

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ДОПУСТИТИ ДО ЗАХИСТУ
Завідувач кафедри
_____ Вишневецька С. В.
«___» _____ 2020 р.

КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА
ВИПУСКНИКА ОСВІТНЬОГО СТУПЕНЯ МАГІСТРА
ЗА ОСВІТНЬО-ПРОФЕСІЙНОЮ ПРОГРАМОЮ
«Правознавство»

Тема: «Особливості регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента»

Виконавець: Адамова Вероніка Степанівна

Керівник: д.ю.н., завідувач кафедри господарського права
Тімуш Ірина Сергіївна

Київ–2020

НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Юридичний факультет
Кафедра цивільного права і процесу
Освітньо-професійної програми «Правознавство»

ЗАТВЕРДЖУЮ
Завідувач кафедри
С. В. Вишневецька
« ____ » _____ 2020 р.

ЗАВДАННЯ

на виконання кваліфікаційної роботи

Адамової Вероніки Степанівни

1. Тема роботи «Особливості регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента» затверджена наказом ректора від 24 вересня 2020 р. № 1771/ст.
2. Термін виконання роботи: з 05 жовтня 2020 р. по 13 грудня 2020 р. та з 21 грудня по 27 грудня 2020 року.
3. Вихідні дані роботи: монографічна наукова література, нормативно-правові акти.
4. Зміст пояснювальної записки: дослідження особливостей регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента на основі аналізу чинного законодавства України, міжнародно-правових актів, наукової літератури та статистичних даних; поняття шлюбного договору, його аналіз та порівняння поняття в Україні та закордоном; аналіз проблематики регулювання всіх типів шлюбних та подружніх відносин ускладнених іноземним елементом; аналітичний огляд юридичних джерел з тематики кваліфікаційної роботи.

5. Календарний план-графік

№ пор	Завдання	Термін виконання	Відмітка про виконання
1	Вибрати тему кваліфікаційної роботи	до 01.10.2020	виконано
2	Затвердити тему і план роботи у наукового керівника	до 05.10.2020	виконано
3	Визначити статистичну, інформаційну базу дослідження скласти бібліографію	до 26.10.2020	виконано
4	Оформити і обговорити з науковим керівником перший розділ роботи	до 30.10.2020	виконано
5	Оформити і обговорити з науковим керівником другий розділ роботи	до 11.11.2020	виконано
6	Оформити і обговорити з науковим керівником третій розділ роботи	до 20.11.2020	виконано
7	Доопрацювати роботу, оформити її кінцевий варіант	до 29.12.2020	виконано
8	Отримати відгук керівника та рецензію	до 05.12.2020	виконано
9	Підготувати доповідь на захист	до 10.12.2020	виконано

6. Консультанти з окремих розділів

Розділ	Консультант (посада, П.І.Б.)	Дата, підпис	
		Завдання видав	Завдання прийняв
Консультанти з окремих розділів не залучались			

7. Дата видачі завдання: 05.10.2020 р.

Керівник кваліфікаційної роботи _____ д.ю.н., професор кафедри цивільного права і процесу _____ Тімуш Ірина Сергіївна
(підпис)

Завдання прийняв до виконання _____ Адамова Вероніка Степанівна
(підпис)

РЕФЕРАТ

Пояснювальна записка до кваліфікаційної роботи «Особливості регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента»: 90 сторінок, 3 розділу, 100 використаних джерел.

ШЛЮБНІ ТА ПОДРУЖНІ ВІДНОСИНИ, ВІДНОСИНИ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ, РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНИХ І ПОДРУЖНІХ ВІДНОСИН, ШЛЮБНИЙ ДОГОВІР.

Об'єкт дослідження: шлюбні та подружні відносини ускладнені іноземним елементом.

Предмет дослідження: особливості регулювання шлюбних та подружніх відносин при наявності іноземного елемента.

Мета кваліфікаційної роботи: аналіз особливостей правового регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента, виявлення теоретичних та практичних проблем, пов'язаних із шлюбними відносинами у міжнародному приватному праві та висловлення пропозицій щодо шляхів вирішення даних проблем.

