

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ХАРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ В. Н. КАРАЗІНА**

На правах рукопису

КАЗАРЯН КСЕНІЯ АНДРІЇВНА

УДК 341.96:347.626.2

**ШЛЮБНИЙ ДОГОВІР У МІЖНАРОДНОМУ
ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

Дисертація на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник:
Кібенко Олена Рувімівна
доктор юридичних наук, доцент

Харків – 2016

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	
1.1. Шлюб та шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом, у міжнародному приватному праві	11
1.2. Становлення та розвиток інституту шлюбного договору в міжнародному приватному праві	46
1.3. Поняття шлюбного договору в міжнародному приватному праві в різних правових системах, проблеми правової кваліфікації	64
Висновки до розділу 1	88
РОЗДІЛ 2. РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	
2.1. Регулювання шлюбного договору з іноземним елементом на національному рівні	96
2.2. Регулювання шлюбного договору з іноземним елементом на міжнародному рівні	108
2.3. Проблеми застосування колізійних норм при регулюванні шлюбного договору з іноземним елементом	123
Висновки до розділу 2	133
РОЗДІЛ 3. УКЛАДЕННЯ, ВИКОНАННЯ ТА ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ	
3.1. Особливості укладення, зміни, розірвання шлюбного договору з іноземним елементом	136
3.2. Визнання недійсним шлюбного договору з іноземним елементом	155
Висновки до розділу 3	161
ВИСНОВКИ	164
СПИСОК ВИКОРСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	170
ДОДАТКИ	189

ВСТУП

Актуальність теми. В сучасному світі спостерігається тенденція до зростання кількості шлюбних відносин з іноземним елементом, що зумовлено міграційними процесами, посиленням міжнародного співробітництва, мобільністю громадян та можливістю контактування з громадянами інших країн, зокрема і через мережу Інтернет. Це обумовлює нагальну необхідність правового регулювання шлюбних відносин в міжнародному приватному праві. Одним з інструментів регулювання шлюбних відносин з іноземним елементом виступає шлюбний договір.

Законодавство багатьох країн різних правових сімей містить норми, які врегульовують інститут шлюбного договору, втім, вказаний інститут належить до категорії правових інститутів, не залучених до процесів глобалізації. Наведене свідчить про те, що інститут шлюбного договору зберігає свою національну самобутність, оскільки національні правопорядки містять достатньо різноманітні за змістом норми щодо умов та порядку укладення шлюбного договору. Внаслідок існування значних відмінностей у положеннях норм національного законодавства різних країн серед джерел міжнародного приватного права відсутні міжнародні договори, які б містили пряме (матеріально-правове) регулювання договірних шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом. Проте існує механізм колізійно-правового регулювання, встановлений як на внутрішньому законодавчому рівні, так і на міжнародному. В Україні такі норми включені до Закону України «Про міжнародне приватне право», багатосторонніх та двосторонніх міжнародних договорів. Так, Закон України «Про міжнародне приватне право» містить статті, присвячені шлюбу та шлюбному договору з іноземним елементом, проте не визначає змісту цих понять, які значно відрізняються в системах права різних країн, що викликає необхідність гармонізації положень національного законодавства з нормами міжнародного приватного права.

Дослідженню шлюбного договору як інституту цивільного права та його регулюванню внутрішнім правом України та правом зарубіжних країн приділялось достатньо уваги з боку науковців. Проте інститут шлюбного договору в міжнародному приватному праві не був предметом дослідження ані радянських, ані сучасних українських науковців.

Теоретичне підґрунтя дослідження поняття та правової природи шлюбних відносин як таких складають праці дореволюційних вчених Є. М. Ворожейкіна, А. І. Загоровського, І. А. Покровського, Г. Ф. Шершеневича. Правова природа шлюбних відносин, які можуть бути врегульовані шлюбним договором, особливості його законодавчого врегулювання на національному рівні були предметом дослідження таких українських та зарубіжних вчених, як М. В. Антокольська, В. К. Антошкіна, О. Є. Бурлай, Г. О. Гаро, К. М. Глиняна, І. В. Жилінкова, А. Карі (Amberlynn Curry), Л. В. Липець, Л. Найджел (Lowe Nigel), О. С. Олійник, О. О. Отраднава, О. В. Розгон, З. В. Ромовська, А. В. Слепакова, І. В. Спасибо-Фатєєва, Р. О. Стефанчук, О. О. Ульяненко, Р. Файрберн (Rebecca Fairbairn), С. Я. Фурса, О. А. Хазова, О. А. Явор тощо.

Окремі аспекти шлюбних відносин у міжнародному приватному праві були в центрі уваги таких вчених, як Л. П. Ануфрієва, М. М. Богуславський, А. С. Довгерт, В. П. Звєков, О. Р. Кібенко, І. Г. Медведєв, А. А. Степанюк, Г. С. Фединяк, Г. Ю. Федосєєва та ін.

Таким чином, не зважаючи на фрагментарні теоретичні напрацювання у вказаній сфері, комплексне дослідження шлюбного договору в міжнародному приватному праві на теперішній час відсутнє, що зумовило актуальність теми дослідження.

Зв'язок роботи із науковими програмами, планами, темами. Проблематика дисертаційного дослідження відповідає сучасним тенденціям розвитку права в аспекті інтеграційних процесів в Україні і Європейському Союзі. Роботу виконано відповідно до Пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2011–2015 роки, затверджених постановою загальних зборів Національної академії правових наук України від 24 вересня 2010 р. № 14–10

(зі змінами, внесеними постановою загальних зборів № 4–12 від 5 березня 2012 р.) та в рамках комплексної цільової програми № 0186.0.070867 «Правові проблеми здійснення майнових і особистих немайнових прав в умовах ринкової економіки», головних напрямів фундаментальних досліджень юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна (рішення вченої ради юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна «Про Концепцію розвитку юридичного факультету на 2010–2013 навчальні роки» від 27 грудня 2010 р., протокол № 6).

Мета і задачі дослідження. *Метою* дисертаційного дослідження є визначення сутності шлюбного договору, ускладненого іноземним елементом, виявлення та вирішенні теоретичних та практичних проблем, пов'язаних із шлюбним договором у міжнародному приватному праві, розробка пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання, а також відповідних рекомендацій для правозастосування норм у цій сфері.

Відповідно до поставленої мети сформульовано такі *задачі*:

- охарактеризувати існуючі в науці підходи до правової природи інституту шлюбу з іноземним елементом;
- запропонувати класифікацію шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом;
- з'ясувати та охарактеризувати природу і зміст шлюбного договору з іноземним елементом у різних правових системах;
- дослідити механізми колізійного регулювання шлюбного договору у законодавстві зарубіжних країн,
- охарактеризувати найбільш типові колізійні прив'язки, що застосовуються для регулювання договірних шлюбних відносин;
- розкрити зміст діяльності щодо уніфікації та гармонізації норм у сфері регулювання договірних шлюбних відносин на міжнародному рівні;
- виявити проблемні питання застосування колізійних норм при регулюванні шлюбного договору з іноземним елементом та запропонувати шляхи їх вирішення;

– з’ясувати та охарактеризувати особливості укладення, зміни, виконання, припинення та визнання недійсним шлюбного договору з іноземним елементом.

Об’єктом дослідження є договірні шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом.

Предмет дослідження – шлюбний договір у міжнародному приватному праві.

Методи дослідження обрано з урахуванням мети й задач, об’єкта і предмета наукового дослідження. Методологічною основою є система філософських, загальнонаукових, конкретно-наукових і спеціально-наукових методів.

Для комплексного дослідження шлюбного договору у міжнародному приватному праві були використані такі методи: герменевтичний – для тлумачення норм права (підрозділи 1.1, 1.2, 1.3); аналізу та синтезу – для з’ясування змісту та формулювання правового визначення понять «шлюб», «іноземний елемент», «шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом» (підрозділ 1.1), «шлюбний договір» (підрозділ 1.3); класифікації – для визначення видів шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом (підрозділ 1.1); соціологічний – для визначення особливостей та сучасних тенденцій соціальних явищ, значення їх нормативного регулювання (підрозділ 1.1); історико-правовий – для з’ясування суті та природи шлюбного договору через виявлення історичних закономірностей його нормативного регулювання (підрозділ 1.2); порівняльно-правовий – для виявлення особливостей правового регулювання шлюбу, шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом, шлюбного договору за вітчизняним законодавством та законодавством інших країн як матеріальними, так і колізійними нормами права (підрозділи 1.1, 1.2, 2.1, 3.1, 3.2); моделювання – для розробки нових та модифікації існуючих норм права у сфері шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом (підрозділи 1.1, 2.2, 2.3, 3.2, 3.3); формально-юридичний – для дослідження текстів нормативно-правових актів (підрозділи 1.1, 1.2, 2.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.2).

Наукова новизна одержаних результатів полягає в таких положеннях:

вперше:

- запропоновано розглядати шлюб у міжнародному приватному праві як союз фізичних осіб, який виникає внаслідок факту добровільної публічної реєстрації чи оголошення в публічному порядку факту їх вступу у шлюбні відносини (розширена концепція шлюбу);

- надано визначення шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом, як передбачених законом чи договором відносин, які виникають між фізичними особами внаслідок факту добровільної публічної реєстрації чи оголошення в публічному порядку факту їх вступу у шлюбні відносини та мають зв'язок з правопорядками декількох держав;

- запропоновано розрізняти світську та релігійну концепцію шлюбного договору в міжнародному приватному праві;

- сформульовано визначення шлюбного договору у міжнародному приватному праві як договору, який укладається нареченими або подружжям та визначає особисті немайнові та майнові права та обов'язки подружжя на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя, за умови, що основні права і свободи людини не порушуються;

- обґрунтовано, що зміст шлюбного договору у міжнародному приватному праві має визначатися колізійними нормами щодо майнових та особистих немайнових шлюбних відносин в залежності від об'єкта регулювання шлюбного договору правом тієї чи іншої країни;

- запропоновано у разі виникнення конфлікту юрисдикцій надавати сторонам право клопотати про передачу справи суду країни, з правом якої правовідносини мають найбільш тісний зв'язок, а не суду, який першим почав провадження у справі, що сприятиме оперативності та всебічності розгляду справи;

- обґрунтовано необхідність надання сторонам шлюбного договору, ускладненого іноземним елементом, необмеженої автономії волі у виборі права,

що застосовуватиметься до шлюбного договору. Надання сторонам шлюбного договору необмеженої автономії волі виключить проблему обходу закону.

удосконалено:

– підходи до диференціювання шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом, за наступними класифікаційними критеріями: формою іноземного елемента, порядком укладення шлюбу, об'єктом шлюбних відносин;

– положення щодо можливості регулювання особистих немайнових відносин подружжя шлюбним договором з метою стимулювання належної поведінки кожного з подружжя за умови, що основні права і свободи людини не порушуватимуться;

дістали подальшого розвитку:

– положення про необхідність закріплення у шлюбному договорі, ускладненому іноземним елементом, умови щодо відповідальності сторін за невиконання або неналежне виконання цього договору;

– положення про те, що застосування застереження про публічний порядок може призвести до необґрунтованого порушення прав (зокрема, особистих немайнових) осіб, що укладають шлюбний договір у міжнародному приватному праві.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що викладені в дисертації положення, висновки та пропозиції можна використовувати:

– у *законотворчій діяльності* – для вдосконалення вітчизняного законодавства шляхом внесення змін до законів у сфері шлюбних відносин;

– у *правозастосовній діяльності* – для поліпшення діяльності судових органів при вирішенні спорів, пов'язаних з шлюбними договорами у міжнародному приватному праві; в адвокатській практиці під час участі в процедурах, пов'язаних з питаннями шлюбних договорів, ускладнених іноземним елементом;

– у *науково-дослідній роботі* – як підґрунтя для подальшого дослідження

договірних шлюбних відносин у міжнародному приватному праві;

– у *навчально-методичній роботі* – для підготовки лекційних курсів, навчальних посібників та науково-методичних рекомендацій з навчальних дисциплін «Сімейне право», «Міжнародне приватне право» та інших цивільно-правових дисциплін.

Окрім цього, за результатами проведеного дослідження сформульовано практичні рекомендації українським громадянам, що укладають шлюбний договір з іноземним елементом, з метою захисту їх прав та законних інтересів.

Апробація результатів дисертації. Результати проведеного наукового дослідження доповідалися та обговорювалися на засіданнях кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, доповідались на міжнародних наукових і науково-практичних конференціях: IV, V, VI, VII наукових круглих столах молодих вчених, аспірантів та магістрів «Верховенство права – основоположний принцип правової держави» (м. Харків, 14 грудня 2012 р., 20 грудня 2013 р., 7 листопада 2014 р., 18 грудня 2015 р. відповідно); VIII Міжнародній конференції молодих вчених та студентів «Від громадянського суспільства – до правової держави» (м. Харків, 26 квітня 2013 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 16–17 травня 2013 р.); Міжнародній науково-практичній конференції, присвяченій 92-й річниці з дня народження професора В. П. Маслова «Актуальні проблеми приватного права» (м. Харків, 28 лютого 2014 р.); X Міжнародній науковій конференції студентів та молодих вчених «Від громадянського суспільства – до правової держави» (м. Харків, 25 квітня 2014 р.); VI Міжнародній науково-практичній конференції молодих учених та студентів «Закарпатські правові читання» (м. Ужгород, 25–27 квітня 2014 р.).

Публікації. Основні теоретичні і практичні висновки, положення та пропозиції, що містяться в дисертації, викладено у шести наукових публікаціях, з яких чотири опубліковано у фахових наукових виданнях України, дві –

у зарубіжних наукових виданнях, а також у тезах дев'яти наукових доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації зумовлені метою та завданнями роботи. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які охоплюють вісім підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг роботи становить 199 сторінок, з яких 169 – виклад основного матеріалу, 19 – список використаних джерел (198 найменувань), додатки розміщено на 11 сторінках.

РОЗДІЛ 1.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

1.1. Шлюб та шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом, у міжнародному приватному праві

Розуміння інституту шлюбного договору в міжнародному приватному праві є неможливим без розгляду самого правового поняття шлюбу, його сутнісних характеристик та того, як вони змінювалися в залежності від того чи іншого етапу історичного розвитку людства. Слід зауважити, що Закон України «Про міжнародне приватне право», розділ 9 якого присвячений зокрема регулюванню шлюбних відносин і шлюбного договору з іноземним елементом, не містить визначення шлюбу. Для того, щоб зрозуміти, до яких правовідносин слід застосовувати відповідні норми слід визначити поняття та основні ознаки шлюбу за законодавством України та інших країн.

Складність правового регулювання шлюбу з іноземним елементом полягає у необхідності з'ясування права, застосовного до шлюбних відносин з іноземним елементом, порядку укладення «іноземного шлюбу» та, відповідно, правових наслідків його укладення. За умови реалій сьогодення кількість шлюбів, регулювання яких виходить за межі одного правового поля, з кожним роком зростає. Так, кожен десятий шлюб, зареєстрований у місті Києві з початку 2013 року, укладено з іноземцями. У Державній реєстраційній службі України повідомили, що 988 шлюбів з 9435 укладено з іноземцями. Крім того, зареєстровано більше випадків одруження із громадянами з-за меж Співдружності Незалежних Держав (далі – СНД), що складає 505 шлюбів у Києві [1].

Шлюб є одним із найдавніших правових інститутів, який постійно еволюціонує. Осмислення природи та визначення основних ознак шлюбу здійснювалося протягом багатьох століть, за цей час склалися різні теорії

шлюбу. Зокрема, шлюб розглядався як вільний союз чоловіка та жінки, священне таїнство, цивільний договір, спеціальний статус особи тощо. Так, за часів римського права, яке заклало підвалини формування сучасних правових систем, Модестін у Дігестах Юстиніана визначав шлюб як «союз між жінкою та чоловіком, спільнота усього життя, єдність божественного та людського права» [2, с. 370].

Дореволюційне та радянське законодавство про шлюб та сім'ю не містило легального поняття шлюбу, що зумовило його тлумачення в юридичній науці. Широко вживаним у навчальній літературі є визначення шлюбу, запропоноване одним з найавторитетніших дореволюційних вітчизняних правознавців Г. Ф. Шершеневичем. Він визначав шлюб як «союз чоловіка і жінки з метою співжиття, заснований на взаємній згоді та укладений у встановленій формі» [3, с. 263]. К. Н. Анненков визначав шлюб як «союз двох осіб різної статі, заснований на договорі між ними і санкціонований в його укладенні виконанням обряду церковного вінчання» [4, с. 17].

У радянський період найбільш вдалими з правової точки зору дефініції запропонували науковці А. І. Пергамент, В. І. Бошка, Г. М. Свердлов. А. І. Пергамент визначала шлюб як «вільний, добровільний, рівноправний союз чоловіка та жінки, заснований на початках взаємного кохання та поваги, який укладається з метою створення сім'ї» [5, с. 34]. Безумовно, кохання і повага важливі для укладення шлюбу, але юридично байдужі. Як недолік даного визначення можна відзначити відсутність вказівки на необхідні для дійсності шлюбу вимоги. На думку В. І. Бошка, «шлюб – це вільний, рівноправний, як правило, довічний союз чоловіка та жінки, що укладений з дотриманням встановлених у законі умов та порядку, спрямований на створення сім'ї та породжує у них подружні права та обов'язки» [6, с. 104]. Дефініція Г. М. Свердлова: «Шлюб являє собою вільний і добровільний моногамний союз рівноправних чоловіка та жінки, який утворює сім'ю, породжує права і обов'язки подружжя, що укладається з дотриманням правил, встановлених законом» [7, с. 96]. З визначень шлюбу радянського періоду впливає, що його

сутність має прояв у соціальних і правових ознаках. До їх числа можна віднести: 1) добровільність укладення союзу чоловіка та жінки; 2) оформлення в установленому законом порядку; 3) виникнення взаємних прав та обов'язків.

У пострадянський період найбільш розгорнуте визначення шлюбу пропонує Л. В. Липець: «Шлюб – це добровільний і рівноправний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органах реєстрації актів цивільного стану, який укладається довічно, але з правом подружжя розірвати його у будь-який момент, окрім випадків, встановлених законодавством. Шлюб символізує виникнення нової сім'ї, спрямований на настання певних наслідків суспільного та правового характеру і є підставою для виникнення у подружжя певного обсягу взаємних прав і обов'язків, встановлених Сімейним кодексом України, іншими нормативно-правовими актами, а також шлюбним договором або іншими договорами, що укладені подружжям» [8, с. 11–16].

У вітчизняній доктрині шлюб розглядається у трьох аспектах: шлюб-договір, шлюб-статус, шлюб-партнерство. Перша концепція означає, що за законодавством встановлюються певні вимоги щодо реєстрації шлюбу, умов його дійсності, можливості відшкодування збитків, що виникли внаслідок розірвання шлюбу, встановлення договірної режиму майна. Друга концепція базується на тому, що основною метою шлюбу є створення сім'ї, народження і виховання дітей, тому шлюб – це особливий статус, який набувається суб'єктом на основі закону і включає певні права і обов'язки, які сторони за власною волею не можуть змінити. Третя концепція характеризується рівністю сторін у шлюбі з відсутністю суворої фіксації прав і обов'язків сторін [9, с. 259–260].

Вважаємо такий поділ дещо умовним, оскільки шлюб є досить багатостороннім явищем, якому характерні риси кожної з наведених концепцій. У законодавствах різних країн зазвичай превалює якийсь один погляд на дане поняття, саме тому сутність шлюбних відносин на окремих територіях часто буває неоднакова. Кожний аспект є обґрунтованим, а їх комплексний розгляд дозволить найбільш повно охарактеризувати поняття шлюбу. Отже,

досліджуватимемо шлюб як загальне поняття, не обмежуючись конкретною концепцією.

Отже, в юридичній літературі напрацьовано велику кількість доктринальних визначень шлюбу. Проте наведені вище визначення шлюбу від дореволюційних часів і дотепер не враховують сучасних тенденцій розвитку сім'ї, які запроваджують нові форми шлюбу. Під поняттям «форма шлюбу» слід розуміти умови, в силу яких укладається шлюб [10, с. 166]. На сьогодні чоловіки та жінки, зокрема молодшого покоління, обирають нові альтернативні традиційній формі шлюбу з урахуванням власних інтересів та потреб.

В багатьох зарубіжних країнах великого поширення набувають шлюбні відносини між особами однієї статі. Визначальну роль у процесі легалізації «одностатевої сім'ї» у світовому співтоваристві зіграла Каїрська міжнародна конференція Організації Об'єднаних Націй з народонаселення і розвитку 1994 року, яка затвердила Програму дій з регулювання народонаселення. Принцип 9 зазначеної Програми закріпив рівноправність і рівноцінність різних типів статевих спілок, включаючи одностатеві союзи [11]. Законодавство деяких країн легалізує такі форми шлюбу.

Сьогодні, усі країни, в яких одностатеві шлюбні відносини не переслідуються законом, умовно можна поділити на три групи: країни, в яких офіційно визнані одностатеві шлюби; країни, в яких одностатеві шлюби офіційно заборонені; та країни так званого «Соломонового рішення», які, не легалізуючи одностатевий шлюб, ввели реєстрацію співмешкання двох осіб однієї статі [8, с. 140].

В світі налічується 23 країни, на всій території або в окремих районах яких дозволені одностатеві шлюби. До того ж у 18 країнах світу існує можливість реєстрації інших форм одностатевих союзів, зокрема цивільних партнерств або цивільних союзів. Можливість реєстрації одностатевих партнерств закріплена законодавством наступних країн чи окремих адміністративно-територіальних одиниць: Данія, Голландія, Франція, Норвегія, Швеція, Фінляндія, Німеччина, Угорщина, Сполучені Штати Америки (далі –

США), Великобританія, Канада тощо [12]. Наприклад, відповідно до ст. 521 Цивільного кодексу Квебеку цивільним союзом (civil union) є зобов'язання двох осіб, які досягли вісімнадцяти років та висловлюють вільну та освічену згоду жити разом і відстоювати права та обов'язки, що випливають з цього статусу [13]. Згідно ст. 297 Сімейного кодексу Каліфорнії внутрішніми (побутовими) партнерами (domestic partners) є двоє повнолітніх, які вирішили розділити один з одним інтимне життя та відносини взаємної турботи [14]. На відміну від одностатевого шлюбу, де всі юридичні норми одностатевих і гетеросексуальних сімей однакові (в тому числі і питання усиновлення дітей), одностатеві цивільні партнерства або цивільні союзи обмежені в юридичних правах [15]. В деяких країнах, зокрема Австралії, Колумбії, одностатеві шлюби мають спірний статус у зв'язку з правовими колізіями. В інших країнах, одностатеві шлюби визнаються де-факто, наприклад, у Китаї, Японії, Ізраїлі, країнах СНД.

У країнах, законодавство яких забороняє одностатеві шлюби та союзи, на сьогодні актуальним є питання їх легалізації. Так, 30 жовтня 2015 року одностатеві шлюби були офіційно дозволені в Ірландії на підставі проведеного 22 травня 2015 року голосування з питання легалізації одностатевих шлюбів [16].

У грудні 2015 року Грецький парламент прийняв законопроект, що дозволяє гомосексуальним парам вступати в цивільний союз [17]. Греція стала однією з останніх європейських країн, які визнали одностатеві союзи. Натомість громадяни Словенії на референдумі 20 грудня 2015 року проголосували проти пропозиції легалізувати одностатеві шлюби [18].

Центрвиборчком Грузії 28 березня 2016 року зареєстрував референдум щодо легалізації одностатевих шлюбів. Громадяни мають дати відповідь на питання: «Чи хочете ви, щоб у Грузії був дозволений шлюб між особами однієї статі?» [19]. Австралійський уряд пообіцяв у разі свого переобрання провести референдум про легалізацію одностатевих шлюбів до кінця 2016 року [20].

На сьогодні має місце виникнення судової практики з питання легалізації шлюбних відносин осіб однієї статі. Так, Європейський суд з прав людини 21 липня 2015 року у справі «Oliari and others v. Italy» вирішив, що Італія порушує права одностатевих пар, і, зокрема, статтю 8 Європейської Конвенції про право на повагу до приватного та сімейного життя [21]. Аналогічним чином всі 47 країн-членів Ради Європи можуть бути зобов'язані легалізувати союз між особами однієї статі, але це не обов'язково повинен бути шлюб.

Публічний порядок деяких країн не визнає одностатеві шлюби, законодавства деяких з таких країн навіть містять правові приписи, які забороняють укладення шлюбу особами однієї статі. Так, у недалекому минулому відповідно до ст. 121 Кримінального кодексу РСФСР 1960 року гомосексуалізм визнавався кримінальним злочином [22]. На сьогодні дану кримінальну заборону знято. Стаття 3.12 Цивільного кодексу Литовської Республіки має пряму заборону на укладення шлюбу особами однієї статі [23]. За даними Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН), одностатеві шлюби між дорослими чоловіками є кримінально караними у 86 країнах світу. В дев'яти країнах, серед яких Іран, Ємен, Саудівська Аравія, статеві відносини між чоловіками караються смертю [24, с. 40].

Таким чином, з точки зору міжнародного приватного права така ознака шлюбу як належність осіб до різної статі не є істотною, оскільки за кордоном є поширеною і поширюється зі значною швидкістю така форма шлюбу як одностатеві шлюби.

Легітимізація одностатевих шлюбів у багатьох країнах світу призводить до появи сімей, які у своїй більшості не мають на меті народження дітей. Народження дітей та виховання підростаючого покоління, як наголошують деякі науковці, є основною метою створення сім'ї та укладення шлюбу. В той же час існують сім'ї, які не можуть мати дітей та відсутність дітей у подружжя не означає невизнання їх подружжям. Досить вдало з приводу дітонародження як мети укладення шлюбу висловився Кант у праці «Метафізика звичаїв»:

«статеве спілкування за законом є шлюбом, тобто поєднання двох осіб різної статі заради по-життєвого володіння статевими якостями один одного. Ціль народження і виховання дітей хоча і є ціллю природи, для якої природа укорінила взаємне прагнення статей, але для правочинності цього зв'язку зовсім не потрібно, щоб людина, яка укладає шлюб ставила перед собою таку мету, у протилежному ж випадку шлюб ліквідовувався б сам собою, після народження дітей» [25, с. 192]. Доказом цього слугує одна з сучасних тенденцій розвитку сім'ї – поява «childfree – вільні від дітей». Мова йде не тільки про те, що дітей зараз намагаються заводити якомога пізніше – розвиток штучного запліднення та інститут усиновлення фактично зводять до нуля ризик невдачі. Мова про те, що з'являються сім'ї, які принципово і назавжди вирішують відмовитися від дітей. Їх називають childfree – вільні від дітей [26].

Таким чином, вважаємо, що народження дітей чи навіть бажання їх народити також не є обов'язковою ознакою шлюбу в міжнародному приватному праві.

Сьогодні поширеним є гостьовий шлюб, який полягає в окремому проживанні чоловіка та жінки, зазвичай в різних містах або навіть країнах, їх спілкуванні головним чином за допомогою засобів зв'язку та рідкими особистими зустрічами. Гостьовий шлюб також називають екстериторіальним, при цьому такий шлюб зареєстрований у встановленому законом порядку, але подружжя більшість часу проводить окремо. В Україні правовою підставою існування гостьових шлюбів є положення ч. 2 ст. 3 Сімейного кодексу України (далі – СК України), відповідно до якої подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно [27]. У Цивільному кодексі Квебеку відсутні навіть положення про «поважні причини» окремого проживання подружжя чи цивільного союзу для визнання їх сім'єю. Так, згідно ст. 82 Цивільного кодексу Квебеку подружжя або цивільний союз може мати окреме постійне місце проживання без шкоди для правил, що стосуються їхнього спільного життя

[13]. Поширення таких шлюбів обумовлено фемінізацією суспільства та збільшенням мобільності громадян. Гостьові шлюби є досить зручною формою шлюбу для творчих людей та кар'єристів.

Дещо схожим на гостьовий шлюб на перший погляд є режим сепарації або режим окремого проживання подружжя. Інститут сепарації подружжя є новелою СК України, проте є давно відомим із власними особливостями законодавству іноземних країн, який найчастіше має назву «separation from bed and board», що дослівно перекладається як «відокремлення від ложі та столу». Наприклад, режиму сепарації подружжя у Франції присвячено статті 299–309 Цивільного кодексу Франції. Так, відповідно до ст. 299 Цивільного кодексу Франції режим сепарації не припиняє шлюб, проте звільняє від обов'язку спільного проживання [28]. Аналогічне положення закріплено статтею 508 Цивільного кодексу Квебеку [13]. Відповідно до ч. 1 ст. 119 СК України за заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання у разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно. Відповідно до ст. 120 СК України встановлення режиму окремого проживання не припиняє прав та обов'язків подружжя, які встановлені СК України і які дружина та чоловік мали до встановлення цього режиму, а також прав та обов'язків, які встановлені шлюбним договором. У разі встановлення режиму окремого проживання: 1) майно, набуте в майбутньому дружиною та чоловіком, не вважатиметься набутиим у шлюбі; 2) дитина, народжена дружиною після спливу десяти місяців, не вважатиметься такою, що походить від її чоловіка.

Отже, відмінність сепарації подружжя від гостьового шлюбу полягає у небажанні подружжя жити разом, у порядку встановлення такого режиму та правових наслідків з приводу майна, набутого чоловіком та дружиною після встановлення режиму сепарації, та дитини, народженої під час дії режиму сепарації. На думку Л. В. Липець, на противагу «гостьовому шлюбу» сепарація можлива й у разі проживання подружжя в одному помешканні, адже «відокремлення від ложе та столу» можливе, також, при проживанні подружжя

в одному домі/квартирі, але в різних кімнатах [8, с.125]. Така ситуація можлива у разі об'єктивної неможливості мати два різних помешкання.

Поняття гостьового шлюбу, наявність режиму сепарації у шлюбі, дозволяють дійти висновку, що спільне проживання осіб не є обов'язковою ознакою шлюбу в міжнародному приватному праві.

Законодавство деяких країн допускає існування полігамного шлюбу, насамперед в країнах мусульманського права. Полігамія – форма шлюбу, в якому один з подружжя одружується більш ніж з одним партнером. Існують два види полігамії – полігінія (шлюб одного чоловіка з кількома жінками) і поліандрія (шлюб однієї жінки з кількома чоловіками). Історично більш поширена полігінія [29].

Правовий статус полігамних шлюбів у різних країнах світу є різним. Законодавство країн СНД дозволяє укладення лише моногамного шлюбу. Так, згідно ст. 14 Сімейного кодексу Російської Федерації, у шлюбі одночасно можуть перебувати тільки одна жінка і тільки один чоловік [30]. Відповідно до ст. 26 Федерального Закону «Про акти цивільного стану» якщо один з майбутнього подружжя був одружений, то до заяви про реєстрацію нового шлюбу додається свідоцтво про розлучення або свідоцтво про смерть [31]. Аналогічні норми передбачені законодавством України, Білорусії і Молдавії. У деяких країнах СНД передбачена пряма заборона укладення полігамного шлюбу, зокрема кримінальним законом Республіки Таджикистану, Киргизії, Узбекистану. Але фактично полігамні шлюби існують, проте не зареєстровані в органах реєстрації актів цивільного стану. Так, після невдалих спроб легалізації полігамних шлюбів у Чеченській республіці за ініціативою Рамзана Кадірова, в органах реєстрації актів цивільного стану оформлюється тільки перший шлюб, інші шлюби укладаються в мечеті за релігійними приписами.

Законодавство країн Європи також допускає укладення лише моногамних шлюбів, проте визнає полігамні шлюби, які укладені згідно законодавства країн, де укладення полігамних шлюбів дозволено. Аналогічно питання полігамії регулюється законодавством Канади, всіх штатів США. За

різними даними від 50 до 100 тис. американських мусульман перебувають в неофіційних полігамних відносинах [32].

У країнах Близького та Середнього Сходу укладення полігамних шлюбів дозволено законодавством, зокрема у Бахреїні, Ірані, Іраку, Йорданії, Ємені, Катарі, Кувейті, Лівані, Об'єднаних Арабських Еміратах, Омані, Саудівській Аравії, Сирії. Законодавство деяких з перелічених країн передбачає необхідність виконання певних вимог до укладення полігамного шлюбу. Наприклад, можливість укладення такого шлюбу тільки між мусульманами, укладення шлюбу не більш ніж з чотирма жінками, необхідність дозволу на укладення нових шлюбів першої чи всіх існуючих жінок, впевненість судді про можливість чоловіка матеріально забезпечити сім'ю після укладенні нового шлюбу. Серед країн Близького Сходу лише законодавство Туреччини забороняє укладення полігамних шлюбів з 1926 року.

У більшості країн Азії та Африки полігамні шлюби також є дозволеними, найчастіше за умови виконання певних вимог укладення такого шлюбу. Серед названих країн забороняються полігамні шлюби законодавством Малайзії, Непалу, Таїланду, Кенії, деяких штатів Нігерії [33].

Питання полігамних шлюбів стоїть вкрай гостро у багатонаціональних країнах. Цікаво, що за результатами опитування соціологічного центру, яке було проведено в травні 2015 року серед російського населення, кожен п'ятий респондент (22 % росіян) висловив думку про схвалення багатоженства на рівні закону, але тільки на добровільних засадах і з умовою досягнення повноліття дівчиною [34].

Як різновид полігамного шлюбу соціологи виділяють шлюб послідовної полігамії. Такий шлюб передбачає заміну довготривалого шлюбу серією короткострокових союзів. Особи одружуються, народжують дітей, залишають сім'ї, утворюють нові, залишають і їх. В країнах Заходу нова мати чи батько для дитини – цілком нормальне явище. В даному випадку укладенню нового шлюбу передує розірвання попереднього шлюбу. Так, шлюб укладається між двома особами та є моногамним з юридичної точки зору.

Тимчасовий шлюб як договір є одним з існуючих у наш час інститутів, що викликає безліч спорів, не менше ніж багатоженство. Головною його особливістю є визначений за згодою строк, який проте може бути продовжений до постійного за бажанням чоловіка. Така форма шлюбу регламентована нормами права в країнах мусульманського права. Для дійсності тимчасового шлюбу необхідно виконання двох умов: 1) період тимчасового шлюбу має бути чітко визначеним і складати від одного дня до декількох років; 2) обов'язково має бути обговореним питання про махр (меріє) жінки – грошова сума або інше цінне майно. При недотриманні другої умови шлюб вважався недійсним, а при недотриманні першої умови договір набуває статусу постійного шлюбу. Якщо шлюб завершився природним чином, то жінка отримує своє придане [10, с. 191–192].

Особливість сучасних полігамних шлюбів полягає у тому, що особи у такому шлюбі рідко проживають разом, як правило йдеться про те, що у однієї особи паралельно існує два та більше шлюби. Але сам шлюб зберігається як відносини двох осіб. Наприклад, у мусульманському полігамному шлюбі дві дружини одного чоловіка не мають відносин між собою (статевих, майнових), їх шлюбні відносини складаються з чоловіком, особливість таких відносин полягає у тому, що вони існують паралельно. Тобто сучасна законна полігамія не існує у вигляді «гарему» чи «шведської сім'ї».

Тимчасовий шлюб свідчить, що ще одна ознака необмеженості у часі існування союзу також не може використовуватися як істотна ознака шлюбу.

Полігамні та тимчасові шлюби свідчать про можливість наявності у шлюбі більше двох осіб. Тобто визначення шлюбу як союзу двох осіб також не може вважатися істотною ознакою для розуміння шлюбу в міжнародному приватному праві.

Останнім часом дедалі більше пар живуть спільно, однією сім'єю без державної реєстрації шлюбу у так званому «фактичному шлюбі». Впродовж розвитку суспільства така форма шлюбу була розповсюджена в різних країнах та мала різні назви: конкубінат у Стародавньому Римі, «дикі шлюби» в

Угорщині XX століття тощо. Сьогодні фактичні шлюбні відносини в більшості країн отримують правове регулювання шляхом прийняття спеціальних законів (наприклад, Закон Швеції 1987 року «Про співжиття» (The Cohabitation Act)) або включення відповідних положень до Цивільного чи Сімейного кодексів (наприклад, Титул XXI Цивільного кодексу Франції). Незалежно від рівня розвитку країни кількість пар, які проживають у фактичних шлюбних відносинах, збільшується. Нормативно-правові акти регламентують юридичні наслідки фактичних шлюбних відносин, а також порядок юридичного оформлення відносин фактичного подружжя, що має різні форми: згода, заява, церемонія, визнання постфактум тощо. Так, законодавець Франції у 1999 року додав до Цивільного кодексу Титул XII «Про цивільний пакт солідарності і про співжиття», відповідно до положень якого договір про співжиття є альтернативою шлюбу і також підлягає державній реєстрації [28]. Цікавим видається правове регулювання фактичних шлюбних відносин у Швеції, оскільки тут співжиття розділяється на два типи: «särbo» та «sambo», де «särbo» – це сімейна пара, яка офіційно не зареєструвала свої відносини та проживає окремо, «sambo» – сімейна пара, яка не зареєструвала свої відносини та проживає спільно [35]. Однак оскільки суб'єктами фактичних шлюбних відносин в більшості країн можуть бути особи як однієї статі, так і різної, то вважаємо, що метою правового регламентування фактичних шлюбних відносин була легалізація одностатевих відносин та надання парам однієї статі прав та обов'язків, подібних шлюбним.

Згідно ч. 2 ст. 21 СК України проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя. Проте відповідно до ч. 1 ст. 74 СК України жінка та чоловік, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними [27].

Таким чином, прийняття СК України стало підставою для поширення фактичних шлюбних відносин, оскільки основна перешкода для їх існування – спільно набуте майно – відповідно до ст. 74 СК України віднесено законодавцем до спільної сумісної власності, а відносини щодо цього майна отримали однакове правове регулювання як між особами, які перебувають у шлюбі, так і між чоловіком і жінкою, які спільно проживають без реєстрації шлюбу [36, с. 38].

З цього приводу М. Яцков у статті «Позашлюбним відносинам бути?» цитує Я. М. Шевченко, яка вважає, що конкубінат стосується тільки особистого життя людини, він залежить від волі людини і від того як вона будує ці відносини, тому втручання держави зі встановленням нею правового регулювання цих відносин за типом сім'ї, на її думку, недоречне та необґрунтоване. 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 [37].

М. В. Антокольська зазначає: «Паралельне існування фактичного і зареєстрованого шлюбу ні до чого, крім правової невизначеності, плутанини і підриву принципу моногамії, привести не могло. Зокрема, виникла необхідність вирішити проблему «конкуренції» між фактичним і зареєстрованим шлюбом. Невирішеним залишалося також питання про паралельне існування декількох фактичних шлюбів» [38, с. 70].

Іншу думку з цього приводу має З. В. Ромовська, яка розглядає фактичні відносини чоловіка та жінки як сімейний союз. Відсутність державної реєстрації не робить цей союз актом цивільного стану, тобто шлюбом у правовому сенсі цього правового інституту. Жінка та чоловік у цьому союзі мають статус сім'ї, але не мають статусу подружжя. Подальший розвиток законодавства України має йти не шляхом надання жінці та чоловікові, які спільно проживають без шлюбу, прав та обов'язків подружжя, а шляхом надання їм прав та обов'язків як особам, які проживають однією сім'єю. Ці

права можуть бути тотожними за змістом (право на аліменти, право на відшкодування шкоди у зв'язку з втратою годувальника і навіть право на спадкування), але підстави їх виникнення є різними [39, с. 13]. І. В. Жилінкова підтримує думку про необхідність введення поняття «фактичний шлюб» до законодавства [40, с. 251].

Отже, на сьогодні відносини між особами можна називати фактичним шлюбом, коли, по-перше, особи проживають на одній території, по-друге, ведуть спільне господарство і, по-третє, не реєструють свої відносини в органах державної влади. Фактичний шлюб має деякі особливості порівняно з зареєстрованим у належному порядку шлюбом, які полягають у регулюванні відносин, що стосуються народження дитини, розподілу майна, спадщини тощо. У цих випадках вимагається додаткове підтвердження фактичних відносин чоловіка та жінки шляхом встановлення факту проживання їх однією сім'єю та зазначення мети, для якої необхідно встановити цей факт. Встановлення юридично факту проживання однією сім'єю без реєстрації шлюбу відбувається у судовому порядку. Наприклад, рішення Апеляційного суду Дніпропетровської області від 16.03.2011 року у справі № 22ц–20226/08 [41], рішення Апеляційного суду Черкаської області від 03.04.2013 року у справі № 22–ц/793/851/13 [42].

Поняття шлюбу слід відрізнити від поняття сім'ї. Питання визначення складу сім'ї залишається дискусійним через історичну мінливість поняття сім'ї та її здатність пристосовуватись до реалій дійсності. Кожній стадії суспільного розвитку відповідає певний тип сім'ї: традиційна багатодітна сім'я в аграрному суспільстві; нуклеарна малодітна сім'я в індустріальному суспільстві та постіндустріальна сім'я.

Як відомо, класичними підставами виникнення сім'ї в сімейному праві вважається шлюб, кровна спорідненість, усиновлення [43, с. 90]. Ті ж самі підстави встановлені кодифікованими нормативними актами, які містять визначення сім'ї, зокрема, Кодексом Республіки Казахстан про шлюб і сім'ю, Кодексом Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю, Сімейним кодексом України

тощо. Так, відповідно до ч. 4 ст. 3 СК України сім'я може створюватись на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства [27]. Кодекс Республіки Казахстан про шлюб і сім'ю в пункті 29 статті 1 визначає сім'ю як коло осіб, пов'язаних майновими та особистими немайновими правами та обов'язками, що впливають із шлюбу, спорідненості, свояцтва, усиновлення (удочеріння) або іншої форми прийняття дітей на виховання та покликаних сприяти зміцненню та розвитку сімейних відносин [44]. Кодекс Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю також містить визначення сім'ї. Так, відповідно до ст. 59 Кодексу сім'єю є об'єднання осіб, пов'язаних між собою морально та матеріально, спільністю і підтримкою, веденням спільного господарства, правами та обов'язками, що впливають із шлюбу, близького споріднення, усиновлення [45].

Так, укладення шлюбу завжди створює сім'ю, тобто шлюб без сім'ї існувати не може. Втім, сім'я без шлюбу може існувати. Наприклад, останнім часом все частіше можна почути про бажання жінки народити і виховати дітей без чоловіка. Таку сім'ю можна назвати монобатьківською або неповною. На відміну від сімейного законодавства України Кодекс Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю містить визначення неповної сім'ї. Відповідно до ст. 63 зазначеного Кодексу неповною вважається сім'я, в якій діти перебувають на утриманні та вихованні одного з батьків. До неповних належать сім'ї: жінок, які народили дітей поза шлюбом і не перебувають у шлюбі; вдів (вдівців), що не уклали нового шлюбу, на вихованні яких знаходяться неповнолітні діти; одного з батьків, який розірвав шлюб і виховує неповнолітніх дітей; одного з батьків, який не уклав нового шлюбу після визнання другого з батьків безвісно відсутнім; одиноких громадян, які усиновили дітей [45]. Отже, поняття сім'ї є ширшим за поняття шлюбу та вміщує не тільки шлюбні відносини, а й відносини між іншими членами сім'ї: батьками, дітьми, братами, сестрами тощо. Подружжя є членами сім'ї. Але шлюбні відносини передбачають

існування сексуальних відносин між особами, що не є характерним для інших членів сім'ї.

