільної моралі;*

Загалом прийнятні та зрозумілі, за винятком критики щодо коректності уточнення відправного положення ті елементи, які дістали подальшого розвитку: еволюційна концепція розуміння нематеріальних благ як об'єктів особистих немайнових прав усиновленої дитини, відповідно до якої такі нематеріальні блага володіють потенційною можливістю перебувати у цивільному обігу, а права на них можуть мати економічний зміст; домінування автономістського статусу

дитини, що передбачає рівноправність усиновленої дитини та інших суб'єктів сімейних правовідносин;

У практичному аспекті доцільними є пропозиції: про доповнення глави 18 «Усиновлення» Сімейного кодексу України (далі – СК України) спеціальними нормами, що закріплювали б специфічні положення стосовно реалізації, охорони та захисту прав усиновленої дитини на вільне вираження своїх поглядів, на збереження власної індивідуальності, на особисте життя та деякі інші права; про доповнення глави 18 «Усиновлення» СК України окремою статтею про право усиновленої дитини на інформацію щодо свого походження наступного змісту: «1. Дитина, яка була усиновлена, має право після досягнення нею 14 років одержувати інформацію щодо свого походження, зокрема: а) особистих даних біологічних батьків та інших родичів (прізвище, ім'я, по батькові, дата і місце народження, проживання тощо); б) місця і дати свого народження; в) своєї національності та расової приналежності; г) біографічних даних своєї біологічної сім'ї; г) причин та підстав свого усиновлення; д) історії родинних хвороб та схильностей до захворювань; е) професійних та творчих здібностей, талантів, нахилів, що притаманні близьким родичам, тощо. 2. Усиновлювачі зобов'язані сприяти реалізації усиновленою дитиною права знати своє походження, зокрема шляхом звернення до компетентних органів, представництва інтересів дитини тощо. Уповноважені органи та посадові особи, які володіють інформацією стосовно походження усиновленої дитини, зобов'язані надавати відповідні дані за заявою цієї дитини або її усиновлювачів. 3. У випадку необхідності надання даних щодо походження дитини, які становлять особисту таємницю третіх осіб, така інформація може бути надана лише за згодою цих осіб або за рішенням суду».

Практична цінність отриманих в дисертації результатів полягає в тому, що її висновки та пропозиції можуть бути використані у діяльності: *науково-дослідній* діяльності – для подальшої розробки теоретичних та практичних проблем юридичного забезпечення особистих немайнових прав дитини при усиновленні; *правотворчій* діяльності – при підготовці змін та доповнень до СК України, Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) в частині забезпечення особистих немайнових прав дитини при усиновленні; *правозастосовній* – для вдосконалення практики застосування норм чинного законодавства про особисті немайнові права дитини при усиновленні, *навчальній* – при викладанні курсів «Цивільне право України» та «Сімейне право України», підготовці підручників і навчальних посібників із зазначених дисциплін.

Апробація результатів дослідження є належною і достатньою: її положення та висновки апробовані при їх обговоренні на засіданнях кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доповідались на наукових і науково-практичних конференціях, засіданні круглого столу, а публікації автора достатньо відображають її результати.

Дисертація Мельника О. В. є *добротним вітчизняним науковим* дослідженням з цієї проблематики в науці цивільного та сімейного права. Незважаючи на те, що окремі аспекти теми розглядались вченими-цивілістами, на монографічному рівні, дисертант результативно провів всебічне дослідження існуючих концептуальних підходів до усиновлення, чого, до речі немає у

більшості робіт попередників, та сформулював нові, раніше не захищені наукові положення, практичні висновки та пропозиції, які надають можливість кваліфікувати зазначену дисертаційну роботу, як завершене наукове дослідження.

Структура дисертації обумовлена метою і предметом дослідження, хоча не бездоганна.

В цілому дисертація та автореферат Мельника О. В. повністю відповідають вимогам, що ставляться до такого роду робіт. За своїм змістом автореферат є ідентичним основним положенням тексту дисертаційного дослідження.

Попри загальне позитивне враження від дисертації, вона **не позбавлена деяких вад**, а окремі положення мають дискусійний характер, дещо не виважені та потребують додаткової аргументації, зокрема:

1. Насамперед йдеться про співвідношення назви дисертації та її структури і змісту: особисті немайнові права дитини при всиновленні за законодавством, на наш погляд, мало б йтися про: 1) позитивістські конструкції інституту всиновлення та визначення в них особистих немайнових прав дитини при всиновленні; 2) формування в законодавстві балансу прав всиновлених та всиновителів; 3) законодавчі гарантії прав дитини на етапі всиновлення; 4) типові порушення прав таких дітей, недоліки практики їх фіксування як умов доведення їх наявності, реакція органів опіки і піклування на такі порушення; 5) стан відображення доктрини прав дітей при всиновленні; 6) протистояння європейського інституту всиновлення як цивілістичного і національного як самодостатнього сімейного чи відображення концепції самостійності сімейного права; навіть положення відміненого законодавства цитуються через роботи науковців (с.с. 43 44, 45,46).