Методи дослідження: загальнонауковий (діалектичний) метод пізнання і такі спеціальні методи, як історичний, логічний, системно-структурний, порівняльний, формально-юридичний та інші. Також були використані загальні основи формальної логіки.

В результаті проведеного дослідження здійснено комплексний аналіз правового регулювання шлюбних та подружніх відносин в Україні, виявлено проблеми та запропоновано основні напрями його удосконалення шляхом запровадження позитивного зарубіжного досвіду.

Матеріали кваліфікаційного дослідження можуть бути використані для удосконалення законодавства України шляхом внесення змін до законів у сфері шлюбних та подружніх відносин. Викладені в кваліфікаційній роботі висновки і теоретичні конструкції можуть бути використані в аналітичних цілях та при вивченні цивільно-правових дисциплін.

ПЛАН

Вступ 6

**РОЗДІЛ 1 ДЖЕРЕЛА РЕГУЛЮВАННЯ ПОДРУЖНІХ ВІДНОСИН
З ІНОЗЕМНИМ
ЕЛЕМЕНТОМ 11**

1.1. Правове регулювання шлюбно-подружніх відносин з іноземним
елементом українським
законодавством 11

1.2. Регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності
іноземного елемента в міжнародному
праві 24

**РОЗДІЛ 2 РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНИХ ВІДНОСИН З
ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ ЗА ДОПОМОГОЮ ШЛЮБНОГО
ДОГОВОРУ 31**

2.1. Загальна характеристика інституту шлюбного договору, проблеми
правової кваліфікації 31

2.2. Регулювання шлюбного договору з іноземним елементом на
національному та міжнародному
рівні 36

2.3. Укладення, виконання та припинення шлюбного договору з
іноземним елементом 40

**РОЗДІЛ 3 ПРОБЛЕМАТИКА РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНИХ
ВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ
ЕЛЕМЕНТОМ 51**

3.1. Актуальні проблеми регулювання шлюбних і подружніх відносин
при наявності іноземного
елемента 51

3.2. Умови за яких подружжя з наявним іноземним елементом може
розлучитись 62

Висновки	71
Список використаних джерел	80

ВСТУП

Актуальність теми. Відповідно до того, що міграційні процеси все зростають, поширюється міжнародне співробітництво, стало можливим з легкістю спілкуватись через мережу інтернет, ми можемо спостерігати швидке зростання шлюбних та подружніх відносин з наявним іноземним елементом. Тож, актуальним питанням є необхідність правового регулювання шлюбних та подружніх відносин в міжнародному приватному праві, укладання міжнародних договорів між державами, узаконення партнерських відносин, а також регулювання за допомогою шлюбного договору.

Регулювання подружніх та шлюбних відносин значною мірою обумовлюється моральними, релігійними нормами, традиціями у сфері подружніх відносин, що у різних країнах має свою специфіку. Особливо ускладненим є регулювання шлюбних відносин при наявності іноземного елемента, адже виникає колізія права, що обумовлюється відмінностями в національному законодавстві країн щодо укладення, зміни та розірвання шлюбу та регулювання подружніх відносин.

Але позитивним моментом є те, що наразі актуальною тенденцією розвитку серед європейських країн є процеси гармонізації внутрішнього законодавства у сфері сімейних відносин, адже вільне переміщення осіб є передумовою функціонування спільного ринку Європейського Союзу, а це неможливо без належного гарантування збереження права на шлюб, гарантованого національним законодавством, що зумовлює необхідність порушення питання розвитку інституту міжнародного та сімейного права.