Деякі науковці наполягають на єдино можливій реєстрації шлюбу у державному органі реєстрації актів цивільного стану. Це формулювання є не зовсім точним, оскільки, наприклад, відповідно до ст. 33 СК України за заявою наречених реєстрація шлюбу може відбутися за місцем їхнього проживання, за місцем надання стаціонарної медичної допомоги або в іншому місці, якщо вони не можуть з поважних причин прибути до органу державної реєстрації актів цивільного стану [27]. До того ж порядок укладення шлюбу в інших країнах може значно відрізнятись. Так, паралельно зі світською існує релігійна форма укладення шлюбу, яка передбачає укладення шлюбу згідно з релігійними приписами, має розповсюдження у країнах релігійної правової сім'ї.

Таким чином, існування фактичного шлюбу та релігійного шлюбу означає, що така ознака як реєстрація шлюбу може бути відсутня за умови визнаного судом факту наявності шлюбних відносин або укладення шлюбу за релігійними приписами. Втім, це свідчить про те, що шлюб обов'язково повинен мати елемент публічного, соціального визнання – це може бути реєстрація шлюбу, укладення шлюбу шляхом вчинення релігійного обряду, визнання шлюбу шляхом отримання рішення суду чи іншого компетентного органу.

Більшість авторів наділяють ознакою рівноправності шлюб або осіб, які укладають шлюб. Відповідно до статті 7 Загальної декларації прав людини «всі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний захист законом. Всі люди мають право на рівний захист від якої б то не було дискримінації, що порушує цю Декларацію, і від якого б то не було підбурювання до такої дискримінації» [46]. Так, рівність громадян гарантується на міжнародному рівні незалежно від укладення шлюбу, отже, не встановлює жодної інституціональної особливості. Отже, вважаємо, що ознака рівноправності подружжя є зайвою у визначенні шлюбу.

Необхідною умовою укладення шлюбу є його добровільність. Шлюб, який укладається без згоди або проти волі подружжя або одного з подружжя є насильницьким. На сьогодні насильницький шлюб, як і раніше, має місце в регіонах Південної Азії, Східної Азії та Африки та серед іммігрантів з цих регіонів, які проживають на Заході. Найчастіше такі шлюби укладаються щодо дітей або жінок. Насильницькі шлюби можуть укладатися батьками, представниками, священиками тощо. Проте необхідно відрізняти шлюби, які укладаються за участю цих осіб, але за вільною згодою наречених, тобто відмінною рисою є саме добровільність укладення шлюбу.

Частина 2 статті 16 Загальної декларації прав людини передбачає, що шлюб може укладений лише за вільної та повної згоди обох сторін, що укладають шлюб [46]. Згідно ч. 1 ст. 1 Конвенції про згоду на укладення шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів «Не допускається укладення шлюбу без повної та вільної згоди обох сторін, яку має бути висловлено ними особисто, відповідно до закону, після належного оголошення, у присутності представника влади, який має право на оформлення шлюбу, та у присутності свідків» [47]. В існуючих правових дефініціях шлюбу законодавець також підкреслює необхідність добровільного укладення шлюбу. Навіть всупереч розповсюдженій помилкової думки про відсутність вільного волевиявлення при укладенні шлюбу в країнах релігійно-правової сім'ї, у Корані звертається увага на необхідність взаємної згоди подружжя на укладення шлюбу (30:21) [48].

У публіцистичній літературі виділяють навіть таку форму шлюбу як шлюб за завданням – коли шлюб укладається агентами спецслужб за завданням керівництва. Мета такого шлюбу – прикриття нелегальної діяльності в країні перебування. Шлюб за завданням широко застосовувався в розвідслужбах Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СРСР) [49]. Такий шлюб можна розглядати як шлюб, позбавлений добровільності з боку однієї із сторін. Втім, такий шлюб формально не є легалізованим, тому не можна розглядати його як юридичний різновид шлюбу. У разі виявлення того, що один із

подружжя діяв за завданням, шлюб може бути розірваний чи анульований (визнаний недійсним) іншим із подружжя.

Отже, шлюб без згоди подружжя є незаконним. Міжнародна конвенція та національне законодавство більшості країн забороняє такі шлюби.

Таким чином, така ознака як добровільність все ж таки є притаманною шлюбу у всіх правових системах.

На сьогодні законодавства всіх розвинених країн містить положення про засади та основні принципи шлюбу, проте не всі надають визначення поняття шлюбу, що говорить не тільки про відмінні погляди законодавців на сутність шлюбу, а й на необхідність його законодавчого закріплення. Наведемо приклади дефініцій шлюбу деяких країн. Згідно ст. 3.7 книги третьої Цивільного кодексу Литовської Республіки: «Шлюб являє собою добровільну угоду між чоловіком і жінкою для створення правових сімейних відносин, виконання яких передбачено законом. Чоловік і жінка, які зареєстрували свій шлюб у порядку, передбаченому законом, вважаються подружжям» [23]. Відповідно до п. 26 ст. 1 Кодексу про шлюб і сім'ю Республіки Казахстан «шлюбом є рівноправний союз між чоловіком і жінкою, укладений при вільній і повній згоді сторін у встановленому законом Республіки Казахстан порядку, з метою створення сім'ї, породжує майнові та особисті немайнові права і обов'язки між подружжям» [44]. Цікавим є визначення поняття шлюбу за законодавством Австралії, згідно ст. 5 Закону Австралії «Про шлюб» шлюб означає союз чоловіка і жінки з метою виключення всіх інших, добровільно приведений в дію [50]. Дуже несподіваним було прийняття в США Федерального Закону «Про охорону шлюбу» (Defense of marriage act), яким було надано визначення шлюбу для цілей федерального законодавства, при тому, що шлюбно-сімейні питання завжди знаходились у виключній компетенції штатів. Так, «у будь-якому визначенні законодавчих актів Конгресу, а також будь-якого судового рішення або припису адміністративних установ і агентств Сполучених штатів під словом «шлюб» розуміється виключно правовий союз між чоловіком і жінкою в якості чоловіка і дружини, а

слово «подружжя» відноситься лише до осіб різної статі, одним з яких є чоловік, а другим – дружина [51]. Проте законодавствами штатів США закріплено відмінні визначення шлюбу. Наприклад, відповідно до ст. 300 Сімейного кодексу Каліфорнії шлюб є особистим відношенням, яке виникає з цивільного договору між двома особами [14]. З огляду на таку розбіжність у 2013 році Верховним судом США були внесені зміни: колишнє визначення шлюбу виключили та зрівняли у правах одностатеві та традиційні подружжя. Президент Обама позитивно сприйняв рішення Верховного суду, він став першим президентом США, який підтримав легалізацію сімейних відносин у середовищі секс-меншин. «Нова постанова – це перемога для пар, які довго боролися за рівність перед законом, для дітей, батьки яких тепер будуть офіційно одружені», – пафосно заявив голова Білого дому [52].

Дещо відрізняються дефініції шлюбу в країнах релігійно-правової сім'ї. Характерними рисами дефініцій є підкреслення обов'язкової для таких країн мети шлюбу – дітонародження. Так, сучасні закони про особистий статус Єгипту визначають шлюб як «договір між чоловіком і жінкою, за допомогою якого вона стає його законним об'єктом формування сім'ї та вироблення дітей». Сирійський, іракський та йорданський законодавці встановили однакові визначення шлюбу: договір між чоловіком та жінкою, яка є правоздатна бути його жінкою, укладений з метою спільного життя та продовження роду. Ст. 4 Марокканського сімейного кодексу надає більш широке законодавче визначення: шлюб – це легальна угода, відповідно до якої чоловік і жінка дають взаємну згоду на створення спільного та постійного життя. Її метою є вірність, моральність та створення стабільної сім'ї під керуванням обох з подружжя [53]. Лаконічне визначення напередбачає Сімейний кодекс Республіки Азербайджан: «Шлюб є добровільним союзом чоловіка і жінки, зареєстрований у відповідному органі виконавчої влади з метою створення сім'ї» [54]. В Україні легальне визначення шлюбу з'явилося у 2002 році з набранням чинності нового СК України. Відповідно до ст. 21 СК України шлюбом є сімейний союз жінки

та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану.

Таким чином, можна говорити про велику кількість типів шлюбу у світі. Так, на відміну від українського законодавства, в деяких країнах реєстрація фактичних шлюбних відносин у встановленому законом порядку дає підстави для визнання їх різновидом шлюбу, що у кожній країні тягне відмінні правові наслідки. В більшості іноземних країн «фактичні шлюби» укладаються особами однієї статі з метою легалізації їх відносин. Отже, залежно від статі осіб, які складають подружжя, можна виділити одностатеві (укладаються у Данії, Голландії, Франції, Швеції, Німеччині тощо) та різностатеві шлюби (традиційний тип шлюбу, який укладається в усіх країнах світу). У країнах мусульманського права традиційним є шлюб чоловіка з декількома дружинами, тобто багатоженство. Так, залежно від кількості осіб, які складають подружжя, шлюби поділяються на моногамні, які укладаються між двома особами протилежної статі, та полігамні, які укладаються між особою однієї статі з декількома особами протилежної статі. Також феноменом мусульманського права є існування тимчасового шлюбу. Отже, залежно від тривалості шлюб може бути безстроковий, тобто без зазначення строку, на який його укладено, та тимчасовий шлюб, строк якого заздалегідь встановлено. Залежно від порядку укладення шлюбу можна виділити релігійний шлюб, укладений відповідно до релігійних приписів, та світський шлюб, порядок укладення якого регулюється державою. Законодавство не всіх країн регламентує режим окремого проживання подружжя (режим сепарації чи «відокремлення від ложе та столу»). При цьому законодавець передбачає певні правові наслідки встановлення режиму сепарації.

На підставі викладеного вище можна зробити висновок, що інститут шлюбу має цілу низку особливостей. По-перше, поняття шлюбу істотно змінювалось впродовж історичного розвитку суспільства. З огляду на це повністю погоджуємось з думкою Г. Ф. Шершеневича, який зазначав, що коло осіб, що входить до цього союзу, є неоднаковим на різних ступенях розвитку

людства. Фізичний і моральний склад сім'ї складається поза правом, а юридичний елемент є необхідним і доцільним у сфері майнових відносин членів сім'ї [3, с. 406–407]. По-друге, шлюб найбільше зазнає впливу сучасних тенденцій розвитку сім'ї, впровадження яких в різних країнах здійснюються неоднаково. Це супроводжується головним чином появою нових альтернативних форм шлюбу. По-третє, шлюб – це багатогранне соціальне явище, яке має різноманітні аспекти свого прояву і може розглядатися з різних точок зору. Окрім юриспруденції феномен шлюбу є предметом дослідження й інших наук: філософії, соціології, антропології, культурології. По-четверте, для інституту шлюбу характерним є його самотність, яка виникає внаслідок впливу традицій та звичаїв місцевості, що обумовлює відмінне правове регулювання шлюбу в різних країнах.

Зазначені особливості впливають на складність віднесення тих чи інших відносин між особами до шлюбних відносин в міжнародному приватному праві. Відповідно до статті 58 Закону України «Про міжнародне приватне право» шлюб між громадянами України, шлюб між громадянином України та іноземцем, шлюб між громадянином України та особою без громадянства, що укладений за межами України відповідно до права іноземної держави, є дійсним в Україні за умови додержання щодо громадянина України вимог Сімейного кодексу України щодо підстав недійсності шлюбу. Шлюб між іноземцями, шлюб між іноземцем та особою без громадянства, шлюб між особами без громадянства, що укладені відповідно до права іноземної держави, є дійсними в Україні [55]. Так, необхідним є розроблення визначення шлюбу в міжнародному приватному праві, що дасть можливість з'ясування змісту шлюбних відносин та відмежування їх від інших відносин між особами.

Підсумовуючи викладене вище, пропонуємо наступне визначення шлюбу як правової категорії в міжнародному приватному праві:

Шлюб – це союз фізичних осіб, який виникає внаслідок факту добровільної публічної реєстрації чи оголошення в публічному порядку факту їх вступу у шлюбні відносини.

Таким чином, з огляду на сучасні традиційні та альтернативні форми шлюбу в різних країнах до складу подружжя можна віднести наступні категорії осіб:

1) фізичні особи, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі та проживають спільно, тобто перебувають у традиційному шлюбі. Для деяких країн традиційними є також відносини одностатевого та фактичного подружжя (домашні (внутрішні) партнери, одностатеві партнери, одностатеві союзи, цивільні партнери, цивільні союзи), полігамного подружжя, тимчасового подружжя;

2) фізичні особи, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі, проте в силу поважних причин мають різне місце проживання, тобто перебувають у «гостьовому шлюбі»;

3) фізичні особи, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі, відносно до яких встановлено режим окремого проживання – режим сепарації.

Інші форми, на нашу думку, не належать до відносин подружжя через відсутність правової регламентації та відповідного оформлення таких відносин.

Для визначення поняття шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом, слід приділити увагу такій правовій категорії як іноземний елемент.

Термін «іноземний елемент» нерідко зустрічається в нормативно-правових актах зарубіжних країн, які неоднаково розкривають його зміст.

Законодавство Угорщини в Наказі «Про міжнародне приватне право в цивільних, сімейних та трудових правовідносинах» визначає іноземний елемент як іноземну особу, предмет майна чи право [56]. Закон Чеської Республіки «Про міжнародне приватне право» [57], Закон Румунської Республіки «Про регулювання відносин міжнародного приватного права» [58] та Цивільний кодекс Квебеку у книзі 10, присвяченій регулюванню міжнародних приватних відносин [13], застосовують категорію іноземного елементу, проте не розкривають її змісту.

Нормативні акти російського законодавства також не надають визначення поняттю «іноземний елемент». У п. 1 ст. 1186 Цивільного кодексу Російської Федерації згадані лише два найбільш поширені форми іноземного елементу, якими може бути ускладнені цивільно-правові відносини: участь іноземних громадян або іноземних юридичних осіб у цивільно-правових відносинах; випадки, коли об'єкт цивільних прав перебуває за кордоном [59].

Подібним чином Цивільний кодекс Республіки Білорусь визначає іноземний елемент. Так, стаття 1093 Кодексу передбачає в якості іноземного елементу тільки участь іноземних громадян або іноземних юридичних осіб, ускладнення іншим іноземним елементом, залишаючи перелік відкритим [60].

Дещо інакше міжнародні приватні відносини визначаються в Кодексі міжнародного приватного права Болгарії. Відповідно до ч. 2 ст. 1 Кодексу відносинами приватного права з «міжнародним елементом» є відносини, які мають зв'язок з двома чи декількома країнами [61].

У ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» термін «іноземний елемент» визначено як ознаку, «яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох із таких форм: хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою; об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави; юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави» [55].

Отже, іноземний елемент приватноправових відносин може виявлятися:

- а) в іноземному громадянстві; б) у відсутності громадянства; в) у проживанні учасників правовідносин на території іноземної держави; г) у знаходженні об'єкта цивільних прав на території іноземної держави; д) у локалізації юридичного факту за межами України.

Згідно Закону України «Про громадянство України» іноземцем визнається особа, яка не перебуває в громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав.

Особою без громадянства є особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином [62].

Іноземний елемент в міжнародному приватному праві свідчить про зв'язок правовідносин з правопорядком декількох країн та дає підстави для визначення та застосування одного з них. У теорії іноземний елемент має три форми вияву, які закріплено на законодавчому рівні, зокрема:

а) у суб'єкті правовідносин – якщо хоча б один учасник приватноправових відносин є іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою, то вважається, що такі правовідносини ускладнені іноземним елементом. У 2010 до Закону України «Про міжнародне приватне право» внесено ще одну категорію учасників таких правовідносин – громадяни України, які проживають за межами України.

Іноземний суб'єкт є найбільш поширеним випадком прояву іноземного елемента в приватноправових відносинах, які набувають якості міжнародних.

б) в об'єкті правовідносин – якщо об'єкт приватноправових відносин знаходиться на території іноземної держави, то вважається, що такі правовідносини ускладнені іноземним елементом. У приватноправових відносинах існує іноземний елемент, якщо такі правовідносини виникають із приводу певного майна, що належить громадянам чи юридичним особам України та знаходиться за кордоном (нерухомість, спадщина, інвестиції, зареєстровані товарні знаки тощо); або з приводу майна іноземних фізичних чи юридичних осіб, що знаходиться на території України;

в) у локалізації юридичного факту – якщо юридичний факт, який породжує, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави, то вважається, що такі приватноправові відносини ускладнені іноземним елементом.

Іноземний елемент в приватноправових відносинах може виявлятися в одній, двох чи трьох формах одночасно. Таким чином, міжнародна характеристика може бути притаманна суб'єкту, об'єкту і юридичному факту одних й тих самих правовідносин. Для того щоб правовідносини належало до

предмету регулювання міжнародного приватного права, зовсім необов'язково, щоб іноземний елемент належав до якогось певного елементу правовідносин. Сама поява іноземного елементу в приватноправових відносинах є вирішальною передумовою визначення правовідносин об'єктом міжнародного приватного права.

Необхідно зазначити, що іноземний елемент повинен характеризувати саме правовідносини. Тому, наприклад, здійснення представництва сторони іноземним громадянином чи пред'явлення до суду документу, виданого іноземною державою, не дають підстав для розгляду правовідносин як правовідносин з іноземним елементом [63, с. 13].

Незважаючи на законодавче закріплення, термін «іноземний елемент» піддається критиці з боку науковців. Зокрема, В. П. Звєков визначав «іноземний елемент» як «сухий, невиразний термін», який приховує різноманітні ситуації, характерні міжнародному приватному праву [64, с. 10]. Подібну точку зору поділяє й Л. П. Ануфрієва. Невідповідність терміну вона пояснює тим, що він спотворює сутність правовідношення, оскільки воно видається внутрішньодержавним, і має у своєму складі якийсь іноземний елемент. Насправді ж мова йде про міжнародний характер в цілому всього правовідношення, а не окремого його елементу [65, с. 59–62].

Також викликає сумніви саме формулювання терміну, співвідношення його форми і змісту. Відповідно до теорії права правовідносини складаються лише з трьох елементів: суб'єкти, об'єкт та права й обов'язки сторін, а тому жодних інших елементів, зокрема іноземного, правовідносини не містять. Отже, використання цього поняття порушує структуру правовідносин, розроблену в теорії права, доповнюючи її ще одним елементом. Проте іноземний елемент слід розуміти не як структурну одиницю правовідносин, а як певну ознаку, яка надає міжнародну характеристику суб'єктам, об'єкту чи юридичному факту правовідносин. Іншими словами, зазначена ознака вказує на «міжнародність» правовідносин [66, с. 241].

Для характеристики поняття «іноземний елемент» і його значення важливі наступні обставини: по-перше, іноземний елемент, висловлюючи в найзагальнішому вигляді своєрідність транснаціональних приватноправових відносин, створює і пояснює зв'язок між відносинами та іноземним правом, яке на них впливає; по-друге, наявність у фактичному складі відносин іноземного елемента обумовлює виникнення колізій законів і колізійного питання, яке вирішується за допомогою норм міжнародного приватного права; по-третє, прояви іноземного елемента в конкретних правовідносинах різні, перелік їх, так само як і саме поняття «іноземний елемент», не може бути визначено вичерпним чином [67, с. 308].

Однак не дивлячись на обґрунтовану критику формулювання «іноземний елемент», він залишається широко вживаним серед науковців та закріпленим на законодавчому рівні багатьох країн. Отже, характеристика «іноземний елемент» так само, як і «транскордонний», «міжнародний характер» у зв'язці з приватноправовими відносинами вказує на приналежність таких відносин до об'єкту міжнародного приватного права.

Таким чином, шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом – це передбачені законом чи договором відносини, які виникають між фізичними особами внаслідок факту добровільної публічної реєстрації чи оголошення в публічному порядку факту їх вступу у шлюбні відносини та мають зв'язок з правопорядками декількох держав.

Іноземна «субстанція» обумовлює виникнення шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом, що регулюються не тільки національним, але й міжнародним законодавством. Так, головною особливістю шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом, є їх зв'язок з правопорядками декількох держав. При цьому іноземна характеристика шлюбних відносин може мати різні форми вияву. Залежно від форми іноземного елемента шлюбні відносини з іноземним елементом можна класифікувати на:

- 1) Шлюбні відносини з іноземним суб'єктним складом. У питанні вибору права, що підлягатиме застосуванню до шлюбно-сімейних

правовідносин, у більшості країн використовується прив'язка особистого закону фізичної особи, яка може виявлятися у вигляді закону громадянства чи закону постійного місця проживання (доміцилію) подружжя. Наприклад, відповідно до ст. 20 Закону Румунської Республіки стосовно регулювання відносин міжнародного приватного права майнові відносини подружжя підкоряються їх спільному особистому закону; якщо подружжя має різне громадянство, ці відносини підкоряються закону їх спільного місця проживання. Спільний особистий закон або закон спільного проживання подружжя регулює наслідки укладення шлюбу і тоді, коли один із подружжя змінює відповідно громадянство або місце проживання [58].

Шлюбні відносини з іноземним суб'єктним складом можна поділити на:

1.1) Шлюбні відносини осіб, у яких відсутнє спільне місце постійного проживання. На сьогодні через збільшення мобільності громадян поширеними є випадки проживання подружжя на території різних країн. Такі випадки можуть виникати внаслідок отримання освіти за кордоном, здійснення трудової діяльності на території іноземної країни, перебування на стаціонарному лікуванні у лікувальному закладі іноземної країни тощо. Виникає питання вибору правопорядку країни останнього постійного місця проживання подружжя, місця перебування одного з подружжя чи громадянства подружжя. Законодавство іноземних країн неоднаково регулює такі шлюбні відносини, до того ж відрізняється й перелік підстав перебування одного з подружжя за кордоном, якщо такий перелік взагалі встановлено. Зазначені шлюбні відносини можна назвати екстериторіальними, оскільки шлюб між особами зареєстровано у встановленому законом порядку, але подружжя перебуває на території різних країн. За тривалістю перебування одного з подружжя на території іноземної держави екстериторіальні шлюбні відносини можна поділити на тимчасові та постійні:

1.1.1) Тимчасові екстериторіальні шлюбні відносини існують впродовж визначеного заздалегідь строку, обумовленого закінченням певного терміну або настанням певної події. Наприклад, закінчення строку навчання, закінчення

строку трудового договору, одужання особи та наступне залишення нею лікувального закладу;

1.1.2) Постійні екстериторіальні шлюбні відносини не мають заздалегідь визначеного строку та існують доти, доки подружжя проживає на території різних країн, не визначив строку такого проживання. Як вже зазначалось раніше, такий шлюб є однією з сучасних тенденцій розвитку сім'ї та отримав назву «гостьового шлюбу». Наприклад, укладення шлюбу між громадянами Російської федерації, які мають постійне місце проживання у різних країнах – Російській федерації та Україні;

1.2) Шлюбні відносини осіб, у яких відсутнє спільне громадянство. В останньому випадку можливі два варіанти:

1.2.1) Шлюбні відносини осіб, які мають громадянство різних країн. Наприклад, укладення шлюбного договору між громадянином Німеччини та громадянкою Франції на території Франції.

1.2.2) Шлюбні відносини, які виникають між громадянином певної країни та особою без громадянства. Наприклад, розлучення, яке супроводжується вирішенням майнових питань, між особою без громадянства та громадянкою США на території Великобританії.

2) Шлюбні відносини з приводу об'єкту приватноправових відносин, що знаходиться на території іноземної країни. Відповідно до ст. 177 Цивільного кодексу України об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага [68]. Загалом об'єктами приватноправових відносин, в тому числі й шлюбних, є матеріальні та нематеріальні блага. Під самим же благом необхідно розуміти все те, що завдяки своїм корисним властивостям здатне задовольнити потреби людини та є доступним для її володіння (обладання) [69, с. 100].

Український законодавець розкриваючи зміст роздільної та спільної сумісної власності подружжя зазначає, яке саме майно до неї належить. Так,

згідно ст. 61 СК України об'єктом права спільної сумісної власності подружжя може бути будь-яке майно, за винятком виключеного з цивільного обороту. СК України не визначає майно як окрему категорію, що дає підстави субсидіарного застосування положень Цивільного кодексу України для з'ясування змісту поняття. Відповідно до ст. 190 Цивільного кодексу України майном як особливим об'єктом є окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Так, маємо підстави відносити до об'єктів шлюбних відносин не лише речі та майнові права, а також й обов'язки майнового характеру подружжя, що виникли внаслідок розпорядження спільною власністю. Боргові зобов'язання за своєю суттю є також придбанням упродовж подружнього життя. Отже, спільні борги подружжя, що виникли внаслідок розпорядження спільною власністю, є їх спільним майном, які в разі розділу спільного майна подружжя має бути розподілене разом з іншими видами майна.

В межах даного виду класифікації можна виділити шлюбні відносини з приводу «нетрадиційного майна», яке можна визначити у загальному вигляді як немайнові блага, які були набуті одним з подружжя завдяки другому з подружжя, виконання ним подружніх, батьківських обов'язків за двох. Юристи США декілька десятиріч використовують термін «нетрадиційне майно», яке за своєю суттю не є майном, а якщо і є, то доволі специфічним, проте воно підлягає розподілу, як і традиційне. Законодавство майже всіх штатів визначає перелік такого майна: 1) ступінь спеціаліста (що відповідає в Україні диплому про вищу освіту); 2) ділову репутацію фірми, включаючи її фірмову назву, товарний знак; 3) ділові зв'язки; 4) пенсію за віком, призначену одному з подружжя; 5) пенсію за добровільним пенсійним страхуванням; 6) накопичені кошти фондом добровільного страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань [8]. Прикладом шлюбних відносин з приводу об'єкту приватноправових відносин, що знаходиться на території іноземної країни може бути успадкування одним з подружжя після смерті іншого нерухомості, яка знаходиться на території іноземної держави.

3) Шлюбні відносини, які виникають, змінюються чи припиняються внаслідок юридичного факту на території іноземної країни. Як вже зазначалось, юридичними фактами є певні життєві обставини (факти реальної дійсності), що враховуються законодавством. Ознака юридичності вказує на те, що такими обставинами обумовлені певні юридичні наслідки. Фіксація факту в правовій нормі є одним з визначальних ознак юридичного факту, оскільки вона дозволяє відмежувати юридичні факти від інших соціальних фактів. До того ж поняття юридичного факту повинно акумулювати такі властивості, риси, ознаки відображуваного явища, які надають факту якісну визначеність. Такою властивістю юридичного факту й виступає його можливість породжувати правові наслідки [70, с. 12]. Юридичними фактами у шлюбних відносинах можуть бути: вступ у шлюб, народження дитини, підписання шлюбного договору, припинення шлюбу тощо. В якості прикладу таких правовідносин можна навести народження дитини на території іноземної держави, укладення шлюбу чи шлюбного договору за кордоном.

Необхідно зазначити, що іноземний елемент у шлюбних відносинах може виявлятися в декількох формах одночасно. Наприклад, у суб'єктній складовій та юридичному факті. Так, громадянин Німеччини та громадянка Бельгії уклали шлюб на території Англії. Таким чином, міжнародна характеристика може бути притаманна суб'єкту, об'єкту і юридичному факту одних і тих самих правовідносин.

Права та обов'язки подружжя виникають на підставі укладеного між особами шлюбу. В різних країнах існують різні порядки укладення шлюбу, що обумовлює виникнення питання визнання того чи іншого шлюбу на території іншої країни. Залежно від порядку укладення шлюбу шлюбні відносини з іноземним елементом можна класифікувати на:

1) Шлюбні відносини, які виникають та регулюються внаслідок укладення світського шлюбу. Світський шлюб полягає у його державній реєстрації у відповідних державних органах. Так, згідно ст. 13 Кодексу про шлюб і сім'ю Республіки Казахстан шлюб укладається в органах реєстрації або

в спеціально призначених державних палацах одружень [44]. Відповідно до ч. 1 ст. 9 Сімейного кодексу Молдови шлюб укладається в органах реєстрації актів цивільного стану [71]. Аналогічно здійснюється укладення шлюбу в Німеччині, Франції, Швейцарії, Японії, Росії, Україні тощо.

2) Шлюбні відносини, які виникають та регулюються виключно внаслідок укладення релігійного шлюбу. Релігійний шлюб – це шлюб, укладений за релігійними обрядами. Така форма укладення шлюбу характерна країнам релігійно-правової сім'ї. Законодавство Ізраїлю, Ірану, Іраку, деяких штатів США, окремих провінцій Канади передбачають релігійну форму укладення шлюбу.

В межах цього виду правовідносин можна зазначити шлюбні відносини різної релігійної приналежності. Специфіка законодавства країн релігійно-правової сім'ї призводить до того, що наречені позбавлені права обирати місце для одруження, оскільки законодавець таких країн визначив його імперативно. Якщо одним з майбутнього подружжя є громадянин країни релігійно-правової сім'ї, наречені зобов'язані укласти шлюб у цих країнах. При цьому виникає конфлікт між формальними та матеріальними умовами укладення шлюбу, що встановлені законодавствами різного віросповідання [8].

3) Шлюбні відносини, які виникають та регулюються альтернативно внаслідок укладення як світського, так і релігійного шлюбу (Англія, низка штатів США, Іспанія, Данія, Італія, Канада, Литва тощо). Наприклад, згідно ч. 2 ст. 3.24 Цивільного кодексу Литовської Республіки укладення шлюбу в установленому порядку церквою тягне за собою такі ж самі правові наслідки, які б настали внаслідок укладення шлюбу в органах реєстрації [23]. Порядок таких шлюбів в деяких країнах дещо ускладняється внаслідок виконання необхідних додаткових дій. Так, відповідно до ч. 1 ст. 3.304 протягом десяти днів з дня укладення релігійного шлюбу уповноважена особа відповідної релігійної організації зобов'язана подати до місцевого органу реєстрації повідомлення про релігійний шлюб, укладений у встановленому церквою порядку. Відповідно до ч. 3 ст. 3.304 у разі неповідомлення органів реєстрації

про укладення релігійного шлюбу протягом строку, встановленого пунктом 1 цієї статті, шлюб буде укладений у день, коли він буде зареєстрований в органах реєстрації [23].

Залежно від об'єкту шлюбні відносини з іноземним елементом поділяються на:

1) Особисті немайнові шлюбні відносини – врегульовані нормами сімейного права відносини з приводу особистих немайнових благ та інтересів осіб, що перебувають у шлюбі [70]. Найчастіше вони піддаються регулюванню з боку моралі, а не правовому регулюванню (відносини любові, дружби тощо), але деякі з них регулюються правом. Особистим немайновим відносинам притаманні їх невід'ємність та невідчужуваність від носіїв та відсутність грошового еквіваленту [72, с. 26]. Прикладом таких відносин можуть бути відносини, які виникають з приводу вибору нареченими різного громадянства прізвища при укладенні чи розірванні шлюбу, спільного вирішення питань життя сім'ї тощо.

2) Майнові шлюбні відносини – врегульовані нормами сімейного права відносини з приводу майна подружжя, у тому числі пов'язані з укладенням шлюбного договору, а також аліментні зобов'язання подружжя відносно один одного [73, с. 109]. На відміну від особистих немайнових майнові правовідносини піддаються правовому регулюванню в повному обсязі.

Шлюбні відносини з іноземним елементом можуть регулюватись законом чи договором, які визначають об'єм та зміст суб'єктивних прав та обов'язків подружжя. Шлюбні відносини врегульовуються законом шляхом встановлення державою та закріплення у нормативно-правових актах права та обов'язки подружжя. Так, норми права визначають об'єм суб'єктивних прав та обов'язків подружжя, межі їх здійснення, заходи відповідальності тощо. Шлюбні відносини з іноземним елементом можуть бути врегульовані:

– міжнародними договорами, як двосторонніми, так і багатосторонніми. На сьогодні склався великий масив міжнародно-правових засобів регулювання питань сімейного права, зокрема відносин подружжя, ускладнених іноземним

елементом: міжнародні конвенції, пакти, декларації, прийняті в ООН; конвенції, розроблені Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права; двосторонні міждержавні угоди з сімейних питань;

– нормативно-правовими актами внутрішнього права країн, яке відповідно до громадянства подружжя є вітчизняним чи іноземним. В різних країнах шлюбні відносини з іноземним елементом регулюють кодифіковані нормативно-правові акти, зокрема цивільні чи сімейні кодекси, спеціальні закони чи інші нормативно-правові акти.

Основна ідея, яка втілена у сімейне законодавство при регулюванні шлюбних відносин, зокрема майнових, є підтримка та всебічний захист єдності та спільності майнових інтересів подружжя, узгодженості їхніх дій щодо володіння, користування і розпорядження цим майном. Законний режим означає, що комплекс прав і обов'язків подружжя щодо майна, порядку придбання та його відчуження, правомочностей по володінню, користуванню та розпорядженню ним, а також межі відповідальності подружжя по спільних і особистих боргах визначаються чинним законодавством.

В більшості випадків майнові шлюбні відносини регулюються відповідно до певного режиму подружнього майна. В романо-германській та англосаксонській правових системах поняття правового режиму майна подружжя виступає як одна із базових юридичних категорій [74, с. 53]. В цивілістичній літературі правовий режим майна в найбільш загальному плані розглядається як система юридичних правил, які визначають становище певного явища об'єктивної дійсності, статику та динаміку його правового існування [75, с. 109]. На думку Н. В. Орлової правовий режим майна подружжя необхідно розглядати як порядок регулювання майнових відносин подружжя між собою, а також із третіми особами, встановлений за законом чи договором [76, с. 40]. І. В. Жилінкова підкреслює мету встановлення правового режиму майна подружжя – всестороння впорядкованість майнових відносин в сім'ї, забезпечення та захист майнових прав та законних інтересів подружжя [77, с. 20].

Існуючі в наш час правові режими майна подружжя прийнято ділити на дві основні групи: режим роздільності майна подружжя та режим спільності майна подружжя. Режим роздільності майна подружжя полягає у відокремленні набутого під час перебування у шлюбі майна та закріплення його за кожним з подружжя окремо, незалежно від часу і способів його придбання. Так, внутрішньому законодавству країн англосаксонської правової системи, а також більшості мусульманських країн, притаманний режим роздільної власності подружжя. Режим спільності передбачає об'єднання майна подружжя, набутого під час перебування у шлюбі (доходів від майна, професійної діяльності), в єдиний масив і встановлення щодо нього права спільної власності. Зазначений режим є домінуючим у країнах романо-германської правової системи [78, с. 182]. Правові режими майна подружжя в кожній країні мають як спільні, так і відмінні риси.

Категорична протилежність систем спільності і роздільності майна подружжя спричинила появу та розвиток альтернативної системи регулювання майнових відносин подружжя. Такий режим переважно встановлено в скандинавських країнах та отримав назву «умовної», або «відкладеної» спільності («deferred community»). Ця система поєднує в собі риси спільності і роздільності та припускає, що все майно подружжя вважається належним кожному з них окремо (тобто, як при режимі роздільного подружнього майна), але у випадку розірвання шлюбу все спільне майно і грошові засоби подружжя об'єднуються і діляться поміж ними порівну. Однак, щоб уникнути зловживань кожним із подружжя своїм правом розпоряджатися належним їм майном, в законодавстві встановлені певні обмеження. На вчинення деяких, особливо важливих правочинів вимагається згода другого з подружжя. В тому випадку, якщо один з подружжя під час перебування у шлюбі грубо ігнорував майнові інтереси другого чи серйозно порушив сподівання іншого стосовно належної йому частки майна у випадку розірвання шлюбу, то винний має обов'язок відшкодувати заподіяну йому шкоду [79].

На нашу думку, в сучасних умовах слушно виділення трьох правових режимів майна подружжя. Третім є змішаний режим майна, зокрема, режим «умовної» чи «відкладеної» спільності. Такий режим, хоча і в певному сенсі є похідним від перших двох, проте з огляду на широке застосування цілком заслуговує на самостійне виділення. Він має значну специфіку і в достатній мірі відрізняється як від режиму спільності, так і від режиму роздільності в їх вихідних, первісних варіантах. Єдиний мінус такого режиму, як і будь-якого іншого режиму, що передбачає хоча б часткову роздільність нажитого в шлюбі майна, полягає в тому, що при близьких стосунках, якими є подружні, і особливо в тих випадках, коли кожен з подружжя має свої джерела доходів, важко визначити, кому з них належить те чи інше майно [80, с.22–23].

Разом з тим шлюбні відносини можуть бути врегульовані самим подружжям за допомогою укладення шлюбного договору чи будь-якого іншого подружнього договору. Законодавство багатьох країн світу санкціонує договірне регулювання шлюбних відносин. Наприклад, відповідно до параграфу 1408 Німецького цивільного уложення подружжя має право врегулювати майново-правові відносини між собою шляхом укладення договору (шлюбного контракту), зокрема скасувати або змінити встановлений законом режим майнових відносин після укладення шлюбу [81]. Проте порядок укладення та зміст шлюбного договору в законодавстві кожної країни мають свої особливості.

У різних країнах та у різний час інститут шлюбного договору мав власну специфіку, але мета його однакова: надання нареченим чи подружжю доволі широких можливостей відступу від того режиму майна подружжя, який передбачено законом та починає діяти автоматично з моменту укладення шлюбу за відсутності такого договору.

Таким чином, правове регулювання шлюбів, ускладнених іноземним елементом, викликає складності через зв'язок шлюбу з правопорядками декількох країн, законодавство яких відмінним чином регулює шлюбні відносини. Зокрема, відрізняються природа шлюбу, порядок укладення шлюбу,

формальні та матеріальні умови його укладення, особисті немайнові та майнові відносини подружжя, можливість та міра зміни законного режиму відносин подружжя, можливість встановлення режиму сепарації, порядок припинення шлюбу.

В сучасних умовах існування різноманітних типів шлюбів та альтернативних форм шлюбів та, відповідно, відмінного їх правового регулювання в різних країнах світу зручним є використання шлюбного договору як механізму регулювання шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом.

1.2. Становлення та розвиток інституту шлюбного договору в міжнародному приватному праві

Становленню інституту шлюбного договору передував складний історичний процес розвитку шлюбно-сімейних відносин, зумовлений у свою чергу суспільно-економічним та політичним розвитком суспільства.

Науковці доречно відзначають сучасний процес нормотворення поверненням у законодавство, теорію та практику правових інститутів, які в минулому були добре відомими і становили невід'ємну частину правового життя, а потім внаслідок об'єктивних чи суб'єктивних причин були з нього витіснені [82, с. 130]. Таким правовим інститутом є і шлюбний договір, оскільки його використання як інструмента регулювання шлюбних відносин в тій чи іншій формі було відоме на теренах багатьох країн в різні часи. Це пов'язано з тим, що укладення шлюбу завжди мало наслідком виникнення шлюбних відносин і, отже, необхідність їх правової регламентації. При визначенні прав та обов'язків подружжя, а також меж, в яких кожен з них може діяти щодо майна, цілком прийнятною виявлялася універсальна конструкція договору.

Питання розвитку інституту шлюбного договору були предметом дослідження таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як П. Дашкевич, О. І. Загоровский, О. І. Левицький, В. І. Бошко, І. В. Жилінкова, Р. П. Мананкова, Л. Б. Максимович, А. В. Слепакова, О. О. Олійник та ін.

З появою етнічних племінних спільнот їх розселення займає значну територію, що призводить до більш тісного і тривалого спілкування з іншими та породжує свої звичаї та принципи. На цьому етапі територіальні зв'язки спільнот витісняють родинні, що породжує політично-владні відносини між ними, які вже на етапі свого зародження поділяються на внутрішні і зовнішні. Останні є сферою, в якій з'являються юридичні норми міжнародного характеру. Так, укладення шлюбу з представниками іншої спільноти часто був не лише правом, а й приписувався як обов'язок з метою уникнення шлюбів між близькими родичами [83, с. 12]. Таким чином зароджуються шлюбні відносини із різних племінних спільнот, що є прототипом сучасних шлюбних відносин з іноземним суб'єктним складом.

Одними з найдавніших писемних джерел права, що містять норми шлюбно-сімейних відносин, були закони древневавілонського правителя Хаммурапі (XVIII ст. до н. е.). За законами Хаммурапі, які детально регламентували шлюбно-сімейні відносини, шлюб вважався різновидом договору, укладеного між нареченим і батьком нареченої. Однією з поширених умов укладення шлюбу була викупна плата, яка надається нареченим родині нареченої [84, с. 76].

Оскільки шлюб породжував складний комплекс майнових відносин, то для його укладення вимагалось укладення письмового договору. Деякі з них були досить своєрідними. Відомо, наприклад, що у Вавилоні жінка могла укладати спеціальний договір зі своїм майбутнім чоловіком, який позбавляв його права закладати дружину в майбутньому за борги [85, с. 69].

Багато уваги в міжнародних відносинах у стародавній період приділялося шлюбним договорам, особливо тим, які регламентували династичні шлюби, які виникали через особливий міжнародний статус

правителя (на Близькому Сході, у Малій Азії, частково Північній Африці). Такі шлюби розглядалися як важливі політичні акції, що ведуть до встановлення тісних дружніх стосунків між державами й обопільного економічного, військового і культурного розвитку. Прикладом такого договору і шлюбу, що слідував за ним, може слугувати шлюб вавилонської царівни Семіраміди з ассірійським царем Шамаші–Адіді II [86].

З інститутом міжнародної правосуб'єктності пов'язане питання міжнародного визнання суб'єкта міжнародного права. Як окрема правова норма воно ще не склалося у стародавній період, але в той час можна говорити про передумови його формування. Особливої процедури міжнародно-правового визнання в стародавній період не існувало [87, с. 31].

Для глибшого дослідження правової природи та значення шлюбного договору в міжнародному приватному праві варто звернутись до Римського приватного права, яке зародилось два з половиною тисячоліття тому та слугує підвалинами сучасного приватного права в розвинутих країнах світу.

Відособленість і прогресивність римського приватного права (*jus civile*) зумовлювала особливий статус негромадян (*hostes, peregrine*), правове положення яких встановлювалось законом. Положення іноземців в Римській державі і в період республіки, і в період імперії було специфічним. Якщо вони не належали до жодної з певних правових категорій (латинів, переґринів тощо), то в мирний час їх розглядали як «нічийну річ», і будь-хто міг захопити у своє розпорядження і особу, і власність іноземця; у воєнний час становище погіршувалося: іноземці ставали ворогами (*hostis*), і будь-хто міг довільно розправитися з ними, якщо вони не вступали під покровительство римлянина [88].

Проте Закони XII таблиць, розроблені «законодавчою комісією з десяти чоловіків» у 451 р. до н. е. передбачали доступність урочистих юридичних актів деяким категоріям іноземців, пов'язаних з римським народом договором про дружбу, а також можливістю судового розгляду з іноземцем [89, с. 65–66]. Лише

римляни, латини, переґрини, пролетарії та деякі категорії іноземців мали право на укладення законного шлюбу.

Римське приватне право передбачало поділ шлюбу на два різновиди: шлюби з чоловічою владою (*cum manu*) та шлюби без чоловічої влади (*sine manu*). Відмінність між ними полягала в обсягу особистих немайнових та майнових прав та обов'язків подружжя.