Вважаємо, що при такій назві автор дослідження мав би аналізувати норми позитивного права, буквально копіюватися в них, порівнювати формулювання. Лише на с. 48 вперше вказана конкретна стаття НЦУ. А далі є алогічність в абз 4: вказано мету всиновлення за СК України і коментується додатковими його цілями російських дослідників.

У всякому разі уточнення «за законодавством України та окремих зарубіжних країн» до того зобов'язує. Дисертант обрав інший шлях – спочатку розкрив доктринальні підходи і їх згрупував, а не розкриття позитивістського визначення прав, їх гарантій та правозастосовної практики. Навіть складається враження, що дисертант вперто ігнорує позитивістський підхід до розкриття теми.

Дещо полярними є обрані для дослідження законодавства Англії, Німеччини та, особливо Російської Федерації, з якою в Україні не найкращі стосунки. Проте значна частина використаної автором емпіритики – роботи російських авторів. Складається враження, що автор пошкодував потрачені у цьому напрямку його зусилля та текстові напрацювання. Добре це чи погано, СНГовський період інтеграції України, як складова багатовекторності її політики, пройдено і для України він обернувся жакливими наслідками: економічним бойкотом, падінням соціальних стандартів, гуманітарною «меншуватістю», анексією Криму та війною на сході, нарешті потребою всиновлення сиріт війни, а не наслідків демографічної кризи та неспроможності окремих сімейних пар мати своїх дітей.

2. Потрібно уточнити перших два перших завдання проведеного дослідження: на предмет чого автор намагався: « дослідити сучасний стан правового регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією особистих немайнових прав дитини, що виникають при усиновленні в Україні та окремих зарубіжних країнах; здійснити науковий *аналіз* поняття «усиновлення» та виокремити його характерні ознаки» (с.5 тексту дисертації, с. 2 – автореферату).

При тому слід зважати, що «дослідження та аналіз є методами наукового пізнання. Очевидно, що у першому випадку могло б йтися про вивчення сучасного стану, як це було у першому варіанті наданого для ознайомлення рукопису дисертації, що є логічним для наукового пізнання, у другому – мало б йтися про підходи до суті терміну «всиновлення» у доктринальному і позитивістському визначенні та наскільки воно охоплює іманентно властиві йому ознаки, може не призводити до ускладнень на практиці.

3. У пропозиції « ... закріпити у законодавстві обов'язок компетентних органів надавати відповідну інформацію за заявою усиновленої дитини з врахуванням прав осіб, яких дана інформація стосується » (с. 165) вбачаються певні суперечності: не вказано саме де це слід робити, а задання дослідника вирішити проблему максимально точно і адресно; не враховані права усиновителів на збереження таємниці усиновлення та його обставин; приховано, що це за компетентні органи, чи автор не має про них уявлення; пропозиція відкриває можливості вільного тлумачення кола «осіб, яких це стосується» і відкриває можливість для порушення таємниці усиновлення.

4. Потребує пояснення, чому вимога про встановлення адаптаційного періоду спілкування потенційного усиновлювача із дитиною є дискримінаційною (с.116). В науці все треба доводити: без доведення , це лише початкова стадія науки – припущення.

5. Якщо дисертант пропонує закріплення в СК України особливостей здійснення, не «реалізації» (с.9) та захисту прав всиновленої дитини, то слід вказати : саме які пункти, статті та їх частини мають бути викладені у запропонованій редакції. До того пропонувати у цій частині вдосконалення не досить етично з огляду на назву роботи та вимогу самостійності вирішення прикладного завдання з удосконалення чинного законодавства. До того було б добре, якщо б дисертант це зробив професійно, відповідно до вимог законодавчої техніки: виклав їх у виді законопроекту та обґрунтування і порівняльної таблиці.

6.Якщо йдеться про удосконалення (с.12 – 13), то слід було уточнити: кого та у якій частині піддалися уточненню. Тим проявляється толерантність до авторів доктринальних положень, які піддано вдосконаленню, віддається їм повага, конкретизується авторський внесок здобувача наукового ступеню, виділяється уточнена новизна, запобігається вільне тлумачення внеску не на користь автора. Зокрема, незрозуміло, в чому удосконалене визначення поняття «особисті немайнові права дитини» (с. 8): чи доповнено якусь ознаку, чи, навпаки, вилучено?