При цьому відбуваються також процеси згладжування національних відмінностей у правовому регулюванні шлюбних та подружніх відносин через постійні спроби уніфікації сімейного права. Історично обумовлені традиціями та релігією правові норми почали поступатись місцем нормам, що відповідають потребам населення

Тоді як спільнота знаходиться у постійному розвитку, ми маємо розуміти, що потреби спільноти, в тому числі і щодо реалізації права на шлюб, також змінюються. В Україні, як у прогресивної держави, стоїть завдання постійного процесу переосмислення та узагальнення існуючих підходів правового регулювання шлюбних та подружніх відносин, в тому числі і ускладнених іноземним елементом, а також аналізу та запозичення позитивного досвіду інших держав та наближення національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

Теоретичне підґрунтя моєї кваліфікаційної роботи складають роботи таких українських та зарубіжних науковців, як: М. В. Антокольська, І. В. Жилінкова, Л. В. Липець, О. В. Розгон, З. В. Ромовська, О. О. Ульяненко, Л. П. Ануфрієва, М. М. Богуславський, А. С. Довгерт, В. П. Звєков, В. А. Ватрас, В. Балдинюк, В. К. Дмитрієва, С. І. Шимон, О. Ф. Мельничук, С. В. Клименко, тощо.

Також у роботі присутні такі законодавчі акти як Сімейний кодекс України, Цивільний кодекс України, Закон України «Про міжнародне приватне право», Гаазькі конвенції, Конвенції ООН, Міжнародні договори Європейського союзу, та національне право зарубіжних країн.

Незважаючи на досить велику кількість науковців, що займалися дослідженням шлюбних та подружніх відносин ускладнених іноземним елементом, ця сфера права розвивається і досі, що зумовило актуальність теми моєї кваліфікаційної роботи.

Мета і завдання виконання кваліфікаційної роботи. *Метою* кваліфікаційної роботи є аналіз особливостей правового регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента, виявлення теоретичних та практичних проблем, пов'язаних із шлюбними відносинами у міжнародному приватному праві та висловлення пропозицій щодо шляхів вирішення даних проблем.

Відповідно до поставленої мети сформульовано такі *задачі*:

- визначити поняття шлюбних та подружніх правовідносин та правовідносин, подібних до шлюбних (партнерських), їх правову природу та підстави виникнення на сучасному етапі розвитку суспільства;
- розглянути процес регулювання шлюбних відносин з іноземним елементом в українському законодавстві;
- розглянути процес регулювання шлюбних відносин з іноземним елементом в міжнародному законодавстві;
- визначити підстави застосування колізійного права при регулюванні шлюбних та подружніх відносин;
- охарактеризувати умови здійснення шлюбних та подружніх правовідносин ускладнених іноземним елементом;
- розглянути договірне регулювання міжнародних шлюбних відносин за допомогою шлюбного договору;
- розглянути варіанти регулювання шлюбних та подружніх відносин для одностатевих осіб;
- визначити підстави і порядок зміни та припинення шлюбних правовідносин при наявності іноземного елемента;
- проаналізувати проблемні аспекти шлюбних правовідносин з іноземним елементом;
- сформулювати пропозиції вирішення проблемних аспектів регулювання шлюбних та подружніх відносин з іноземним елементом;
- проаналізувати позитивний міжнародний досвід з метою імплементації його в національне законодавство України у сфері регулювання шлюбних та подружніх відносин з іноземним елементом в різних формах.

Об'єктом кваліфікаційної роботи є шлюбні та подружні відносини при наявності іноземного елемента.

Предметом кваліфікаційної роботи є виявлення особливостей регулювання шлюбних та подружніх відносин ускладнених іноземним елементом.

Методи дослідження. Методологічну основу кваліфікаційного дослідження складають сукупність філософських, загальнонаукових та спеціальних методів наукового пізнання. За допомогою *діалектичного (загальнонаукового) методу* було здійснено характеристику понять шлюбу, сім'ї, подружніх відносин в національному законодавстві, розкрито підстави та умови створення сім'ї в цілому та окремих її видів; *герменевтичний метод* дав змогу здійснити тлумачення змісту нормативно-правових та колізійних норм, понять, визначень і термінів, які використовувались у дослідженні як в українському законодавстві та і в законах інших країн; *метод системного аналізу та порівняльно-правовий метод* використовувались при порівнянні правових підстав укладення, зміни та розірвання шлюбу, його форм закріплення в Україні та країнах ЄС. Також були використані загальні основи формальної логіки, як синтез, індукція, дедукція, тощо.