Шлюб *cum manu* передбачав повне підпорядкування дружини владі чоловіка на аналогічних умовах з дітьми. Подружня влада (*manus*), тобто влада чоловіка над жінкою виникала на підставі укладення наступних трьох форм шлюбу, що визнавалися цивільним судом:

- *Confarreatio* – найстаріша і найбільш урочиста форма шлюбу, яка проводилася переважно серед патриціїв, подібна сучасному церковному вінчанню;

- *Coeemptio* («купівля») – простіша форма укладення шлюбу серед простолюду, оскільки плебеям аристократичний *confarreatio* був недоступний, полягала у «викупу» дівчини нареченим у її батька;

- *Usus* («за звичкою, давністю») – шлюб за звичаєм, третя форма шлюбу, яка викликає інтерес, оскільки призначалася для впорядкування постійних союзів римлян з іноземцями та не супроводжувалась особливою обрядовістю, характерною для інших форм шлюбу, та обумовлювала виникнення прав та обов'язків подружжя.

У шлюбі *sine manu* жінка залишалася під владою свого батька та агнаткою його підвладних членів сім'ї. Чоловік не мав жодного впливу на її життя та свободу, тому вона мала право з будь-яких причин розірвати шлюб.

Укладенню шлюбу передували заручини (*sponsalia*). На стадії заручин глави сімей вирішували питання щодо приданого, тобто майна, яке дружина приносила у будинок чоловіка і яке, за загальним правилом, переходило у його власність [90, с. 72]. Нерідко дружини були заможніше своїх чоловіків, які збагачувалися за рахунок майна дружини. Тому батьки наречених вимагали

перед укладенням шлюбу виконання нареченим певних обіцянок на випадок його припинення, які в подальшому набувають статусу шлюбних договорів.

Цікаво, що серед деяких верств населення підписання договору між подружжям було необхідною умовою укладення шлюбу. Так, Юстиніан передбачив складання письмового документа про встановлення приданого як обов'язкової умови укладення шлюбу особами сенаторського стану та знаті. Крім того, наречені могли укладати й інші угоди, наприклад, стосовно подарунків до укладення шлюбу; про відшкодування (шляхом стипуляції чи внесення завдатку) на випадок, якщо заручини з вини однієї зі сторін не приведуть до укладення шлюбу тощо [91, с.105].

У Середні віки та епоху Відродження у країнах Європи, а також у царській Росії інтерес до інтернаціональних шлюбів диктувався соціально-економічними інтересами. Для аристократії шлюб був політичним актом, кращим засобом збільшити свій вплив і могутність. Укладались династичні шлюби з метою закріплення зв'язків між державами. Так, в Русі київські княжни виходили заміж за королів Угорщини та Норвегії. Дочка Ярослава Анна одружилася з королем Франції Генріхом I, а сам Ярослав був одружений на дочці шведського короля. Те ж ставлення до шлюбу існувало і серед цехових майстрів середньовічних міст і купецтва [92, с. 35].

У період Середньовіччя відносини подружжя не були розділені на майнові та особисті, а тому можемо припустити, що предметом шлюбного договору могли бути як майнові, так і особисті немайнові права та обов'язки. Шлюбні відносини піддавались регулюванню з боку звичаєвого права, тобто таких правил поведінки, які склалися внаслідок їх фактичного застосування протягом тривалого часу [93, с. 208].

Укладення шлюбного договору для французьких громадян було доволі звичним. Вони були різноманітними та залежали від місцевих традицій, соціального класу та професійної спрямованості сім'ї. Взаємне рішення двох сторін укласти шлюб тягнуло за собою перемовини з приводу матеріального забезпечення майбутнього подружжя. Оскільки «немає шлюбу без

переговорів», як вважали в Лангедоці [94, с.188].

У шлюбних договорах Франції намагалися спрогнозувати всі умови співжиття майбутньої сім'ї, зокрема матеріальне забезпечення сім'ї, дітей подружжя в період спільного життя чи у випадку смерті одного з подружжя. Підписання договору супроводжувалося певними обрядами. Наречений дарували монети, які викладали на документ, посвідчений нотаріусом. Послідовність підписання шлюбного договору та заручин на різних місцевостях була різною. Наприклад, в Ельзасі складання договору взагалі заміщувало заручини [94, с.188-190].

Договори ХІХ століття зберегли сутність середньовічних договорів, зокрема увібрали в себе розподіл майна на спільне, набуте впродовж життя чоловіка та дружини разом, та особисте, яке перебувало у власності кожного з них окремо.

Визначивши майнові аспекти, сторони переходили до кінцевого оформлення угоди – заручин. На практиці домовленості укладались усно чи письмово. Усна форма передбачала висловлення типових формулювань та передання нареченими один одному відповідного майна чи грошей, які розглядались як завдаток. Письмова форма була представлена договором, який укладався за допомогою нотаріуса чи за участю свідків.

Селяни намагались укласти шлюби, а, отже, і шлюбні договори, в межах одного селища, церковного приходу чи комуни (адміністративної одиниці). В ХХ столітті розвиток капіталістичних відносин спричинив рух сільського населення до столиці та великих міст. Проте в даній ситуації простежується локальна та професійна ендогамія: вихідці з різних провінцій, які селились при переселенні у велике місто окремими кварталами, намагались укласти шлюб у своєму кварталі чи будь-яким іншим способом одружитися з уродженкою своєї області. Такі шлюби укладались в першу чергу з метою збереження свого сімейного володіння всередині родової групи [94, с. 179–180].

Пізніше Цивільний кодекс Франції 1804 року, так званий Кодекс Наполеона, містив книгу першу «Про осіб», яка складалася з титулів,

включаючи титули про сімейні відносини: «Про акти цивільного стану, про шлюб, про розлучення» тощо. Крім того, ст. 11 регламентувала право іноземців користуватися у Франції тими ж правами, що мали французи, але тільки у випадках, коли французи мали такі ж самі права на території іноземної держави, які мали самі громадяни цієї держави: «Іноземець користується у Франції такими ж громадянськими правами, які надані або будуть надані французам за договорами з державою, до якої належить іноземець». Ці права поширювалися і на шлюбно-сімейну сферу правовідносин. У цьому випадку чітко вбачається принцип «взаємності», регульований в даний час майже всіма відомими правопорядками.

На території Німеччини зачатки шлюбного договору зустрічаються приблизно у XIV столітті. Про це свідчить шлюбна церемонія, яка складалася з наступних етапів: *vertragshardlungen* – дій, які представляли собою суто договір (домовленість), і *vollzugshandlungen* – дій, спрямованих на реалізацію цього договору на практиці.

В першій половині XIX століття у Німеччині, яка складалась з багатьох королівств, герцогств тощо, широко були розповсюджені династичні шлюби. Серед дворянства при виборі шлюбного партнера довго враховувалась знатність його роду [94, с. 8].

З кінця XIX століття укладення шлюбу в Німеччині відбувалося у формі весілля, першим етапом якого були заручини. Вони передбачали підписання батьками молодих шлюбного договору, який скріплювався рукостисканням. Задля наочності приведемо частину тексту договору, який був складений німецькими селянами. За словами кохання та подружньої вірності слідував текст наступного характеру: «...наречений приносить нареченій свою частку земельного наділу зі всіма приналежностями, худобою та господарським інвентарем. Наречена обіцяє принести нареченому в придане 50 талерів, двох волів, двох корів, одного коня, одного бика, двох свиней, двох овець з ягнятами, два мішки жита, одну постіль, три чохли на перину, одне велике і два звичайні простирадла, шість повних і шість половинних скатертей, дванадцять

рушників, одну святкову сукню, одну скриню, один стілець і одну прядку» [94, с. 17]. Наведений приклад говорить про ґрунтовний та ретельний підхід у підготовці та підписанні шлюбного договору німцями, зокрема, німецькими селянами.

Друга світова війна внесла корективи у регулювання відносин, які виникають внаслідок укладення шлюбу з іноземцями. Так, параграф 15 Вступного Закону до Німецького цивільного уложення передбачав особливий дозвіл держави, який необхідно було отримати громадянину Німеччини для укладення шлюбу з іноземцем [95].

Відповідно до законодавства Німеччини при укладенні шлюбу з іноземцем або між іноземцями, необхідним було дотримання умов шлюбу і відсутність шлюбних заборон, що містяться в національному праві держави, громадянином якої є кожен з наречених. Також подружжю необхідно було обрати спільне прізвище, у тому числі й у змішаних шлюбах, яке відображало б єдність створеного ними союзу [89].

Подібним чином регулювалися шлюбні відносини і в інших країнах. Так, Загальне уложення Австрійської імперії 1811 року мало у своєму змісті главу 28 «Про шлюбні договори», яка регламентувала договірні відносини між майбутнім подружжям. В Австрії заручини виконували роль передшлюбної домовленості. Так, у селах Вайнфіртеля заручини передбачали лише узгодження умов про придане і дату церемонії весілля. У разі досягнення сторонами згоди із зазначених питань заручини завершуються укладенням шлюбного договору у присутності нотаріуса. Також мало місце укладення договору про перехід синові господарства, якщо він незабаром мав прийняти спадщину від батька. Такий договір передбачав умови утримання батьків сином-спадкоємцем [94, с. 48].

Цікавими видаються шлюбні традиції Угорщини. Відповідно до норм звичаєвого права укладення шлюбу було обов'язковим як для чоловіків, так і для жінок. Неодружений чоловік не мав право бути членом сільської громади або церковної общини. Визначальним етапом у процесі одруження були

заручини (eljegyzes, jegyvaltas), результатом яких мало бути остаточне врегулювання майнових відносин подружжя, розгляд яких починався ще на етапі сватання. Якщо ж один з наречених після заручин відпирався від укладення шлюбу, то йому було необхідно повернути отримані при заручинах подарунки та відшкодувати затрати, яких зазнала друга сторона у підготовці до церемонії. Таке правило часто закріплювалось як одна з умов шлюбної домовленості.

В угорському селянському середовищі панувала тенденція до ендегамії в широкому сенсі слова, коли шлюби укладались у межах певної групи (локальної, соціальної тощо). В більшості районів країни шлюби укладались в межах одного села, а іноді навіть його частини. Звичай локальної ендегамії відображений у прислів'ї «Краще візьми жінку з сімома гріхами з дому, ніж з одним гріхом з іншого місця». У випадку порушення цього звичаю оточення довго відносились до «чужаків» з неприязню та недовірою.

До закінчення першої світової війни Угорщина, територія якої була приблизно в три рази більше сучасної, відносилась до багатонаціональних країн. Проте навіть в областях зі змішаним національним складом національно-змішані шлюби зустрічались вкрай рідко.

Укладення шлюбу за допомогою заручин також було відомим і населенню Італії. У процесі заручин вирішувались майнові питання майбутньої сім'ї та визначалась дата церемонії весілля. Обговорення майна (gote) і приданого (корредо) відбувалось дуже ретельно, аж до встановлення переліку речей та обов'язкового здійснення їх оцінки. Далі утворений представниками двох сімей перелік речей посвідчувався у нотаріуса.

Перелік речей нареченої часто налічував кілька сотень одиниць. Підрахунку піддавались всі без винятку особисті речі нареченої, навіть ті предмети одягу, в яких була одягнена на церемонії весілля. На деяких місцевостях (Амбруццо, Молізе, Базиліката) у переліку речей «корредо» можна було зустріти вислів на кшталт «Наречена взута й одягнена, як вона є» (*Zita calrata e vestita come ritrova*) або «Наречена, як вона є» (*E la sposa come si trova*)

[94, с.118–119; 77, с. 10]. Власне, це був шлюбний договір, який окрім переліку речей містив умови щодо спадкових зобов'язань з боку родин майбутнього подружжя.

Всюди в Італії було більш прийнято одружуватися з дівчинами зі своєї місцевості. Це засвідчено, наприклад, для низки міст Сицилії. На цьому острові хлопці із рибацьких міських передмість уникали шлюбу з дівчатами, які проживали далеко від моря [94, с. 112].

На теренах Швейцарії також використовувались шлюбні домовленості. Подібно іншим європейським країнам укладення шлюбу в Швейцарії супроводжувалося заручинами. Як правило, у процесі заручин батько призначав дату перемовин про придане, які проходили за один-два тижні до церемонії весілля. Також розповсюджені були «шлюбні листи», «листи нареченого нареченій» тощо, які на відміну від шлюбних договорів не передбачали питання майнового характеру.

Складний етнічний та конфесійний склад населення Швейцарії відбився на звичаях та обрядах народів цієї країни. Тут на невеликій території було зосереджено населення, яке розмовляло чотирма мовами: німецькою, французькою, італійською, ретороманською. Воно сповідувало декілька християнських віровчень [94, с. 89]. Вибір нареченої, сватання та одруження аж до початку XX століття багато в чому обмежені родинними чи іншими обмеженнями, в тому числі ендогамією. Так, мешканці різних громад та областей рідко укладали між собою шлюби [94, с. 90].

До 1874 року діяла офіційна заборона на укладення конфесійно-змішаних шлюбів. До середини XX століття зберігається звичай, згідно якого шлюби укладаються головним чином між особами однієї етнічної приналежності, проте поступово зростає й число змішаних шлюбів, зокрема у містах. У сільських місцевостях юнаки часом проводили справжні війни, щоб зберегти для себе місцевих дівчат [94, с. 90-91].

До хрещення Русі укладенню шлюбу передувало складення відповідної угоди нареченим і батьком нареченої або родичами молодих.

У другій половині XIII ст. заручини, які передбачали домовленість про укладення шлюбу в майбутньому, набули форму шлюбного договору, який мав назву «рядна грамота» або «рядний запис» та укладався батьками чи сватами молодих. Духовенство негативно ставилось до використання шлюбних договорів, які, на його переконання, позбавляли шлюб духовної сутності.

У XVI – XIX ст. на теренах України умовою вступу у шлюб було укладення договору між батьками та родичами наречених. П. Дашкевич відзначав, що «під час сватання передшлюбний договір розробляється у всіх деталях: визначається, чи піде наречений «у прийми», чи наречену візьме до себе, домовляються про посаг, обмінюються подарунками і призначають день весілля» [96, с. 220–221]. Такий договір вважався чинним з моменту вручення нареченою старостам «рушників», що говорило про згоду на укладення шлюбу [97, с. 171].

Форма шлюбного договору до XVII ст. була усна, проте згодом договір набуває письмової форми (насамперед стосовно тих договорів, які закріплювали одержання майбутнім подружжям земельної ділянки). З часом шлюбні договори стали укладатися лише у письмовій формі та отримали назву «шлюбні» або «віновні листи». Вони містили наступні умови: угода про майбутній шлюб; положення про розмір посагу, який надавався зі сторони нареченої та складався з «скрині» та «худоби»; про розмір внеску нареченого – «віна» або «привінка»; а також про розмір внеску батьків наречених [98, с. 143–144].

В період Великого князівства Литовського змовини як самостійна дошлюбна церемонія мали договірний характер та отримали назву «шлюбна інтерциза» або «лист змовний». Зазначені шлюбні договори мали відповідати певній формі, відомості про них вносились до актової книги [99; с. 6]. Згідно з Литовськими статутами умовою укладення шлюбу є складання та підписання «шлюбної інтерцизи», метою якої було впорядкування майнових прав та обов'язків наречених.

Розглянемо зразок «шлюбної інтерцизи», яка була укладена після змовин 21 грудня 1634 р. на Волинських землях за участі Київського митрополита Петра Могили та овруцького архімандрита Кизаревича. Під час змовин митрополит провів церемонію вінчання над нареченими. Проте вони не наділялись шлюбними правами та обов'язками до моменту підписання «шлюбної інтерцизи». Цей договір містив різноманітні умови, зокрема: 1) день церемонії весілля – перший тиждень після Трійці у 1637 р., тобто через два з половиною роки після вінчання; 2) обіцянку наречених дотримати «слово віри» стосовно майбутнього укладення шлюбу один з одним, у випадку недодержання цієї обіцянки наступала відповідальність сторін у вигляді пені; 3) умову, згідно якої наречена до церемонії житиме у будинку своїх батьків [99, с. 8–9].

Отже, можна говорити про досить широке застосування українським населенням шлюбного договору в якості інструменту регулювання шлюбних відносин.

У період правління Петра Великого помічаємо нову орієнтацію в законодавстві, яка полягає у наданні дружині права вільно розпоряджатися власним майном, що, як наслідок, обумовило зміни у шлюбних відносинах з приводу майна. На відміну від більшості країн Європи, де в період розвитку буржуазії зміни у правовому полі вплинули на підвищення ролі інституту шлюбного договору, в Російській імперії це питання вирішувались інакше. Хоча чинне законодавство не визначало порядок та умови укладення шлюбних договорів, воно й не забороняло подружжю укласти один з одним всі незаборонені договори (статті 116, 177 Зводу законів Російської Імперії). Така законодавча позиція мала різне тлумачення науковцями. Деякі вчені розглядали відсутність правової регламентації договірних правовідносин у сфері сім'ї як їх заборону. Водночас інші науковці не вбачали в законодавстві того часу заборони укладення шлюбних договорів. Так, А. Вормс вказував, що «подружжя може укласти один з одним, до вступу в шлюб і перебуваючи в ньому... договори, відомі іншим системам права в межах Імперії (польському

праву, остзейському праву) під назвою «передшлюбних» або «шлюбних договорів» [100, с. 66]. Такими могли бути договори про володіння нерухомим майном, про частку посагу, рядні записи тощо.

Вимогою укладення зазначеної домовленості було її письмове оформлення у вигляді акту, укладеного за допомогою нотаріуса, та здійснення відповідної відмітки в акті одруження. У разі невиконання цих вимог договір визнавався недійсним [101, с. 134].

Обов'язкове укладення шлюбних договорів в Російській Імперії як вимоги укладення шлюбу було для осіб Імператорського дому (ст. ст. 189, 190 Основного державного закону 1906 р.) [100, с. 66].

Шлюби росіян з іноземцями до початку XVIII століття були заборонені. Оскільки шлюбно-сімейні відносини регламентувалися нормами церковного права, дія яких розповсюджувалась на осіб однієї віри – православних, то при укладенні шлюбу особами різної віри, виникає питання, приписами віри кого з майбутнього подружжя регулюватимуться їх відносини. Особи різних віросповідань та конфесій потрапляли під дію різних законів залежно від приписів своєї релігії [102, с. 56]. Такі відносини відповідно до часу можна розглядати як «змішані», такі, що мають зв'язок з правопорядками декількох країн.

На початку XIX ст. допускалися шлюби російських підданих з іноземцями, але при цьому одним з дозвільних критеріїв було єдине віросповідання наречених. При цьому вступ у шлюб з іноземцем спричиняв втрату російського підданства [89, с. 67–68].

Зі створенням Радянського союзу система звичаїв у сфері сім'ї та шлюбу зазнає великих змін. Встановлення нового державного режиму на українській території обумовило прийняття нового законодавства, що мало наслідком зникнення інституту шлюбного договору на теренах України.

На різних етапах розвитку Радянського союзу законодавство неоднаково регулювало шлюбно-сімейні відносини громадян. Першими нормативно-правовими актами, присвяченими регулюванню шлюбно-сімейних відносин

були декрети від 18 грудня 1917 року «Про цивільний шлюб, про дітей та про введення книг актів громадянського стану» [103] та від 19 грудня того ж року декрет «Про розлучення» [104]. Визначальним надбанням цих актів було позбавлення сім'ї та шлюбу від влади церкви, зокрема, ліквідація складного порядку церковного укладення та розірвання шлюбу. З того часу розгляд справ про розлучення належав до компетенції суду, а процедура розлучення оформлювалась органами реєстрації актів цивільного стану.

На перших етапах становлення радянського законодавства як у Росії, так і в Україні набули чинності визначальні нормативно-правові акти в сфері сім'ї та шлюбу. У Російській Федерації 16 вересня 1918 року було прийнято Кодекс законів про акти громадянського стану, шлюбне, сімейне і опікунське право. У примітці 1 ст. 53 Кодексу вперше закріплювалося, що «ведення актів цивільного стану російських громадян за кордоном покладається на представників Росії за кордоном, які про укладені шлюби зобов'язані повідомити центральному відділу записів актів цивільного стану з наданням копій свідоцтв». З метою досягнення рівноправ'я жінки з чоловіком Кодексом у ст. 103 вперше обмовлялося, що зміна громадянства могла бути обумовлена тільки спеціально вираженим бажанням нареченого або нареченої [105]. Даний принцип про громадянство подружжя вперше в історії був закріплений саме в цій статті. Через 40 років він став нормою міжнародного права і був включений у ст. 3 розробленої і прийнятої в рамках ООН Конвенції про громадянство заміжньої жінки 1957 року [106]. В липні 1919 року в Українській Радянській Соціалістичній Республіці (далі – УРСР) теж був прийнятий Сімейний кодекс, який практично не вступив в силу через військові дії, які відбувалися на території України.

Необхідно зазначити, що Сімейний кодекс УРСР 1926 року містив паростки договірного регулювання шлюбних відносин. Так, згідно статті 127 Кодексу «подружжя може укладати між собою всі дозволені законом майнові правочини, але їх угоди, спрямовані до зменшення майнових прав одного з подружжя або дітей, недійсні і не обов'язкові ні для третіх осіб, ні для самого

подружжя». Норму з аналогічним змістом містив Сімейний кодекс РСФСР 1926 року. Бачимо, що теоретично чоловік та дружина мали право укласти шлюбний договір, однак в дійсності положення статті 127 Сімейного кодексу УРСР 1926 року нівелює істинне призначення шлюбного договору. Оскільки метою укладення шлюбного договору є відхід від передбаченого законом принципу рівності часток подружжя на майно, набутого під час перебування у шлюбі саме шляхом «зменшення майнових прав одного з подружжя».

Взагалі в період панування Радянської влади регулювання відносин у сфері сім'ї та шлюбу мало імперативний характер. Суб'єктам цих відносин не надавалось право регулювати різного характеру питання на договірних засадах. В теорії зазначалось, що договори є нетиповими конструкціями для сімейного права, а якщо вони й мають місце, то їм характерна безоплатність [6, с. 169]. Вважалося, що імперативне та єдине регулювання цих відносин необхідне для підвищення охорони інтересів членів сім'ї.

У 1948 році радянське сімейне законодавство зазнає деякий значних змін – радянським громадянам забороняються шлюби з іноземцями. Тривало це до 1953 року та було обумовлено виключно політичними міркуваннями. В якості обґрунтування наводилося, що «наші жінки, що вийшли заміж за іноземців і опинилися за кордоном, в незвичних умовах відчують себе погано і піддаються дискримінації» [107, с. 132–133]. У цей період шлюби радянських громадян з іноземцями розглядалися як антипатріотичні, а спроба відмовитися від радянського громадянства як одна з можливостей укласти шлюб з іноземцем для радянського громадянина (частіше радянської громадянки) могла завершитися негативно, зокрема звинуваченням у зраді Батьківщині [89].

Характерною ознакою радянського періоду була кардинальна зміна форм власності. Принцип відсутності приватної власності був впроваджений й у шлюбно-сімейних відносинах. Державна влада створювала всі умови для побудови шлюбно-сімейних відносин виключно на особистих началах. Проте інститут шлюбного договору не вписувався у нові умови життя, хоча на початку післяжовтневого періоду були спроби адаптувати інститут у теорію.

Такі спроби пояснювались неможливістю зневажання багатовіковими звичаями та традиціями російського селянства. Це обумовило міркування з приводу укладення, зокрема серед селянства, так званих господарсько-шлюбних договорів [77, с. 16]. Проте закріплення такої можливості на законодавчому рівні не відбулося. Інституту шлюбного договору не знайшлося місця в системі жорсткого, імперативного регулювання шлюбно-сімейних відносин того періоду, що спричинило відмову від альтернативного диспозитивного регулювання зазначених відносин, а згодом став своєрідним уособленням ворожих капіталістичних поглядів [77, с. 16]. Саме тому застосування шлюбного договору було неприпустимим для регулювання шлюбних відносин, які підлягали регулюванню виключно з боку держави.

Розпад Радянського союзу та утворення на його теренах суверенних країн обумовили початок істотних змін в соціальній та економічній сфері. Політичний курс України був спрямований в першу чергу на розвиток ринкової економіки та відновлення приватної власності. Одним з напрямків такого курсу можна виділити введення до сімейного законодавства інституту шлюбного контракту. Це була вирішальна спроба закріплення повноцінного договірного регулювання шлюбних відносин з приводу майна, яка була здійснена у 1992 році. Законом України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю Української РСР» було додано до Кодексу про шлюб та сім'ю Української РСР статтю 27–1 «Право подружжя на укладення шлюбного контракту». Згідно цієї статті, особи які укладають шлюб, мають право за своїм бажанням укласти угоду з приводу вирішення питань життя сім'ї (шлюбний контракт), в якій передбачити майнові права та обов'язки подружжя. Таким чином інститут шлюбного договору в перший раз був зафіксований на законодавчому рівні.

Як бачимо, нововведення у Кодексі про шлюб та сім'ю Української РСР зводились до включення та зміни лише декількох статей, проте їх значення в розвитку сімейного права України не можна недооцінити, оскільки це зумовило встановлення нового правового режиму майнових відносин – договірного.

Подальший розвиток інституту шлюбного договору характеризується прийняттям постанови Кабінету Міністрів України від 16 червня 1993 року № 457, яка затвердила «Порядок укладення шлюбного контракту» [108]. Згідно пункту 1 Порядку укладення шлюбного контракту подружжя отримали можливість врегулювати шлюбним контрактом не тільки майнові права та обов'язки, але й немайнові, моральні або особисті права та обов'язки. Такі положення постанови суперечили нормам чинного на той час Кодексу про шлюб та сім'ю України, який дозволяв договірне регулювання лише майнових відносин подружжя.

Протиріччя були усунені прийняттям Верховною Радою України 10 січня 2002 року кодифікованого нормативно-правового акту – Сімейного кодексу України. Відповідно до частини 3 ст. 93 СК України шлюбним договором забороняється регулювання особистих відносин подружжя, а також особистих відносин між ними та дітьми. Не поглиблюючись у нескінченні дискусії науковців про місце сімейного права в системі права, зазначимо, що спочатку інститут шлюбного договору було включено до проекту Цивільного кодексу України, а вже потім – до нового Сімейного кодексу України.

Таким чином, з огляду на історію розвитку інституту шлюбного договору в країнах романо-германської правової системи, можемо зробити висновок про широке використання договірних конструкцій нареченими під час заручин. Вони виконували роль передшлюбних домовленостей, які можна вважати прототипами шлюбних договорів у сучасному розумінні. Вони були різноманітними та залежали від місцевих традицій, соціального класу та професійної спрямованості сім'ї. Серед населення зарубіжних країн панувала тенденція до ендогамії, тобто укладення шлюбів у межах певної групи (локальної, соціальної тощо). При цьому укладення інтернаціональних шлюбів, а тому й шлюбних договорів, у період Середньовіччя, обумовлювалось соціально-економічними інтересами. Зокрема, укладались династичні шлюби з метою закріплення політичних, економічних та торгових зв'язків між державами. Так, укладення шлюбу, а, отже, й шлюбного договору, з

громадянином іноземної країни було вкрай рідким.

Під час заручин, зокрема у Франції, Італії, Австрії, Угорщині, вирішувались майнові питання майбутньої сім'ї та визначалась дата церемонії весілля. У період Середньовіччя шлюбні відносини не були розділені на майнові та особисті, а тому можемо припустити, що предметом шлюбного договору могли бути як майнові, так і особисті немайнові права та обов'язки. На практиці домовленості укладались усно чи письмово. Усна форма передбачала висловлення типових формулювань та передання нареченими один одному відповідного майна чи грошей, які розглядались як завдаток. Письмова форма була представлена договором, який укладався за допомогою нотаріуса чи за участю свідків.

Українському населенню шлюбний договір у наближеному до сучасного розуміння був відомий щонайменше з XII століття, який мав назву «рядна грамота» або «рядний запис» та укладався батьками чи сватами молодих. З часом з набуттям обов'язкової письмової форми такі договори отримали назву «шлюбні» або «віновні листи». В період Великого князівства Литовського заручини у формі письмового договору отримали назву «шлюбна інтерциза» або «лист змовний». Так, можна говорити про досить широке застосування українським населенням шлюбного договору в якості інструменту регулювання відносин подружжя.

З початком періоду нової історії шлюбні відносини можуть бути врегульовані законом чи договором. Таким чином з'являються два основних правових режими – законний та договірний. Саме в цей час інститут шлюбного договору закріплюється на законодавчому рівні в сучасному розумінні як альтернативний спосіб регулювання шлюбних відносин. Нормативні приписи про шлюбні договори були закріплені більшістю кодифікованих нормативно-правових актів Західної Європи. Зазначені законодавчі реформи надали подружжю свободу в регулюванні своїх відносин за допомогою договору. На противагу європейським законодавствам, які передбачали договірне регулювання шлюбних відносин, законодавство СРСР в сфері сім'ї та шлюбу на

всіх стадіях свого розвитку регламентувало шлюбні відносини імперативним способом.

1.3. Поняття шлюбного договору в міжнародному приватному праві в різних правових системах, проблеми правової кваліфікації

В багатьох країнах світу, у тому числі в Україні, законодавчо передбачена можливість регулювання шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом, за взаємною згодою з урахуванням власних інтересів – за допомогою інституту шлюбного договору. При ускладненні договірних шлюбних відносин іноземним елементом виникає проблема кваліфікації, зокрема визначення поняття шлюбного договору, яке Закон України «Про міжнародне приватне право» не містить. Для дослідження шлюбного договору в міжнародному приватному праві необхідно визначити сутність правового інституту в країнах різних правових систем.

У Франції шлюбні відносини регулюються Французьким цивільним Кодексом 1804 року. Досить змістовною та влучною є теза В. Захватаєва: «Кодекс Наполеона – це двері, що ведуть до розуміння сучасного європейського права» [109, с. 3]. Книга III Титулу V «Про шлюбний договір і про режими майнових відносин подружжя» Кодексу містить приписи, спрямовані на правове регулювання шлюбного договору та режиму майнових відносин подружжя (ст.ст. 1387–1581). Так, особи, які досягли шлюбного віку, проте є неповнолітніми, мають право укладати шлюбний договір за згодою на це їх батьків чи осіб, які їх замінюють [28].

Шлюбний вік у Франції, як і у Німеччині, є однаковим як для чоловіків, так і для жінок і визначається у 18 років, тому, якщо шлюбний вік нижчий, то необхідною є згода батьків, усиновлювачів чи опікунів як на укладення шлюбу, так і на укладення шлюбного договору.

Шлюбний договір Німеччини може містити положення щодо майнових відносин подружжя. Відповідно до ст. 1412 Німецького цивільного уложення

відомості про шлюбні договори включені до реєстру майнових прав [81]. Якщо подружжя виключили чи змінили договором законний режим майна, то висувати заперечення щодо третьої особи, з якою один з них уклав правочин на основі таких змін лише у тому випадку, якщо шлюбний договір був внесений у реєстр майнових прав подружжя відповідного територіального суду, чи якщо третій особі було відомо про шлюбний договір на момент укладення правочину [110, с.52].

Законодавство Китайської народної республіки також передбачає можливість укладення шлюбного договору. Так, відповідно до статті 19 Закону Китайської народної республіки «Про шлюб» чоловік і дружина можуть укласти договір, відповідно до якого майно, набуте ними у період перебування у шлюбі, та майно, придбане до укладення шлюбу, може перебувати в їхній певній роздільній чи спільній власності, або частина майна буде в їхній роздільній чи спільній власності. Такий договір має бути письмово оформлений [111].

В країнах романо-германської правової системи надзвичайно важлива процедура укладення шлюбного договору, яка в кожній країні має свої особливості. У Франції, Італії, Німеччині порядок і умови укладення шлюбного договору чітко врегульовані законодавством, найменший відступ від встановленої процедури загрожує недійсністю такого договору. Письмова форма є обов'язковою. Сторони отримують у нотаріуса посвідчення про укладення шлюбного договору. Усі зміни до шлюбного договору до укладення шлюбу можуть бути внесені в тому ж порядку, в якому його було укладено. Після укладення шлюбу внесення змін у договір допускається тільки за рішенням суду. Порівняльна таблиця з питання форми укладення шлюбного договору в іноземних міститься у Додатку 2 [112, с. 35–67].

Законодавство більшості країн, у тому числі законодавство України, не містить легального визначення шлюбного договору. В юридичній літературі зазначалося, що шлюбним договором є домовленість осіб, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, або подружжя, у якій встановлюються майнові права й

обов'язки подружжя, пов'язані з укладенням шлюбу, його існуванням чи розірванням [77, с. 40].

Норми більшості нормативних актів зарубіжних країн, які присвячені інституту шлюбному договору, лише вказують на можливість шлюбним договором регулювати майнові відносини подружжя чи змінити правовий режим майна подружжя. Так, відповідно до § 1408 Німецького цивільного уложення подружжя має право врегулювати майнові відносини між собою шляхом укладення договору (шлюбного контракту), зокрема скасувати або змінити встановлений законом режим майнових відносин після укладення шлюбу. Більш схожа на дефініцію норма статті 27 Сімейного Кодексу Республіки Молдова, згідно якої шлюбний договір являє собою угоду, добровільно укладену особами, які одружуються, або подружжям, яка визначає їхні майнові права та обов'язки в період перебування у шлюбі та/або у разі його припинення [71]. Аналогічне визначення шлюбного договору міститься в Кодексі Республіки Казахстан про шлюб та сім'ю. Законодавець Литовської Республіки додає до визначення шлюбного договору режим сепарації подружжя як період, впродовж якого розповсюджується дія шлюбного договору, якщо це ним передбачено. Так, відповідно до статті 3.101 Цивільного Кодексу Литовської Республіки шлюбний договір означає угоду подружжя, що визначає їхні майнові права та обов'язки під час перебування у шлюбі, а також на випадок розлучення або сепарації [23].

На сьогодні в Україні шлюбний договір регулюється Сімейним кодексом України та Цивільним кодексом України (далі – ЦК України). Особливістю ЦК України як джерела сімейного права є те, що він виступає субсидіарним (додатковим) джерелом сімейного права, поряд із СК України, та застосовується у разі відсутності відповідних правових норм у спеціальному кодифікованому акті СК України за умови, що це не буде суперечити сутності сімейних відносин. Критерії відповідності «сутності сімейним відносинам» визначені у загальній частині СК України (ст. 13, 711 СК України). Шлюбний договір, ускладнений іноземним елементом, регулюється Законом України

«Про міжнародне приватне право», двосторонніми та багатосторонніми міжнародними договорами.

З метою розуміння правової природи шлюбного договору за законодавством України необхідно відрізняти шлюбний договір від інших договорів, які можуть бути укладені подружжям. О. А. Явор доречно зазначає про необхідність проведення межі між договорами в сфері сімейних правовідносин і іншими договорами, що укладаються між членами сім'ї. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 64 СК України дружина та чоловік мають право на укладення між собою усіх договорів, які не заборонені законом, як щодо майна, що є їхньою особистою приватною власністю, так і щодо майна, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. У даному разі матиме місце звичайний цивільно-правовий договір і, відповідно, врегульовуватись він має суто нормами цивільного законодавства. Не буде юридичним фактом у сфері сімейного права і договір між іншими членами сім'ї щодо належного їм майна.

Втім норми СК України стосовно договорів не моделюються за традиційним для Цивільного кодексу України принципом, коли закон установлює права та обов'язки кожної сторони договору. Тут немає звичного для цивілістики протиставлення боржника та кредитора. Усі без винятку положення СК України про договори не розводять сторони у різні боки, а навпаки, нібито поєднують їх, тому використовуються вирази на зразок таких: «подружжя має право домовитися між собою про порядок користування майном, що йому належить на праві спільної сумісної власності» (ч. 1 ст. 66 СК України); «дружина та чоловік мають право розділити майно за взаємною згодою» (ч. 2 ст. 69 СК України); «подружжя має право укласти договір про надання утримання одному з них» (ч. 1 ст. 78 СК України); «батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини» (ч. 4 ст. 157 СК України) та ін. Отже, учасники шлюбних відносин діють разом, а не як протилежні за своїми інтересами контрагенти [113].

Найбільш розповсюдженим договором подружжя є шлюбний договір. Аналіз чинного СК України дає підстави виділити групи умов шлюбного договору, що визначають:

- а) порядок взаємного утримання подружжя, їхніх дітей та інших родичів;
- б) умови користування майном подружжя;
- в) правовий режим майна подружжя, отриманого при реєстрації шлюбу та під час перебування у шлюбі;
- г) інші аспекти подружніх відносин.

Наведений перелік умов шлюбного договору є відкритим, оскільки законодавець надає подружжю широку договірну ініціативу стосовно майнових прав та обов'язків. Саме невизначеність змісту є однією з особливостей шлюбного договору. Законодавець досягає цього, не приписуючи всіх істотних умов договору, а шляхом встановлення загальних рамок, у межах яких формулюється домовленість [114, с. 77].

Шлюбний договір може виступати для подружжя своєрідним зводом правил, що визначають необхідні для подружжя майнові аспекти сімейного життя.

Разом з тим сімейним законодавством України передбачена ціла низка інших договорів, які можуть бути укладені подружжям:

- договір про визначення порядку користування нерухомістю (ч. 2 ст. 66 СК України);
- договір про поділ нерухомого майна та про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя (ч. 2 ст. 69 СК України);
- договір подружжя про надання утримання одному з них (ст. 78 СК України);
- договір про припинення права на утримання взамін набуття права власності на нерухомість або одержання одноразової грошової виплати (ст. 89 СК України);

– договір між подружжям про розмір аліментів на дитину (ч. 2 ст. 109 СК України).

Таким чином, законодавець надає подружжю право на укладення між собою усіх договорів, які не заборонені законом, зазначивши деякі з них. Виходячи з тексту СК України, можна припустити, що шлюбний договір та інші договори, які можуть укладатися подружжям, є спеціальними, а родовим для зазначених договорів буде поняття «подружній договір». І. В. Жилінкова пропонує класифікувати дані договори за ознакою правового результату, який настає внаслідок їх укладення. У зв'язку з цим договори подружжя можна поділити на: а) договори, спрямовані на встановлення правового режиму подружжя; б) договори, спрямовані на зміну існуючого правового режиму подружжя. До першого виду відноситься шлюбний договір, до другого – інші названі види договорів подружжя. Така класифікація обумовлена тим, що предметом усіх перелічених договорів (за виключенням шлюбного договору) є майно подружжя, яке існує в наявності до моменту укладення договору, в той час, як шлюбний договір може укладатись з приводу майна, яке тільки буде придбане подружжям у майбутньому. Момент деякої невизначеності стосується складу, кількості та самого факту придбання подружжям майна у майбутньому. Ця особливість шлюбного договору й робить його принципово відмінним від інших видів договорів, що встановлюють договірний режим майна подружжя [74, с. 226]. Проте, до шлюбного договору можуть бути включені й положення стосовно наявного майна подружжя. Так, перша група умов, які можуть бути включені до шлюбного договору, за своїм змістом збігаються з договором подружжя, передбаченого статтями 78, 89 СК України, а друга група – статтею 66 СК України. Отже, змістом шлюбного договору можуть бути охоплені кожний з перелічених вище договорів подружжя.

Таким чином, шлюбний договір відрізняється від інших подружніх договорів можливістю охоплення ним широкого кола майнових питань у різних комбінаціях, що збігаються зі змістом різних подружніх договорів – договорів про визначення порядку користування нерухомістю; про надання утримання

одному з подружжя. Це пояснюється тим, що в шлюбному договорі сторони можуть одночасно визначити умови щодо правового режиму належного їм майна, порядку користування житлом, взаємного утримання тощо. Інакше кажучи, подружжю надається можливість поєднати у шлюбному договорі будь-які умови інших договорів подружжя, що свідчить про його унікальну складну структуру. Відтак, шлюбний договір може замінити кожен з передбачених сімейним законодавством договорів з приводу майна подружжя.

Основною метою шлюбного договору є надання подружжю широких можливостей для визначення у шлюбі своїх майнових відносин, зміни законного режиму майна [115, с. 80] та створення спеціальних, відмінних від встановлених законодавцем правил. Тотожну мету переслідує подружжя при укладенні інших передбачених Сімейним Кодексом договори з приводу подружнього майна.

Надаючи подружжю значні можливості самостійно визначати свої взаємні права та обов'язки, законодавець, проте, окреслює рамки свободи подружжя у цій сфері [116, с. 30]. Зокрема, подружжя не може включати положення, які б зменшувати обсяг прав дитини, а також ставити одного з подружжя у надзвичайно не вигідне матеріальне становище (ст. 93 СК України). Такі межі договірної ініціативи законодавець розташовує у главі, присвяченій шлюбному договору, що свідчить про розповсюдження їх тільки на шлюбний договір. Проте цілком справедливо стверджувати, що зазначені обмеження повинні стосуватися й інших договорів, які можуть укласти подружжя.

У разі виникнення спору між подружжям, що уклали шлюбний договір, замість норм закону суд при вирішенні справи використовуватиме положення відповідного шлюбного договору. Те ж саме стосується й інших сімейно-правових договорів, зокрема, подружніх договорів, положеннями яких буде керуватися суд.

Наведене дає підстави зробити висновок про поглинаючий характер умов шлюбного договору відносно інших договорів, що можуть бути укладені

подружжям; тотожність мети та меж свободи договірної ініціативи шлюбного договору та інших подружніх договорів.

Таким чином, пропонуємо розглядати передбачені сімейним законодавством договори, які встановлюють взаємні права та обов'язки подружжя під час перебування у шлюбі, у разі його розірвання та в режимі сепарації подружжя, різновидами шлюбних договорів різної спрямованості.

У подружжя з моменту укладення шлюбу та протягом всього шлюбу виникають не тільки майнові відносини, які можуть бути врегульовані шлюбним договором за українським правом, а й відносини, які мають особистий немайновий характер. О. С. Іоффе підкреслює, що зв'язок між особистими немайновими та майновими відносинами подружжя настільки сильний, що самі сімейні майнові відносини під впливом особистих відносин перетворюються, набуваючи особливі риси, не властиві майновим відносинам, що регулюються цивільним правом [117, с. 183].

Більшість особистих відносин подружжя, на відміну від майнових знаходяться поза межами правового впливу. З приводу особистих шлюбних відносин І. А. Покровський зазначає, що вони не допускають ніякого зовнішнього впливу: подружні «обов'язки» можуть бути виконані тільки добровільно. При їх невиконанні єдиним суддею може бути інший з подружжя. Якщо це невиконання для нього нестерпне, він може витребувати тільки звільнення й себе від обов'язків, тобто припинення шлюбу [118]. Можна погодитись з існуванням шлюбних відносин, які не підлягають правовій регламентації, а, отже, й захисту з боку держави. Це пояснюється різноманітністю особистих відносин подружжя, які регулюються не тільки правом, а й іншими регуляторами: мораллю, моральними нормами, релігією, звичаями тощо. І. В. Жилінкова, називаючи особисті немайнові права та обов'язки подружжя правилами, зазначає, що вони не є правовими, мають характер моральних, а не юридичних норм. У СК України вони знайшли своє закріплення, скоріше, як певні ціннісні орієнтири [119, с. 63].