7. Потребує додаткового пояснення узагальнена назва «особисті немайнові права інформаційного характеру» (с. 138). Чи це інформаційні права чи права на інформацію чи доінформаційні чи постінформаційні права. Принаймні, при

введенні нових понять слід зважати на прийняту правничу термінологію і не ускладнювати її розуміння, хоча б з огляду на ефект Вавилонської вежі.

Видається, що дисертант не зовсім коректно витлумачив ст. 226 СК України, зокрема її ч.2 де є алогізм – дитина, яка усиновлена, має право на таємницю, в тому числі і від неї самої, факту її усиновлення. Якщо законодавець хотім надати право батькам на збереження таємниці усиновлення від усиновленого (с. 227), то це слід було вказати не через право дитини, інакше виходить нісенітниця – право на те, що усиновителі не можуть і не бажають розкрити хоча б тому, що вони усиновлюють на правах дитини. Не може бути інформаційного права на те, що не може бути повідомлене носію такого права. Врешті решт це зрозумів і сам дисертант (с. 157)

8. Є некоректності з огляду на обрану спеціалізацію у термінології: вислів «дефініції поняття» (с.8; с. 4 автореферату), оскільки вони співпадають;

дисертант зловживає використанням слова «думає» (с.17 -22, 24-27, 30, 35, 37, 40 -41, 45, 56, 58, 64, 65, і надалі). Навіть попри використання такого слова як синоніму висловився, слід бути обережним: не завжди силогізми автора презентуються як його позиція; внесок науковця у доктрину оцінюється минулим, а не теперішнім і в науці слід бути максимально темпорально та просторово точним, а у суспільній науці – суспільно толерантним, ряд науковців уже давно не думають, бо померли; науковець повинен бути точним у формулюваннях, думка не визнана об'єктом авторського права. Більш коректно висловився, написав, сказав, запропонував;

слова «становить» (с.26 і надалі);

«виступає» (с. 29, 32, 36, 51, 52, 70, 71,73, 95, 96, 102 і надалі);

«являє» (с.30);

«якості» (сс. 7, 43, 60, 64, 83, 162). Є дієприкметник «є» чи просто у порівняльному аспекті «як»;

«реалізація (с.12, 18 і надалі). Законодавець використав термін здійснення і до чого тут реалізація; навряд чи в ст. 160 ЦК України є декілька норм (гіпотез, диспозицій та санкцій). Навпаки ця стаття у класичному розумінні норми права є частиною норми права.

Не зрозуміло, наскільки: а) правомірний переклад російськомовних джерел (сс. 40,58) на українську мову з огляду на: 1) презумпцію недоторканності твору та його складових; 2) право автора на надання згоди на переклад його твору; 3) право вільного використання об'єктів авторського права; б) взяття в лапки положень норм права, на які згідно ст. 434 ЦК України не поширюється авторсько-правова охорона; в) кількість вказаних норм у ст.230 СК України (с. 151) та те, що норма права складається із гіпотези, диспозиції і санкції. До речі, у НЦУ є не статті, а параграфи (с.48).

Водночас, висловлені критичні зауваження не применшують в цілому високої позитивної оцінки дисертаційного дослідження О. В. Мельника, яке присвячене актуальній і недостатньо дослідженій вітчизняною цивілістичною наукою проблемі. Дисертація є самостійною, закінченою науковою працею, яка

відповідає вимогам, що встановлені до творів такого роду щодо новизни та досягнення наукових результатів.

Дисертацію оформлено згідно відповідних вимог, викладено українською мовою, стилістика, окрім зазначеної в критичній частині відзиву, зауважень не викликає. Текст автореферату відповідає змісту дисертаційного дослідження. Дисертація О. В. Мельника є самостійним та завершеним науковим дослідженням, результати якого мають суттєву наукову цінність та практичну значущість.

Зміст дисертації відповідає профілю спеціальності 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право.

Вказане дозволяє зробити загальний **висновки:**

1) дисертація та автореферат О. В. Мельника на тему «Особисті немайнові права дитини при усиновленні за законодавством України та окремих зарубіжних країн» є самостійним творчим доробком автора, що відповідає існуючим державним вимогам, які пред'являються до змісту та оформлення дисертацій та авторефератів з юридичних наук, а саме п. 9, 11, 13 «Порядку присудження наукових ступенів»;

2) Олександр Володимирович Мельник **заслуговує** на присудження йому **наукового ступеня кандидата юридичних наук** за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право.

Офіційний опонент :

доктор юридичних наук, професор,
завідувач сектору інтелектуальної
власності та інноваційних технологій
кафедри цивільного і трудового права
Київського університету права НАНУ
академік АН ВШ України,

Р.Б. Шишка

«11» травня 2016 р.