Наукова новизна отриманих результатів визначається тим, що в роботі визначено порівняння понять сім'ї та шлюбу в національному законодавстві різних країн; здійснено поглиблення вже існуючих в науці сімейного права теоретичних розробок про регулювання шлюбних та подружніх відносин при наявності іноземного елемента; на підставі аналізу було сформовано актуальні проблеми регулювання міжнародних шлюбів та завдяки позитивному досвіду зарубіжних держав було сформовано пропозиції щодо покращення національного законодавства у сфері регулювання шлюбних та подружніх відносин.

Практичне значення отриманих результатів. Матеріали кваліфікаційного дослідження можуть бути використані в:

- науково-дослідній сфері для подальших теоретичних досліджень правового регулювання сімейного законодавства України та європейських країн;
- законотворчій роботі при розробці змін чинного законодавства України та укладенні нових міжнародних договорів з іншими державами;
- правозастосовній діяльності у судовій та юридичній практиці стосовно спорів на рахунок шлюбних та сімейних відносин ускладнених іноземним елементом;
- навчальному процесі при підготовці лекцій, методичних рекомендацій під час дослідження інституту сім'ї, шлюбних та подружніх відносин з іноземним елементом з таких навчальних дисциплін, як «Цивільне право», «Сімейне право», «Міжнародне приватне право», тощо.

Апробація результатів кваліфікаційної роботи.

- Ямненко Т.М., Адамова В. С. Регулювання сімейних відносин з іноземним елементом. Всеукраїнська конференція молодих учених і студентів «АЕРО-2020. Повітряне і космічне право» Том II 20 листопада 2020 р. (подано до друку);
- Адамова В. С. Особливості регулювання шлюбного договору з іноземним елементом. Матеріали XI міжнародної науково-практичної конференції «Сучасне право в епоху соціальних змін» 26 лютого 2021 р. (подано до друку).

РОЗДІЛ 1 ДЖЕРЕЛА РЕГУЛЮВАННЯ ПОДРУЖНІХ ВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

1.1. Правове регулювання шлюбно-подружніх відносин з іноземним елементом українським законодавством

В умовах глобалізації сьогодення світ не стоїть на місці, відбуваються певні інтеграційні процеси, спільнота все лояльніша до расових відмінностей і, як наслідок, істотно збільшився обсяг шлюбних та подружніх відносин з іноземним елементом.

Шлюбні та подружні відносини регулюються в різних країнах правовими актами сімейного права зі значними відмінностями у матеріально-правовому та процесуальному порядку. Специфіка регламентації сімейно-шлюбних відносин закладається у поєднанні історичних, релігійних та культурних традицій і дає підстави державам з відмінними правопорядками претендувати на врегулювання одних і тих самих відносин, якщо вони ускладнені іноземним елементом. Відмінним у різних державах також є поняття норм різного характеру, адже у одній країні релігійна норма, може бути закріплена як етична у іншій.

Так, можемо констатувати той факт, що питання регулювання шлюбних та подружніх відносин з іноземним елементом є актуальним для України як в теоретичному, так і в практичному сенсі. Досі існує потреба у вивченні іноземного законодавства задля запозичення та імплементації певних норм відповідних інститутів з метою кращого вирішення проблематики врегулювання шлюбних відносин ускладнених іноземним елементом [1].

Досі визначення «сім'ї» в новому Сімейному кодексі відсутнє. В статті 3 кодексу говориться лише те, що «сім'я є основним і первинним осередком суспільства; до сім'ї належать особи, які спільно проживають та пов'язані спільним побутом, мають спільні права та обов'язки». Таке визначення зовсім не розкриває ознак та змісту.

В юридичній літературі під сім'єю розуміється перелік таких визначень:

- союз осіб, що пов'язані шлюбом чи родинністю;
- союз осіб, що заснований на волевиявленості та рівноправності шлюбу, близькій родинності, вихованні біологічної чи усиновленої дитини, тощо, який характеризується спільністю життя й інтересів цих осіб, наділених відповідними правами й обов'язками;
- природньо сформоване об'єднання осіб, що ґрунтується на шлюбі, родстві, усиновленні чи інших формах відносин між цими особами і характеризується спільністю духовного та матеріального життя й інтересів, що забезпечують продовження роду і виховання дітей;
- соціальне утворення, що характеризується внутрішньою єдністю і поєднанням частин в єдине ціле; первинний і багатогранний осередок нашого суспільства;
- активна соціальна група, побудована на шлюбі чи на родинних відносинах.