Складність розмежування особистих немайнових та майнових відносин подружжя підтверджується також регулюванням нормативно-правовими актами зарубіжних країн шлюбних відносин, які неможливо однозначно віднести до майнових чи особистих немайнових. Наприклад, як вже було зазначено у підрозділі 1.1, у США вже тривалий час використовується термін «нетрадиційне майно», яке за своєю природою є досить специфічним майном або ж не є майном взагалі, проте підлягає розподілу між подружжям як традиційне [8, с. 4950].

В юридичній літературі особисті немайнові відносини визначають як суспільні відносини, які виявляють індивідуальність особи та її можливу морально-політичну оцінку з боку суспільства [120, с. 20]. Науковці також виділяють наступні ознаки особистих немайнових відносин: вони мають особистий характер; є невід’ємними та невідчужуваними від носіїв та не мають грошового еквіваленту [72, с. 26]; є невартісними та нетоварними, а, отже, безвідплатними та безеквівалентними, виникають з приводу нематеріальних благ [121, с. 7]; не мають економічного змісту [122, с. 20].

Отже, особистими немайновими шлюбними відносинами є невід’ємні та невідчужувані відносини між особами, що не мають грошового еквіваленту, з приводу нематеріальних благ, які виникають внаслідок укладення в передбаченому законом порядку шлюбу. До них належать шлюбні відносини з приводу вирішення питань життя подружжя, вибору прізвища при укладенні та розірванні шлюбу, виховання та освіти дітей тощо.

У СК України особисті немайнові шлюбні відносини складають особисті немайнові права та обов’язки дружини та чоловіка, більшість з яких піддаються критиці з боку науковців. До особистих немайнових прав та обов’язків подружжя український законодавець відносить: право на материнство та батьківство, право дружини та чоловіка на повагу до своєї індивідуальності, право дружини та чоловіка на фізичний та духовний розвиток, право дружини та чоловіка на зміну прізвища, право дружини та чоловіка на розподіл обов’язків та спільне вирішення питань життя сім’ї, право дружини та чоловіка

на свободу та особисту недоторканність та обов'язок подружжя турбуватися про сім'ю.

Так, Р. О. Стефанчук, розмірковуючи про особисті немайнові права фізичних осіб у сфері сімейних відносин в цілому, зазначає, що їх велика кількість має декларативний характер, який виявляється по-різному. Це в повній мірі стосується й особистих немайнових прав подружжя. Деякі з них є ідентичними конституційним або особистим немайновим цивільним правам, не встановлюючи жодної галузевої особливості [123, с. 109–110]. Наприклад, відповідно до ст. 52 СК України дружина та чоловік має право на фізичний та духовний розвиток, яке є тотожним праву, що закріплено у ст. 23 Конституції України, згідно якої кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості [124]. Ст. 51 СК України, яка передбачає право дружини та чоловіка на повагу до своєї індивідуальності, є тотожною за змістом зі ст. 300 ЦК України, яка закріплює право на індивідуальність. Те ж саме стосується й права дружини та чоловіка на свободу та особисту недоторканність, яке закріплено у СК України та є загальноконституційним правом одночасно.

Для набуття таких особистих немайнових прав подружжя як право на батьківство та материнство чоловікові та жінці необов'язково укласти шлюб, а, отже, виникнення цих прав не потрібно ставити у залежність від реєстрації чи розірвання шлюбу чоловіком та жінкою.

Інший бік декларативності Р. О. Стефанчук вбачає у закріпленні суб'єктивних цивільних прав, які замість закріплення права на конкретне благо, закріплюють право на повагу до даного блага. Цитуючи Г. Ф. Шершеневича, Р. О. Стефанчук зазначає, що «до сімейних прав не повинні бути прираховані встановлені законом права на ... повагу, пошану, тому що це уявні права, позбавлені санкцій, – право має справу лише з внутрішнім світом, але не з духовним». Встановлення права на повагу породжує кореспондуючий обов'язок ставитись із повагою до відповідного блага, за невиконання якого повинна бути передбачена юридична відповідальність. Але повага – це почуття

шани, прихильне ставлення, а зобов'язати поважати когось чи щось не відповідає конституційному праву на свободу думки та слова, вільного вираження своїх поглядів та переконань (ст. 34 Конституції України) [123, с. 110].

Аналізуючи перелічені права та обов'язки подружжя, можна зробити висновок, що законодавець при їх визначенні враховує як загальні цивільно-правові положення щодо визначення особистих немайнових прав громадян незалежно від шлюбу, так і закріплює порядок виникнення, здійснення та припинення таких прав та обов'язків у осіб, які перебувають у зареєстрованому шлюбі. Це можна пояснити тим, що кожному громадянину від народження або за законом належить певне коло особистих немайнових прав та обов'язків. Більшістю таких прав особа володіє довічно. Вступ до шлюбу не впливає на ці права. Вони продовжують належати кожному з подружжя як громадянину [70].

Вважаємо, що такі права не потребують закріплення у сімейному законодавстві, адже вони не мають суттєвої специфіки порівняно з конституційними та цивілістичними правами та не залежать від набуття особами статусу подружжя.

В деяких країнах світу, як це було зазначено раніше, особисті немайнові відносини подружжя можуть бути предметом регулювання шлюбного договору, здебільшого у країнах англосаксонської правової сім'ї. До того ж можливість вносити до шлюбного договору питання особистого характеру передбачена законодавством Республіки Білорусь. Так, згідно ст. 13 Кодексу Республіки Білорусь про шлюб і сім'ю «з метою підвищення культури шлюбних та сімейних відносин і відповідальності одного з подружжя перед іншим, визначення прав та обов'язків подружжя у шлюбі та (або) після його розірвання наречені та подружжя в будь-який час та у визначеному ними обсязі прав та обов'язків мають право укласти шлюбний договір» [45]. Республіка Білорусь – єдина з держав-учасниць СНД, яка надає можливість договірному регулювання особистих немайнових відносин подружжя.

Український законодавець має протилежну думку з цього приводу. Відповідно до ч. 3 ст. 93 СК України шлюбний договір не може регулювати особисті немайнові відносини подружжя, а також особисті немайнові відносини між ними та дітьми. Така категоричність законодавця обумовлюється гарантуванням Конституцією непорушності та невід'ємності особистих немайнових прав людини і громадянина, зокрема подружжя. Так, згідно ст. 51 Конституції кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Таким чином, надання подружжю на законодавчому рівні можливості регулювання особистих немайнових відносин шляхом укладення шлюбного договору є нічим іншим як порушенням Конституції. Тому на сьогодні в Україні питання особистого немайнового характеру регулюються подружжям особисто без залучення будь-якого правового інструментарію. На користь думки українського законодавця можна навести наступні аргументи: ймовірність обмеження прав одного з подружжя при укладенні договору шляхом зловживання довірою, почуттям іншого; зміна життєвих обставин, які унеможливають виконання договірних зобов'язань одним з подружжя тощо. Проте ці аргументи можна наводити проти укладення будь-якого шлюбного договору, оскільки укладення шлюбного договору, навіть з приводу майна подружжя, є своєрідним обмеженням прав одного з подружжя через відступ від рівності часток у власності подружжя.

До того ж український законодавець допускає в певній мірі можливість регулювання особистих шлюбно-сімейних відносин шляхом укладення договору. Так, відповідно до ч. 1 ст. 109 СК України подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором. Такий договір згідно цієї статті повинен містити умови про те, з ким з подружжя будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей. Як бачимо, загалом зміст такого договору має особистий характер. Регулювання майнових питань

шляхом укладення такого договору можна побачити тільки в умові про участь у забезпеченні умов життя дітей.

СК України також передбачає укладення договору з приводу виключно особистих відносин. Такий договір передбачено ч. 4 ст. 157 СК України, відповідно до якої батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. Наведені приклади яскраво демонструють тенденцію до перебудови регулювання особистих відносин у шлюбно-сімейній сфері на договірних засадах.

Вважаємо, що включення до шлюбного договору умов особистого немайнового характеру є цілком доречним. На користь цього можна навести наступні аргументи. По-перше, ті особи, які заздалегідь обмірковували максимальне коло питань наступного життя, розважливо поставилися до укладення шлюбу та наслідків, які настають після його укладення. По-друге, зловживання правами одним з подружжя, які намагається попередити законодавець, може відбуватися в багатьох сім'ях й за відсутності шлюбного договору. По-третє, нерідко трапляються ситуації, коли наречені домовляються про розподіл побутових та інших сімейних обов'язків, а після укладення шлюбу така домовленість не виконується. І саме шлюбний договір зміг би стимулювати подружжя виконувати взяті на себе раніше зобов'язання.

Цікавим є порівняльний аналіз трудового та шлюбного договорів, який був зроблений Липець Л. В. в своїй монографії. Автор доходить висновку про те, що стосовно однієї й тієї самої особи можна встановити будь-які обмеження та заборони трудовим договором, і, з погляду законодавця, це буде цілком законно, але ті ж самі або набагато менш значущі обмеження, встановлені шлюбним договором, вважатимуться порушенням [8, 103106]. Це говорить про те, що український законодавець при встановленні кола відносин, які можуть бути врегульовані договором, надає вирішального значення не сутності

договірних зобов'язань, а галузі права та виду договору, який передбачає ці зобов'язання.

На підставі викладеного, бачимо, що особисті немайнові відносини можуть бути предметом договору. Однак жоден договір, у тому числі й шлюбний договір, не може позбавляти людину гарантованих Конституцією прав, зокрема, права на життя (ст. 27 Конституції України), права на повагу до його гідності (ст. 28 Конституції України), права на свободу та особисту недоторканість (ст. 29 Конституції України) тощо. Саме ці конституційні права можуть слугувати межами для подружжя при визначенні кола питань, які регулюватиме шлюбний договір. Таким чином, вважаємо, що особисті немайнові відносини можуть бути предметом регулювання шлюбного договору. У зв'язку з цим пропонуємо внести зміни до Сімейного кодексу та викласти частину 3 статті 93 у наступній редакції: «Шлюбний договір може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми, за умови, що гарантовані Конституцією права людини не порушуватимуться».

Підсумовуючи викладене вище, пропонуємо наступне визначення шлюбного договору в міжнародному приватному праві України:

Шлюбний договір – це договір, який укладається нареченими або подружжям та визначає особисті немайнові та майнові права та обов'язки подружжя на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя, за умови, що основні права і свободи людини не порушуються. У зв'язку з цим пропонуємо внести зміни до Сімейного кодексу та викласти зазначену дефініцію у ч. 1 ст. 92 СК України.

У країнах Західної Європи, Америки, Канади на сьогодні шлюбний договір є доволі актуальним, оскільки законодавство дає можливість регулювати не тільки майнові шлюбні відносини, а й відносини, які стосуються правил поведінки, умов виховання дітей тощо, тобто особисті немайнові шлюбні відносини.

Багато особливостей щодо регулювання шлюбних відносин за допомогою шлюбного договору містить законодавство США. Спочатку треба зауважити, що у сімейному праві США відмежовуються поняття «дошлюбного» («prenuptial») та «післяшлюбного» («postnuptial») договору. Дошлюбний договір підписується нареченими, що мають намір одружитися та набирає сили з моменту укладання шлюбу. Післяшлюбний договір може приймати одну з двох форм: (1) зміна існуючого дошлюбного договору шляхом підписання післяшлюбного договору, або (2) підписання післяшлюбного договору без попереднього дошлюбного договору. Хоча дошлюбні та післяшлюбні договори технічно різні, вони мають загальну мету – визначення розподілу майнових прав при розірванні шлюбу внаслідок смерті одного з подружжя або через розлучення [125].

Нормативно-правовий акт, який служить основою для штатів щодо визначення місця та способу виконання шлюбного договору, є Єдиний Закон «Про шлюбний договір» (Uniform Premarital Agreement Act, далі – UPAА), який був підготовлений в 1983 році. UPAА було запропоновано у відповідь на прохання великої кількості людей, які одружилися і мають намір продовжити кар'єру поза домом [126]. Близько половини штатів США прийняли UPAА, що відображено у порівняльній таблиці, яку викладено у Додатку 3 [112, с. 70–73].

Дошлюбні і післяшлюбні договори в США визначають майнові відносини подружжя, у тому числі майнові права, подружнє аліментування, спадкові права, і право, яке має бути застосовуватися в разі розлучення.

Існують наступні критерії дійсності шлюбних договорів за законодавством США:

- обов'язкова письмова форма шлюбного договору;
- добровільне укладання шлюбного договору;
- повне і/або правдиве інформування сторін в момент укладання шлюбного договору;
- укладання шлюбного договору у присутності двох сторін (а не їхніх адвокатів) та нотаріуса;

- шлюбний договір не може суперечити державній політиці;
- матеріальне забезпечення дітей в більшості штатів не може бути визначено заздалегідь шлюбним договором;
- шлюбний договір має містити справедливі і розумні умови.

Англійське право практично єдине не тільки в Європі, але і в інших країнах загального права, яке донедавна відмовлялося визнавати шлюбні договори обов'язковими [127, с. 5]. В Англії та Уельсі суди традиційно надавали невелике значення шлюбним договорам і розглядали їх як такі, що суперечать політиці держави. Вважалося, що вони можуть підірвати інститут шлюбу та обмежити свободу судів у розподілі майна подружжя при розірванні шлюбу.

Відповідно до ст. 25 Закону «Про розлучення» (Matrimonial Causes Act) 1973 року, суду надана свобода під час розподілу активів у разі розлучення; суд повинен брати до уваги всі обставини справи, при цьому пріоритет віддається матеріальному благополуччю дітей у сім'ї, які не досягли на момент розлучення вісімнадцятирічного віку. З часом шлюбний договір став розглядатися судами як одна з обставин, які мають враховуватися судами при здійсненні своїх повноважень [128].

Першим рішенням суду, яке ґрунтувалося на умовах шлюбного договору, укладеного подружжям, було рішення у справі Райт проти Райта 1970 року. Згідно з умовами договору дружина не претендувала на подальше утримання з боку чоловіка [129, с. 4].

Справа F v F 1995 року стала першою справою, в якій фігурував «дошлюбний», а не «післяшлюбний» договір. Дж. Сорп говорив про вельми обмежене значення шлюбних договорів: «Права та обов'язки осіб, чії фінансові питання регулюються законом, не можуть бути схильні до великого впливу з боку договору, розроблених для обмеження сфери дії норм, які призначені бути універсальними для застосування в усьому суспільстві» [130]. Так, шлюбний договір сторін у справі F v F, відповідно до умов якого дружина отримала б набагато менше, не враховувався через заможність чоловіка.

У 1998 році урядом було опубліковано рекомендаційний акт «Підтримка сім'ї» (Supporting families), одним з питань якого було питання про обов'язковість виконання укладених шлюбних договорів при розподілі грошових коштів та майна подружжя. У параграфі 4.23 зазначено, що шлюбні договори не будуть обов'язковими для пар, які одружуються, і що інтереси дітей і економічно більш слабкої сторони в договорі будуть захищені за допомогою відповідних гарантій [131]. Таким чином, нормативно-правовим актом не була закріплена обов'язковість виконання шлюбних договорів.

У справі X v X 2002 року, де було укладено договір після вступу у шлюб напередодні розлучення, суддя ухвалив, що укладення договору є «дуже важливою» обставиною при розгляді справи, що призвело до об'єктивного та справедливого результату. Суддя підкреслив, що значення шлюбного договору буде змінюватися в залежності від обставин кожної справи, і вказав, що «суд не повинен легковажно дозволяти особам, які уклали договір між собою, відступати від нього. Суд не повинен поспішати вторгтися в договірну територію, оскільки відповідно до загальних принципів, сторони вправі самотійно домовитися, якщо тільки це не суперечить публічному порядку ... » [132]. У рішенні з наведеної справи бачимо більш позитивне ставлення до врахування умов договору.

У 2003 році суд у справі K v K [133], за матеріалами якої дружина вимагала присудження більшого матеріального забезпечення, ніж передбачено шлюбним договором, підтвердив в значній мірі шлюбний договір. Рішення було засноване на тому, що сторони при укладенні шлюбного договору отримали належну юридичну консультацію та уклали договір без будь-якого примусу. При цьому з моменту укладення договору не виникло ніяких непередбачених обставин, які могли б вплинути на справедливість положень договору. Його було розглянуто судом в якості однієї з обставин справи відповідно до статті 25 Закону «Про розлучення», ігнорувати яку було б несправедливо.

Проте, в іншій справі, шлюбний договір не був врахований судом у зв'язку з певними фактами. Суддя надав наступні аргументи щодо рішення: «В даний час шлюбний договір може мати деяке значення, але не в цій справі. Цей договір був підписаний в самий переддень укладення шлюбу, без належної юридичної консультації сторін, не передбачав будь-яких положень щодо появи дітей. Необхідно, на мій погляд, знизити всі обмеження, не кажучи вже про те, що умови договору, що обмежують право дружини на звернення до суду щодо активів чоловіка були, очевидно, несправедливими» [134].

Визначною у сфері визнання шлюбних договорів у Великобританії стала справа *Radmacher v Granatino* в 2013 році. Згідно з матеріалами справи дружина походила з заможної німецької родини, чоловік, француз, колишній інвестиційний банкір, під час перебування у шлюбі приступив до наукової діяльності в Оксфорді. Сторони мали двох дітей. У 1988 році, за чотири місяці до вступу у шлюб, сторони уклали шлюбний договір у Німеччині, згідно з яким сторони зобов'язалися не претендувати на приналежну іншій стороні власність, а також не пред'являти вимог про фінансове забезпечення один одному у випадку припинення шлюбу. Договір підлягатиме виконанню як на території Німеччини, так і на території Франції. Незважаючи на умови договору, в 2006 році, чоловік пред'явив вимогу про фінансове забезпечення, яке було задоволено судом.

У липні 2009 року Апеляційний суд задовольнив апеляцію дружини. У параграфі 53 Дж. Сорп вказав, що суди повинні надати «належну вагу» шлюбним договорам: «Відповідно до фактів сьогоденної справи, суддя повинен приділяти належну увагу шлюбним договорам, які сторони вільно уклали. Це не застосування положень іноземного права, і це не приведення в дію чужого англійській традиції договору. Це, на мій погляд, законне здійснення широких повноважень, покладених на суддів для досягнення справедливості між сторонами» [135]. У жовтні 2010 року Верховний суд відхилив звернення чоловіка. Підтримуючи позицію суду у справі *MacLeod v MacLeod*, Верховний суд в параграфі 75 цитував умови визнання шлюбного

договору: «Суд повинен привести у виконання шлюбний договір, вільно укладений сторонами, з повним усвідомленням його наслідків, якщо в даних обставинах було б несправедливо утримувати сторони від виконання такого договору» [136]. Так, Верховний Суд постановив, що Апеляційний суд дійшов правильного висновку про відсутність обставин, які поставили б під питання справедливості укладеного договору. Також суд висунув пропозицію про виконання як «дошлюбних», так і «післяшлюбних» договорів.

Таким чином, розглянуте судове рішення не надає всім шлюбним договорами сили обов'язкового виконання, але в деяких випадках вони можуть мати вагоме або навіть вирішальне значення. Виконання кожного шлюбного договору залежатиме від обставин конкретної справи, а також від уявлень суду про справедливості. Тому у питанні прийняття за основу умови шлюбного договору при винесенні рішення судом залишається деяка ступінь невизначеності.

У зв'язку з неясністю значення шлюбних договорів і одночасним зростанням їх використання Комісія Великобританії з питань права в 2009 році почала роботу над проектом про вивчення статусу та приведення у виконання шлюбних договорів. У лютому 2014 року Комісія опублікувала рекомендаційний акт «Власність подружжя, потреби і угоди» [137].

Серед іншого, Комісія рекомендувала запровадження «кваліфікаційних шлюбних договорів» в якості нормативних угод, які б дозволили парам створювати обов'язкові для виконання механізми у фінансовій сфері у разі припинення шлюбу або цивільного партнерства. Ці договори не залежатимуть від уявлень суду про справедливості. При цьому повинні бути виконані деякі вимоги для визнання договору «кваліфікаційним шлюбним договором»:

- 1) шлюбний договір має відповідати необхідним вимогам, які висуваються до укладення будь-якого договору;

- 2) договір має містити заяву, підписану сторонами, про визнання договору кваліфікаційним шлюбним договором, який буде частково обмежувати свободу суду у вирішенні майнових питань подружжя;

- 3) договір необхідно укласти протягом 28 днів до реєстрації шлюбу;
- 4) кожна сторона договору повинна бути проінформована в момент укладення договору про майнове становище іншої сторони;
- 5) кожна сторона повинна отримати юридичну консультацію під час викладення умов договору (параграф 1.35) [137, с. 8]. Комісія також зазначила, що відмова сторін від інформування про майнове становище один одного і юридичного консультування є неможливою.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що шлюбні договори у країнах англосаксонського права, традиційно, розглядалися як суперечливі державній політиці та, як результат, не підлягали обов'язковому виконанню. Однак транскордонний характер шлюбних відносин змушує англійські суди визнавати нехарактерні для них інструменти регулювання шлюбних відносин. Як наслідок, суди висловили готовність надати значення шлюбним договорам, у тому числі ускладненим іноземним елементом, приймаючи до уваги в ході ухвалення рішення про поділ активів у разі припинення шлюбу.

Спеціальних вимог у країнах загального права до процедури укладення шлюбного договору не висувається. Обов'язковими є лише письмова форма та підписання договору в присутності свідків, що відповідає процедурі укладення звичайного цивільно-правового договору. В якості загального правила передбачено, що шлюбний договір має бути в усіх відношеннях «розумним» і «справедливим». Законодавством країн загального права передбачено укладення як «дошлюбних», так і «післяшлюбних» договорів, з тим лише застереженням, що договір підписаний «заздалегідь», починає діяти з моменту укладення шлюбу. Виконання умов шлюбного договору в країнах англосаксонської правової сім'ї залежить від матеріалів кожної справи та, відповідно, від внутрішнього переконання суддів. Проте великим кроком у регулюванні шлюбного договору в Англії є запровадження Комісією з питань права «кваліфікаційних шлюбних договорів», які за умови відповідності певним вимогам набувають обов'язковості при розгляді справи у суді, незалежно від уявлення судді про справедливість.

На протязі розвитку історії суспільства шлюбні відносини зазнавали впливу з боку релігії, зокрема у країнах релігійно-правової сім'ї.

Іудейське право вважається однією з найдревніших релігійних правових систем, які існують у сучасному світі. Воно діє на протязі більше двох тисяч років. Характерною рисою іудейського права є органічне поєднання в даній правовій системі релігійного початку з етнічним, а пізніше, по мірі формування національного – з національним початком. Цей принцип знайшов відображення в багатьох правових нормах, зокрема у нормах, що регулюють шлюбні відносини. Так, спочатку заборонялося вступати в шлюб з чужинками і чужинцями. Укладення шлюбу супроводжується підписанням нареченими Кетубех (Ketubah), який вважається найбільш стародавнім прикладом шлюбного договору. Цей договір вперше вміщує положення про умови поділу майна подружжя на випадок розлучення.

За мойсеєво-раввинським правом стародавніх євреїв підписання шлюбного договору було необхідною умовою укладення шлюбу і приписувало йому письмову форму (звідси й назва такого договору – «кетуба» або «ктуба» від «kethuba» – письмо). За таким договором чоловік зобов'язувався утримувати і пристойно годувати свою дружину, зберігати її посаг тощо [100; с.60–61]. Договір традиційно містив відомості про розмір і склад приданого нареченої, грошову оцінку приданого, відповідальність нареченого та його спадкоємців за придане. Обов'язковою умовою ктуби було зобов'язання нареченого крім повернення приданого виплатити дружині у випадку розірвання шлюбу певну грошову суму. Ктуба міг містити положення про особисті немайнові відносини подружжя [138, с. 272].

За традиційним мусульманським правом шлюб укладається шляхом взаємної згоди сторін та обов'язкового підписання шлюбного договору, що має на меті докладно врегулювати відносини сторін під час перебування у шлюбі та у разі його припинення. Це відповідає положенням цивільного права, оскільки укладення шлюбу є різновидом договорів, проте за своєю сутністю та значенням має власні відмінні риси. Так, стаття 1119 Цивільного кодексу Ірану

надає подружжю можливість перебачити шлюбним договором будь-які умови, які не є несумісними з характером шлюбного договору або іншого договору [139]. Обов'язковою умовою шлюбного договору за традиційним мусульманським правом є умова про махр (мехріє) – подарунок чоловіка нареченій, розмір якого нормативно не встановлений. Такий подарунок може бути здійснено як у грошовій формі, так і майном. Махр може бути виплачений як при укладенні шлюбу, так і під час перебування у шлюбі. Виплата може бути розділена на частини, які можуть бути виплачені на вимогу дружини, в разі розлучення або смерті чоловіка.

Традиційне мусульманське право також дозволяє сторонам вносити до шлюбного договору власні умови. Оскільки обсяг прав жінки в країнах мусульманського права відрізняється, найчастіше шлюбний договір доповнюється умовами про свободу ініціювання розлучення, моногамію у шлюбі, право на освіту, рівний поділ домашніх обов'язків та умовами про вимогу спільного проживання.

Судові спори, пов'язані з шлюбними договорами за мусульманським правом, найчастіше виникають щодо умов про махр, особливо у випадках, коли розмір махра істотний. Чоловіки як правило звертаються з позовами про визнання шлюбного договору недійсним, з метою обмеження розміру відповідальності при розлученні. Дружини в свою чергу захищають права на махр і особисте майно

В американській судовій практиці сформувався дуалістичний підхід до юридичної оцінки шлюбних договорів за мусульманським правом: залежно від змісту договору та обставин справи шлюбний договір за мусульманським правом може бути розглянутий судом або як шлюбний договір, або як цивільно-правовий договір.

На практиці подружжю рекомендується крім шлюбного договору за мусульманським правом також укладати шлюбний договір. Укладення шлюбного договору дозволяє врегулювати можливі майнові спори подружжя у разі розлучення або смерті одного з подружжя.

Окрім укладення шлюбу у формі шлюбного договору за мусульманським правом 95 % мусульманських пар, які проживають в США, також укладають цивільний шлюб. У разі розлучення чи смерті чоловіка існує ризик того, що шлюб у формі шлюбного договору за мусульманським правом не буде визнаний в американській правовій системі. У такій ситуації дружина втрачає право на пред'явлення претензій щодо майна чоловіка [140].

Аналіз регулювання шлюбного договору у країнах релігійної правової сім'ї на прикладі мусульманського, іудейського права дозволяє зробити наступні висновки. Оскільки релігійні правові системи являють собою переплетення права і релігії, в них лише умовно можна виділити суто юридичну частину. Шлюбні відносини в більшій мірі підпадають під регулювання з боку нормативних релігійних приписів. У країнах мусульманського та іудейського права укладення шлюбу супроводжується підписанням нареченими шлюбного договору, який відрізняється від шлюбного договору у європейському розумінні.

Дослідження та виявлення характерних ознак інституту шлюбного договору в країнах різних правових сімей дає зробити висновок про існування світської та релігійної концепції шлюбного договору.

За світською концепцією шлюбний договір може бути укладено нареченими та подружжям або не укладено взагалі, що не впливає на дійсність шлюбу. У більшості країн континентального та загального права законодавство передбачає можливість укладення шлюбного договору, проте не встановлює обов'язковості його укладення. Порівняльне дослідження щодо застосування шлюбних договорів у країнах континентального та загального права викладено у Додатку 2 [112, с. 35–67], який містить порівняльну таблицю з інформацією щодо:

- а. обов'язковості застосування шлюбного договору;
- б. вимог до форми укладення шлюбного договору;
- в. обставин, за яких шлюбний договір є обов'язковим до виконання;

- г. обставин, за яких шлюбний договір підлягає судовій оцінці, а також порядку здійснення судової оцінки;
- д. особливостей застосування шлюбного договору.

За релігійною концепцією укладення шлюбу завжди супроводжується підписанням шлюбного договору та містить одну необхідну для дійсності шлюбу умову (у мусульманському праві – умову про махр, в іудейському праві – умову про ктубу).

Характерні відмінні риси шлюбного договору за світською та релігійною концепцією виведено у наведеній нижче таблиці.

Шлюбний договір за релігійною концепцією	Шлюбний договір за світською концепцією
Містить умову щодо простого боргового зобов'язання у разі припинення шлюбу	Містить умову про право одного з подружжя звернутися з позовною заявою на майно іншого
Навіть у разі, якщо договір буде укладений не в країні релігійного права, до нього буде застосовуватися релігійне право	До договору буде застосовуватися право країни, в якій його було укладено (якщо інше не встановлено договором)
Обов'язкова умова про виплату певної суми чи майна чоловіком жінці. Може містити й інші юридичні зобов'язання сторін	Умови договору визначаються сторонами самостійно
Особисте майно подружжя не може бути розділене	Може містити умову про можливість поділу особистого та спільного майна подружжя

З огляду на істотну відмінність правової природи шлюбного договору різних правових сімей розроблено практичні рекомендації українським громадянам, що укладають шлюбний договір з іноземним елементом, з метою захисту їх прав та законних інтересів з урахуванням ризиків, які виникають у разі укладення шлюбу з іноземним елементом. У рекомендаціях враховано національні особливості регулювання шлюбних відносин та шлюбних

договорів у країнах різних правових сімей (на підставі аналізу моделей шлюбних договорів за загальним та континентальним правом, мусульманських та іудаїстських шлюбних договорів).

Таким чином, через значні відмінності у правовому регулюванні інституту шлюбного договору в країнах різних правових сімей, що обумовлює існування різних видів шлюбних договорів, вважаємо, що визначення шлюбного договору у міжнародному приватному праві не підлягає звууженому тлумаченню. Шлюбним договором у міжнародному приватному праві може вважатися:

а) дошлюбний договір, яким особи, які мають намір зареєструвати шлюб, врегульовують взаємні права та обов'язки на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя;

б) післяшлюбний договір, яким особи після укладення шлюбу врегульовують взаємні права та обов'язки на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя;

в) договори, передбачені пунктами а) та б) із залученням третіх осіб (наприклад, батьків однієї із сторін, які надають кошти на придбання майна подружжям та бажають юридично визначити такий внесок).

Висновки до Розділу 1

1. Дослідивши сучасні традиційні та альтернативні форми шлюбу, а також тенденції розвитку шлюбу, можемо зробити висновок про існування великої кількості типів шлюбу у світі. Так, на відміну від українського законодавства, в деяких країнах реєстрація фактичних шлюбних відносин у встановленому законом порядку дає підстави для визнання їх різновидом шлюбу, що у кожній країні тягне відмінні правові наслідки. В більшості іноземних країн «фактичні шлюби» укладаються особами однієї статі з метою легалізації їх відносин. Отже, залежно від статі осіб, які складають подружжя,

можна виділити одностатеві (укладаються у Данії, Голландії, Франції, Швеції, Німеччині тощо) та різностатеві (гетеросексуальні) шлюби (традиційна форма шлюбу, що укладається в усіх країнах світу). У країнах мусульманського права традиційним є шлюб чоловіка з декількома дружинами, тобто багатоженство. Так, залежно від кількості осіб, які складають подружжя, шлюби поділяються на моногамні, які укладаються між двома особами протилежної статі, та полігамні, які укладаються між особою однієї статі з декількома особами протилежної статі. Також феноменом мусульманського права є існування тимчасового шлюбу. Отже, залежно від тривалості шлюб може бути безстроковий, тобто без зазначення строку, на який його укладено, та тимчасовий шлюб, строк якого заздалегідь встановлено. Залежно від порядку укладення шлюбу можна виділити релігійний шлюб, укладений відповідно до релігійних приписів, та світський шлюб, порядок укладення якого регулюється державою. Законодавство не всіх країн регламентує режим окремого проживання подружжя (режим сепарації чи «відокремлення від ложе та столу»). При цьому законодавець передбачає певні правові наслідки встановлення режиму сепарації.

Для сучасного розуміння шлюбу істотними ознаками шлюбу є наявність елементу публічного, соціального визнання та добровільність укладення шлюбу. Неістотними є наступні ознаки: належність осіб до різної статі, народження дітей чи навіть бажання їх народити, спільне проживання осіб, не обмежене у часі існування союзу, союз двох осіб.

2. Шлюб у міжнародному приватному праві – це союз фізичних осіб, який виникає внаслідок факту добровільної публічної реєстрації чи оголошення в публічному порядку факту їх вступу у шлюбні відносини.

3. Шлюбні відносини виникають між:

1) особами, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі та проживають спільно, тобто перебувають у традиційному шлюбі. Для деяких країн традиційними є також відносини одностатевого та фактичного подружжя (домашні (внутрішні) партнери, одностатеві партнери,

одностатеві союзи, цивільні партнери, цивільні союзи), полігамного подружжя, тимчасового подружжя;

2) особами, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі, проте в силу поважних причин мають різне місце проживання, тобто перебувають у «гостьовому шлюбі»;

3) особами, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі, щодо яких встановлено режим окремого проживання, тобто режим сепарації.

4. Іноземний елемент слід розуміти не як структурну одиницю правовідносин, а як певну ознаку, яка надає міжнародну характеристику суб'єкту, об'єкту чи юридичному факту правовідносин. Не дивлячись на обґрунтовану критику формулювання «іноземний елемент», він залишається широко вживаним серед науковців та закріпленим на законодавчому рівні багатьох країн. Отже, характеристика «іноземний елемент» так само, як і «транскордонні», «міжнародний характер» у зв'язці з приватноправовими відносинами вказує на приналежність таких відносин до об'єкту міжнародного приватного права, вказує на «міжнародність» правовідносин.

5. Шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом – це передбачені законом чи договором відносини, які виникають між фізичними особами внаслідок факту добровільної публічної реєстрації чи оголошення в публічному порядку факту їх вступу у шлюбні відносини та мають зв'язок з правопорядками декількох держав.

6. Запропоновано авторську класифікацію шлюбних відносин, ускладнених іноземним елементом. Залежно від форми іноземного елементу поділяються на: а) шлюбні відносини з іноземним суб'єктним складом: шлюбні відносини осіб, у яких відсутнє спільне місце постійного проживання (тимчасові та постійні), шлюбні відносини осіб, у яких відсутнє спільне громадянство (шлюбні відносини осіб, які мають громадянства різних країн, шлюбні відносини, які виникають між громадянином певної країни та особою без громадянства); б) шлюбні відносини з приводу об'єкту приватноправових

відносин, що знаходиться на території іноземної країни та в) шлюбні відносини, які виникають, змінюються чи припиняються внаслідок юридичного факту на території іноземної держави. Залежно від порядку укладення шлюбу шлюбні відносини з іноземним елементом можна класифікувати на: а) шлюбні відносини, які виникають та регулюються внаслідок укладення світського шлюбу; б) шлюбні відносини, які виникають та регулюються виключно внаслідок укладення релігійного шлюбу та в) шлюбні відносини, які виникають та регулюються альтернативно внаслідок укладення як світського, так і релігійного шлюбу. Залежно від об'єкту шлюбні відносини з іноземним елементом поділяються на: а) особисті немайнові шлюбні відносини та б) майнові шлюбні відносини.

7. Протягом століть за допомогою шлюбних договорів закріплювалися права подружжя на майно, встановлювався порядок його поділу та передачі у спадщину, визначалися умови відповідальності подружжя за спільними та особистими боргами. Впродовж розвитку історії суспільства значення шлюбного договору змінювалось: або він мав вирішальну роль при регулюванні шлюбних відносин, або його значення зменшувалось і шлюбні відносини підлягали регулюванню відповідно до норм законів.

8. За часів Стародавнього Риму між громадянами Риму та іноземцями виникали відносини подружжя на підставі укладення шлюбу певної форми – *usus*, – порядок укладення якого не відрізнявся особливою урочистістю, та є подібним до фактичного шлюбу сьогодення. За часів римського права існували договірні відносини між чоловіком та дружиною з приводу майна, які можна вважати засадами розвитку подальших договірних шлюбних відносин у формі шлюбного договору.

9. У країнах романо-германської правової системи широко використовувалися договірні конструкції нареченими під час заручин. Вони виконували роль передшлюбних домовленостей, які можна вважати прототипами шлюбних договорів у сучасному розумінні. Вони були різноманітними та залежали від місцевих традицій, соціального класу та

професійної спрямованості сім'ї. Під час заручин, зокрема у Франції, Італії, Австрії, Угорщині, вирішувались майнові питання майбутньої сім'ї та визначалась дата церемонії весілля. У період Середньовіччя шлюбні відносини не були розділені на майнові та особисті, а тому можемо припустити, що предметом шлюбного договору могли бути як майнові, так і особисті немайнові права та обов'язки. На практиці домовленості укладались усно чи письмово.

10. Українському населенню шлюбний договір у наближеному до сучасного розуміння був відомий щонайменше з XII століття, який мав назву «рядна грамота» або «рядний запис» та укладався батьками чи сватами молодих. Пізніше з набуттям обов'язкової письмової форми такі договори отримують назву «шлюбні» або «віновні листи». В період Великого князівства Литовського заручини у формі письмового договору отримали назву «шлюбна інтерциза» або «лист змовний». Так, можна говорити про досить широке застосування українським населенням шлюбного договору в якості інструменту регулювання шлюбних відносин.

11. Серед населення країн континентального права панувала тенденція до ендогамії, тобто укладення шлюбів у межах певної групи (локальної, соціальної тощо). При цьому укладення інтернаціональних шлюбів, у період Середньовіччя, а тому й шлюбних договорів, обумовлювалось соціально-економічними інтересами. Зокрема, укладались династичні шлюби з метою закріплення зв'язків між державами. Так, укладення шлюбу з громадянином іноземної країни було вкрай рідким.

12. З початком періоду нової історії шлюбні відносини можуть бути врегульовані законом чи договором. Саме в цей час інститут шлюбного договору закріплюється на законодавчому рівні в сучасному розумінні як альтернативний спосіб регулювання шлюбних відносин. Засади шлюбних договорів були закріплені в більшості кодифікованих нормативно-правових актах Західної Європи. Зазначені законодавчі реформи надали подружжю свободу в регулюванні своїх відносин за допомогою договору, порядок і умови укладення якого чітко врегульовані законодавством, найменший відступ від

встановленої процедури загрожує недійсністю такого договору. Проте законодавство СРСР в сфері сім'ї та шлюбу на всіх стадіях свого розвитку регламентувало режим майна подружжя фактично імперативним способом.

13. За законодавством України у шлюбному договорі можуть бути об'єднані умови різних сімейно-правових договорів. Так, пропонуємо розглядати передбачені сімейним законодавством договори, які встановлюють взаємні права та обов'язки подружжя під час перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя, різновидами шлюбних договорів різної спрямованості.

14. Вважаємо, що особисті немайнові відносини можуть бути предметом регулювання шлюбного договору. У зв'язку з цим пропонуємо внести зміни до Сімейного кодексу України та викласти ч. 3 ст. 93 у наступній редакції: «Шлюбний договір може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми, за умови, що гарантовані Конституцією права людини не порушуватимуться».

15. Шлюбний договір в міжнародному приватному праві – це договір, який укладається нареченими або подружжям та визначає особисті немайнові та майнові права та обов'язки подружжя на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя, за умови, що основні права і свободи людини не порушуються. У зв'язку з відсутністю визначення шлюбного договору в законодавстві України, пропонуємо внести доповнення до СК України та викласти зазначене визначення у частині 1 статті 92 СК України.

16. У країнах англосаксонського права шлюбні договори, традиційно, розглядалися як суперечливі державній політиці та, як результат, не підлягали обов'язковому виконанню. Спеціальних вимог у країнах загального права до процедури укладення шлюбного договору не висувалось. З часом у судовій практиці були напрацьовані наступні критерії дійсності шлюбних договорів: обов'язкова письмова форма шлюбного договору; добровільне укладання шлюбного договору: повне та/або правдиве інформування сторін у момент

укладання шлюбного договору; укладання шлюбного договору в присутності двох сторін (а не їхніх адвокатів) та нотаріуса; шлюбний договір не може суперечити державній політиці; матеріальне забезпечення дітей в більшості штатів не може бути визначено заздалегідь; шлюбний договір має містити справедливі і розумні умови у деяких штатах. У країнах загального права розрізняють укладення «дошлюбних» та «післяшлюбних» договорів.

Виконання умов шлюбного договору в країнах англосаксонської правової сім'ї залежить від матеріалів кожної справи та, відповідно, від внутрішнього переконання суддів. Проте великим кроком у регулюванні шлюбного договору в Англії є запровадження Комісією з питань права «кваліфікаційних шлюбних договорів», які за умови відповідності певним вимогам набувають обов'язковості при розгляді справи в суді, незалежно від уявлення судді про справедливість.

17. Аналіз регулювання шлюбного договору у країнах релігійної правової сім'ї на прикладі мусульманського, іудейського права дозволяє зробити наступні висновки. Оскільки релігійні правові системи являють собою переплетення права та релігії, в них лише умовно можна виділити суто юридичну частину. Шлюбні відносини в більшій мірі підпадають під регулювання з боку нормативних релігійних приписів. У країнах мусульманського та іудейського права укладення шлюбу супроводжується підписанням нареченими шлюбного договору, який відрізняється від шлюбного договору за світським правом.

18. Дослідження та виявлення характерних ознак інституту шлюбного договору в країнах різних правових сімей зумовлює існування світської та релігійної концепції шлюбного договору.

19. Законодавство певної країни індивідуально регулює інститут шлюбного договору, що виявляється у відмінності матеріальних та процесуальних умов його укладення. Загальною рисою інституту шлюбного договору за законодавствами різних країн є його мета, яка полягає у можливості регулювання відповідно до індивідуальних потреб подружжя їх

майнових відносин, а в деяких країнах і особистих немайнових відносин. Індивідуальне регулювання інституту шлюбного договору законодавствами різних країн обумовлює необхідність вибору подружжям права, яке підлягає застосуванню, у випадку ускладнення відносин іноземним елементом.

20. У міжнародному приватному праві визначення шлюбного договору не підлягає звуженому тлумаченню. Шлюбним договором у міжнародному приватному праві може вважатися:

а) дошлюбний договір, яким особи, які мають намір зареєструвати шлюб, врегульовують взаємні права та обов'язки на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя;

б) післяшлюбний договір, яким особи після укладення шлюбу врегульовують взаємні права та обов'язки на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя;

в) договори, передбачені пунктами а) та б) із залученням третіх осіб (наприклад, батьків однієї із сторін, які надають кошти на придбання майна подружжям та бажають юридично визначити такий внесок).

РОЗДІЛ 2.

РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

2.1. Регулювання шлюбного договору з іноземним елементом на національному рівні

Аналіз історії розвитку інституту шлюбного договору з іноземним елементом дає підстави зробити висновок про давню традицію його укладення. На сьогодні шлюбний договір у сучасному його розумінні має широке розповсюдження в країнах Європи та США.

Законодавство кожної країни індивідуально регулює шлюбний договір, що виявляється у відмінності матеріальних і процесуальних умов його укладення. Специфіка внутрішнього шлюбно-сімейного права позначається на практичній неможливості його уніфікації на матеріальному рівні на сучасному етапі. Тому особливого значення набуває колізійне регулювання шлюбних відносин у сфері міжнародного приватного права. У разі ускладнення шлюбних відносин іноземним елементом виникає так звана колізія права, яка полягає у різниці змісту законів внутрішнього права країни суду та країни, до якої належить іноземний елемент приватноправових відносин. Так, правова колізія обумовлена двома факторами: наявністю іноземного елемента в приватноправових відносинах та різним змістом законів країн, з якими ці відносини пов'язані. Перед судом виникає необхідність вибору права країни, яке підлягатиме застосуванню до регулювання шлюбного договору. На вирішення цього питання покликані колізійні норми – правові норми, які безпосередньо не регулюють ті чи інші правовідносини, а лише допомагають судові чи іншому органу правозастосування вирішити «колізійне питання», тобто «конфлікт» між правопорядками різних країн, які претендують на регулювання тих чи інших приватноправових відносин з іноземним елементом [141, с. 43].