Тобто, здебільшого під поняттям «сім'я» в Україні розуміється союз осіб пов'язаний шлюбними відносинами, родством чи усиновленням.

Сімейний кодекс України визначає шлюб як: «сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану» [2]. Науковці не задоволені його визначенням на законодавчому рівні і апелюють його більш емоційною стороною. В. Резнікова запропонувала таке визначення шлюбу: «Шлюбом є заснований на коханні вільний, рівноправний союз чоловіка та жінки, направлений на створення сім'ї та зареєстрований в органах реєстрації актів цивільного стану» [3, с. 90]. Вона вважає, що саме таке визначення говорить про заснування шлюбу на взаємних почуттях і прагненні створити сім'ю.

Л. Драгневич говорить про шлюб з більш практичної сторони, називаючи його «правовою угодою, що заснована на взаємовигоді та почуттях, що юридично оформлена у державних органах з метою створення сім'ї, у

результаті чого між особами виникають особливі шлюбні правовідносини» [4, с. 41].

Порядок укладення шлюбу в Україні та його форма визначаються правом України як для українських громадян, та і для союзів ускладнених іноземним елементом. Таке право регламентується Конституцією України та Сімейним кодексом України.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» шлюбні та подружні правовідносини ускладнені іноземним елементом можна поділити на:

- відносини з особою, що є іноземцем (тобто не має громадянства України та/чи є громадянином іншої держави)
- відносини громадянина України, який проживає за межами України, з іноземним елементом;
- відносини з особою без громадянства або з іноземною юридичною особою;
- відносини між громадянами України, але за законом прив'язки місцезнаходження майна, у зв'язку з яким виникають відносини, є за кордоном;
- відносини, виникнення, зміна або припинення яких пов'язане з юридичним фактом на території іншої держави [5].

Відповідно до статті 55 Закону «за заявою про укладення шлюбу, право на шлюб повинно визнаватись особистим законом кожного з подружжя» [5]. При укладенні шлюбу за українським законодавством, яке, до речі немає обмежень для укладення шлюбів з іноземним елементом, застосовуються вимоги Сімейного кодексу.

Дослідження регулювання відносин ускладнених іноземним елементом є вкрай важливим, оскільки основною проблемою є зіткнення усталених норм іноземних держав і національного законодавства, що породжує значну кількість колізій при регулюванні особистих немайнових та майнових відносин подружжя. Перебуваючи на території іншої країни в шлюбних

відносинах, особа здійснює декілька прив'язок – правопорядку громадянства держави та держави перебування.

Приватноправові відносини ускладнені іноземним елементом дещо відрізняються від решти приватноправових відносин, адже наявність у цих правовідносинах хоча іноземного елемента є підставою для застосування міжнародно-правових норм, зокрема у подружніх та шлюбних відносинах. Саме такі відносини ускладнені іноземним елементом мають так званій «міжнародний» характер. Такі приватноправові відносини регулюються за допомогою колізійних норм міжнародно-правового характеру та колізійними нормами національного законодавства. Основним історичним джерелом таких відносин є Цивільний кодекс та Сімейний кодекс, потім вже слідує спеціальні закони про міжнародне приватне право, що містять колізійні норми.

Відповідно до напрацювань З. Ромовської, є п'ять видів основних джерел міжнародного приватного права:

- внутрішнє законодавство ;
- міжнародні договори (угоди);
- правовий звичай;
- правовий прецедент;
- правову доктрину [6, с. 367].

Досить часто відбувається узгодженість національного та міжнародного регулювання шлюбних відносин при наявності іноземного елемента. Це можливо за наявності механізму трансформації (перетворення) міжнародно-правової норми на норми внутрішнього законодавства. Водночас відмічається й певна узгодженість міжнародного та внутрішнього (національного) регулювання. Специфікою такого регулювання шлюбних та подружніх відносин є те, що таке регулювання, з боку міжнародних норм, все більше витискає національне і поки не зрозуміло чи є позитивним цей спосіб [6, с. 369].

В Україні правове регулювання шлюбних та сімейних відносин з іноземним елементом здійснюється в основному за допомогою Сімейного

кодексу України та спеціальним законом про міжнародне приватне право. Найважливішим законодавчим актом, що регулює подружні та шлюбні відносини, в тому числі і ті, які стосуються відносин з іноземним елементом, є Закон України «Про міжнародне приватне право» [5].

Важливе значення у регулюванні шлюбно-подружніх відносин з іноземним елементом мають міжнародні договори між Україною та ЄС.

Закон України «Про міжнародні договори України» від 22 грудня 1993 р. передбачає укладення міжнародних двосторонніх договорів, зокрема про надання правової допомоги у цивільних та подружніх справах [7].

Так як Україна заінтересована врегульовувати відносини як із заходом, так і зі сходом у сфері цивільних та подружніх справ - вона бере участь у Конвенції «Про правову допомогу і правові відносини у цивільних, подружніх та кримінальних справах держав-членів СНД» підписаній 22 січня 1993 року [8]. Міністерство юстиції України 13 жовтня 2011 р. видає Роз'яснення (№ 0066323-11) про надання правової допомоги у майнових правовідносинах та спадкуванні відповідно до положень Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, подружніх та кримінальних справах від 22 січня 1993 року [9]. Цей документ спрямований на забезпечення належного захисту прав і законних інтересів осіб, що проживають на територіях Договірних країн.

Гаазька конференція з міжнародного приватного права продиктувала декілька конвенцій у сфері сімейного права:

1. Конвенція про визнання та виконання рішень у справах щодо аліментарних зобов'язань стосовно дітей 1958 р. Мета конвенції оснований на бажанні встановити спільні положення для регулювання виконання рішень щодо зобов'язань про утримання неповнолітніх [10].
2. Конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом 2009 р. Ціль конвенції закладається в поліпшенні становища дітей народжених поза шлюбом [11].

3. Конвенція про визнання розлучень та рішень про роздільне проживання подружжя 1970 р. Застосовується тільки до законних рішень щодо розлучення й роздільного проживання подружжя. Також у ній міститься закон доміцилію одного з подружжя [12].
4. Конвенція про укладення шлюбу та визнання дійсності шлюбів 1978 р. Згідно Конвенції, формальні вимоги укладення шлюбних відносин регулюються законодавством країни його укладення. Норми Конвенції регулюють визнання дійсності шлюбів, укладених у договірних країнах та порядок дії різних систем права в одній державі [13].
5. Конвенція про право, застосовуване до режимів власності подружжя 1978 р. Вирішення майнових питань, відповідно до Конвенції, здійснюється за допомогою колізійних прив'язок закону громадянства та закону місця проживання одного з подружжя. Також регулюється питання матеріального права в шлюбних договорах [14].
6. Конвенція про компетенцію і застосовуване право щодо захисту неповнолітніх 1961 р. конвенція установлює порядок усиновлення для подружжя з різним громадянством та дитиною до 18 років, яка теж є громадянином Договірної держави та має постійне місце проживання у цій державі [15].
7. Конвенція про право, застосовуване до аліментних зобов'язань. Вона застосовується до аліментних зобов'язань подружжя у випадку розлучення та щодо зобов'язань стосовно позашлюбної дитини. Норми Конвенції регулюють лише колізії законів стосовно аліментних зобов'язань та дозволяє застосовувати право не Договірних держав [16].
8. Конвенція про захист дітей та співробітництво стосовно іноземного усиновлення 1993 р. Конвенцію було прийнято з метою створити гарантії дотримання основних прав дитини при здійсненні

усиновлення та створити діючу систему співробітництва між державами для запобігання викрадення та торгівлі дітей [17].

9. Конвенція про юрисдикцію, застосовуване право, визнання, застосування та співпрацю стосовно батьківських обов'язків та заходів захисту дітей 1996 р. Метою Конвенції є встановлення заходів щодо виконання батьківських обов'язків та захисту дітей до 18 років [18].
10. Конвенція про міжнародне стягнення аліментів для дітей та інших видів сімейного утримання 2007 р. Метою Конвенції є забезпечення ефективного міжнародного стягнення аліментів на дітей та інших видів утримання та регулювання виконання цих рішень [19].