Колізійні норми, які регулюють шлюбний договір на національному рівні, містяться у різноманітних нормативно-правових актах внутрішнього законодавства країн. Так, приватноправовим відносинам, зокрема договірним шлюбним відносинам, ускладненим іноземним елементом, може бути присвячена окрема частина кодифікованого нормативно-правового акта приватного права, як правило, акта, що регулює цивільні правовідносини. Наприклад, Книга III Титулу V Французького цивільного Кодексу «Про шлюбний договір і про режими майнових відносин подружжя» містить приписи, спрямовані на правове регулювання шлюбного договору та режиму майнових відносин подружжя (статті 1387–1581). Також договірні шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом, регулюються нормами цивільного законодавства у Німеччині, Іспанії, Литві, Латвії, Нідерландах, Португалії тощо.

В деяких країнах договірні шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом, регламентовано актом, що регулює відносини в сфері сім'ї та шлюбу. Так, у ч. 1 ст. 161 Сімейного кодексу Російської Федерації зазначається, що особисті немайнові та майнові права і обов'язки подружжя визначаються законодавством держави, на території якої вони мають спільне місце проживання, а при відсутності спільного місця проживання законодавством держави, на території якої вони мали останнє спільне місце проживання. Особисті немайнові та майнові права і обов'язки подружжя, які не мали спільного місця проживання, визначаються на території Російської Федерації законодавством Російської Федерації. Згідно ч. 2 ст. 161 Сімейного кодексу Російської Федерації при укладенні шлюбного договору або угоди про сплату аліментів один одному подружжя, що не мають спільного громадянства або спільного місця проживання, можуть обрати законодавство, що підлягає застосуванню для визначення їх прав та обов'язків за шлюбним договором або за угодою про сплату аліментів. У випадку, якщо подружжя не обрало законодавство, що підлягає застосуванню до шлюбного договору або до їх угоди про сплату аліментів застосовуються положення п. 1 цієї статті [30].

Приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом, у тому числі договірні шлюбні відносини, регулюються також спеціальними законами про міжнародне приватне право. Так, колізійні норми з цього питання детально викладені у статтях 48–53 Кодексу Бельгії з міжнародного приватного права 2004 року. Також спеціальні закони в сфері міжнародного приватного права розроблені в Італії (Закон Італії «Про реформу італійської системи міжнародного приватного права» 1995 року), Болгарії (Кодекс міжнародного приватного права 2005 року), Грузії (Закон Грузії «Про міжнародне приватне право» 1998 року), Ліхтенштейні (Закон Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» 1996 року), Польщі (Закон Польщі «Про міжнародне приватне право» 1967 року), Чехії (Закон «Про міжнародне приватне право» 2012 року), Швейцарії (Федеральний Закон Швейцарії «Про міжнародне приватне право» 1987 року) тощо.

В країнах загального права за відсутності кодифікованих нормативно-правових актів зустрічаються судові прецеденти, які регулюють шлюбний договір, ускладнений іноземним елементом. Так, у справі *Radmacher v Granatino* перед судом постало питання про вплив іноземного елемента на визнання шлюбного договору на території Великобританії. Шлюбний договір був укладений між громадянами Франції та Німеччини, де укладений у належному порядку шлюбний договір є обов'язковим для сторін, а питання приведення його у виконання розглядався судами Англії, вирішення яких залежить від конкретних обставин справи [135]. Можна припустити, що після рішення у справі *Radmacher v Granatino* шлюбні договори з іноземним елементом будуть визнаватися англійськими судами.

Аналіз джерел міжнародного приватного права іноземних країн дає підстави зробити висновок про відсутність спеціальних норм, присвячених регулюванню шлюбного договору. Натомість регулюванню підлягають особисті немайнові та майнові шлюбні відносини, які можуть бути предметом шлюбного договору.

Колізійна норма складається з двох структурних елементів: обсягу та колізійної прив'язки. Обсяг колізійної норми (гіпотеза) – зазначення виду приватноправових відносин з іноземним елементом, до якого застосовуються дані норми, тобто визначає умови, за яких ця норма підлягає застосуванню.

Колізійна прив'язка (диспозиція) – зазначення права країни (правової системи), яке підлягає застосуванню до приватноправових відносин, також вказує на юридичні наслідки, які настають при виникненні даних відносин, ускладнених іноземним елементом [142, с. 68]. Колізійна прив'язка також може називатись формулою прикріплення.

На сьогодні існує ціла низка типів колізійних прив'язок. Більшість з них почала формуватися з моменту виникнення міжнародного приватного права. Такі формули прикріплення, як особистий закон фізичної особи (*lex personalis*); особистий закон юридичної особи (*lex societatis*); закон місця знаходження речі (*lex rei sitae*); закон, обраний сторонами правовідносин (*lex voluntatis*); закон країни продавця (*lex venditoris*); закон місця здійснення акту (*lex loci actus*) у формі закону місця укладення угоди (*lex loci contractus*), закону місця виконання зобов'язання (*lex loci solutionis*), закону місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*) і закону місця заподіяння шкоди (*lex loci delicti commissi*); закон місця роботи (*lex loci laboris*); закон прапора (*lex flagi*); закон країни суду (*lex fori*) і закон, що регулює сутність відносин (*lex causae*) набули широкого поширення у національному та міжнародному законодавстві та завдяки цьому набули статусу класичних. Деякі колізійні прив'язки, наприклад, *lex monetae* (закон валюти платежу (валюти боргу), не витримали випробування часом та фактично не використовуються в праві зарубіжних країн.

Особистий закон фізичної особи (*lex personalis*) – формула прикріплення, яка найчастіше застосовується для визначення права, що регулює шлюбні відносини, у тому числі договірні шлюбні відносини. Особистий закон фізичної особи може бути представлений у вигляді закону громадянства (*lex patriae*, *lex nationalis*), що діє в більшості країн Європи (Франція, Німеччина, Італія, Болгарія, Іспанія, Польща, Португалія), або закону

постійного місця проживання (*lex domicilii*), який має місце в країнах загального права, а також у Бельгії, Литві, Ліхтенштейні, Норвегії, Швейцарії тощо.

У більшості нормативних джерел, які використовують формулу прикріплення особистого закону фізичної особи (*lex personalis*) при регулюванні шлюбних відносин, домінуючою колізійною прив'язкою є закон громадянства (*lex patriae*, *lex nationalis*). Так, відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону Італії «Про реформу італійської системи міжнародного приватного права» майнові відносини подружжя регулюються правом, застосовним до особистих відносин між ними. Проте подружжя може погодитися у письмовій формі про те, що майнові відносини між ними регулюються правом країни, громадянином якої є принаймні один з них або на території якої один з них перебуває. А згідно ч. 1 ст. 29 зазначеного Закону особисті шлюбні відносини регулюються спільним національним законом подружжя. Проте відповідно до ч. 2 ст. 29 Закону Італії особисті шлюбні відносини осіб, які є громадянами різних країн або мають більше одного спільного громадянства, регулюються правом країни основного місця спільного проживання подружжя [143]. Дещо інакше регулюються шлюбні відносини з приводу спільної власності в Німеччині. Відповідно до ч. 1 ст. 15 Вступного Закону до Німецького цивільного уложення режим сумісної власності подружжя регулюється правом, яке є визначальним щодо загальних наслідків шлюбу при укладенні шлюбу. Згідно ст. 14 Вступного Закону до Німецького цивільного уложення загальні наслідки шлюбу регулюються: 1) правом країни спільного громадянства подружжя чи останнього спільного громадянства під час перебування у шлюбі, якщо один з подружжя все ще є громадянином тієї країни; 2) правом країни, на території якої подружжя має своє звичайне місце перебування чи на території якої мало звичайне місце перебування востаннє протягом шлюбу, якщо один з подружжя все ще має там звичайне місце перебування; 3) правом країни, з якою подружжя має найбільш тісний зв'язок. Застосування кожного наступного пункту можливе за відсутності умов, викладених у попередніх пунктах. Якщо один з

подружжя є громадянином декількох країн, то подружжя має право обрати право однієї з цих країн, якщо інший з подружжя також є її громадянином.

Бачимо, що основну колізійну прив'язку закону громадянства німецький законодавець поєднує з колізійною прив'язкою місця звичайного перебування. До того ж, законодавець надає подружжю автономію волі, що виявляється у можливості вибору застосовного права. Так, відповідно до ч. 2 ст. 15 Вступного Закону до Німецького цивільного уложення подружжя може обрати до режиму сумісної власності подружжя: 1) право країни громадянства одного з подружжя; 2) право країни звичайного місця перебування одного з подружжя; чи 3) відносно нерухомості – право місця його розташування [144].

Законодавство інших країн в якості особистого закону фізичної особи (*lex personalis*) використовує колізійну прив'язку закону постійного місця проживання (*lex domicilii*) подружжя, що можна продемонструвати на прикладі законодавства Ліхтенштейну. Відповідно до ч. 3 ст. 20 Закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» майно подружжя регулюється відповідно до права, яке на момент укладення шлюбу є визначальним щодо особистих правових наслідків шлюбу за відсутності вибору права. Особисті правові наслідки шлюбу відповідно до ст. 19 Закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» визначаються згідно права країни, в якій подружжя має своє звичайне місцеперебування, а за його відсутності, згідно права країни, в якій подружжя мало останнє звичайне місцеперебування, якщо один з них зберіг його. Проте відповідно до частин 1, 2 ст. 20 Закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» сторони можуть обрати право між правом країни, в якій вони вдвох мають або матимуть після укладення шлюбу своє звичайне місцеперебування, і одним з вітчизняних правопорядків одного з подружжя. За відсутності вибору права майно подружжя регулюється відповідно до права, яке на момент укладення шлюбу є визначальним щодо особистих правових наслідків шлюбу [145].

Законодавство Швейцарії також віддає перевагу колізійній прив'язці закону постійного місця проживання (*lex domicilii*) подружжя, маючи при

цьому власні особливості. Так, відповідно до ст. 54 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» 1987 року режим майнових відносин подружжя за відсутності вибору застосовного права, визначається: правом країни, в якій подружжя має спільне місце проживання; або, якщо вони мають місце проживання в різних країнах, – правом країни, в якій подружжя мало спільне місце проживання в останній раз. Якщо подружжя ніколи не мало спільного місця проживання в одній країні, застосовується право їхнього спільного громадянства. Відносно подружжя, яке ніколи не мало місця проживання в одній країні і не мають спільного громадянства, діє встановлений швейцарським правом режим роздільного майна подружжя.

Згідно ч. 1 ст. 55 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» у разі зміни місця проживання подружжя до іншої країни застосовується право їхнього нового місця проживання, яке має зворотну силу і вважається застосованим з дня укладення шлюбу. Подружжя може шляхом письмового договору виключити зворотну силу. Згідно ч. 2 цієї ж статті зміна місця проживання не тягне зміну застосовуваного права, якщо подружжя уклали на цей рахунок письмовий договір або якщо це впливає із умов шлюбного договору [146].

Як бачимо, шлюбні відносини з приводу майна, у тому числі й договірні, регулюються за допомогою особистого закону фізичної особи, який може бути представлений у вигляді закону громадянства (*lex patriae*, *lex nationalis*) подружжя або закону постійного місця проживання (*lex domicilii*) подружжя, які, в свою чергу, по-різному комбінуються у відповідних нормах джерел міжнародного приватного права іноземних країн. Законодавець більшості країн віддає перевагу закону громадянства (*lex patriae*, *lex nationalis*) подружжя через надання колізійній прив'язці першочергове застосування при виборі права країни, яке підлягає застосуванню. При цьому кумулятивною колізійною прив'язкою, як правило, є закон постійного місця проживання (*lex domicilii*). В інших країнах, навпаки, саме закон постійного місця проживання (*lex domicilii*) є головною колізійною прив'язкою.

Зазначимо, що принцип громадянства є стабільнішим, оскільки громадянство є точно визначеним, за винятком апатридів та біпатридів, і не може бути змінено поза відома держави, громадянином якої є особа. У свою чергу, закон доміцілью відображає реальний зв'язок особи з країною, на території якої вона має постійне місце проживання. Проте недоліком закону доміцілью є складність його визначення (насамперед необхідно відрізнити від тимчасового місцеперебування), а також велика ймовірність використання механізму обходу закону, оскільки доміцільний набагато легше змінити, ніж громадянство.

При регулюванні майнових відносин подружжя, ускладнених іноземним елементом, також може використовуватись колізійна прив'язка закону місця знаходження речі (*lex rei sitae*). Спочатку закон місця знаходження речі (*lex rei sitae*) застосовувався тільки з приводу нерухомого майна. Рухоме ж майно підлягало регулюванню з боку особистого закону особи, оскільки, вважалося, що річ слідує за особою. Згодом затвердилась тенденція до відмови від застосування цього закону на користь більш зручного закону місця знаходження речі (*lex rei sitae*). Так, відповідно до ст. 13 Цивільного кодексу Латвійської Республіки особисті та майнові відносини подружжя визначаються відповідно до законодавства Латвійської Республіки, якщо місце проживання подружжя в Латвії. Якщо майно подружжя знаходиться в Латвії, то таке майно регулюється законодавством Латвійської Республіки незважаючи на те що вони самі не мають місця проживання в Латвії [147].

Закон місця здійснення акту (*lex loci actus*) у формі закону місця укладення угоди (*lex loci contractus*) також має прояв у деяких джерелах міжнародного приватного права в питанні регулювання договірних шлюбних відносин. Так, відповідно до ст. 52 Кодексу Бельгії з міжнародного приватного права вибір режиму майнових відносин подружжя дійсний щодо форми, якщо він відповідає вимогам права, застосовного до цього режиму на момент вибору, або праву країни, на території якого був зроблений даний вибір. Вибір повинен бути, як мінімум, виражений в письмовій формі, датований і підписаний

подружжям. Зміну режиму майнових відносин подружжя має бути зроблено відповідно до формальних вимог права країни, на території якої було зроблено зміну [148]. Законом місця здійснення акту (*lex loci actus*) у формі закону місця укладення угоди (*lex loci contractus*) також може регулюватись форма шлюбного договору у Швейцарії. Так, відповідно до ст. 56 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» шлюбний договір дійсний з точки зору форми, якщо його форма відповідає вимогам застосовуваного матеріального права або права місця укладення договору [146].

Закон місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*) як формула прикріплення при регулюванні шлюбних відносин у міжнародному приватному праві має вагоме значення. Тривалий час колізійна прив'язка до закону місця укладення шлюбу була визначальною, оскільки її застосування було зручним і простим. Пізніше стало зрозумілим, що право місця укладення шлюбу може взагалі не мати ніякого правового зв'язку з відносинами певного подружжя, відображати лише формальний зв'язок. Так, на сьогодні розповсюдженим є укладення шлюбу в певній країні, в якій подружжя не має місця проживання та не планує проживати, громадянином якої не є жоден з подружжя, не має там майна тощо, тобто за умови відсутності будь-якого іншого правового зв'язку з шлюбними відносинами.

У сучасних умовах закон місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*) застосовується в поєднанні з іншими колізійними прив'язками (*lex personalis* – особистий закон) як щодо укладення шлюбу, так і дійсності шлюбу. Наприклад, відповідно до ст. 56 Закону України «Про міжнародне приватне право» форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України. Отже, формальні умови укладення шлюбу регулюються за законом місця укладення шлюбу [55]. Колізійна прив'язка до закону місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*) застосовується також цілою низкою Гаазьких конвенцій, які присвячені

питанням міжнародного сімейного права, зокрема Гаазька конвенція про укладення і визнання дійсності шлюбу від 14 березня 1978 року [149].

Використання договірних засад у міжнародному сімейному праві обумовило застосування до певних шлюбних відносин закону, обраного сторонами правовідносин (*lex voluntatis*), який являє собою застосування права країни, що сторони обирають для регулювання приватноправових відносин, так звана автономія волі сторін.

Існують дві теорії автономії волі сторін. У більшості країн світу застосовується абсолютна, тобто необмежена, автономія волі сторін, яка передбачає можливість вибору права будь-якої країни до приватноправових відносин. У ряді країн принцип автономії волі сторін обмежено правом країни, з якою право відносини мають зв'язок (теорія обмеженої автономії волі сторін). Проте саме обмежена автономія волі сторін переважно використовується для регулювання шлюбно-сімейних відносин, у тому числі й договірних шлюбних відносин. Так, наприклад, подружжя має можливість здійснити вибір права, яке підлягатиме застосуванню до шлюбного договору. Разом з тим вибір права обумовлює виникнення питання про коло правопорядків, серед яких сторони можуть здійснювати цей вибір. Законодавці більшості країн вважають, що особливість реалізації принципу автономії волі в сфері шлюбно-сімейних правовідносин полягає саме в обов'язковості існування певних обмежень щодо вибору правопорядку країни. Так, відповідно до ч. 2 ст. 45 Закону Грузії «Про міжнародне приватне право», яка присвячена наслідкам шлюбу, вибір права можливий, якщо він вказує на право країни: а) до якої належить один з подружжя; б) де один з подружжя має звичайне місце перебування; в) де знаходиться нерухоме майно. Згідно ч 4 цієї ж статті вибір права оформляється в нотаріальному порядку [150].

Аналогічним чином відображена колізійна прив'язка закону, обраного сторонами правовідносин (*lex voluntatis*), в Законі Чеської Республіки «Про міжнародне приватне право». Однак законодавець розширює коло правопорядків, серед яких можливе здійснення вибору. Так, відповідно до ч. 4

параграфу 49 Закону Чеської Республіки «Про міжнародне приватне право» при визначенні закону майна подружжя, подружжя може домовитися, що їхнє фінансове становище буде визначатися або за правом країни, громадянином якої один з подружжя, або в якій один з подружжя звичайно проживає, або правом країни, в якій знаходиться нерухома річ або право Чеської Республіки. Договір має бути у формі нотаріального акту або аналогічного документу, якщо договір укладено за кордоном [57]. Так, законодавець Чеської Республіки додає до переліку альтернативних правопорядків вітчизняний правопорядок.

На підставі викладеного вище, можемо зробити висновок, що типовими колізійними прив'язками в сфері регулювання договірних шлюбних відносин є: особистий закон фізичної особи (*lex personalis*); закон місця знаходження речі (*lex rei sitae*); закон місця здійснення акту (*lex loci actus*) у формі закону місця укладення угоди (*lex loci contractus*); закон місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*); закон, обраний сторонами правовідносин (*lex voluntatis*).

В більшості випадків різні типи колізійних прив'язок комбінуються законодавцем у межах однієї колізійної норми. Різниця полягає лише у визначенні законодавцем пріоритету застосування тієї чи іншої колізійної прив'язки залежно від національних, і, як наслідок, правових традицій та звичаїв кожної країни.

Також можна зробити висновок про те, що кожна колізійна прив'язка, яка використовується для регулювання договірних шлюбних відносин, спрямована на реалізацію принципу тісного зв'язку в міжнародному приватному праві. Необхідно відзначити, що феномен найбільш тісного зв'язку є засобом подолання невідповідності колізійних настанов обставинам справи, за допомогою якого у юрисдикційного органу є можливість обрати правопорядок, більш тісно пов'язаний з даними приватно-міжнародними відносинами [151, с. 160].

Законодавства більшості країн з міжнародного приватного права під час регулювання колізійних питань укладення шлюбного договору керуються розмежуванням умов укладення шлюбного договору, призначаючи для

регулювання матеріальних умов укладення шлюбного договору одні колізійні прив'язки, а для формальних умов – інші. Єдиною перешкодою в цьому є те, що за законодавствами одних країн певні умови належать до формальних, а за законодавствами інших країн ці самі умови належать до матеріальних умов укладення шлюбного договору.

В Україні шлюбний договір, ускладнений іноземним елементом, регулюється Законом України «Про міжнародне приватне право». Відповідно до ст. 59 Закону України «Про міжнародне приватне право» сторони шлюбного договору можуть обрати право, що підлягає застосуванню до шлюбного договору. Норма цієї статті поширює на регулювання шлюбного договору принцип автономії волі – *lex voluntatis*, який передбачено ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», відповідно до якої у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Вказана норма передбачає, що вибір застосовуваного права може буде здійснений з необмеженого кола правопорядків, якщо інше не передбачено законом. Повертаючись до статті, присвяченій шлюбному договору, бачимо, що коло правопорядків обмежено відсиланням до ч. 1 ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно якої подружжя може обрати для регулювання шлюбного договору: 1) право особистого закону одного з подружжя; 2) право держави, у якій один з подружжя має звичайне місце перебування; 3) право держави знаходження майна, яке є предметом регулювання (щодо нерухомого майна). Стаття 59 Закону України «Про міжнародне приватне право» не уточнює правовідносини, які підлягатимуть договірному регулюванню – особисті та/або майнові відносини подружжя. Але існує думка, відповідно до якої предметом регулювання можуть бути лише майнові відносини подружжя через те, що ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право» присвячена майновим наслідкам шлюбу [141, с. 247]. Проте необхідно зауважити, що законодавець при відсиланні до ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право» міг мати на увазі

тільки коло правопорядків, з яких подружжя має право здійснити вибір для регулювання шлюбного договору, зміст якого буде залежати від обраного правопорядку.

Таким чином, шлюбний договір з іноземним елементом за Законом України «Про міжнародне приватне право» регулюється за принципом автономії волі за допомогою наступних колізійних прив'язок: закон громадянства одного з подружжя, закон місця проживання одного з подружжя, закон місця знаходження нерухомого майна. Право, обране подружжям із зазначених правопорядків, припиняє застосовуватися або змінюється за згодою подружжя у разі зміни особистого закону або звичайного місця перебування того з подружжя, до особистого закону або звичайного місця перебування якого було прив'язане обране право. Нове право застосовується до правовідносин з моменту укладення шлюбу, якщо інше письмово не встановлено подружжям. У випадку відсутності вибору права подружжям майнові наслідки шлюбу визначаються правом, яке застосовується до правових наслідків шлюбу.

На думку О. О. Ульяненко, така кількість колізійних прив'язок може сприяти помилковим уявленням подружжя про право, яке підлягає застосуванню до їхніх особистих немайнових і майнових відносин, і, як наслідок, прийняттю неправильних рішень [152, с. 103]. Проте притримуємось точки зору більшості дослідників питань міжнародного приватного права, які вважають, що завдяки різноманітності колізійних прив'язок збільшується ймовірність більш повного захисту прав та інтересів подружжя [153, с. 208].

2.2. Регулювання шлюбного договору з іноземним елементом на міжнародному рівні

Специфічне нормативне регулювання законодавствами різних країн інституту шлюбного договору, ускладненого іноземним елементом, обумовлює нагальну необхідність створення норм загальної дії. Тому цілком природним є

здійснюваний за допомогою укладення конвенцій процес уніфікації – створення однакових норм, які вказують для кожного випадку, право якої держави підлягає застосуванню до відносин з іноземним елементом [154].

Відсутність одноманітності в міжнародному шлюбно-сімейному законодавстві породило проблему так званих «кульгаючих шлюбів» – шлюбів, визнаних в одній країні та не визнаних в іншій. Ця проблема існує дотепер. Однак держави робили і роблять спроби уніфікувати окремі інститути сімейного права. Особливу роль в процесі уніфікації норм міжнародного приватного права відіграє Гаазька конференція з міжнародного приватного права, яка була скликана ще у 1899 році за ініціативою імператора Росії Миколи II. З цією метою у 1902 році на конференції в Гаазі було укладено три конвенції: про шлюб, про розлучення і судове розлучення чоловіка і жінки, про опіку над неповнолітніми; у 1905 році – ще дві конвенції: про особисті та майнові відносини подружжя та про піклування про повнолітніх. Їх часто поєднують однією назвою – Гаазькі конвенції про шлюб і родину 1902–1905 років.

У 1905 році низкою країн була підписана Гаазька конвенція про колізію законів щодо наслідків шлюбу в галузі прав та обов'язків подружжя в їх особистих відносинах та в галузі майна подружжя (далі – Конвенція 1905 року). 23 серпня 1912 року ця Конвенція набула чинності для Німеччини, Франції, Італії, Нідерландів, Португалії, Румунії, Швеції, пізніше до Конвенції приєдналися Бельгія, Польща, Данія. Конвенція 1905 року стала фактично першим міжнародно-правовим документом, який звернув увагу на правовий інститут шлюбного договору. Норми Конвенції 1905 року, які регулюють майнові відносини подружжя, носять диспозитивний характер: вони застосовуються тільки тоді, коли інше не передбачено договором подружжя. За умови відсутності шлюбного договору наслідки шлюбу щодо рухомого та нерухомого майна подружжя визначаються правом країни громадянства чоловіка в момент укладення шлюбу. Зміна громадянства подружжя або одного з них не відбивається на цьому режимі майна. Дана Конвенція особливо

приділяє увагу шлюбному договору, регулюючи порядок його укладення і зміни. Згідно ч. 1 ст. 6 Конвенції 1905 року шлюбний договір є дійсним з точки зору форми, якщо його було укладено або відповідно до права країни його укладення, або відповідно до права країни громадянства подружжя в момент укладення шлюбу, або у випадку його укладення під час перебування у шлюбі відповідно до законів країни, громадянство якої мало подружжя. Проте можливість вибору між правом місця укладення шлюбного договору та правом країни громадянства не абсолютна. Так, відповідно до ч. 2 ст. 6 Конвенції 1905 року якщо право країни громадянства подружжя вимагає в якості умови дійсності шлюбного договору, навіть укладеного за кордоном, дотримання особливої форми, то дані положення мають бути дотримані під загрозою нікчемності договору.

Отже, у Конвенції 1905 року використовуються наступні колізійні прив'язки: 1) закон громадянства; 2) закон звичайного місця проживання одного з подружжя; 3) закон місця знаходження нерухомого майна щодо нерухомого майна. Згодом Конвенція 1905 року була денонсована Францією, Бельгією, Швецією, Польщею, Нідерландами, Німеччиною. Проте дана Конвенція була великим кроком у процесі уніфікації норм з регулювання шлюбних відносин, зокрема, договірних шлюбних відносин.

Так, Конвенції 1902–1905 років не набули великого поширення, в них брали участь лише деякі європейські держави, причому згодом їх кількість зменшилася. Це обумовило появу низку інших Гаазьких конвенцій: Конвенція про укладення та визнання дійсності шлюбів 1978 року; Конвенція про право, застосовне до режиму майнових відносин подружжя 1978 року; Конвенція про визнання розлучень та рішень про судове розлучення подружжя 1970 року; Конвенція про право, застосовне до аліментних зобов'язань 1973 року; Конвенція про право, застосовне до аліментних зобов'язань стосовно дітей 1956 року; Конвенція про визнання та виконання рішень у справах про аліментних зобов'язання щодо дітей 1958 року; Конвенція про компетенцію і застосовне право щодо захисту неповнолітніх 1961 року; Конвенція про захист дітей та

співробітництво в галузі міжнародного усиновлення (удочеріння) 1993 року; Гаазька конвенція про міжнародний захист повнолітніх 2000 року.

Поява міжнародних Конвенцій на початку XX століття мала велике значення для подальшої уніфікації в регулюванні такої специфічної та самобутньої категорії як шлюбно-сімейні відносини.

Міжнародні конвенції, спрямовані на подолання відмінностей у сімейному праві, нечисленні через існування великих розбіжностей у національних правових системах та труднощів у пошуках компромісних рішень.

Підготовка проектів багатосторонніх конвенцій з питань міжнародного приватного права, зазвичай, здійснюється універсальними міжнародними організаціями (Організація Об'єднаних Націй) та регіональними міжнародними організаціями (Європейський союз, Організація Американських Держав, Північний союз, Співдружність Незалежних Держав тощо), зокрема у Латинській Америці та Північній Європі.

Так, 20 лютого 1928 року Шостою міжнародною конференцією американських держав був прийнятий Гаванський кодекс з міжнародного приватного права, більш знайомий під назвою Кодекс Бустаманте. Цей кодекс передбачає значну кількість статей у галузі майнових відносин подружжя, використовуючи в якості головної колізійної прив'язки особистий статут. На жаль, кодекс Бустаманте не розкриває поняття особистого статусу особи, залишаючи договірним країнам турботу тлумачення даної правової категорії. Так, замість досягнення мети з уніфікації норм права є наслідком неоднакове тлумачення поняття: в одних країнах під особистим статусом розуміється право країни громадянства осіб, а в інших – право країни місця постійного проживання [155].

Північний союз (Union nordique), до складу якого входять Данія, Норвегія, Швеція, Фінляндія та Ісландія, досягнув значних результатів в уніфікації норм права держав-учасниць з питань майнових відносин подружжя через прийняття Конвенції від 6 лютого 1931 року, яка передбачає деякі

правила міжнародного приватного права в галузі шлюбу, усиновлення та опіки. Конвенцію 1931 року було змінено угодою від 3 березня 1953 року, яка, окрім іншого, регулює законний та договірний режими майна подружжя. Для Конвенції, укладеної в межах Північного союзу, характерним є використання в якості основної колізійної прив'язки місця проживання, навіть не зважаючи на те, що дві держави союзу – Фінляндія та Швеція – у своєму внутрішньому міжнародному приватному праві використовують прив'язки до законів країни громадянства особи. Завдяки використанню системи модельних законів матеріальне право держав Північного союзу було в значній мірі гармонізовано, що набагато облегшує прийняття загальних підходів у сфері колізійного регулювання [156].

На 13-й сесії Гаазької конференції з міжнародного приватного права 14 березня 1978 року була прийнята Конвенція про право, що застосовується до режимів власності подружжя, яка набула чинності 1 вересня 1992 року (далі – Конвенція 1978 року) [157] після її ратифікації Францією, Люксембургом та Нідерландами. Конвенція 1978 року була також підписана Австрією та Португалією, проте донині не була ними ратифікована [158].

Конвенція 1978 року, як і більшість сучасних Гаазьких конвенцій, має універсальний характер. На противагу Конвенції 1905 року, її норми застосовуються «... навіть у випадку, якщо громадянство або звичайне місце проживання подружжя або право, застосовне на підставі нижченаведених статей, не є громадянством чи звичайним місцем проживання або правом Договірної держави». Це означає, що норми Конвенції 1978 року для країн, які її ратифікували, стають внутрішніми та визначають право, що підлягає застосуванню до режиму майна подружжя, в усіх без винятку випадках. Отже, як двостороння чи багатостороння угода змінює внутрішнє право держави, також вона може змінити норми конвенції, які мають загальне значення. Так, згідно ст. 20 Конвенції 1978 року конвенція не зачіпає інших міжнародних документів, що містять положення з питань, врегульованих цією Конвенцією, Стороною яких Договірна держава є або стає.

Конвенція 1978 року має низку ключових ідей, з розумінням яких пов'язана можливість ефективного використання її інструментарію. По-перше, розробники відкинули головний принцип Конвенції 1905 року, який полягає у зв'язку режиму майна з особовим статусом. Конвенція 1978 року передбачає регулювання майнових шлюбних відносин на власний розсуд подружжя. Врахування волевиявлення подружжя при вирішенні майнових питань було прийнято з французької правової системи. Для багатьох держав такий підхід регулювання шлюбних відносин в міжнародному приватному праві був протилежним існуючому на той час. Якщо подружжя ніяк не виражає свою волю в момент укладення шлюбу, тоді застосовне право визначається на підставі об'єктивних критеріїв. Тим не менш принцип автономії волі зберігає пріоритет, оскільки навіть впродовж шлюбу подружжя може за взаємною згодою змінити первинну колізійну прив'язку та, відповідно, й застосовне право.

Статтею 3 Конвенції 1978 року встановлено загальний принцип, відповідно до якого «режим власності подружжя регулюється внутрішнім правом, визначеним подружжям до шлюбу». Вказівка саме на внутрішнє право в даному випадку надає можливість уникнути зворотного відсилання та проблем, що з ним пов'язані. Проте подружжя не має абсолютну автономію волі. Подружжя може визначати тільки одне з нижченаведених право:

- 1) право країни, громадянином якої є один з подружжя під час такого визначення;
- 2) право країни, в якій один з подружжя має своє звичайне місце проживання під час такого визначення;
- 3) право першої країни, в якій один з подружжя набуває нового звичайного місця проживання після укладення шлюбу.

Зазначена стаття передбачає, що право, визначене таким чином, застосовується до всієї власності подружжя. Тобто Конвенція 1978 року передбачає єдиний правовий режим для всього майна подружжя. Проте через роздільне регулювання рухомого та нерухомого майна в деяких країнах

Конвенція 1978 року надає подружжю можливість щодо всього або деякого нерухомого майна, визначити право того місця, де знаходиться ця нерухомість. Крім того, вони можуть передбачити положення про те, що нерухомість, яка може бути згодом придбана, регулюватиметься правом місця, де така нерухомість знаходитиметься.

Визначення застосовного права подружжя має бути відповідним чином оформлено. Відповідно до ст. 11 Конвенції 1978 року визначення застосовного права повинно бути ясно виражено заявою або безсумнівно витікати з положень шлюбного договору. Що ж стосується форми шлюбного договору, то розробники Конвенції 1978 року здійснили поєднання колізійної та матеріальної норм. Так, згідно ст. 12 Конвенції 1978 року шлюбний договір є дійсним щодо форми, якщо він відповідає або вимогам внутрішнього права, що підлягає застосуванню до режиму майна подружжя, або внутрішньому праву місця, де його було укладено. У кожному разі шлюбний договір складається у письмовій формі, датується і підписується подружжям. Як бачимо, перше речення статті є колізійною нормою, а друге – матеріальною. Зазначена матеріальна норма встановлює певні мінімальні вимоги до форми шлюбного договору. Їх дотримання надає можливість посилатися на нього, уникаючи тим самим можливих питань з доказування.

Якщо подружжя до укладення шлюбу не визначило застосовне право, то режим майна регулюється внутрішнім правом країни, на території якої подружжя набуває своє перше звичайне місце проживання після укладення шлюбу. Тем не менш застосуванню підлягає право країни, громадянами якої є подружжя, якщо: 1) ця країна зробила відповідну заяву про застосування внутрішнього права, передбачену статтею 5 Конвенції; 2) ця країна не є учасником Конвенції та відповідно до її колізійного права застосовується її матеріальне право, а також подружжя набуває свого першого місця проживання після укладення шлюбу або в країні, яка зробила передбачену статтею 5 Конвенції заяву, або в країні, яка не є стороною Конвенції та норми міжнародного приватного права якої також передбачають застосування права їх

громадянства; 3) коли подружжя не набуває свого першого звичайного місця проживання після укладення шлюбу в одній країні. Якщо подружжя не має спільного місця проживання та спільного громадянства, режим майна регулюється внутрішнім правом той країни, з якою воно має найбільш тісний зв'язок.

Згідно ст. 6 Конвенції 1978 року під час перебування у шлюбі подружжя може підпорядковувати режим майна внутрішньому праву, іншому ніж те, яке раніше застосовувалося. Подружжя може визначати тільки одне з нижченаведеного права: 1) право будь-якої країни, громадянином якої є один з подружжя під час такого визначення; 2) право країни, в якій один з подружжя має своє звичайне місце проживання під час такого визначення. Право, визначене таким чином, застосовується до всього майна подружжя. Проте подружжя може щодо всього або деякого нерухомого майна, визначати право країни, на території якої знаходиться ця нерухомість. Крім того, воно може передбачити регулювання нерухомості, яка може бути згодом придбана, правом країни, де вона знаходитиметься.

З огляду на аналіз основних норм Конвенції 1978 року, можемо зробити висновок про те, що розробники дійшли компромісу між кардинально відмінними правовими системами, в межах яких прихильникам застосування закону громадянства подружжя протистояли прихильники застосування закону місця проживання подружжя.

Беручи до уваги невелику кількість держав, які ратифікували Конвенцію 1978 року, вона не отримала великого успіху серед держав-учасниць Гаазької конференції з міжнародного приватного права. Деякі дослідники пояснюють це складністю розуміння та застосування норм Конвенції 1978 року, які «відлякують» держави від її ратифікації [156]. Проте Конвенція 1978 року являє собою єдиний інструмент, який дозволяє уніфікувати майнові відносини подружжя на міжнародному рівні.

З 2001 року, спочатку як спостерігач, а з 3 грудня 2003 року – як повноважний член, Україна є учасником Гаазької Конференції. Членство

України в Гаазькій Конференції надає додаткові можливості для врегулювання на багатосторонньому рівні колізійних питань у сфері приватного права та взяття безпосередньої участі в розробці та прийнятті конвенцій в рамках цієї міжнародної організації. Україна вже приєдналася до семи конвенцій із тридцяти шести, прийнятих Гаазькою Конференцією. Проте до Конвенції 1978 року, яка приділяє увагу договірному регулюванню шлюбних відносин та положення якої були розглянуті вище, Україна ще не приєдналася.

Важливою складовою частиною законодавства України в сфері шлюбно-сімейних відносин визнаються міжнародні договори і конвенції, учасницею яких є Україна. Особливу роль в цій сфері між громадянами СНД відіграють багатосторонні Мінська конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 1993 року [159] (далі – Мінська конвенція 1993 року) та Кишинівська конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 2002 року [160] (далі – Кишинівська конвенція 2002 року), прийняття яких сприяло здійсненню уніфікації колізійних норм сімейного права в країнах СНД.

Мінська конвенція 1993 року набула чинності для Республіки Білорусь, Республіки Вірменія, Республіки Казахстан, Республіки Таджикистан, Республіки Узбекистан, Російської Федерації, України, Киргизької Республіки, Республіки Молдова, Республіки Азербайджан, Республіки Грузія, Туркменістану [140, с. 55]. Міністерством юстиції України 13 жовтня 2011 року було видано Роз'яснення про надання правової допомоги у майнових правовідносинах та спадкуванні відповідно до положень Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року [161].

Однак уповноважені представники країн СНД прийшли до висновку, що Мінська конвенція 1993 року не враховує сучасних потреб взаємної правової допомоги та потребує перегляду. Учасниками Мінської конференції 1993 року, за винятком Туркменістану та Республіки Узбекистан, 7 жовтня 2002 року у

Кишиневі було підписано нову Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах.

Зробивши аналіз положень Мінської конвенції 1993 року та Кишинівської конвенції 2002 року, робимо висновок про їх ідентичність в сфері регулювання шлюбних відносин, різниця полягає лише у порядку викладення статей зазначених Конвенцій.

Так, згідно з положеннями Мінської конвенції 1993 року та Кишинівської конвенції 2002 року особисті та майнові шлюбні відносини визначаються:

1) за законодавством договірної сторони, на території якої вони мають спільне місце проживання;

2) якщо один з подружжя проживає на території однієї договірної сторони, а другий – на території іншої договірної сторони і при цьому обидва мають те саме громадянство, їхні особисті та майнові правовідносини визначаються за законодавством тієї сторони, громадянами якої вони є;

3) якщо один з подружжя є громадянином однієї договірної сторони, а другий – іншої договірної сторони й один з них проживає на території однієї, а другий – на території іншої договірної сторони, їхні особисті та майнові правовідносини визначаються за законодавством договірної сторони, на території якої вони мали своє останнє спільне місце проживання;

4) якщо подружжя не мало спільного проживання на територіях договірних сторін, застосовується законодавство договірної сторони, установа якої розглядає справу;

5) шлюбні відносини, що стосуються їх нерухомого майна, визначаються за законодавством договірної сторони, на території якої знаходиться це майно;

6) у справах про особисті і майнові шлюбні відносини компетентні установи договірної сторони, законодавство якої підлягає застосуванню відповідно до наведених вище положень.

Таким чином, застосовується так званий територіальний підхід, наявність якого обумовлена існуванням певного правового зв'язку подружжя з місцем, де вони спільно проживають. Іншими словами, необхідно дотримуватися законів країни, де та чи інша особа проживає. Так, до шлюбних відносин громадян країн-учасниць Кишинівської конвенції 1993 року, які постійно проживають на території України, застосовуватиметься українське законодавство.

Можна зробити висновок про те, що регіональні конвенції про правову допомогу є одним з найбільш гнучких та зручних правових механізмів співробітництва країн у сфері надання правової допомоги та вирішення колізійних питань. Проте, вважаємо, що положення зазначених конвенцій в галузі шлюбно-сімейних відносин не відповідають сучасним тенденціям розвитку міжнародного приватного права. Це підтверджує відсутність можливості застосування подружжям автономії волі, навіть в тих випадках, коли застосування цього принципу передбачене внутрішнім законодавством договірних сторін.

При колізійному регулюванні національне законодавство ряду країн, зокрема Азербайджанської Республіки, Республіки Вірменія, Киргизької Республіки, Республіки Молдова, Російської Федерації, Республіки Таджикистан, України передбачає можливість застосування автономії волі сторін. В Азербайджанській Республіці (ст. 151.2 Сімейного кодексу), Республіці Вірменія (ч. 2 ст. 146 Сімейного кодексу), Киргизькій Республіці (ч. 2 ст. 168 Сімейного кодексу), Російської Федерації (ч. 2 ст. 161 Сімейного кодексу) та Республіці Таджикистан (ч. 2 ст. 172 Сімейного кодексу) подружжя може обрати застосовуване право до шлюбного договору, якщо вони не мають спільного громадянства або спільного місця проживання. Відповідно до ч. 3 ст. 157 Сімейного кодексу Республіки Молдова подружжя за спільною згодою може обрати до регулювання шлюбного договору право країни громадянства одного з подружжя.

Аналіз внутрішнього законодавства більшості країн-учасниць СНД:

а) має спеціальне колізійне регулювання шлюбного договору; б) обмежує автономію волі подружжя при виборі права, яке підлягатиме застосуванню до регулювання шлюбного договору; в) передбачає ієрархічно побудований ряд колізійних прив'язок в якості формули прикріплення.

Закон України «Про міжнародні договори України» передбачає також укладення міжнародних двосторонніх договорів, зокрема про надання правової допомоги у цивільних та сімейних справах, які містять спеціальні правила регулювання шлюбно-сімейних відносин [162].

Із матеріалів, наданих нормативно-правовою базою Верховної Ради України, бачимо, що Україна успадкувала міжнародні договори, які були укладені за часів існування СРСР. Оскільки Україна є правонаступницею СРСР, то відповідні міжнародні договори не були скасовані.

За часів незалежності Україна уклала договори про правову допомогу з наступними країнами: Республікою Польща (24 травня 1993 року), Литовською Республікою (7 липня 1993 року), Республікою Молдова (13 грудня 1993 року), Республікою Грузія (9 січня 1995 року), Естонською Республікою (15 лютого 1995 року), Латвійською Республікою (23 травня 1995 року), Швейцарською Конфедерацією (4 серпня 1995 року), Республікою Узбекистан (19 лютого 1998 року), Соціалістичною Республікою В'єтнам (6 квітня 2000 року), Республікою Македонія (10 квітня 2000 року), Турецькою Республікою (23 листопада 2000 року), Чеською Республікою (28 травня 2001 року), Угорською Республікою (2 серпня 2001 року), Грецькою Республікою (2 липня 2002 року), Корейською Народно-Демократичною Республікою (13 жовтня 2003 року), Республікою Куба (10 грудня 2003 року), Республікою Болгарія (21 травня 2004 року), Республікою Кіпр (6 вересня 2004 року), Румунією (7 вересня 2005 року).

Аналіз перелічених вище міжнародних договорів про правову допомогу дає підстави зробити висновок про відсутність спеціальних норм, присвячених шлюбному договору, проте всі вони регламентують регулювання особистих немайнових та майнових шлюбних відносин. Зазначені договори використовують колізійні прив'язки закону місця проживання осіб (спільного,

постійного або останнього), закону громадянства та закону суду. Проте положення міжнародних договорів не розкривають зміст понять спільного, постійного, останнього місця проживання. Це може бути причиною різного тлумачення цих понять договірними сторонами.

Більшість міжнародних двосторонніх договорів про правову допомогу, укладених Україною, використовують в якості основної колізійну прив'язку країни спільного місця проживання подружжя. У випадку відсутності спільного місця проживання подружжя найчастіше норма договору відсилає до правопорядку країни спільного громадянства подружжя (наприклад, договори про правову допомогу між Україною та Республікою Узбекистан, Кореїською Народно-Демократичною Республікою, Республікою Куба, Республікою В'єтнам, Литовською Республікою, Латвійською Республікою). Так, відповідно до ст. 2 Договору між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних, трудових, та кримінальних справах особисті та майнові відносини подружжя визначаються законодавством договірної сторони, на території якої подружжя спільно проживає. Якщо один з подружжя проживає на території однієї договірної сторони, а другий – на території іншої договірної сторони, і при цьому обидва мають одне й те саме громадянство, то особисті відносини визначаються законодавством тієї договірної сторони, громадянами якої вони є [163].

Норми інших договорів у разі відсутності спільного місця проживання подружжя відсилають до правопорядку країни останнього спільного місця проживання подружжя (наприклад, Договір між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах, Договір між Україною та Республікою Македонія про правову допомогу в цивільних справах). Так, Договором між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах передбачено, що особисті та майнові шлюбні відносини визначаються законодавством договірної сторони, на території якої подружжя має спільне місце проживання. Якщо один із подружжя проживає на території однієї договірної сторони, а другий – на території іншої договірної сторони, їхні

особисті та майнові правовідносини регулюються законодавством тієї договірної сторони, на території якої вони мали останнє спільне місце проживання. Якщо подружжя не мало спільного місця проживання на території жодної з договірних сторін, застосовується законодавство тієї договірної сторони, де був поданий позов (ст. 29 Договору) [164].

Менша частина міжнародних двосторонніх договорів про правову допомогу, стороною яких є Україна, використовують в якості основної колізійну прив'язку до країни спільного громадянства подружжя. І тільки у разі відсутності спільного громадянства подружжя норма відсилає до правопорядку країни спільного місця проживання. Такий порядок колізійних прив'язок передбачено двосторонніми договорами про правову допомогу між Україною та Румунією, Республікою Польща, Турецькою Республікою, Республікою Молдова.

Отже, можемо зробити висновок про те, що міжнародні двосторонні договори про правову допомогу, укладені Україною, в сфері регулювання шлюбних відносин використовують формулу прикріплення у вигляді послідовного ієрархічного ряду колізійних прив'язок, засновану на принципі найбільш тісного зв'язку.

Оскільки принцип автономії волі є провідним для міжнародного приватного права України та використовується у законодавстві більшості країн світу, то необхідно закріпити зазначений принцип в міжнародних договорах, які укладаються Україною, а також внести відповідні доповнення в чинні міжнародні договори.

З огляду на невідповідність Кишинівської конвенції 2002 року сучасним тенденціям розвитку міжнародного приватного права в сфері регулювання шлюбних відносин, вважаємо доцільним внести зміни та доповнення до Кишинівської конвенції 2002 року, які полягають у наступних положеннях:

- 1) Основними колізійними прив'язками, за допомогою яких можливо буде здійснити вибір правопорядку, необхідно встановити: право країни спільного громадянства подружжя або наречених; право країни спільного місця

проживання подружжя або наречених; право країни найбільш тісного зв'язку.

2) Право укладення шлюбного договору має бути надано не тільки подружжю, але й нареченим, оскільки внутрішнє право країн СНД передбачає укладення шлюбного договору до укладення шлюбу або в період перебування у шлюбі (ст. 38.1 Сімейного кодексу Азербайджанської Республіки, ст. 27 Сімейного кодексу Республіки Вірменія, ч. 3 ст. 13 Кодексу про шлюб та сім'ю Республіки Білорусь, ст. 38 Закону про шлюб та сім'ю Республіки Казахстан, ч. 1 ст. 44 Сімейного кодексу Киргизької Республіки, ст. 27 Сімейного кодексу Республіки Молдова, ст. 40 Сімейного кодексу Російської Федерації, ст. 40 Сімейного кодексу Республіки Таджикистан, ст. 29 Сімейного кодексу Республіки Узбекистан, ч. 1 ст. 92 Сімейного кодексу України). Вибір застосовного права до регулювання шлюбного договору нареченими не буде суперечити правовій природі такого договору, оскільки він набуває чинності з дня реєстрації укладення шлюбу.

На підставі викладеного вище можна зробити висновок про те, що міжнародні конвенції загалом будуються на схожих принципах, що й внутрішнє колізійне право країн-учасниць: виділення майнових відносин подружжя з єдиного комплексу відносин, які виникають внаслідок укладення шлюбу, та, відповідно, різне визначення права країни, яке підлягає застосуванню; надана законодавцем можливість вибору та зміни правового режиму майна подружжя; існування обмежень щодо вибору та зміни права, яке підлягає застосуванню до регулювання майнових відносин подружжя; вирішальне значення шлюбного договору.

Зазначені вище положення міжнародних договорів свідчать про те, що шлюбному договору приділяється увага на міжнародно-правовому рівні. Взагалі, міжнародні договори мають велике практичне значення, оскільки вони відображають практику національних законодавств, що вже склалася, зазначаючи деякі з основоположних принципів, на яких базуються договірні шлюбні відносини. Зокрема, це свобода вибору правового режиму майна подружжя. Для України практичне значення зазначених Конвенцій полягає

також у тому, що у зв'язку з процесом інтеграції України в світову спільноту збільшується кількість шлюбів, ускладнених іноземним елементом. Це обумовлює виникнення питання вибору закону, який регулюватиме шлюбні відносини під час перебування осіб у шлюбі та/чи у разі його припинення. Так, у подружжя виникає можливість і навіть необхідність обрати законодавство країни, яке буде регулювати майнові шлюбні відносини. А вирішити дане питання подружжя може шляхом включення до шлюбного договору відповідного положення.

2.3. Проблеми застосування колізійних норм при регулюванні шлюбного договору з іноземним елементом

Питання застосування права іноземної країни обумовлюється наявністю:

- 1) іноземного елемента;
- 2) відмінностей між національними правопорядками та їх плюралізмом;
- 3) можливості взаємодії країни суду з іноземним правом. Така можливість має бути закріплена на юридичному рівні, тобто необхідним є існування норми права, положення якої вказують на застосування права певної країни або на можливість вибору права іноземної країни для регулювання певних правовідносин, та можливість її практичного застосування. Лише сукупність перелічених фактів дає можливість вести мову про застосування норм іноземного права.

Процес застосування колізійних норм містить дві чітко відокремлені та різні за своїм змістом стадії. На першій стадії необхідно з'ясувати, чи застосовується колізійна норма взагалі, яка саме та до права якої країни вона відсилає. Тут виникають наступні правові питання: взаємність, кваліфікація, обхід закону, зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни. Після того як перелічені питання з'ясовані та вирішені, настає друга стадія – застосування права, до якого відсилає колізійна норма. При цьому виникають

правові питання про публічний порядок та встановлення змісту іноземного права [165, с. 450].

На нашу думку, на зазначених стадіях також виникають наступні питання, які необхідно вирішити. Так, першу стадію необхідно доповнити з'ясуванням та вирішенням так званих «попередніх питань», питаннями тлумачення норм права та автономії волі. Друга стадія має також передбачати питання застосування надімперативних норм.

При вирішенні колізійних питань договірних шлюбних відносин у міжнародному приватному праві нерідко зустрічаються розбіжності змісту однакових термінів, які мають назву «конфлікт кваліфікацій» або «приховані колізії» та означають відмінності змісту словесно однойменних правових понять у праві різних країн [166, с. 282]. Так, у межах дослідження договірних шлюбних відносин можуть мати вирішальне значення поняття шлюбного договору, подружжя, шлюбу, рухомого та нерухомого майна, громадянства, постійного місця проживання, доміцілью подружжя тощо, які можуть мати неоднакове чи навіть протилежне значення в різних системах права.

Перед юрисдикційним органом також можуть виникнути труднощі при тлумаченні закону, що передбачає встановлення справжнього змісту норм закону з метою юридичної оцінки (кваліфікації) фактів суспільного життя і правильного висвітлення їх на підставі цих норм [167, с. 780]. Так, відповідно до цього визначення, предметом тлумачення є норми права, предметом кваліфікації є факти суспільного життя, фактичні обставини справи.

Питання тлумачення та кваліфікації стосується як колізійних, так і матеріально-правових норм, на підставі яких має бути вирішено спір про право [168, с. 51].

Кваліфікація фактичних обставин справи здійснюється до визначення права, що регулюватиме спірні правовідносини. Основним засобом кваліфікації може бути кваліфікація за законом суду, яка заснована на тому, що кваліфікація фактичних обставин та віднесення їх до певних інститутів

права здійснюється відповідно до національного законодавства [169, с. 96]. Таким чином, віднесення та підпорядкування фактичних обставин справи відповідним інститутам права має бути підпорядковано компетенції країни суду та вестись згідно з її правовими уявленнями.

Тлумачення колізійної норми також має бути підпорядковане *lex fori*, оскільки колізійна норма містить об'єм, який залежить від кваліфікації фактичних обставин, та прив'язку – засіб прикріплення певних правовідносин до відповідного правопорядку. Через те, що колізійні норми внутрішнього законодавства країн закріплені на основі матеріального права, та, відповідно, оперують поняттями, які відомі національному матеріальному праву, та є проявом державного законодавчого суверенітету, вони не можуть тлумачитись інакше, як відповідно до змісту, який закладено національним законодавчим органом. Проте, якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі національному праву або відомі під іншою назвою або мають інший зміст і не можуть бути визначені шляхом тлумачення національним правом, то необхідним є також врахування права іноземної країни. Таке правило міститься у ст. 7 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Розбіжності в праві іноземних країн можуть виникнути також при вирішенні так званих «попередніх питань». На практиці в сфері регулювання договірних шлюбних відносин можуть виникнути проблеми з визначенням законності укладення або припинення іноземного шлюбу, встановлення режиму сепарації подружжя, набуття права власності стороною шлюбного договору на майно, яке знаходиться на території іноземної країни, встановлення родинних зв'язків тощо. Вони також ускладнені іноземним елементом, виникають окремо та мають власні норми щодо вибору права, причому, створюючи колізії, приводять до результату, який не співпадає з колізійною прив'язкою основного питання [169, с. 25].

Загальновизнаним є підхід, відповідно до якого норми іноземного права повинні застосовуватись згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою

застосування і доктриною у відповідній іноземній країні. При цьому питання правильного та ефективного встановлення змісту іноземного права чи взагалі можливість його встановлення здебільшого залежить від того, як розподілені обов'язки з його встановлення між сторонами та судом [170, с. 64]. У літературі зазначалось, що традиційно в країнах загального права встановлення змісту іноземного права є обов'язком сторін, а в країнах континентальної правової сім'ї – обов'язком суду. Це зумовлено перш за все різними підходами правових систем до розуміння іноземного права – як фактичної обставини чи як правової категорії відповідно. На сьогодні простежується тенденція до уніфікації підходів у різних правових системах [170, с. 69]. Так, законодавство багатьох країн надало перевагу практиці поєднання обов'язку встановлення змісту іноземного права судом та доведення його змісту сторонами процесу. Хоча при цьому зберігаються розбіжності в розумінні того, хто є основним у встановленні змісту іноземного права – суд чи сторони. Так, стаття 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» покладає обов'язок саме на суд чи інший орган встановити зміст іноземного права. Разом з тим відповідно до п. 3 цієї ж статті особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної країни, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм. Необхідно зазначити, що сприяти суду у встановленні норм іноземного права не є обов'язком сторін, а лише їх правом.

При застосуванні права іноземної країни вагоме значення має встановлення змісту норм права відповідної країни. Першим питанням, яке може виникнути при встановленні змісту норм права, є питання меж правового поля, до якого відсилає колізійна норма. Тобто колізійна норма відсилає до певного закону іноземної країни чи до права даної країни в цілому? Питання обумовлено тим, що в нормативних та доктринальних джерелах міжнародного приватного права йдеться як про «вибір права», так і про «вибір закону».

Необхідно зазначити, що «хоча всі автори в міжнародному приватному праві говорять про «вибір закону» насправді річ йде про вибір права. Само слово «закон», яке при цьому застосовується, передбачає право. Звісно, у певній справі після встановлення компетентного права обирається певний закон, але це тільки в остаточному підсумку» [171, с. 173]. До того ж звернення до права країни в цілому є необхідним, оскільки застосуванню підлягають закони згідно тлумачення, яке притаманне певній системі права. Інакше, звернення виключно до закону та його норм без врахування офіційного тлумачення права може призвести до неправомірного рішення по справі.

Отже, юрисдикційний орган має звертатись до права в цілому. Проте не всі іноземні країни визнають галузеву самостійність сімейного права. Так, у системі права Німеччини та Франції сімейне право є лише частиною цивільного права. Виникає питання, чи повинен суддя країни, право якої визнає самостійність сімейного права як галузі права, застосовувати норми цивільного права іноземної країни, право якої розглядає сімейне право частиною цивільного права? Вважаємо, що можливе звернення й до норм цивільного права, але за умови їх субсидіарного застосування та якщо це не суперечить суті сімейних відносин.

Наступним питанням, яке може виникнути перед юрисдикційним органом у разі звернення до норм сімейного права іноземної країни, – це питання застосування виключно матеріального сімейного права іноземної країни чи застосування іноземного права в цілому, в тому числі й колізійних норм сімейного права іноземної країни.

У випадку звернення до права іноземної країни, як до матеріальних, так і до колізійних норм, існує ризик виникнення зворотного відсилання. Це питання було предметом досліджень, які, зазвичай, зводились до необхідності визнання зворотного відсилання чи його повного заперечення.

Проблема зворотного відсилання з'являється тому, що іноземне право, до якого відсилає вітчизняна колізійна норма, розглядається як система права,

яка охоплює й колізійні норми, які власне й відсилають назад до вітчизняного права. Проте ці вихідні позиції зобов'язують розмірковувати далі: в свою чергу вітчизняне право, до якого відіслала назад іноземна колізійна норма, також є системою права, елементом якої є вітчизняні колізійні норми, які знову відсилають назад до іноземного права [172, с. 126].

У разі зворотного відсилання виникає проблема нескінченних відсилянь колізійними нормами до права іноземних країн та, відповідно, постає питання вибору застосовного права шляхом надання пріоритету колізійним нормам вітчизняного чи іноземного права при їх застосуванні. Підтримуємо позицію дослідників, які заперечують необхідність застосування зворотного відсилання. Це спрощує знаходження норм матеріального права іноземної країни, які підлягатимуть застосуванню. До того ж вітчизняні колізійні норми є тим імперативом, які не мають зв'язку з іноземними колізійними нормами.

Визнання зворотного відсилання повністю виключається представниками доктрини в сфері договірних правовідносин. Це обумовлено можливістю застосування автономії волі сторін, що виключає застосування будь-якого права, окрім обраного сторонами, отже, й зворотного відсилання.

Важливим питанням у дослідженні шлюбного договору в міжнародному приватному праві є надання можливості сторонам обирати право, що застосовується до шлюбного договору. Такий прояв диспозитивності в міжнародному приватному праві є принципом автономії волі. Раніше принцип автономії волі застосовувався виключно у зовнішньо-економічних відносинах, зокрема в сфері договірних зобов'язань. Хоча ще донедавна у вітчизняній доктрині стверджувалось, що колізійні норми щодо визначення право- та дієздатності, сімейних та спадкових правовідносин, не допускає вибору права сторонами, що зовсім не відповідає об'єктивним реаліям законодавства в сфері міжнародного приватного права [169, с. 127–128].

На сьогодні норми джерел міжнародного приватного права багатьох країн містять положення, які дозволяють обрати право, яке застосовується до майнових відносин подружжя, що є предметом регулювання шлюбного договору. Так, відповідно до ч. 4 параграфу 49 Закону Чеської Республіки «Про міжнародне приватне право» при визначенні закону майна подружжя, подружжя може домовитися, що їхнє фінансове становище буде визначатися або правом країни, громадянином якої є один з подружжя, або в якій один з подружжя звичайно проживає, або правом країни, в якій знаходиться нерухома річ або право Чеської Республіки [57]. Подібним чином встановив межі вибору права законодавець України, проте не додаючи в якості альтернативного право України. Згідно ч. 1 ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право» подружжя може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один з них має звичайне місце перебування, або, стосовно до нерухомого майна, право держави, у якій це майно знаходиться.

Виходячи з положень вище зазначених норм, можемо зробити висновок про те, що сторони шлюбного договору можуть підпорядкувати правовідносини, що є предметом шлюбного договору, тому праву, з яким ці правовідносини певним чином пов'язані. Як бачимо, автономія волі обмежена розумінням «найбільш тісного зв'язку» правовідносин з певним правом або чітко окресленими в нормі межами, які встановлені також з огляду на наявність тісного зв'язку правовідносин з правом певної країни. Сторони шлюбного договору мають надати вибору права відповідну форму.

У разі вибору сторонами шлюбного договору права країни, що виходить за «межі автономії волі», матиме місце обхід закону. Проблема обходу закону здавна існувала у зв'язку з існуванням застереження про публічний порядок, зворотного відсилання та відсилання до права третьої країни. Проте з появою нових правових категорій, таких як автономія волі сторін, надімперативні норми, принцип найбільш тісного зв'язку, питання обходу закону залишається ще більш невирішеним.

Обхід закону полягає у діях учасників відносин, за яких сторони свідомо створюють прив'язку до іноземного права з метою уникнути застосування до цих правовідносин примусового закону, якому вони підпорядковані (як правило, закону своєї країни) [173, с. 55]. Тобто обхід закону може існувати лише тоді, коли положення закону, які сторони уникають, мають імперативний характер.

Поява автономії волі в сфері регулювання договірних шлюбних відносин свідчить про диспозитивні початки міжнародного приватного права. З метою реалізації в повній мірі диспозитивного характеру договірних шлюбних відносин необхідно надати право вибору сторонам будь-якої системи права для підпорядкування своїх відносин. Надання сторонам шлюбного договору необмеженої автономії волі автоматично виключить проблему обходу закону. Тобто сторони не матимуть сенсу змінювати фактичні обставини з метою уникнення дії небажаного правопорядку на їх правовідносини. Як відзначає В. І. Кисіль, положення щодо обходу закону відсутні в нових та, відповідно, прогресивних законодавчих актах про міжнародне приватне право Австрії, Німеччини, Швейцарії [174, с. 18].

На користь цього можна додати, що шлюбний договір може містити різноманітні умови, які змістовно можуть співпадати з положеннями права будь-якої країни в сфері регулювання шлюбних відносин. Так, застосування положень шлюбного договору та норм права будь-якої іноземної країни може мати тотожний правовий результат.

Зрозуміло, що через особливості правового регулювання суспільних відносин вплив з боку держави є неминучим та в деякій мірі є необхідним. Реалізація намірів держави щодо незастосування іноземного права в певних випадках може бути здійснена за допомогою застереження про публічний порядок та надімперативних норм. Так, з метою забезпечення основ правопорядку, основних принципів права, добрих звичаїв, моральності, громадського порядку, фундаментальних принципів системи права тощо, застосовується так званий «фільтр» чи застереження про публічний порядок,

що запобігає настанню небажаних наслідків застосування іноземного права, які не відповідають основоположним принципам вітчизняного правопорядку.

Зміст публічного порядку може варіюватися залежно від розуміння правопорядку в тій чи іншій правовій системі. Його мінливість обумовлюється також історичним розвитком суспільства і права в межах однієї країни. У зв'язку з цим категорія публічного порядку не має свого нормативно визначеного змісту. На думку О. Є. Бурлай, у цьому є як позитивні, так і негативні риси. З одного боку, оціночна категорія створює ґрунт для довільного тлумачення та зловживань. З іншого боку, за умови добросовісного застосування, є гнучким та ефективним механізмом захисту власної соціокультурної традиції [175, с. 16]. За допомогою застереження про публічний порядок здійснюється: по-перше, усунення дії колізійної норми країни суду; по-друге, усунення матеріальної норми іноземного права; по-третє, застосовується матеріальна норма вітчизняного права.

Застереження про публічний порядок може бути застосоване лише у виключних випадках, коли має місце явна несумісність наслідків застосування іноземного права з основними принципами вітчизняного права, тому можна констатувати, що зменшення випадків застосування судами застереження про публічний порядок – це стійка загальносвітова тенденція [176, с. 85].

У договірних шлюбних відносинах можливим є застосування застереження про публічний порядок, якщо обране колізійною нормою право порушуватиме основні права людини та громадянина, наприклад, за ознаками раси, релігії, національності, мови тощо. Теоретично можна підвести будь-яку імперативну норму під категорію публічного порядку, проте практично необхідно усвідомлювати виключність застосування застереження про публічний порядок. Розширення сфери застосування застереження про публічний порядок не може бути виправдано, оскільки, щонайменше, не сприятиме позитивному розвитку відносин у міжнародному приватному праві.

Від застереження про публічний порядок необхідно відрізнити надімперативні норми. Ф. К. Савіньї відзначав існування таких норм, які всупереч колізійним правилам не поступаються місцем іноземним законам і застосовуються суддею в усіх випадках. Це закони, які видаються задля загального блага, засновані на моральних принципах, та ніколи не поступаються іноземним законам [177, с. 56]. Такі норми отримали в доктрині назву «надімперативних норм», «норм прямої дії», «норм безпосереднього застосування», «абсолютних норм», «суворо обов'язкових», «суворо імперативних», «імперативних національних норм», «імперативних норм міжнародного приватного права» та підлягають обов'язковому застосуванню. Відповідно, договірні шлюбні відносини регулюватимуться як правом, застосованим внаслідок вказівки колізійної норми чи вибору права сторонами договору, так і надімперативними нормами національного права. Так, імперативні норми внутрішнього сімейного та цивільного права не підлягають застосуванню у випадку дії колізійних норм чи вибору застосовного права подружжям, а застосовуються лише у випадку регулювання правовідносин правом суду [169, с. 121].

Складним є питання віднесення тих чи інших норм в сфері договірних шлюбних відносин до надімперативних норм, що може негативним чином вплинути на процес правозастосування. З цього приводу В. П. Звєков пропонує критерії віднесення норм до групи надімперативних: 1) вказівка у самій нормі на її надімперативність; 2) особливе значення такої норми для забезпечення прав та інтересів учасників цивільних відносин, охоронюваних законом, що дає змогу віднести до правил такого роду цивільно-правові установлення, які залишаючись частиною цивільного права виражають публічно-правові інтереси початків приватного права [64, с. 149].

Так, в сфері договірних шлюбних відносин до надімперативних норм можна віднести положення, наприклад, Німецького цивільного уложення чи Закону України «Про міжнародне приватне право», які встановлюють обмеження вибору права щодо регулювання відносин подружжя з приводу

нерухомості, дозволяючи при цьому обирати лише право країни, в якій це майно знаходиться. Аналогічно всі договори про правову допомогу у цивільних, сімейних, трудових та кримінальних справах між Україною та іншими державами містять положення, згідно з яким до шлюбних відносин, що стосуються нерухомого майна, застосовується законодавство країни місця знаходження майна. Зазначені норми можуть слугувати прикладом надімперативних норм, оскільки в сфері шлюбних відносин вони захищають інтереси, більш важливі для держави, ніж ті, яким покликані слугувати колізійні норми сімейного права.

Через тотожність мети та обов'язковість застосування застереження про публічний порядок та надімперативних норм можна помилково припустити, що різниця між даними категоріями міжнародного приватного права відсутня. Проте більшість представників доктрини згодні з самотійністю цих категорій. Можна стверджувати, що надімперативні норми мають більшу сферу застосування, оскільки захищають як приватно-правові, так і публічно-правові інтереси, тобто своїм змістом охоплюють і застереження про публічний порядок.

Отже, на сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права відсутня необхідність застосування застереження про публічний порядок. Це обумовлено тенденцією до зменшення випадків застосування судами застереження про публічний порядок, широкою сферою та зручністю застосування через їх визначеність надімперативних норм, а також тотожністю мети застереження про публічний порядок та надімперативних норм.

Висновки до Розділу 2

1. Типовими колізійними прив'язками в сфері договірних шлюбних відносин є: особистий закон фізичної особи (*lex personalis*); закон місця знаходження речі (*lex rei sitae*); закон місця здійснення акту (*lex loci actus*) у

формі закону місця укладення угоди (*lex loci contractus*); закон місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*); закон, обраний сторонами правовідносин (*lex voluntatis*).

2. Колізійні прив'язки, які використовуються для регулювання договірних шлюбних відносин, спрямовані на реалізацію принципу тісного зв'язку в міжнародному приватному праві. В більшості випадків різні типи колізійних прив'язок комбінуються законодавцем у межах однієї колізійної норми. Різниця полягає лише у визначенні законодавцем пріоритету застосування тієї чи іншої колізійної прив'язки залежно від національних, і, як наслідок, правових традицій та звичаїв кожної країни.

3. Шлюбний договір, ускладнений іноземним елементом за Законом України «Про міжнародне приватне право» регулюється за принципом автономії волі за допомогою наступних колізійних прив'язок: закон громадянства одного з подружжя, закон місця проживання одного з подружжя, закон місця знаходження нерухомого майна.

4. Регіональні конвенції про правову допомогу є одним з найбільш гнучких та зручних правових механізмів співробітництва країн у сфері надання правової допомоги та вирішення ряду колізійних питань. Проте, вважаємо, що положення конвенцій в межах СНД в сфері шлюбно-сімейних відносин не відповідають сучасним тенденціям розвитку міжнародного приватного права. Це підтверджує відсутність можливості застосування подружжям автономії волі, навіть в тих випадках, коли застосування цього інституту передбачене внутрішнім законодавством договірних сторін. Таким чином, не всі міжнародні договори, в яких приймає участь Україна, передбачають можливість вибору права, що регулює шлюбний договір.

Оскільки принцип автономії волі є провідним для міжнародного приватного права України та використовується у законодавстві більшості країн-учасниць СНД, то необхідно закріпити зазначений принцип в міжнародних договорах, які укладаються Україною, а також внести відповідні доповнення в чинні міжнародні договори.

5. При застосуванні права іноземної країни є необхідним звернення до права країни в цілому, оскільки застосуванню підлягають закони згідно тлумачення, яке притаманне певній системі права. При цьому вважаємо за необхідне звертатись до права іноземної країни за виключенням колізійних норм. Оскільки при зверненні як до матеріальних, так і до колізійних норм, існує ризик виникнення зворотного нескінченного відсилання колізійними нормами.

6. Поява автономії волі в сфері регулювання договірних шлюбних відносин свідчить про диспозитивні початки міжнародного приватного права. З метою реалізації в повній мірі диспозитивного характеру договірних шлюбних відносин необхідно надати сторонам право вибору будь-якої системи права для підпорядкування своїх відносин. Надання сторонам шлюбного договору необмеженої автономії волі автоматично виключить проблему обходу закону. На користь цього можна додати те, що шлюбний договір може містити різноманітні умови, які змістовно можуть співпадати з положеннями права будь-якої країни в сфері регулювання шлюбних відносин. Так, застосування положень шлюбного договору та норм права будь-якої іноземної країни може мати тотожний правовий результат. При цьому реалізація намірів держави щодо незастосування іноземного права в певних випадках може бути здійснена за допомогою надімперативних норм.

11. На сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права відсутня необхідність застосування застереження про публічний порядок. Це обумовлено тенденцією до зменшення випадків застосування судами застереження про публічний порядок, широкою сферою та зручністю застосування через їх визначеність надімперативних норм, а також тотожністю мети застереження про публічний порядок та надімперативних норм.

РОЗДІЛ 3.

УКЛАДЕННЯ, ВИКОНАННЯ ТА ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

3.1. Особливості укладення, зміни, розірвання шлюбного договору з іноземним елементом

Порядок і умови укладення будь-якого шлюбного договору, в тому числі й ускладненого іноземним елементом, відповідають загальним вимогам укладення договорів: особи, які його укладають, повинні володіти необхідним обсягом цивільної дієздатності; в договорі має бути виражена вільна воля його сторін, яка має відповідати їх волевиявленню; правочин має бути законним, тобто відповідати вимогам закону, і мати відповідну форму. Окрім зазначених вище загальних умов дійсності договорів, шлюбний договір має відповідати і ряду специфічних вимог, які йому характерні та відповідають його особливій сімейно-правовій природі [178, с. 105].

У більшості країн шлюбний договір може бути укладено як до державної реєстрації шлюбу, так і після неї. Відповідно, шлюбний договір може бути укладено особами, які мають намір одружитись, або подружжям. У зв'язку з цим шлюбні договори умовно можна поділити на «дошлюбні» та «післяшлюбні». При цьому практика зарубіжних країн на відміну від вітчизняної розрізняє поняття дошлюбного та післяшлюбного договорів на законодавчому рівні та наділяє власним змістом. Так, у законодавстві США, Великобританії договір, що укладається майбутнім подружжям до реєстрації шлюбу, позначається різними за формою та ідентичними за змістом термінами: «antenuptial», «prenuptial», «premarital contract (agreement)». Договір, що укладається особами, які вже перебувають у шлюбі, називається шлюбним – «nuptial», «marital contract (agreement)». Вітчизняне законодавство, а також законодавство інших країн СНД, охоплює зазначені види договорів змістом поняття «шлюбний договір».

Час укладення шлюбного договору має істотне значення при визначенні початку дії договору, що обумовило впровадження спеціальних юридичних термінів для кожного договору. Дія шлюбного договору, укладеного до реєстрації шлюбу, починається з моменту реєстрації шлюбу. Так, початок дії шлюбного договору не збігається з моментом його укладення. Якщо шлюбний договір укладено особами під час перебування у шлюбі, то він набирає чинності з моменту його нотаріального посвідчення [179, с. 61] чи реєстрації у відповідному органі. Відмінним є й зміст цих договорів. Зазвичай, дошлюбні договори мають більш загальний характер, ніж шлюбні договори, що укладаються подружжям. Так, дошлюбні договори містять положення, які стосуються майнових питань, пов'язаних з укладенням шлюбу, тобто тих моментів, які не мають значення для осіб, які перебувають у шлюбі. Договори, укладені подружжям під час перебування у шлюбі, можуть мати цільовий характер і визначати поведінку подружжя залежно від обставин майбутнього життя.

Таким чином, час укладення шлюбного договору та час набуття ним чинності не завжди співпадають. Це обумовлюється можливістю в країнах континентального та загального права укладення шлюбного договору як до укладення шлюбу, так і після.

Момент набуття чинності шлюбним договором у країнах релігійного права суттєво відрізняється. Це пов'язано головним чином з тим, що у релігійному праві поняття «шлюб» і «шлюбний договір» тотожні, іншими словами, під шлюбним договором розуміється договір про шлюб, який встановлює одночасно особисті та майнові права та обов'язки сторін [180, с. 111]. Отже, умови шлюбного договору стають обов'язковими для виконання з моменту укладення шлюбу між сторонами.

Виникнення права укладення шлюбного договору у осіб пов'язано з виникненням права укладення шлюбу цими особами. У свою чергу право укладення шлюбу пов'язано з правосуб'єктністю фізичної особи, а саме з набуттям особою цивільної дієздатності. Відповідно до ст. 6 Загальної

декларації прав людини кожна людина, де б вона не перебувала, має право на визнання її правосуб'єктності [46].

Закони різних країн неоднаково визначають правосуб'єктність фізичних осіб та, відповідно, набуття ними повної дієздатності, як елементу правосуб'єктності фізичних осіб. Це обумовлює виникнення колізійних питань дієздатності фізичної особи.

Відповідно до ст. 26 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 2002 року дієздатність фізичної особи визначається законодавством Договірної Сторони, громадянином якої є ця особа. Дієздатність особи без громадянства визначається за правом країни, у якій він має постійне місце проживання [160].

Аналогічно це питання вирішує внутрішнє право країн. Так, у параграфі 12 Федерального Закону Австрії «Про міжнародне приватне право» зазначено, що право- і дієздатність особи визначаються відповідно до його особистого закону [181]. Подібним чином питання дієздатності вирішується відповідно до ч. 1 ст. 18 Закону України «Про міжнародне приватне право». Відповідно до ст. 16 зазначеного Закону особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є. Якщо фізична особа є громадянином двох або більше держав, її особистим законом вважається право тієї з держав, з якою особа має найбільш тісний зв'язок, зокрема, має місце проживання або займається основною діяльністю. Особистим законом особи без громадянства вважається право держави, у якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності – місце перебування. Особистим законом біженця вважається право держави, у якій він має місце перебування [55].

Виникнення дієздатності фізичних осіб не завжди співпадає з досягненням шлюбного віку. Так, за французьким законодавством шлюбний вік визначається для чоловіків та жінок у 18 років (ст. 144 Французького цивільного Кодексу), однак оскільки особи цього віку визнаються неповнолітніми (до 21 року), то їх шлюб можливий лише за згодою батьків або інших визначених в законодавстві осіб (ст. 148 Французького цивільного

Кодексу) [28]. Виникає питання, з якого моменту особи отримують право укладення шлюбного договору – з моменту виникнення повної дієздатності, з моменту отримання згоди на укладення шлюбу чи з моменту укладення шлюбу? На відміну від цивільно-правових договорів шлюбний договір має специфічний суб'єктивний склад – подружжя чи особи, які мають намір укласти шлюб, тобто ті фізичні особи, які обов'язково укладають шлюб, у минулому чи у майбутньому. Тобто особливість укладення шлюбного договору полягає саме у зв'язку з укладенням шлюбу. Таким чином, вважаємо, що право укладення шлюбного договору виникає з моменту виникнення у осіб права укладення шлюбу, навіть у випадках зниження шлюбного віку судом. У випадку укладення шлюбного договору неповнолітньою особою законодавство різних країн може містити особливі норми, які необхідно враховувати. Так, відповідно до ч. 2 ст. 92 СК України неповнолітній особі, яка укладає шлюбний договір до реєстрації шлюбу, потрібна письмова згода її батьків або піклувальника, засвідчена нотаріусом.

Таким чином, при вирішенні питання правосуб'єктності осіб, які укладають чи уклали шлюбний договір, ускладнений іноземним елементом, необхідно звернути увагу на наявність у сторін права на укладення шлюбу, тобто досягнення ними шлюбного віку чи надання ним права на шлюб рішенням суду, відповідно до права країни громадянства кожного з подружжя.

Сторони шлюбного договору не завжди мають можливість бути присутніми при його укладенні. Тим більше такі випадки зустрічаються при ускладненні шлюбного договору іноземним елементом, зокрема іноземним суб'єктом складом, коли сторони мають громадянство чи доміцилій у різних країнах. Виникає питання, чи можливе укладення шлюбного договору через представника? Це питання є дискусійним, оскільки право багатьох країн не містить норм, які б прямо передбачали надання можливості сторонам укласти шлюбний договір через представника. Так, за законодавством Федеративної Республіки Німеччини, шлюбний договір повинен укладатися при одночасній присутності обох сторін і посвідчуватися нотаріусом. Проте

ст. 1410 Німецького цивільного Уложення не вказує при цьому на обов'язковість явки до нотаріуса саме подружжя (осіб, які мають намір вступити в шлюб) особисто [81].

Взагалі інститут представництва стосується цивільно-правових договорів. Таким чином, визначальним є питання природи шлюбного договору в тій чи іншій країні: цивільно-правової чи сімейно-правової. Оскільки шлюбний договір за німецьким правом, як і за правом багатьох країн, охоплює відносини подружжя виключно з приводу майна, видається можливим укладення шлюбного договору за посередництвом представників на основі довіреності в таких країнах.

Наступним питанням є визначення країни, право якої застосовуватиметься до питання можливості укладення шлюбного договору за представництвом на основі довіреності. Вважаємо, що застосуванню підлягатиме право країни, яке визначає правосуб'єктність сторін шлюбного договору, тобто особистий закон сторін, оскільки представництво сторін шлюбного договору має прямий зв'язок з особами, які укладають договір. Як правило, форма і строк дії довіреності визначаються правом країни, де видана довіреність (ст. 1282 Цивільного кодексу Вірменії 1998 року [182], ст. 1117 Цивільного кодексу Республіки Білорусь 1998 року, пункт 3 параграфу 161 Закону Естонії «Про загальні принципи Цивільного кодексу» 1994 року).

Шлюбний договір, як і будь-який інший договір, може вважатися укладеним з моменту досягнення згоди з усіх його істотних умов і надання договору належної форми. Як вже зазначалось, шлюбний договір може мати різний обсяг, від одного єдиного пункту до безлічі розгорнутих і деталізованих угод з приводу різноманітних питань сімейного життя. У зв'язку з цим кожен шлюбний договір може містити цілу низку певних істотних умов щодо предмету договору, строків, порядку, місця його вчинення тощо. Незалежно від обсягу шлюбного договору та кількості його окремих пунктів він не буде вважатися укладеним доки сторони не домовляться між собою по кожному з них [178, с. 44–45].

При цьому істотними є умови, які необхідні для договорів певного виду або на яких наполягають сторони. Так, подружжя бажає закріпити в шлюбному договорі умову, згідно з якою чоловік має обов'язок забезпечити сім'ю житлом протягом певного часу. Істотними умовами даного договору можуть бути: вид житлового приміщення (квартира, кімната, будинок), розмір житлової площі, час надання можливості проживання, зміна площі і виду житла у зв'язку з народженням дітей, умови проживання в ньому інших родичів тощо [178, с. 44]. За правом Румунської Республіки істотними умовами, необхідними для укладення шлюбного договору, є умови, встановлені особистим законом кожного з майбутнього подружжя [58].

Найбільше відмінностей у різних правових системах зустрічається у правовому регулюванні змісту шлюбного договору, незважаючи на те, що найчастіше законодавець надає подружжю право регулювати на власний розсуд виключно майнові відносини. Законодавство деяких країн передбачає можливість шлюбним договором скасування чи зміни режиму майнових відносин. Наприклад, ст. 1408 Німецького цивільного Уложення передбачає, що подружжя має право врегулювати майнові правовідносини між собою шляхом укладення договору (шлюбного контракту), зокрема скасувати або змінити встановлений законом режим майнових відносин після укладення шлюбу. У шлюбному договорі подружжя може за допомогою чіткої домовленості виключити також вирівнювання часток подружжя при розлученні [81]. Законодавство Франції також передбачає зміну законного режиму майна. Зокрема, подружжя може домовитися про наступне: 1) спільне майно буде складатися з рухомого майна та доходів; 2) на спільність не будуть поширюватися правила, що відносяться до управління спільним майном; 3) один з подружжя буде мати можливість вилучати з неї (спільності) певні речі в рахунок відшкодування збитків; 4) один з подружжя буде мати право на отримання визначеної частини спільного майна до його розподілу; 5) подружжю будуть належати нерівні частки; 6) між ними буде встановлена сумісна спільна власність (ст. 1497 Французького цивільного Кодексу) [28].

Законодавство Литви передбачає, що шлюбний договір визначає саме майнові права та обов'язки подружжя під час перебування у шлюбі, а також на випадок розлучення або встановлення режиму сепарації (ст. 3.101 Цивільного кодексу Литви) [23].

Право деяких країн допускає регулювання особистих немайнових відносин подружжя, зокрема країн загального права. Це яскраво можна продемонструвати досвідом укладення шлюбних договорів відомими кінозірками. Так, Майкл Дуглас і Кетрін Зета-Джонс уклали договір, згідно з яким Майкл Дуглас платить за кожен рік шлюбу по 2, 8 млн. доларів. У разі розлучення Дуглас зобов'язався заплатити Кетрін ще по 1 млн доларів за кожен прожитий у шлюбі рік. А у разі зради чоловіка актриса отримує від нього 5 млн доларів. За умовами шлюбного договору Кейт Урбан і Ніколь Кідман чоловік отримує від дружини 640 тис. доларів за утримання від вживання кокаїну, в іншому випадку він не отримає ні центу [183].

Цікаво, що право Республіки Білорусь – єдиної з держав-учасниць СНД, яке надає можливість договірному регулюванню особистих немайнових відносин подружжя (ст. 13 Кодексу Республіки Білорусь про шлюб і сім'ю).

У джерелах міжнародного приватного права вкрай рідко зустрічається спеціальна колізійна норма, як наприклад, ст. 53 Цивільного кодексу Португалії [184], присвячена шлюбному договору. Найчастіше зазначається, що до шлюбного договору застосовується право, що застосовується до режиму майнових відносин подружжя. Так, згідно ст. 53 Кодексу Бельгії з міжнародного приватного права право, що застосовується до режиму майнових відносин між подружжям, визначає, зокрема: 1) дійсність згоди на вибір права; 2) допустимість і дійсність шлюбного договору; 3) можливість і сферу дії вибору режиму майнових відносин подружжя; 4) наявність для подружжя можливості змінити режим майнових відносин подружжя; 5) наявність зворотної сили нового режиму або можливість подружжя надати йому зворотну силу; 6) склад майна та розподіл повноважень щодо його управління;

7) припинення та ліквідація режиму спільної власності подружжя, а також правила щодо поділу майна [148].

Також присвячена шлюбному договору норма може вказувати на зв'язок з наслідками шлюбу, які регламентуються іншою нормою права. Так, відповідно до ч. 3 ст. 9 Цивільного кодексу Іспанії угоди або шлюбні договори, якими встановлюється, змінюється або замінюється майновий режим шлюбу, є дійсними, коли вони відповідають або закону, який визначає наслідки шлюбу, або закону громадянства або закону постійного місця перебування однієї зі сторін на момент (їх) складання [185]. Відповідно до ст. 59 Закону України «Про міжнародне приватне право» сторони шлюбного договору можуть обрати право, що застосовується до майнових відносин подружжя [55].

В інших же випадках законодавець обмежується колізійним регулюванням особистих немайнових та майнових шлюбних відносин. Можемо припустити, що до змісту шлюбного договору з іноземним елементом необхідно застосовувати колізійні норми стосовно майнових шлюбних відносин в системах права, де допускається договірне регулювання лише майнових прав та обов'язків подружжям. А колізійні норми щодо особистих немайнових відносин можуть бути застосованими у разі можливості шлюбним договором визначати особисті немайнові права та обов'язки. Отже, у разі відсутності спеціальної колізійної норми про шлюбний договір та вибору права подружжям, зміст шлюбного договору з іноземним елементом визначається колізійними нормами щодо майнових та особистих немайнових відносин в залежності від об'єкту регулювання шлюбного договору правом тієї чи іншої країни.

Деякі системи права передбачають єдині колізійні норми для регулювання особистих немайнових та майнових шлюбних відносин. Наприклад, параграф 39 Наказу Угорщини «Про міжнародне приватне право в цивільних, сімейних та трудових правовідносинах» [56], частини 2, 3 ст. 45 Закону Грузії «Про міжнародне приватне право» [150]. Так, за правом Польщі особисті та майнові шлюбні відносини регулюються їх загальним на кожен

момент національним правом. У разі відсутності загального національного права подружжя, застосовується право країни, у якому має місце проживання, а якщо подружжя не має місця проживання на території однієї країни, застосовується польське право.

Інші системи права передбачають окреме колізійне регулювання особистих немайнових та майнових шлюбних відносин. Так, у Законі Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» статтю 19 присвячено колізійному регулюванню особистих правових наслідків шлюбу, а статтю 20 – майнових відносин подружжя [145].

Цікавим є питання виникнення відповідальності, яка виникає у разі порушення шлюбного договору подружжям або одним з них, тобто за невиконання чи неналежне виконання умов шлюбного договору.

На жаль, в сімейному праві України відсутній інститут забезпечення виконання договірних зобов'язань. Потерпілий контрагент може вимагати в судовому порядку лише виконання самого зобов'язання. Тому А. Д. Корецький не без підстав вважає, що «внаслідок широкого поля для суб'єктивного розсуду суду невідомо, яким буде ефект» [186, с. 126].

Проте можливість виникнення сімейно-правової відповідальності взагалі встановлена законодавцем, оскільки згідно ч. 4 ст. 15 СК України невиконання або ухилення від виконання сімейного обов'язку може бути підставою для застосування наслідків, встановлених Кодексом або домовленістю (договором) сторін. Відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України суд застосовує способи захисту, які встановлені законом або домовленістю (договором) сторін. Способами захисту сімейних прав та інтересів зокрема є відшкодування матеріальної та моральної шкоди, якщо це передбачено Кодексом або договором. Разом з тим у чинному законодавстві України не міститься чіткого визначення поняття «моральна шкода». Згідно зі ст. 23 ЦК України моральна шкода полягає: 1) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою

щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; 3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; 4) у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи. О. О. Отрадна пропонує визначати моральну шкоду як негативні наслідки для внутрішньої, психічної сфери людини, її відчуттів, самопочуття, ментального здоров'я, що полягають у відсутності емоційного благополуччя та/або наявності психічного розладу [187].

На підставі наведених статей СК України можемо зробити висновок, що законодавець пропонує сторонам шлюбного договору визначити власне розуміння невиконання або неналежного виконання договірних зобов'язань, вказати в договорі умови щодо підстав, форм і розмірів відповідальності за невиконання або неналежне виконання шлюбного договору. Це буде відповідати інтересам сторін, дозволить сторонам уникнути розбіжностей при розумінні та виконанні своїх договірних зобов'язань. Подружжя може домовитись, наприклад, що при невиконанні будь-якої умови шлюбного договору, зобов'язана сторона не зможе претендувати у майбутньому на отримання у спільну чи приватну власність визначеного майна або його частку в спільному майні буде зменшено.

У зв'язку з тим, що шлюбний договір є різновидом цивільно-правових договорів, на його регулювання можливе розповсюдження інших положень договірних прав щодо відповідальності, яка виникає у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням договору.

Корисним є запропоноване Л. В. Липець законодавче закріплення переліку санкцій, які подружжя має право встановити за невиконання або неналежне виконання умов шлюбного договору:

– розірвання шлюбного договору з поновленням кожного з подружжя в попередньому майновому становищі (двостороння реституція), враховуючи тривалість шлюбу, наявність дітей, а також інші суттєві умови. Двостороння реституція може стосуватися лише майна, включеного до шлюбного договору;

- розірвання шлюбного договору без поновлення кожного з подружжя в попередньому майновому становищі;
- зміна умов шлюбного договору;
- обов'язок того з подружжя, хто порушив зобов'язання за шлюбним договором, відшкодувати іншому з подружжя матеріальну шкоду, завдану невиконанням або неналежним виконанням шлюбного договору;
- обов'язок того з подружжя, хто порушив зобов'язання за шлюбним договором, відшкодувати іншому з подружжя моральну шкоду, завдану невиконанням або неналежним виконанням шлюбного договору;
- обов'язок того з подружжя, хто порушив зобов'язання за шлюбним договором, сплатити іншому з подружжя неустойку, встановлену умовами шлюбного договору. Ця норма застосовується з урахуванням тривалості шлюбу, наявності дітей, а також інших суттєвих умов [8, с. 116].

Питання відповідальності сторін за невиконання або неналежне виконання шлюбного договору ще більше ускладняється з появою іноземного елемента. Таким чином, з метою однозначного тлумачення підстав, форм і розмірів відповідальності за невиконання або неналежне виконання шлюбного договору, вважаємо за необхідне включення до шлюбного договору умов стосовно відповідальності сторін.

Особливою умовою укладення шлюбного договору з іноземним елементом, яка відповідає його міжнародному характеру, є умова про вибір права.

Можливість подружжям обрати право, застосовне до їх майнового режиму, у більшості випадків, передбачають статті, присвячені майновим шлюбним відносинам. При цьому право вибору застосовного права обмежується переліком прав, з-поміж яких можливо зробити вибір. Такий перелік передбачає й Конвенція про право, що застосовується до режимів власності подружжя 1978 року. До укладення шлюбу відповідно до ст. 3 Конвенції подружжя може визначати тільки одне з нижченаведеного права для регулювання режиму їх власності: 1) право будь-якої країни, громадянином

якої є один із подружжя під час такого визначення; 2) право тієї країни, в якій один з подружжя має своє звичайне місце проживання під час такого визначення; 3) право першої країни, в якій один з подружжя набуває нового звичайного місця проживання після шлюбу. Право, визначене таким чином, застосовується до всієї їх власності. Відповідно до ст. 6 Конвенції 1978 року під час перебування у шлюбі подружжя може визначати тільки одне з нижченаведених право для регулювання режиму їх власності: 1) право будь-якої країни, громадянином якої є один із подружжя під час такого визначення; 2) право країни, в якій один з подружжя має своє звичайне місце проживання під час такого визначення.

За правом України сторони шлюбного договору можуть обрати право, що застосовується до шлюбного договору: право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один з них має звичайне місце перебування, або, стосовно до нерухомого майна, право держави, у якій це майно знаходиться (статті 59, 61 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Умова про застосовне право є вкрай актуальною для країн із множинністю правових систем (така множинність може бути обумовлена адміністративно-територіальним устроєм країни або наявністю в ній кількох етнічних чи культурних груп із відмінними звичаями). Так, для створення впевненості неминучого застосування права певного штату, шлюбні договори в США зазвичай містять положення, яке передбачає, право якого штату застосовуватиметься до виконання договору та положення про правові наслідки зміни сторонами місця перебування з одного штату в інший. Ці положення застосовного права, зазвичай, обов'язкові. Хоча деякі штати не послідовно відкладають ці положення [188].

Вибір права забезпечує впевненість сторін у застосуванні обраного ними права судами у більшості країн. Оскільки хоча б з один з подружжя повинен мати правовий зв'язок з правом, що обирає подружжя, то виникає ризик необізнаності другого з подружжя в обраному праві. Так, сторона, яка виступає

проти виконання шлюбного договору з іноземним елементом, як правило, стверджує, що їй не були зрозумілими умови шлюбного договору через незнання мови або юридичної термінології. Отже, особам, які посвідчують шлюбний договір, не буде зайвим здійснити деякі забезпечувальні заходи.

Американські юристи радять здійснювати відеозапис укладення шлюбного договору, зокрема під час підтвердження сторонами наступних пунктів: укладення шлюбного договору добровільно; розуміння умов шлюбного договору; відсутність у кожного з подружжя додаткових питань про зміст або наслідки договору; повне обговорення всіх пунктів з адвокатом на своїй рідній мові [189].

Відповідно до ст. 11 Гаазької конвенції 1978 року визначення застосовного права має бути ясно виражено заявою або без сумніву витікати з положень шлюбного договору [157]. Вибору права необхідно надати відповідну форму. Згідно з ч. 4 ст. 14 Вступного закону до Німецького цивільного уложення вибір права повинен бути нотаріально посвідченим. Якщо вибір права було здійснено за межами Німеччини, то є достатнім, коли він відповідає вимогам до форми шлюбного договору згідно з обраним правом чи вимогам до форми шлюбного договору в місці вибору права [144].

Отже, вибір застосовного права подружжям має бути оформлено відповідним чином або внесено до змісту шлюбного договору, який також має відповідну форму.

Шлюбний договір є дійсним з точки зору форми, якщо його форма відповідає вимогам застосовуваного матеріального права або права місця укладення договору. Таке колізійне регулювання форми шлюбного договору є найбільш розповсюдженим у джерелах міжнародного приватного права країн. Наприклад, норма статті 56 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» [146].

У країнах континентального права шлюбний договір має письмову форму та потребує нотаріального посвідчення. Так, відповідно до ст. 1394 Французького цивільного Кодексу всі шлюбні договори оформлюються

нотаріальною угодою у присутності та з одночасної згоди усіх осіб, які є їх сторонами або повноважними представниками останніх. В момент підписання шлюбного договору нотаріус видає сторонам довідку, яку вони повинні представити реєстратору актів цивільного стану перед реєстрацією шлюбу. Відомості про укладення шлюбного контракту містяться в акті про реєстрацію шлюбу [28, с. 436]. Шлюбний договір в Італії також посвідчується нотаріально, а на полях свідоцтва про шлюб ставляться дата угоди, реквізити нотаріуса або дані сторін. В Італії шлюбний договір обов'язково повинен бути зареєстрований в місцевому органі влади і, крім того, якщо стосується нерухомого майна, ще й в органі, який реєструє угоди з нерухомістю [190, с. 62].

В країнах загального права вимоги до форми шлюбного договору дещо відрізняються. За правом США кожний штат має власні закони про сферу застосування шлюбних договорів. Разом з тим існує Єдиний закон «Про шлюбний договір» (Uniform Prenuptial Agreement Act), який прийняли близько 26 штатів, але кожен з яких вносить застереження. Решта штатів прийняли свої закони або застосовують загальне право. Саме тому важливо знати, в якому штаті договір було укладено і де його буде виконано. Незважаючи на відмінні вимоги до укладення шлюбного договору у штатах, існують й загальні вимоги, які висуваються законодавством всіх п'ятдесятьох штатів: договір має бути укладено у письмовій формі; дошлюбний договір набирає чинності з моменту укладення шлюбу; договір не може містити умови, спрямовані проти державної політики, договір має відповідати критеріям справедливості; забезпечення безперешкодної можливості залучення адвоката. Законодавство всіх штатів забезпечує вільний доступ для ознайомлення зі змістом шлюбного договору. Рівень розкриття інформації варіюється від штату до штату. Це правило важливо, головним чином, для відносин у сфері підприємництва.

У зв'язку з відмінними вимогами до форми шлюбного договорів у різних правових системах Гаазька конвенція 1978 року встановлює мінімальні вимоги до форми шлюбного договору на випадок недостатнього

регламентування застосовним правом. Відповідно до ст. 12 Конвенції шлюбний договір є дійсним з точки зору форми, якщо він відповідає або внутрішньому праву, застосовному до режиму власності подружжя, або внутрішньому праву місця його укладений. У будь-якому випадку шлюбний договір укладається у письмовій формі, датується і підписується обома з подружжя [157].

Отже, у країнах континентального права подружжю надається можливість регулювання шлюбним договором, як правило, майнових відносин, у той час як у країнах загального права шлюбний договір може передбачати умови немайнового характеру та, як наслідок, санкції майнового та немайнового характеру за порушення умов цього договору. Юристи визнають неможливість примусового виконання багатьох пунктів шлюбного договору, що мають особистий характер, але не надають цій обставині вирішального значення [77, с. 113]. Можна припустити, що такі положення вносяться до змісту шлюбного договору для стимулювання належної поведінки подружжя під час перебування у шлюбі, а не з метою їх примусового виконання.

Під час перебування у шлюбі обставини життя подружжя можуть змінюватись через суб'єктивні та об'єктивні фактори. Це може бути зумовлено виникненням нових чи зміною вже існуючих обставин. Наприклад, зміна громадянства, постійного місця проживання подружжя чи одного з подружжя, народження дитини, істотне поліпшення чи погіршення матеріального стану подружжя тощо. Зазначені та інші обставини можуть мати значення при застосуванні положень шлюбного договору з іноземним елементом. Наслідки такого застосування можуть діаметрально відрізнятись від запланованих подружжям при укладенні ними шлюбного договору. З метою пристосування умов шлюбного договору до реалій подружнього життя, законодавство всіх країн, що передбачає можливість укладення шлюбного договору, передбачає також можливість його зміни та розірвання. Під зміною договору передбачається зміна зобов'язань сторін відповідно до змінених умов щодо предмета, місця, строків виконання тощо. Розірвання договору означає припинення зобов'язань сторін (частини 1, 2 ст. 653 ЦК України).

Так, право Португалії передбачає можливість змінювати як законний, так і договірний режим майна подружжям, якщо воно на це уповноважені законом (ч. 1 ст. 54 Цивільного кодексу Португалії) [184].

Законодавство України також передбачає можливість зміни умов та розірвання шлюбного договору подружжям. Відповідно до ст. 100 СК України шлюбний договір може бути змінено подружжям. Угода про зміну шлюбного договору нотаріально посвідчується. На вимогу одного з подружжя шлюбний договір за рішенням суду може бути змінений, якщо цього вимагають його інтереси, інтереси дітей, а також непрацездатних повнолітніх дочки, сина, що мають істотне значення.

У законодавстві країн континентального права вкрай рідко зустрічаються норми щодо порядку та підстав зміни й розірвання саме шлюбного договору. Оскільки шлюбний договір, у тому числі й ускладнений іноземним елементом, у країнах континентального права відноситься до цивільно-правових договорів, то питання його зміни та розірвання регулюватимуться загальними положеннями про цивільно-правові договори. Зайвим підтвердженням цього є включення норм про шлюбний договір до Цивільних кодексів Франції, Італії, Литви тощо.

Правового припису про застосування положень цивільного права норми, присвячені шлюбному договору, можуть не містити. Однак це може впливати з інших норм, які регулюють шлюбно-сімейні правовідносини. Так, відсутність прямої вказівки на застосування до шлюбного договору норм цивільного права у законодавстві Російської Федерації компенсується нормою ст. 4 Сімейного кодексу Російської Федерації, згідно якої до майнових та особистих немайнових відносин між членами сім'ї, які не врегульовані сімейним законодавством, застосовується цивільне законодавство настільки, наскільки це не суперечить суті сімейних відносин [30].

Стосовно застосування норм цивільного права до укладення, зміни і розірвання шлюбного договору Верховний суд України рішенням від 28 січня 2015 року № 6–230цс14 постановив наступне: «Оскільки договір, у тому числі

шлюбний договір, передусім є категорією цивільного права, то відповідно до статті 8 СК України у випадках договірному регулювання сімейних відносин повинні застосовуватися загальні норми статей 3, 6 ЦК України щодо свободи договору, а також глав 52, 53 ЦК України щодо поняття та умов договору, його укладення, зміни і розірвання» [191].

При ускладненні шлюбного договору іноземним елементом постає питання право якої країни застосовуватиметься до його зміни, розірвання та визнання недійсним. За правом Польщі зміна, розірвання, так само як і укладення, шлюбного договору, ускладненого іноземним елементом, регулюються загальним на кожен момент національним правом подружжя (§ 1 ст. 17 Закону Польщі «Про міжнародне приватне право») [192].

Зміни, що вносяться до будь-якого шлюбного договору, повинні мати певну форму. Так, у країнах континентального права, зокрема за правом Італії, будь-які зміни, які вносяться до шлюбного договору як до укладення, так і після укладення шлюбу мають юридичну силу лише за умови, якщо вони складені в такій же формі, як і шлюбний договір [190, с. 62]. За правом Литви зміни умов шлюбного договору можливі лише з дозволу суду та повинні бути зареєстровані в реєстрі шлюбних договорів у тому ж порядку, що й шлюбний договір. До того ж зміни шлюбного договору не мають зворотної сили (Ст. 3.103 Цивільного кодексу Литви) [23].

У країнах загального права також передбачається можливість зміни умов шлюбного договору. На противагу обов'язковій письмовій формі внесення змін до шлюбного договору у країнах континентального права, право країн загального права допускає зміни умов шлюбного договору в усній формі. Право штатів, які прийняли Єдиний закон «Про шлюбний договір» (Uniform Premarital Agreement Act), передбачає письмову форму внесення змін до шлюбного договору.

Проте в інших штатах підлягають застосуванню судові прецеденти, які містять протилежне вирішення питання форми зміни шлюбного договору. Так, у справі *Jensen v. Jensen* [193] у шлюбному договорі подружжя передбачило

умову, згідно якої заробітна плата кожного з подружжя вважатиметься роздільною власністю кожного з них. Сторони працювали на одного роботодавця, та згодом погодилися отримувати єдину заробітну плату за спільну працю на ім'я чоловіка. Заробітна плата нараховувалась на спільний рахунок і використовувалась на спільні потреби. Суд визнав, що сторони таким чином змінили умови шлюбного договору за взаємною згодою, оскільки заробітна плата стала спільним майном. Проте інші умови шлюбного договору, залишились чинними. Таким чином, зміна шлюбного договору відбулась в усній формі.

Особливою умовою, яка характерна саме шлюбному договору, ускладненому іноземним елементом, є умова про вибір подружжям застосовного права. Можливість вибору права подружжям як умови шлюбного договору передбачена також ст. 11 Конвенції про право, що застосовується до режимів власності подружжя 1978 року, згідно з якою визначення застосовного права має бути ясно виражено заявою або без сумніву витікати з положень шлюбного договору.

Зазначену умову, так само як і інші умови шлюбного договору, може бути змінено за спільним бажанням подружжя. За правом Швейцарії вибір права може бути зроблений або змінений в будь-який час. Вибір права, зроблений після укладення шлюбу, має зворотну силу і вважається дійсним з дня укладення шлюбу, якщо сторони не домовилися про інше. Обране право застосовується до тих пір, поки подружжя не змінить або не скасують свій вибір (частини 2, 3 ст. 53 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право») [146]. За правом Бельгії зміна застосовного права, обумовленого вибором подружжя, не має зворотної сили. Подружжя може розпорядитися інакше в тому випадку, якщо при цьому не порушуються права третіх осіб (§ 3 ст. 50 Кодексу Бельгії з міжнародного приватного права) [148]. Отже, зміна вибору застосовного права є можливою, проте з деякими особливостями, які полягають у застосуванні зворотної сили такої зміни.

Закон України «Про міжнародне приватне право» також дозволяє сторонам шлюбного договору змінити вибір застосовного права, але за умови дотримання деяких положень. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотну дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть: 1) бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми; 2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права.

Дію шлюбного договору може бути припинено добровільно або в судовому порядку на різних підставах. Шлюбний договір є двостороннім договором, тому при його укладенні, зміні або припиненні сторони повинні висловити на це свою волю. Якщо ж подружжя не домовилось про розірвання шлюбного договору, то він за загальним правилом продовжує зберігати свою юридичну силу. Якщо один з подружжя наполягає на розірванні шлюбного договору, наприклад, через неможливість його виконання в силу об'єктивних причин, спір подружжя з цього приводу може бути розглянуто в суді [178, с. 114–115].

Так, добровільно шлюбний договір може бути припинено у разі виконання сторонами всіх його істотних умов, припинення за спільною згодою подружжя. Також шлюбний договір може бути припинено у разі смерті одного з подружжя, та, відповідно припинення шлюбу. На практиці виникають випадки, коли один з подружжя наполягає на розірванні шлюбного договору.

При розгляді питання припинення шлюбного договору з іноземним елементом необхідно виходити із загальних положень договірного права, що регулюють як укладення та зміну шлюбного договору, так і його припинення. Так, ст. 32 Вступного закону до Німецького цивільного уложення, яка присвячена сфері дії застосовного до договору права, зазначає, що застосовне право є визначальним до: 1) його тлумачення; 2) виконання встановлених ним

зобов'язань; 3) наслідки повного або часткового невиконання цих зобов'язань; 4) різних видів погашення зобов'язань; 5) наслідки нікчемності договору [144].

Припинення дії шлюбного договору за українським законодавством відбувається у формі відмови та розірвання шлюбного договору. Відповідно до ст. 101 СК України подружжя має право відмовитися від шлюбного договору. У такому разі, за вибором подружжя, права та обов'язки, встановлені шлюбним договором, припиняються з моменту його укладення або в день подання нотаріусу заяви про відмову від нього [27]. Тобто майно подружжя до припинення шлюбного договору може визначатись відповідно до законного чи договірнього режиму, а з моменту відмови від нього за спільною згодою подружжя може виникати законний режим чи інший договірний режим щодо майна подружжя. Розірвання шлюбного договору відповідно до ст. 102 СК України на вимогу одного з подружжя шлюбного договору можливе за рішенням суду з підстав, що мають істотне значення, зокрема в разі неможливості його виконання. Отже, одностороння відмова від шлюбного договору не допускається, а розірвання шлюбного договору можливе на вимогу одного з подружжя.

У країнах загального права за спільною згодою подружжя може припинити дію шлюбного договору, що має бути здійснено у письмовій формі. Вирішальним тут є прояв взаємного наміру; намір однієї сторони відмовитися від шлюбного договору не є достатнім. Наприклад, у справі Gruelich, (2010) [194] судом була встановлена обов'язкова письмова форма відмови від шлюбного договору.

3.2. Визнання недійсним шлюбного договору з іноземним елементом

Визнання шлюбного договору недійсним означає його недійсність з моменту укладення. Таким чином, шлюбні відносини з самого початку мають розглядатися з погляду їх законодавчого, а не договірнього регулювання.

Шлюбний договір визнається недійсним як на загальних підставах, встановлених для цивільно-правових договорів, так і на спеціальних, які відповідають його особливій сімейно-правовій природі. Так, відповідно до ст. 31 Сімейного кодексу Республіки Молдова шлюбний договір може бути визнаний недійсним повністю або частково з підстав, передбачених Цивільним кодексом. А також на вимогу одного з подружжя або прокурора суд має право визнати шлюбний договір недійсним повністю або частково, якщо він містить умови, що порушують права і інтереси одного з подружжя, їх неповнолітніх дітей або інших осіб, захищених законом [71]. Аналогічні положення містить ст. 43 Кодексу про шлюб і сім'ю Республіки Казахстан [44].

Видається зручною для застосування ст. 3.105 Цивільного кодексу Литви, яка містить вичерпний перелік недійсних умов шлюбного договору. Так, умови, передбачені у шлюбному договорі визнаються недійсними, якщо вони суперечать визначеним в законі вимогам, моральним засадам і громадському порядку; обмежують правоздатність і дієздатність подружжя; регулюють особисті відносини подружжя, які не пов'язані з майном; створюють або змінюють особисті права і обов'язки подружжя щодо дітей; обмежують або позбавляють право подружжя на утримання; обмежують або позбавляють право подружжя звернення до суду; змінюють порядок і умови спадкування [23].

За правом України до питання визнання недійсним шлюбного договору також застосовуються норми, які є загальними для всіх правочинів. Згідно зі ст. 103 СК України шлюбний договір на вимогу одного з подружжя або іншої особи, права та інтереси якої цим договором порушені, може бути визнаний недійсним за рішенням суду з підстав, встановлених Цивільним кодексом України. Відповідно до статей 215, 203 ЦК України недійсним визнається правочин, у тому числі і шлюбний договір, який не відповідає загальним вимогам чинності правочину, а саме: зміст правочину не може суперечити закону, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; наявність у сторін необхідного обсягу цивільної дієздатності; вільне волевиявлення сторін, що відповідає їх внутрішній волі; відповідна форма,

встановлена законом; спрямування правочину на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

На практиці часто зустрічаються справи про визнання шлюбного договору недійсним у зв'язку з введенням однієї сторони іншою в оману щодо обставин, які мають істотне значення. Оскільки найпоширенішим проявом іноземного елемента у договірних шлюбних відносин є суб'єктний склад шлюбного договору, то відповідно сторони мають різне громадянство або доміцилій та, як правило, мають різну рідну мову. Так, існує імовірність нерозуміння мови укладення шлюбного договору одним з подружжя. Наприклад, за матеріалами справи № 2–1004/11 рішенням Франківського районного суду м. Львова від 07.03.2012 шлюбний договір, укладений між громадянкою України та громадянином іноземної країни для врегулювання майнових прав і обов'язків, визнано недійсним. Позивач зазначає, як одну з підстав недійсності договору, те, що даний договір було вчинено під впливом обману, так як він довіряв відповідачу і підписував масу документів для здійснення підприємницької діяльності, зміст тексту даних документів до нього доносила дружина, адже він української мови не розумів. Таким чином під час укладення даного договору щодо нього було вчинено обман. В судовому засіданні встановлено, що позивач не володіє діловою українською мовою, підписав шлюбний договір, який не відповідає вимогам чинного законодавства, внаслідок обману, що полягав у неповідомленні йому істотних умов договору. Враховуючи зазначене та інші обставини суд вважає, що шлюбний договір слід визнати недійсним [195]. Проте Колегія суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ рішенням від 12.06.2013 підтримала позицію суду апеляційної інстанції, який дійшов висновку, що позивач повністю розумів зміст, правові наслідки укладення шлюбного договору. На підтвердження цього у матеріалах справи містяться численні договори, стороною в яких є позивач, в

тому числі як суб'єкт підприємницької діяльності. З їх змісту вбачається, що до укладення оскаржуваного правочину позивач без послуг перекладача на українській мові укладав численні угоди [196].

Для досягнення справедливого правового результату необхідним є визначення підсудності спорів подружжя. Наприклад, необхідно вирішити, чи може суд певної країни приймати до свого розгляду позови до відповідачів, які не мають в цій країні місця проживання, чи може суд розглядати справу про визнання недійсним шлюбного договору між іноземцями або між вітчизняним громадянином та іноземцем тощо. Необхідність у встановленні підсудності таких справ виникає тоді, коли обставини справи потребують визначення компетентного суду. Для вирішення цього питання як у внутрішньому праві, так і у міжнародних договорах існують спеціальні правила. Так, відповідно до ст. 414 Цивільного процесуального кодексу України підсудність судам України цивільних справ у спорах, в яких беруть участь іноземні особи, а також у спорах, в яких принаймні одна зі сторін проживає за кордоном, визначається законодавством України.

Визначення підсудності необхідно відрізнити від визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом.

Міжнародна підсудність означає компетентність судів певної країни розглядати цивільно-правові спори, які мають міжнародний характер [197].

Питанням визначення підсудності присвячено численні договори про правову допомогу. Так, Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року передбачає, що за загальним правилом, позови до осіб, що мають місце проживання на території однієї з Договірних Сторін, пред'являються незалежно від їх громадянства, у суди цієї Договірної Сторони.

В міжнародному приватному праві існують три основні системи визначення підсудності:

- 1) за ознакою громадянства сторін спору. Так, суд країни (наприклад, Франції, Італії) визнає себе компетентним розглядати справу у випадку

укладення договору громадянином цієї країни, незалежно від місця його укладення;

2) за ознакою місця проживання відповідача (Німеччина, Швейцарія);

3) за ознакою місця фактичного перебування відповідача (США, Великобританія) [198, с. 361–362].

Зазначені критерії визначення «міжнародної підсудності» не є вичерпними. Сторони з метою визначення підсудності можуть також обрати критерії місця укладення та місця виконання договору, місця проживання позивача, місця знаходження майна тощо. Так, законодавство більшості країн передбачає так звану договірну підсудність. Це означає, що за угодою сторін певну справу може бути віднесено до юрисдикції певної країни, хоча за законом країни суду воно підсудне місцевому суду, чи, навпаки, справу, яка за законом місця знаходження суду підсудна іноземному суду, може бути віднесено до юрисдикції місцевого суду за згодою сторін.

Угоди сторін, які встановлюють вибір підсудності, мають назву пророгаційні угоди [198, с. 361–362]. Відповідно до положень Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року є можливим застосування договірної підсудності, яка визначається угодою сторін. При цьому підкреслюється, що виключну компетенцію, що встановлена як у нормах Конвенції, так і в національному законодавстві країн, не може бути змінено за згодою сторін. За наявності угоди про передачу спору, суд за заявою відповідача повинен припинити провадження по справі.

Виключна підсудність означає нормативно-встановлену підсудність спору судам певної держави і непідсудність спору судам інших держав [166, с. 667]. Питанням виключної підсудності присвячено ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право».

На практиці зустрічаються випадки, коли до одного й того ж спору компетентними визнаються судові установи двох чи декількох країн. Подібні ситуації прийнято називати «конфліктом юрисдикцій», які необхідно відрізняти

від «конфліктів законів» у матеріальному праві. По-перше, після того, як на підставі визначеного правом відповідної країни підсудності здійснено вибір компетентної установи для розгляду спору, процесуальні питання підпорядковуються правопорядку той країни, суд якої вирішує справу. По-друге, згадані ознаки не є колізійними формулами прикріплення, хоча зовні подібні [172, с. 565].

У випадку виникнення конфлікту юрисдикцій пріоритет надається суду, який почав першим провадження по справі. Суд, який прийняв справу до свого провадження пізніше, повинен припинити провадження. Що стосується зустрічного позову, то він підлягає розгляду в суді, який розглядає основний позов. Це положення в доктрині інколи називають звичаєвим принципом або принципом права. Аналогічно вирішується це питання у деяких договорах про правову допомогу. Наприклад, у договорах України з Литвою, Грузією, Естонією, Латвією, В'єтнамом, Туреччиною тощо, а також у Мінській і Кишинівській Конвенціях СНД про правову допомогу 1993 і 2002 років вказано, що у випадку порушення провадження по справі між тими ж сторонами, по тому ж предмету і за тієї ж підстави в судах обох договірних Сторін, компетентних у відповідальності з цим договором, суд який порушив справу пізніше, припиняє провадження. Тотожне правило встановлено ч. 2 ст. 75 Закону України «Про міжнародне приватне право». Проте договором України з Узбекистаном визначено протилежне вирішення цього питання. Відповідно ч. 2 ст. 22 зазначеного договору суд, який порушив справу раніше, може припинити провадження у справі, якщо визнає, що ця справа буде швидше та всебічно розглянута в іншому суді, зокрема за місцем знаходження більшої частини доказів. Вважаємо, що зазначена норма є досить вдалою, оскільки здійснення провадження у справі судом, який має ліпші умови для її розгляду та вирішення сприятиме оперативності та всебічності розгляду справи.

За деякими категоріями справ встановлюється альтернативна підсудність: наприклад, зі справ про припинення шлюбу компетентними

вважаються або суд країни, громадянами якої було подружжя в момент подання заяви, або суд країни, на території якої проживало подружжя в момент подання заяви [197].

Загальні правила підсудності за правом України встановлені у Законі У «Про міжнародне приватне право». Відповідно до ст. 75 Закону України «Про міжнародне приватне право» підсудність судам України справ з іноземним елементом визначається на момент відкриття провадження у справі, незважаючи на те, що в ході провадження у справі підстави для такої підсудності відпали або змінилися, крім випадків, передбачених Законом. Зазначена норма права передбачає правило про неперервність і нерозривність компетенції. Тому визначення підсудності пов'язується з моментом відкриття провадження у справі і не повинно залежати від наступних змін підстав визначення підсудності.

Висновки до Розділу 3

1. У зв'язку з тим, що шлюбний договір є різновидом цивільно-правових договорів, на його регулювання можливе розповсюдження положень договірної права, при цьому шлюбний договір має відповідати і ряду специфічних вимог, які йому характерні та відповідають його особливій сімейно-правовій природі.

2. Особливість укладення шлюбного договору фізичними особами полягає у зв'язку з укладенням ними шлюбу. Таким чином, при вирішенні питання правосуб'єктності осіб, які укладають чи уклали шлюбний договір, ускладнений іноземним елементом, необхідно звернути увагу на наявність у сторін права на укладення шлюбу, тобто досягнення ними шлюбного віку чи надання ним права на шлюб рішенням суду, відповідно до права країни громадянства кожного з подружжя.

3. У джерелах міжнародного приватного права вкрай рідко зустрічаються спеціальні колізійні норми, присвячені змісту, порядку

укладення, зміни, розірвання та визнання недійсним шлюбного договору. Як правило, законодавець обмежується колізійним регулюванням особистих немайнових та майнових шлюбних відносин або загальних наслідків шлюбу.

4. До змісту шлюбного договору з іноземним елементом необхідно застосовувати колізійні норми стосовно майнових шлюбних відносин в системах права, де допускається договірне регулювання лише майнових прав та обов'язків подружжям. А колізійні норми щодо особистих немайнових відносин можуть бути застосованими у разі можливості шлюбним договором визначати особисті немайнові права та обов'язки. Отже, у разі відсутності спеціальної колізійної норми про шлюбний договір та вибору права подружжям, зміст шлюбного договору з іноземним елементом визначається колізійними нормами щодо майнових та особистих немайнових відносин залежно від об'єкту регулювання шлюбного договору правом тієї чи іншої країни.

5. Оскільки шлюбний договір, у тому числі ускладнений іноземним елементом, відноситься до цивільно-правових договорів, то його укладення, зміна, розірвання та визнання недійсним регулюватимуться загальними положеннями про цивільно-правові договори. Правового припису про застосування положень цивільного права норми, присвячені шлюбному договору, можуть не містити. Однак це може впливати з інших норм, які регулюють шлюбно-сімейні правовідносини.

6. Питання відповідальності сторін за невиконання або неналежне виконання шлюбного договору ще більше ускладняється появою іноземного елементу. З метою однозначного тлумачення сторонами шлюбного договору та третіми особами підстав, форм і розмірів відповідальності за невиконання або неналежне виконання шлюбного договору, вважаємо за необхідне включення до шлюбного договору умови про відповідальність сторін. Це буде відповідати інтересам сторін, дозволить сторонам уникнути розбіжностей при розумінні та виконанні своїх договірних зобов'язань.

7. У разі виникнення конфлікту юрисдикцій необхідним є надання сторонам права клопотати про передачу справи суду країни, з правом якої правовідносини мають найбільш тісний зв'язок, а не суду, який першим почав провадження у справі. Це сприятиме оперативності та всебічності розгляду справи.

8. Особливою умовою укладення шлюбного договору з іноземним елементом, яка відповідає його міжнародному характеру, є умова про вибір права.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення і запропоновано нове вирішення наукового завдання, що полягає у визначенні сутності шлюбного договору, ускладненого іноземним елементом, виявленні та вирішенні теоретичних та практичних проблем, пов'язаних із шлюбним договором у міжнародному приватному праві, розробці пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання, а також відповідних рекомендацій для правозастосування норм у цій сфері.

В результаті проведеного дослідження зроблено такі висновки і пропозиції, спрямовані на досягнення поставленої мети:

1. Шлюб у міжнародному приватному праві являє собою союз фізичних осіб, який виникає внаслідок факту добровільної публічної реєстрації їх вступу у шлюбні відносини (розширена концепція шлюбу).

2. Шлюбні відносини в міжнародному приватному праві виникають між: 1) особами, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі та проживають спільно, тобто перебувають у традиційному шлюбі. Для деяких країн традиційними є також відносини одностатевого та фактичного подружжя, полігамного подружжя, тимчасового подружжя; 2) особами, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі, проте в силу поважних причин мають різне місце проживання, тобто перебувають у «гостьовому шлюбі»; 3) особами, які знаходяться у зареєстрованому у встановленому законом порядку шлюбі, щодо яких встановлено режим окремого проживання, тобто режим сепарації.

3. Іноземний елемент як правову категорію слід розглядати не як елемент правовідносин, а як ознаку, що надає міжнародної характеристики суб'єкту, об'єкту чи юридичному факту правовідносин. Тотожно поняттю «іноземний елемент» вживаються такі поняття, як «транскордонні правовідносини», «міжнародний характер відносин», які вказують на те, що

приватно-правові відносини мають зв'язки з правопорядками декількох країн.

4. Шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом – це передбачені законом чи договором відносини, які виникають між фізичними особами внаслідок факту добровільної публічної реєстрації чи оголошення в публічному порядку факту їх вступу у шлюбні відносини та мають зв'язок з правопорядками декількох держав.

5. Шлюбні відносини, ускладнені іноземним елементом, можна класифікувати на підставі таких критеріїв: форми іноземного елементу, порядку укладення шлюбу, об'єкта шлюбних відносин.

6. Інститут шлюбного договору у наближеному до сучасного розуміння зародився за часів існування Римської держави. Упродовж розвитку історії суспільства значення шлюбного договору змінювалось: або він мав вирішальну роль при регулюванні шлюбних відносин, або його значення зменшувалось і шлюбні відносини підлягали регулюванню відповідно до норм законів. Шлюбний договір в сучасному розумінні закріплюється на законодавчому рівні як альтернативний спосіб регулювання шлюбних відносин подружжя з початком періоду нової історії.

7. Законодавства різних країн містять особливості щодо предмета шлюбного договору, порядку його укладення, суб'єктного складу. Законодавству відповідної країни притаманно індивідуальне регулювання інституту шлюбного договору, яке являє собою відмінності у матеріальних та процесуальних умовах укладення шлюбного договору, та обумовлює необхідність вибору подружжям права, яке підлягає застосуванню у разі ускладнення відносин іноземним елементом. Загальною рисою інституту шлюбного договору за законодавством різних країн є його мета, яка полягає у можливості регулювання відповідно до індивідуальних потреб подружжя майнових відносин, а в деяких країнах і особистих немайнових відносин.

Доцільним вбачається внести зміни до Сімейного кодексу України та викласти частину 3 статті 93 у такій редакції: «Шлюбний договір може

регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми за умови, що гарантовані Конституцією права людини не порушуватимуться».

8. Передбачені сімейним законодавством договори, які встановлюють взаємні права та обов'язки подружжя під час перебування у шлюбі та у разі його розірвання, є різновидами шлюбних договорів різної спрямованості.

Шлюбний договір – це договір, який укладається нареченими або подружжям та визначає особисті немайнові та майнові права та обов'язки подружжя на період перебування у шлюбі, на випадок припинення шлюбу та/або встановлення режиму сепарації подружжя, за умови що основні права і свободи людини не порушуються.

9. Дослідження та виявлення характерних ознак інституту шлюбного договору в країнах різних правових сімей зумовлює існування світської та релігійної концепції шлюбного договору в міжнародному приватному праві.

10. Шлюбним договором у міжнародному приватному праві може вважатися:

а) дошлюбний договір, яким особи, що мають намір зареєструвати шлюб, врегульовують взаємні права та обов'язки під час перебування у шлюбі та у разі його розірвання;

б) післяшлюбний договір, яким особи після укладення шлюбу врегульовують взаємні права та обов'язки під час перебування у шлюбі та у разі його розірвання;

в) договори, передбачені пунктами а) та б), із залученням третіх осіб.

11. Типовими колізійними прив'язками у сфері договірних шлюбних відносин є: особистий закон фізичної особи (*lex personalis*); закон місця знаходження речі (*lex rei sitae*); закон місця здійснення акта (*lex loci actus*) у формі закону місця укладення угоди (*lex loci contractus*); закон місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*); закон, обраний сторонами правовідносин (*lex voluntatis*).

12. Колізійні прив'язки, які використовуються для регулювання договірних шлюбних відносин, спрямовані на реалізацію принципу тісного зв'язку в міжнародному приватному праві. У більшості випадків різні типи колізійних прив'язок комбінуються законодавцем у межах однієї колізійної норми. Різниця між ними полягає лише у визначенні законодавцем пріоритету застосування тієї чи іншої колізійної прив'язки залежно від національних і, як наслідок, правових традицій та звичаїв кожної країни.

13. Положення конвенцій Співдружності Незалежних Держав у сфері шлюбно-сімейних відносин, ратифікованих Україною, не відповідають сучасним тенденціям розвитку міжнародного приватного права, що підтверджується відсутністю можливості застосування подружжям принципу автономії волі навіть у тих випадках, коли таке застосування передбачено внутрішнім законодавством договірних сторін. Оскільки принцип автономії волі є провідним для міжнародного приватного права України та використовується у законодавстві більшості країн–учасниць Співдружності Незалежних Держав, необхідним є закріплення зазначеного принципу у міжнародних договорах, ратифікованих Україною, а також внесення відповідних доповнень в чинні міжнародні договори.

14. Особливістю шлюбного договору з іноземним елементом, яка відповідає його міжнародному характеру, є умова про вибір права. З метою реалізації в повній мірі диспозитивного характеру договірних шлюбних відносин необхідно надати право вибору сторонам будь-якої системи права для підпорядкування своїх відносин. Надання сторонам шлюбного договору необмеженої автономії волі виключить проблему обходу закону, при цьому реалізація намірів держави щодо незастосування іноземного права в певних випадках може бути здійснена за допомогою надімперативних норм.

15. При застосуванні права іноземної країни є необхідним звернення до права країни в цілому, за винятком колізійних норм, оскільки при зверненні як до матеріальних, так і до колізійних норм існує ризик виникнення зворотного нескінченного відсилання колізійними нормами.

16. На сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права відсутня необхідність застосування застереження про публічний порядок. Це обумовлено тенденцією до зменшення випадків застосування судами застереження про публічний порядок, широкою сферою та зручністю застосування через їх визначеність надімперативних норм, а також тотожністю мети застереження про публічний порядок та надімперативних норм.

17. На шлюбний договір поширюються вимоги, які відповідають його сімейно-правовій природі: укладення шлюбного договору, ускладненого іноземним елементом, пов'язане з укладенням шлюбу та залежить від досягнення шлюбного віку чи надання права на шлюб рішенням суду відповідно до права країни громадянства кожного з подружжя. Утім укладення, зміна, розірвання та визнання недійсним шлюбного договору з іноземним елементом мають врегульовуватися загальними положеннями законодавства про цивільно-правові договори.

18. У разі наявності в системі права можливості договірного регулювання лише майнових прав та обов'язків подружжя, до змісту шлюбного договору з іноземним елементом необхідно застосовувати колізійні норми щодо майнових шлюбних відносин.

У разі наявності в системі права можливості визначати шлюбним договором також особисті немайнові права та обов'язки, можуть бути застосовані відповідні колізійні норми.

У разі відсутності спеціальної колізійної норми про шлюбний договір зміст шлюбного договору з іноземним елементом визначається колізійними нормами щодо майнових та особистих немайнових відносин залежно від об'єкта регулювання шлюбного договору правом тієї чи іншої країни.

19. Включення до шлюбного договору умов щодо відповідальності сторін є необхідним для однозначного тлумачення підстав, форм і міри відповідальності за невиконання або неналежне виконання шлюбного договору.

20. У разі виникнення конфлікту юрисдикцій необхідно надати сторонам право клопотати про передачу справи суду країни, з правом якої правовідносини мають найбільш тісний зв'язок, а не суду, який першим почав провадження у справі.

СПИСОК ВИКОРСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Десята частина київських шлюбів – з іноземцями // Новини ТСН. – 2013. – 16 серпня [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tsn.ua/kyiv/kiyani-kinulisya-odruzhuvatisya-z-inozemcyami-307020.html>
2. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институция Гая. Дигесты Юстиниана. – М. : Зерцало, 1997. – 608 с.
3. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич – М. : Фирма «СПАРК», 1995. – 556 с.
4. Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Том 5. / К. Н. Анненков – СПб. : Типография М. М. Стасюлевича, 1905 г. – 385 с.
5. Пергамент А. И. Краткий популярный словарь-справочник о браке и семье / А. И. Пергамент. – М. : Знание, 1982. – 95 с.
6. Бошко В. И. Очерки советского семейного права / В. И. Бошко / под ред. В. А. Рясенцева. – Киев: Госполитиздат УССР, 1952. – 372 с.
7. Свердлов Г. М. Советское семейное право / Г. М. Свердлов – М. : Госюриздат, 1958. – 299 с.
8. Липець Л. В. Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом і договором : Монографія / Людмила Володимирівна Липець. – К. : Пріоритети, 2013. – 192 с.
9. Гражданское и торговое право капиталистических государств : учебник / под ред. проф. Р. Л. Нарышкиной. – М : Междунар. отношения, 1984. – Ч. II. – 304 с.
10. Цмай В. В. Регулирование семейно-брачных отношений мусульман правом личного статуса : Монография / В. В. Цмай. – СПбГУАП, СПб. Ун-т МВД России. – СПб., 2000. – 259 с.
11. Гринюк М. Однополые браки / Марина Гринюк // ВСЕ О ПРАВЕ : Информационно-образовательный юридический портал: allpravo. – 2004. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc100p/instrum2060/item2061.html>

12. Тищенко Л. А. Условия и порядок заключения брака в зарубежных странах / Л. А. Тищенко // Периодические издания / Проблемы конституционного права зарубежных стран [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.twirpx.com/file/796770/>

13. Civil code of Québec of December 18, 1991 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991_A.html

14. California family code of July 13, 1992 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=00001-01000&file=297-297.5>

15. Страны, где разрешены однополые браки // Записки эмигранта. – 2016. – 27 мая [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://proau.info/2013-g-strany-gde-razresheny-odnopolye-braki/>

16. Statement issued by Áras an Uachtaráin – Marriage Bill 2015 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.president.ie/en/media-library/news-releases/statement-issued-by-aras-an-uachtarain-marriage-bill-2015>

17. Adamopoulos Anastassios. Greek Parliament Ratifies Civil Union Agreement for Same-Sex Couples / Anastassios Adamopoulos // Greek Greece Reporter. – 2015. – Dec 22 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://greece.greekreporter.com/2015/12/22/greek-parliament-ratifies-cohabitation-agreement-for-same-sex-couples/>

18. Pobudnikom referendumu uspelo, sprememba zakona o zakonski zvezi zavrnjena [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.rtvsl.si/slovenija/referendum/pobudnikom-referenduma-uspelo-sprememba-zakona-o-zakonski-zvezi-zavrnjena/381559>

19. March 28, Meeting Results [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.cesko.ge/en/mediisatvis-4-ge/pres-relizebi-13-ge/28-martis-sxdomis-shedegebi28.page>

20. Australian government backs away from gay marriage vote this year [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://ca.reuters.com/article/topNews/idCAKCN0W8024>

21. Case of Oliari and Others v. Italy, of July 21, 2015, Strasbourg [Computer-assisted resource]. – Access mode: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001156265&sa=X&ved=0CDUQ9QEwD2oVChMIwICr1bn2xgIVI75yCh186Qh-#{\"itemid\":\[\"001-156265\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001156265&sa=X&ved=0CDUQ9QEwD2oVChMIwICr1bn2xgIVI75yCh186Qh-#{\)

22. Уголовный кодекс РСФСР от 27.10.1960 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_2950/?frame=5

23. Civil Code of the Republic of Lithuania, of July 18, 2000 № VIII–1864 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=202088

24. Однополые браки // Профиль. Деловой еженедельник. – №14 (84). – С. 40–41.

25. Кант И. Основы метафизики нравственности; Критика практического разума; Метафизика нравов / Иммануил Кант – СПб. : Наука, 1995. – 528 с.

26. Окунева Д. Семья с браком / Дарья Окунева // Частный корреспондент. – 2009. – 26 января [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.chaskor.ru/p.php?id=2867>

27. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947–III [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

28. Code civil of France, of March 21, 1804 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080121>

29. Свободная Ливия возвращает многожёнство // Memoid [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://archive.is/yECro>

30. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223–ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8982/

31. Об актах гражданского состояния: Федеральный Закон от 15.11.1997 № 143–ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_16758/906a6046316d2542f2055697f5387e3f2476673d/

32. Hagerty Barbara Bradley. Some Muslims in U.S. Quietly Engage in Polygamy / Barbara Bradley Hagerty // NPR find station. – 2008. – May 27 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=90857818>

33. Правовой статус полигамных браков в странах мира // Memoid [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://archive.is/yECro#selection-3219.0-3219.49>

34. Центр исследования массового Е-сознания. 22% россиян выступают за многоженство, если женщина согласна / Цимэс // Эхо Москвы. – 2015. – 14 мая [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://echo.msk.ru/blog/cimes/1548336-echo/>

35. Боренкова А., Марценюк Т. Форми сімейних відносин у Швеції (на прикладі офіційного чи цивільного шлюбів) / Анастасія Боренкова, Тамара Марценюк [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/1709/Martseniuk_Formy%20simeinykh%20vidnosyn.pdf?sequence=1&isAllowed=y

36. Дякович М. М., Сенік С. В. Правове регулювання «фактичних шлюбних відносин» / М. М. Дякович, С. В. Сенік // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 2 (126). – С. 37–43.

37. Яцков М. Позашлюбним відносинам бути? / М. Яцков [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mukachevo.net/ua/blogs/view_post/98

38. Антокольская М. В. Семейное право : учебник / М. В. Антокольская. – М. : Юрист, 2003. – 333 с.

39. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / за ред. З. В. Ромовської – 3-тє вид., перероб. і доп. – К. : Правова єдність, 2009. – 432 с.
40. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. – Х. : Ксилон, 2008. – 855 с.
41. Рішення Апеляційного суду Дніпропетровської області від 16.03.2011 у справі № 22ц–20226/08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15175024>
42. Рішення Апеляційного суду Черкаської області від 03.04.2013 у справі № 22–ц/793/851/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30521099>
43. Труба В. І. До питання про визначення сімейних правовідносин / В. І. Труба // Вісник Одеського національного університету. – 09/2009. – Т. 14., Вип. 9: Правознавство. – С. 87–95.
44. Кодекс Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье от 26.12.2011 № 518–IV [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31102748
45. Кодекс Республики Беларусь о браке и семье от 09.07.1999 № 278–З [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://kodeksy-by.com/kodeks_rb_o_brake_i_semje.htm
46. Всеобщая декларация прав человека от 10.12.1948 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015
47. Конвенция о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации брака от 7.11.1962 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_242
48. Аляутдинов Ш. Перевод смыслов Корана / Шамиль Аляутдинов // UMMA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://umma.ru/tafsir>
49. Chuck E., McCartney R. Mystery surrounds alleged spies' children / Elizabeth Chuck, Ryan McCartney // NBCNEWS. – June 30, 2010 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.nbcnews.com/id/38021300/#.VYxdphvtmkp>

50. Marriage Act of Australia № 12, 1961 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <https://www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00340>

51. An Act To define and protect the institution of marriage [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf>

52. Онищенко В. В США брак больше не союз мужчины и женщины / Варвара Онищенко // Комсомольская правда в Украине. – 2 июля 2013 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kp.ua/daily/020713/401609/>

53. Марокканский семейный кодекс (Мудавана) от 05.02.2004 № 70.03 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.worldislamlaw.ru/?p=812>

54. Семейный кодекс Азербайджанской Республики от 28.12.1999 № 781–IQ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.taxes.gov.az/uploads/qanun/2011/mecelleler/aile_mecellesi_rus.pdf

55. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 № 2709–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>

56. О международном частном праве: указ Венгрии от 1979 года № 13 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/040301>

57. Private International Law: Act of the Czech Republic of January 25, 2012 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.czechlegislation.com/en/91-2012-sb>

58. Закон Румынской Республики от 1992 г. № 105 применительно к регулированию отношений международного частного права [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041301>

59. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51–ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/

60. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7.12.1998 № 218–З [Электронный ресурс]. – Режим доступа:

http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30415161#pos=247;165&sel_link=1001153200

61. Кодекс международного частного права Болгарии от 2005 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041701>

62. Про громадянство: Закон України від 18.01.2001 № 2235–III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2235-14>

63. Марышева Н. И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России / Н. И. Марышева. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 328 с.

64. Звеков В. П. Международное частное право : курс лекцій / В. П. Звеков. – М. : ИНФРА–М, 1999. – 686 с.

65. Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева. – М. : Издательство БЕК, 2000. – Т.1. Общая часть. – 288 с.

66. Довгерт А. Лекція професора А. Довгерта: Вступ до курсу «Міжнародне приватне право» / А. Довгерт // Право України. – 2012. – № 9. – С. 238–255.

67. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. – М. : МАУП, 2002. – 538 с.

68. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

69. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія / С. О. Сліпченко. – Х. : Діса плюс, 2013. – 552 с.

70. Правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин між суб'єктами сімейних правовідносин: роз'яснення Міністерства юстиції України від 05.07.2011 № n0048323–11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0048323-11>

71. Семейный кодекс Молдовы от 26.10.2000 N 1316–XIV [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.sk-md.ru/semeinyi-kodeks-moldova/page/1.html>

72. Гришаев С. П. Семейные правоотношения с участием иностранных граждан граждан / С. П. Гришаев. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». – Электрон. дан. и прогр. – М. : КонсультантПлюс, 2011–2013 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

73. Кучуб Н. А. Особенности правоотношений супругов с иностранным элементом / Н. А. Кучуб // Вестник ОГУ. – 2013. – №3 (152). – С. 105–110.

74. Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи / И. В. Жилинкова. – Х. : Ксилон, 2000. – 398 с.

75. Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения / В. И. Сенчищев // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М. И. Брагинского. – М., 1999. – С. 109–160.

76. Орлова Н. В. Брак и семья в международном частном праве / Н. В. Орлова. – М. : Междунар. отношения, 1966. – 253 с.

77. Жилинкова И. В. Брачный договор / И. В. Жилинкова – Х. : Ксилон, 2005. – 176 с.

78. Медведев И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность / И. Г. Медведев – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 272 с.

79. Олійник О. С. Окремі аспекти правового регулювання майнових відносин подружжя / О. С. Олійник [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=862

80. Слепакова А. В. Правоотношения собственности супругов : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Слепакова; МГУ им. М. В. Ломоносова. – М., 2004. – 35 с.

81. German Civil Code of August 18, 1896 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4989

82. Жилінкова І. В. Інститут заручин: далеке минуле і найближче майбутнє / І. В. Жилінкова // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 27. – С. 130–137.

83. Васильев Л. С. Проблемы генезиса Китайского государства (формирование основ социальной структуры и политической администрации) / Л. С. Васильев. – М.: Наука, 1983. – 326 с.

84. Прудников М. Н. История государства и права зарубежных стран : учебник для бакалавров / М. Н. Прудников. – 6-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2013. – 811 с.

85. История государства и права зарубежных стран. / Под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова – М. : НОРМА, 1996. – Ч. 1. – 480 с.

86. Анцелевич Г. О. Міжнародне право : Підручник для вузів / Г. О. Анцелевич, О. О. Покрещук. – Київ : Алерта, Пектораль, 2003. – 409 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://readbookz.com/book/185/6517.html>

87. Буткевич О. В. Теорія і практика докласичного міжнародного права : дис. ... д-ра юрид наук : 12.00.11 / О. В. Буткевич; КНУ ім. Т. Шевченка. – Київ, 2009. – 800 с.

88. Омельченко О. А. Всеобщая история государства и права. Учебник, издание третье, исправленное. Том 1. – М. : ТОН – Остожье, 2000. – 528 с.

89. Ли С. Ю. К вопросу об истории развития правового регулирования брачных отношений с участием иностранцев / С. Ю. Ли // Вестник ХГАЭП. – 2010. – № 4–5 (49–50). – С. 65–72.

90. Черниловский З. М. Лекции по римскому частному праву / З. М. Черниловский. – М. : Юрид. лит., 1991. – 208 с.

91. Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право / Под ред. проф. В. А. Томсинова / Иво Пухан, Мирьяна Поленак-Акимовская. – М. : Зеркало, 2009. – 411 с.

92. Лукьянова И. Е., Прохорова Э. М., Шиповская Л. П. Семейное право: учеб. Пособие / Под ред. Е. А. Сигиды. – М. : ИНФРА-М, 2009. – 264 с.

93. Юридический энциклопедический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева. – М. : Сов. энциклопедия, 1984. – 415 с.
94. Брак у народов Западной и Южной Европы / Под ред. Ю. В. Ивановой. – М. : Наука, 1989. – 248 с.
95. Ворожейкин Е. М. Семейное право зарубежных европейских стран / Е. М. Ворожейкин. – М. : Прогресс, 1979. – 387 с.
96. Дашкевич П. Предбрачные убытки по обычаям малороссов / П. Дашкевич // Юридический вестник. – Апрель, 1892. – Т. X, № 4. – С. 523–546.
97. Українська минувшина: ілюстрований етнографічний довідник / А. П. Пономарьов, Л. Ф. Артюх, Т. В. Косміна [та ін.] – 2-е вид. – К. : Либідь, 1994. – 256 с.: іл.
98. Культура і побут населення України : навч. посібник для вузів / В. І. Наулко [та ін.]. – К. : Либідь, 1991. – 230 с.: іл.
99. Левицкий О. И. Обычные формы заключения браков в Южной Руси в XVI–XVII ст. / О. И. Левицкий // Киевская старина. Том 68. – Январь, 1900. – С. 1–15.
100. Жилінкова І. В. Розвиток інституту шлюбного договору / І. В. Жилінкова // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 1(28). – Х. : Право, 2002. – С. 60–68.
101. Коллонтай А. М. Общий котел или индивидуальные алименты? / Коллонтай А. М. // Брак и семья. – М., 1926. – 317 с.
102. Антокольская М. В. Семейное право: учебник. – изд. 2-е, перераб. и доп. / М. В. Антокольская – М. : Юристъ, 2003. – 336 с.
103. Собрание Узаконений РСФСР № 11 от 29 декабря 1917 г. Отдел первый. – Ст. 160 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://istmat.info/node/28231>
104. Собрание Узаконений РСФСР № 10 от 28 декабря 1917 г. Отдел первый. – Ст. 152 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://istmat.info/node/28149>

105. Собрание Узаконений РСФСР № 76–77 от 22 октября 1918 г. Отдел первый. – Ст. 818 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://istmat.info/node/31624>

106. Конвенция о гражданстве замужней женщины от 29 января 1957 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_158

107. Чистяков О. И. История отечественного государства и права / О. И. Чистяков. – М. : БЕК, 1997. – Т. 2. – 496 с.

108. Порядок укладення шлюбного контракту: постанова Кабінету Міністрів України від 16.06.1993 // Відомості Верховної Ради. – 1993. – № 457. – Ст. 1.

109. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / [пер. с франц. В. Захватаева] / Отв. ред. А. Довгерт. – К. : Истина, 2006. – 1008 с.

110. Олійник О. С. Особливості правового регулювання інституту шлюбного договору в Німеччині: порівняльно-правовий аспект / О. С. Олійник // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: Зб. наук. праць. – Івано-Франківськ. – 2009. – Випуск XXI. – С. 49–55.

111. Marriage Law of the People's Republic of China of September 10, 1980 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384064.htm

112. Family Agreements: Seeking Certainty to Reduce Disputes [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.resolution.org.uk/site_content_files/files/family_agreements.pdf

113. Явор О. А. Договір у регулюванні сімейно-правових відносин: загальна характеристика / О. А. Явор // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина : матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф., м. Полтава, 22 трав. 2015 р. : [Зб. тез доп.]. – Харків, 2015. – С. 59–62 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dSPACE.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/8145/1/Yvor_59-62.pdf

114. Сосипатрова Н. Е. Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение / Н. Е. Сосипатрова // Государство и право. – 1999. – № 3. – С. 76–81.
115. Хазова О. А. Брак и развод в буржуазном семейном праве. Сравнительно-правовой анализ / О. А. Хазова. – М. : Наука, 1988. – 172 с.
116. Глиняна К. Договірне регулювання майнових правовідносин подружжя / К. Глиняна // Юридичний вісник. – 2010. – № 3. – С. 29–36.
117. Иоффе О. С. Советское гражданское право : курс лекцій / О. С. Иоффе. – Ленинград, 1964. – Т.3 – 347 с.
118. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_21.html
119. Сімейне право України : підручник / Л. М. Баранова [та ін.] / за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. – 4-те вид., переробл. і доп. – Х. : Право, 2012. – 320 с.
120. Стрегло В. Е. Правовое регулирование личных неимущественных отношений между родителями и детьми : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. Е. Стрегло. – Ростов-на-Дону, 1986. – 221 с.
121. Стрегло В. Е. Правовое регулирование личных неимущественных отношений между родителями и детьми : автореф. ... дисс. канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Е. Стрегло. – Саратов, 1987. – 16 с.
122. Поссе Е. А., Фадеева Т. А. Проблемы семейного права : учебно-методическое пособие / Е. А. Поссе, Т. А. Фадеева. – Л. : Издательство Ленинградского университета, 1976. – 73 с.
123. Стефанчук Р. О. Система особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері сімейних відносин: до питання вдосконалення / Р. О. Стефанчук // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2 (18). – С. 107–111.
124. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
125. Gary S. T. To Agree or Not to Agree: Treatment of Postnuptial Agreements Under Oklahoma Law / Stephen T. Gary [Computer-assisted resource]. – Access

mode:http://www.law.ou.edu/sites/default/files/files/OU_LAW_ADMIN/09%20gary%20comment%20blu1.pdf

126. Curry A. The Uniform Premarital Agreement Act and its variations throughout the states / Amberlynn Curry [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.aaml.org/sites/default/files/MAT206_3.pdf

127. Lowe Nigel. Pre-nuptial agreements: the English position / Nigel Lowe [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.indret.com/pdf/508_en.pdf

128. Matrimonial Causes Act of May 23, 1973 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18>

129. Fairbairn R. Pre-nuptial agreements / Rebecca Fairbairn // One Paper Buildings. – 2014. – p. 1–13. [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.onepaper.co.uk/wp-content/uploads/2014/01/N11_Pre-nuptial-Agreements.pdf

130. F v F (Ancillary Relief: Substantial Assets) of February 26, 1996 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://swarb.co.uk/f-v-f-ancillary-relief-substantial-assets-fd-1995/>

131. Supporting families: a consultation document [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.nationalarchives.gov.uk/ERO/Records/HO/421/2/P2/ACU/SUPPFAM.HTM>

132. X v X (Y and Z intervening) of November 9, 2001 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://swarb.co.uk/x-v-x-y-and-z-intervening-fd-9-nov-2001/>

133. K v K (Ancillary relief: prenuptial agreement) of 2003 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://swarb.co.uk/k-v-k-ancillary-relief-prenuptial-agreement-fd-2003/>

134. J v V (Disclosure: Offshore Corporations) of December 16, 2003 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.levisonmeltzerpigott.co.uk/images/newsOtherDocs/J_v_V.pdf

135. Radmacher v Granatino of July 02, 2009 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed36874>

136. Radmacher v Granatino of October 20, 2010 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2010/42.html>

137. Matrimonial Property, Needs and Agreements / Law Commission [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.lawcom.gov.uk/project/matrimonial-property-needs-and-agreements/>

138. Слепакова А. В. Правоотношения собственности супругов / А. В. Слепакова. – М. : Статут, 2005. – 444 с.

139. Civil Code of the Islamic Republic of Iran of May 23, 1928 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=197898

140. Alkhateeb M. Islamic Marriage Contracts: A Resource Guide for Legal Professionals, Advocates, Imams, and Communities. / Maha Alkhateeb. – 2012 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.peacefulfamilies.org/wp-content/uploads/2012/10/Islamic.Marriage.Contracts.Resource.Guide_Produced.By_.PFP-API.Institute-BWJP_2012.pdf

141. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. д-ра юрид. наук, проф. А. Довгєрта. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 352 с.

142. Коцан Ю. Я. Загальна характеристика колізійної норми / Ю. Я. Коцан // Митна справа : Науково-аналітичний журнал. – 2013. – № 2 (ч. 2, кн. 2). – С. 65–70.

143. Reform of the Italian system of private international law of May 31, 1995 № 218 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/07/09/riforma-del-sistema-italiano-di-diritto-internazionale-privato-ed-luglio-2014>

144. Introductory act to the Civil Code of September 21, 1994 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0066

145. О международном частном праве: Закон Лихтенштейна от 1996 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/042801>

146. Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf

147. The Civil Code of Latvia of 1937 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UNTC/UNPAN018388.pdf>

148. The Code of Private International Law of July 16, 2004 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://www.ipr.be/data/B.WbIPR%5BEN%5D.pdf>

149. Конвенция о заключении и признании действительности браков от 14.03.1978 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_916

150. Private International Law of Georgia of 29 April, 1998 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/93712>

151. Степанюк А. А. Міжнародне приватне право: теоретичні аспекти правового регулювання / А. А. Степанюк. – Х. : Майдан, 2005. – 200 с.

152. Ульяненко О. О. Шлюбний договір в сімейному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. О. Ульяненко; КНУ ім. Т. ШЕВЧЕНКА. – К., 2003. – 194 с.

153. Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: навч. посіб.– 3 вид., доп. / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – К. : Атіка, 2003. – 544 с.

154. Швыдак Н. Г. Международная унификация коллизионных норм семейного права / Н. Г. Швыдак // Право и экономика. – 1995. – № 15/16. – С. 141–146.

155. Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте) от 20.02.1928 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_419/page

156. Медведев И. Комментарий к конвенциям в области имущественных отношений супругов и наследования / И. Медведев. – М. : Волтерс Клувер. –

2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступа: https://books.google.com.ua/books?id=MUIZXexL_y8C&pg=PA12&hl=ru&source=gbs_toc_r&cad=2#v=onepage&q&f=false

157. Конвенция о заключении и признании действительности браков от 14.03.1978 [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_916

158. Status table. Convention of March 14, 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=87

159. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22.01.1993 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997_009

160. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 07.10.2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997_619

161. Надання правової допомоги у майнових правовідносинах та спадкуванні відповідно до положень Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року: роз'яснення Міністерства юстиції України від 13.10.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0066323-11>

162. Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 № 1906–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

163. Договір між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних, трудових, та кримінальних справах від 23.05.1995 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/428_627

164. Договір між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 28.05.2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/203_018

165. Международное частное право: современные проблемы / Под ред. М. М. Богуславского. – М. : ТЕ–ИС, 1994. – 507 с.

166. Степанюк А. А. Міжнародне приватне право: Підручник / А. А. Степанюк. – Х. : Кроссрод, 2008. – 696 с.

167. Юридичний словник / За ред. Б. М. Бабія, В. М. Корецького. – К.: Головна редакція УРЕ, 1974. – 848 с.

168. Фединяк Г.С. Міжнародне приватне право: Курс. лекцій. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – 432 с.

169. Степанюк А. А. Коллизии наследования в международном частном праве / А. А. Степанюк. Харьков : Фолио, 2004. – 160 с.

170. Галущенко Г. Питання встановлення змісту іноземного права / Г. Галущенко // Право України. – 2013. – № 7. – С. 63–69.

171. Тилле А. А. Время, пространство, закон / А. А. Тилле. – М. : Юрид. лит., 1965. – 204 с.

172. Международное частное право / Под ред. Г. К. Дмитриевой. – М. : Проспект, 2000. – 656 с.

173. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / За заг. ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 366 с.

174. Кисіль В. І. Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / В. І. Кисіль; КНУ ім. Т. Шевченка. – К., 2001. – 40 с.

175. Бурлай О. Є. Правовідносини подружжя в міжнародному приватному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. Є. Бурлай; КНУ ім. Т. Шевченка. – К, 2007. – 182 с.

176. Гаврилов В. В. Международное частное право / В. В. Гаврилов. – М. : НОРМА. – 2000. – 304 с.

177. Брун М. И. Публичный порядок в международном частном праве / М. И. Брун // Журнал министерства юстиции. – С.–Пб. : Сенат. Тип., 1916. – № 1. – С. 53–103.

178. Жилинкова И. В. Брачный контракт / И. В. Жилинкова. – Харьков : Популяр. право, 1995. – 172 с.

179. Розгон О. В. Особливості укладення шлюбного договору / О. В. Розгон // МЕН. – №1 (43). – 2009. – С. 58–63.

180. Химатов Х. Н. Проблемы правового регулирования имущественных отношений супругов: по материалам Республики Таджикистан : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Х. Н. Химатов; Тадж. гос. нац. ун-т. – Душанбе, 2008. – 194 с.

181. Про міжнародне приватне право: Федеральний Закон Австрії від 15.06.1978 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426>

182. Гражданский кодекс Армении 1998 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/050101>

183. Каменская Е., Мурашкина Р., Ремизова М. Брачные контракты звезд / Е. Каменская, Р. Мурашкина, М. Ремизова // Комсомольская правда в Украине. – 2009. – 20 ноября [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kp.ua/culture/203012-brachnye-kontrakty-zvezd>

184. Гражданский кодекс Португалии 1966 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041201>

185. Гражданский кодекс Испании 1889 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/040601>

186. Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / А. Д. Корецкий. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 211 с.

187. Отраднава О. О. Компенсація моральної шкоди, заподіяної порушенням цивільно-правового договору / О. О. Отраднава [Електронний ресурс]. – Режим доступу: file:///E:/1705/Vnapu_2015_2_5.pdf

188. Debele G. A., Rhode S. C. Prenuptial Agreements in the United States / Gary A. Debele, Susan C. Rhode [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.iaml.org/cms_media/files/prenuptial_agreements_in_the_us.pdf

189. Reuters Thomson. Choice of law clause / Thomson Reuters // No Claim to original U. S. Government Works. – 2016. – P. 1–2.

190. Толстикова О. М., Дятченко Л. В. Форма брачного договора и порядок его заключения / О. М. Толстикова, Л. В. Дятченко // Сибирский юридический вестник. – 2001. — №4. – С.61–63.

191. Постанова Верховного суду України від 28 січня 2015 року № 6–230цс14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/7416f47ea7ade281c2257ddd00492f0c/>

192. О международном частном праве: Закон Польши от 1965 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041101>

193. Jensen v. Jensen of April 28, 1988 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <http://law.justia.com/cases/nevada/supreme-court/1988/17919-1.html>

194. In the Matter of Greulich of November 3, 2010 [Computer-assisted resource]. – Access mode: <https://www.courtlistener.com/opinion/2378635/in-the-matter-of-greulich/>

195. Рішення Франківського районного суду м. Львова від 07.03.2012 року у справі № 2–1004/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49933867>

196. Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 червня 2013 року №6–45372св12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31898905>

197. Федосеева Г. Ю. Международное частное право: Учебник – М. : Осторожье, 1999. – 296 с.

198. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Междунар. отношения, 1997. – 416 с.

Додаток 1

Практичні рекомендації українським громадянам щодо укладення шлюбного договору з іноземним елементом

Практичні рекомендації українським громадянам щодо укладення шлюбного договору з іноземним елементом розроблені з метою захисту їх прав та законних інтересів.

Належність України до країн романо-германської правової сім'ї визначає єдність правової природи та засад регулювання шлюбного договору у країнах зазначеної правової сім'ї. Порушення прав та законних інтересів громадян України найімовірніше можуть виникнути при укладенні шлюбного договору з представниками країн англосаксонської та релігійної правових сімей. Зазначене зумовлено відмінним порядком правого регулювання питань укладення, зміни та припинення шлюбного договору. Це може призвести до визнання недійсним шлюбного договору в цілому або його частини на території іншої країни та, як наслідок, до порушення прав та законних інтересів громадян України.

У разі укладення шлюбного договору з представником країни англосаксонської правової сім'ї вважаємо за необхідне:

1) врахування українськими громадянами того, що виконання умов шлюбного договору в країнах англосаксонської правової сім'ї залежить від матеріалів кожної справи та, відповідно, від внутрішнього переконання суддів, яке, виходячи з аналізу судової практики англійських та американських судів, формується на підставі відповідності шлюбного договору наступним вимогам:

а) шлюбний договір має відповідати вимогам, які висуваються до укладення будь-якого договору;

б) кожна сторона шлюбного договору має бути проінформована щодо майнового становища іншої сторони в момент укладення шлюбного договору;

в) кожна сторона шлюбного договору має отримати юридичну консультацію щодо наслідків укладення шлюбного договору;

г) врахування сторонами шлюбного договору обставин, які мають істотне значення та можуть виникнути у майбутньому після укладення шлюбного договору, наприклад, народження дітей, істотна зміна матеріального становища одного з подружжя тощо;

2) укладення шлюбного договору у письмовій формі та здійснення його нотаріального посвідчення, оскільки простої письмової форми шлюбного договору, яку передбачено законодавствами країн загального права, може бути недостатньо для визнання шлюбного договору чинним у країнах романо-германської правової сім'ї.

У разі укладення шлюбного договору з представником країни релігійної правової сім'ї вважаємо за необхідне:

1) додаткове укладення світського шлюбного договору за умови несуперечності умовам релігійного шлюбного договору або включення до релігійного шлюбного договору додаткових умов, які подружжя вважає необхідними.

У шлюбний договір за мусульманським правом з метою забезпечення захисту прав жінки та гендерно-нейтрального виконання шлюбного договору доцільним є також включення умов про:

а) визначення гендерних ролей сторін шлюбного договору в сім'ї; управлінські права сторін шлюбного договору в сім'ї; свободу пересування сторін шлюбного договору; порядок здійснення батьківських прав сторонами шлюбного договору, оскільки з точки зору доктрини мусульманського права чоловік є управлінцем домогосподарства, який володіє правом контролювати особисту свободу дружини, а також несе відповідальність за виховання дітей, які проживають з дружиною;

б) рівний розподіл домашніх обов'язків або наймання домогосподарки, оскільки з точки зору доктрини мусульманського права зобов'язання щодо ведення домашнього господарства повністю покладаються на дружину;

в) освітній рівень, до якого сторони можуть продовжувати навчання (наприклад, отримання вченого ступеня доктора наук) з метою забезпечення рівного права на освіту;

г) наявність у дружини права на роботу поза сім'єю, оскільки більшість мусульманських юристів розглядають працю жінок поза сім'єю як шкоду сімейному благополуччю;

г) моногамію в шлюбі, оскільки традиційним мусульманським правом полігамія дозволена чоловікові, хоча і з деякими обмеженнями;

д) незастосування жодним з подружжя сили, примусу або насильства у будь-якій формі під час перебування у шлюбі.

Дотримуємось позиції, що у разі впевненості сторін шлюбного договору в обов'язковості його виконання, вони будуть свідомо виконувати його умови замість довготривалих судових процесів, що негативно впливають на матеріальний та психологічний стан учасників. До того ж впевненість в обов'язковості виконання умов шлюбного договору та передбачуваність їх оцінки судом позитивно вплине на обрання громадянами шлюбу як форми сімейного союзу.

Додаток 2

Країна	Обов'язковість застосування шлюбного договору	Вимоги до форми укладення шлюбного договору	Обставини, за яких шлюбний договір є обов'язковим до виконання	Обставини, за яких шлюбний договір підлягає судовій оцінці. Порядок здійснення судової оцінки	Особливості застосування шлюбного договору
Австралія	Ні.	У Family Law Act визначені умови, що мають бути обов'язково передбачені договором.	У разі укладення з дотриманням вимог законодавства.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності підстав для визнання договору недійсним.	Застосовується у разі: - укладення другого шлюбу; - існування суттєвих відмінностей між матеріальним станом сторін.
Австрія	Так.	Нотаріальне посвідчення.	У разі укладення з дотриманням вимог законодавства.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	
Бельгія	Ні. Законодавством встановлено перелік вимог щодо прав і обов'язків сторін та режиму власності, що є обов'язковими до виконання.	Нотаріальне посвідчення.	У період перебування у шлюбі, (крім випадків примусового введення режиму спільної власності майна подружжя) та після завершення дії режиму спільної власності на майно подружжя у разі розлучення або смерті.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	Застосовується у разі: - існує ризик потенційної майбутньої неплатоспроможності сторони; - сторони очікують на набуття активів, які не бажають включати у спільну сумісну власність подружжя.
Китай	Ні	У разі наявності умов щодо майна – обов'язкова письмова форма.	Виконання у загальному порядку на умовах договору.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	Зазвичай застосовується до шлюбів з іноземним елементом.
Чехія	Ні.	Письмова форма, нотаріальне посвідчення.	У разі укладення з дотриманням вимог законодавства. Договір є дійсним щодо третіх осіб виключно у разі, якщо такій особі відомо про укладення договору.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	Не поширені.

Данія	Ні. Загальним є режим спільної сумісної власності на майно подружжя.	Письмова форма.	У разі укладення з дотриманням вимог законодавства. Законодавством не вимагається обов'язкового надання повних відомостей щодо матеріального стану сторонами, а також не встановлено вимог щодо попереднього отримання сторонами незалежних юридичних роз'яснень змісту договору (підтверджується судовою практикою).	Судових претендентів щодо визнання шлюбного договору недійсним не зафіксовано. Зафіксовано незначна кількість випадків визнання судами післяшлюбних договорів недійсними з підстави укладення із застосуванням примусу.	Законодавчі обмеження щодо режиму власності на майно, який може бути обраний.
Естонія	Ні.	Нотаріальне посвідчення, обов'язкова реєстрація у відповідному Реєстрі.	У разі розлучення або смерті однієї із сторін.	Строк оскарження – 6 місяців з моменту укладення. Судова практика свідчить, що оскарження можливе у разі застосування примусу при укладенні договору, а також у разі допущення нотаріусом помилки.	Не поширені.
Франція	Ні. Щодо шлюбів з іноземним елементом застосовуються норми Гаазької конвенції – сторони самостійно визначають право, що застосовується.	Нотаріальне посвідчення. Законодавство не вимагає обов'язкового надання сторонами відомостей про матеріальний стан, а також не встановлює вимоги щодо попереднього отримання сторонами юридичних роз'яснень змісту договору.	Умови договору можуть поширюватися на третіх осіб. Обов'язкова умова дійсності – укладення має передувати шлюбу. Строк між укладенням договору та укладенням шлюбу не обмежений.	Договором не можуть бути передбачені умови щодо компенсаційних виплат у разі розлучення. У разі укладення договору з іноземним елементом за правом країни, що дозволяє передбачати умови щодо компенсаційних виплат у разі розлучення, такий договір буде визнаний судом Франції як обов'язковий до виконання.	Поширені. Застосовується режим роздільної власності на майно подружжя.

Німеччина	Ні. Загальним є режим роздільної власності на майно із застосуванням особливої форми компенсаційних виплат у разі розлучення або смерті. Договором може бути передбачена певна форма забезпечення виконання зобов'язання сторонами, умови щодо пенсійного забезпечення.	Письмова форма, підписання сторонами, нотаріальне посвідчення.	У разі укладення з дотриманням вимог законодавства. Не може містити умови щодо: - аліментів; - скасування пенсійного забезпечення; - рухомого майна.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності підстав для визнання договору недійсним. Дві умови недійсності: - відсутність найважливіших умов щодо прав та обов'язків сторін у разі розлучення (наприклад, умови щодо компенсаційних виплат) та/або; - нерівномірний розподіл прав та обов'язків сторін у випадку розлучення.	Застосовується у разі: - сторони мають бізнес; - нерівність матеріального стану сторін; - повторний шлюб; - бажання сторін або батьків закріпити право власності на майно.
Греція	Ні. Загальним є режим роздільної власності на майно. У разі, якщо матеріальний стан однієї із сторін суттєво покращився під час перебування у шлюбі, а інша сторона сприяла такому покращенню, то така сторона має право на отримання частини від покращення, що відповідає рівню її сприяння.	Нотаріальне посвідчення. Для того, щоб умови договору були обов'язковими до виконання третіми особами, такий договір має бути зареєстрований в секретаріаті Суду Афін першої інстанції.	Крім загального режиму роздільної власності на майно, сторонами може бути обраний виключно режим спільної сумісної власності на все майно або його частину. У разі, якщо сторонами обрано режим спільної сумісної власності на майно, проте майно, на яке поширюється цей режим власності не визначене, режим спільної сумісної власності поширюється виключно на майно набуте подружжям у шлюбі.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні. Суд перевіряє на відповідність законодавству окремі умови договору, а не договір в цілому.	Не поширені.

Герсі	Ні.	Вимоги до форми укладення не відрізняються від відповідних вимог, обов'язкових у Сполученому Королівстві.	У разі укладення з дотриманням вимог законодавства. Сторони не можуть самостійно здійснювати вибір юрисдикції суду. Сторони мають отримати попереднє незалежне юридичне роз'яснення змісту договору.	Суд оцінює договір з точки зору справедливості поділу прав та обов'язків сторін виходячи з власного розуміння справедливості.	Частота застосування зростає. Застосовується у разі: - нерівності матеріального стану сторін; - повторного шлюбу.
Гонконг	Ні.	Вимоги до форми укладення законодавством не передбачені. Проте договір обов'язково має містити окремі умови, передбачені законодавством.	Договір є обов'язковою до виконання у разі, якщо з моменту її укладення не відбулося непередбачуваної зміни обставин справи, а також якщо вона містить умови, вимоги щодо обов'язковості яких передбачені законодавством.	Прецедентів судової оцінки шлюбних договорів не зафіксовано.	Застосовуються рідко через: - непередбачуваність судової оцінки договору через недостатню сформованість законодавства; - не сформованість усталеної судової практики; - у більшості випадків майно потенційних клієнтів знаходиться у різних юрисдикціях.
Острів Мен	Ні.	Письмова форма.	Як за правом Англії та Уельсу.	Як за правом Англії та Уельсу.	Застосовуються рідко.
Джерсі	Ні.	При укладенні необхідно враховувати особливості місцевого законодавства – наприклад, особливий режим спадкування рухомого майна (примусовий)	Застосовується англійське право. Рішення щодо визначення порядку поділу майна при розлученні у будь-якому разі приймає суд.	Прецедентів судової оцінки шлюбних договорів не зафіксовано.	Частота застосування зростає.

Нідерланди	Ні. Загальним є режим спільної власності на майно подружжя.	Письмова форма. Нотаріальне посвідчення.	Умови договору є обов'язковими до виконання як під час перебування подружжя в шлюбі, так і при розлученні. Умови договору, що стосуються третіх осіб, є обов'язковими до виконання такими особами.	Суд може визнати шлюбний договір недійсним, оцінюючи її з точки зору засади розумності.	Близько 60% подружніх пар застосовують шлюбні договори.
Норвегія	Ні.	Письмова, з урахуванням вимог законодавства	У разі дотримання вимог законодавства щодо форми укладення та включення до Marriage Register, умови договору є обов'язковими до виконання сторонами, їх спадкоємцями та третіми особами.	Суд може визнати шлюбний договір недійсним, оцінюючи її з точки зору засад справедливості. При оцінці умов договору суд застосовує розширене тлумачення змісту.	Застосовує приблизно 10% подружніх пар.
Португалія	Ні.	Нотаріальне посвідчення.	У разі розлучення або смерті однієї із сторін.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	Законодавством передбачені певні обмеження щодо умов шлюбного договору: - не може містити умов щодо спадкування; - після укладення шлюбу сторони не можуть відмовитися від виконання договору, а умови договору не можуть бути змінені; - строк між моментом укладення договору та укладенням шлюбу не може перевищувати 1 року.
Шотландія	Ні.	Вимоги до форми укладення законодавством не передбачені.	Законодавством передбачена лише загальна можливість укладення договорів щодо режиму власності на майно.	Усталена судова практика щодо оцінки шлюбних договорів не сформувалась.	Зростання частоти застосування за останні 15-20 років.

Південна Африка	Ні. Загальним є режим спільної сумісної власності на майно подружжя.	Письмова та усна форма. Для того, щоб умови договору були обов'язковими для виконання третіми особами, такий договір має бути зареєстрована в The Deeds Office.	Умови договору не можуть суперечити вимогам законодавства (наприклад, сторони не можуть визначити договором інші умови нарахування компенсаційних виплат у разі розлучення, ніж передбачені законодавством).	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	Застосовується часто.
Іспанія	Ні. Загальним є режим спільної сумісної власності на майно подружжя (крім окремих регіонів країни). Виконання обов'язків щодо ведення домашнього господарства підлягає матеріальній компенсації.	Вимоги до форми укладення законодавством не передбачені. Рекомендується укладення у письмовій формі з нотаріальним посвідченням.	Договори, якими встановлюються «спеціальні режими власності майна подружжя» є обов'язковими до виконання.	Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	Застосовуються рідко.
Швеція	Ні.	Письмова форма. Реєстрація у суді та шлюбному реєстрі. Вважається дійсним з дня укладення шлюбу у разі, якщо реєстрація здійснена не пізніше 30 днів після укладення шлюбу.	Сторони можуть передбачити договору будь-який режим власності на майно. У разі необхідності змінити умови договору, сторони зобов'язані укласти новий договір. Сторони також можуть передбачити право, що підлягає застосуванню.	У разі дотримання вимог законодавства щодо форми укладення договору, сторона може розраховувати на задоволення претензій щодо умов договору виключно у випадку, якщо умовами така сторона повністю позбавлена власності.	Застосовуються часто.
Швейцарія	Ні.	Нотаріальне посвідчення.		Оцінюється судом виключно у разі встановлення наявності/відсутності порушень вимог законодавства при укладенні.	Застосовує приблизно 10% подружніх пар.

Додаток 3

Штат	Режим роздільного майна подружжя	Прийняття Uniform Premarital Agreement Act
Алабама	Так	Ні
Аляска	Так	Ні
Арізона	Так	Так
Арканзас	Так	Так
Каліфорнія	Так	Так
Колорадо	Так	Ні
Конектікут	Так	Так
Делавер	Так	Так
Округ Колумбія	Так	Так
Флорида	Так	Ні
Джорджія	Так	Ні
Гаваї	Так	Так
Айдахо	Так	Так
Іллінойс	Так	Так
Індіана	Так	Так
Айова	Так	Так
Канзас	Так	Так
Кентукі	Так	Ні
Луїзіана	Так	Ні
Мен	Так	Так
Меріленд	Так	Ні
Массачусетс	Так	Ні
Мічиган	Так	Ні
Міннесота	Так	Ні
Міссісіпі	Так	Ні

Міссурі	Так	Ні
Монтана	Так	Так
Небраска	Так	Так
Невада	Так	Так
Нью-Гемпшир	Так	Ні
Нью-Джерсі	Так	Так
Нью-Мексико	Так	Так
Нью-Йорк	Так	Ні
Північна Кароліна	Так	Так
Південна Дакота	Так	Так
Огайо	Так	Ні
Оклахома	Так	Ні
Орегон	Так	Так
Пенсильванія	Так	Ні
Род-Айленд	Так	Так
Південна Кароліна	Так	Ні
Південна Дакота	Так	Так
Теннессі	Так	Ні
Техас	Так	Так
Юта	Так	Так
Вермонт	Так	Ні
Вірджинія	Так	Так
Вашингтон	Так	Ні
Західна Вірджинія	Так	Ні
Вісконсін	Так	Так
Вайомінг	Так	Ні