До іншої групи договорів у сфері сімейного права належать Конвенції ЄС:

1. Європейська конвенція про усиновлення дітей 2008 р. В Конвенції зазначено, що діти мають право бути присутніми при усиновленні та висловлювати свою волю на це [20].
2. Європейська конвенція про репатріацію неповнолітніх 1970 р. Дія конвенції розповсюджується на Договірні держави та регулює відносини між ними щодо міжнародного усиновлення та щодо репатріації неповнолітніх [21].
3. Конвенція про стягнення за кордоном аліментів 1956 р. Це універсальний договір, відкритий для підписання як державами-учасницями ООН, так і іншими державами. Його мета - полегшення провадження судових справ та стягнення аліментів за кордоном [22].
4. Конвенція про громадянство подружжя з різним громадянством 1977 р. Конвенцією встановлено принципи та правила, що стосуються громадянства фізичних осіб, а також правила, що регулюють виконання військового обов'язку у випадках наявності декількох громадянств у однієї особи відповідно до законів держав [23].

5. Конвенція про рівність подружжя у цивільному праві 1978 р. Нею затверджено рівність осіб у шлюбі та визначено принципи регулювання шлюбних відносин [24].

ООН також прийняла ряд документів, серед них:

1. Конвенція про громадянство одруженої жінки 1957 р. Метою конвенції є захист права жінок на громадянство, що виходять заміж за іноземців та недопустимість втрати жінкою свого громадянства у зв'язку з шлюбом або його розірванням. Також конвенція захищає жінок у випадку колізій держав з питань громадянства та запобігає становленню жінки як особи без громадянства [25].
2. Конвенція ООН про права дитини 1989 р. Це перший і основний міжнародний правовий документ обов'язкового характеру, що визначає права дітей у широкому спектрі [26].
3. Декларація ООН про соціальні та правові принципи 1986 р. Декларація містить рекомендації державам у випадках коли діти зазнають морального та фізичного насилля у сім'ї та розглядає варіанти передачі опіки над ними родичам, органам опіки, або усиновлення дитини [27].

Одним із вирішальних напрямів сучасної державної політики є реформування внутрішнього законодавства з метою наближення його до світових стандартів правового законодавства демократичної країни.

В. Ватрас вважає, що Україна обрала шлях автономної кодифікації колізійних норм приватного права і це не є в повній мірі вірним рішенням, адже на його думку більш дієвою є кумулятивна кодифікація [28]. На думку В. Звекова сутність її полягає у тому щоб видати невеликий за обсягом закон, який буде об'єднувати загальні положення міжнародного приватного права та збереже галузеве регулювання відповідних інститутів у різних кодексах, як відбувається зараз у деяких країнах Європи [29, с. 305].

На противагу, більшість вчених проти такого способу кодифікації, адже це може поставити під загрозу баланс між загальними положеннями

міжнародного приватного права та колізійними нормами. Я притримуюсь думки В. Балдинюка, який вважає, що кумулятивна кодифікація не розв'яже проблему конфлікту між колізійними нормами на рівні національного законодавства, а також існує великий ризик того, що судова практика не буде користуватись лише колізійними нормами певних кодексів, нехтуючи загальними правилами дій цих колізійних норм [30, с. 28].

Також є вчені, які згодні з думкою К. Дмитрієвої про те, що кращим виходом для законодавця буде прийняти закон під назвою «Основи міжнародного приватного права», який би врегулював загальні інститути міжнародного приватного права та положення про правовий статус іноземців [31, с. 87].

Ідеологією переважної більшості нормативно-правових актів, на тему регулювання шлюбних і сімейних відносин, є пріоритет сім'ї, її цінність для життя та розвитку людини, зміцнення і захист інституту сім'ї зі сторони суспільства та розробка державами загальнонаціональної сімейної політики.

Для правового регулювання шлюбних та подружніх відносин у міжнародному приватному праві є характерним домінуючість колізійних норм над уніфікованими нормами.

В багатьох державах правові норми регулювання подружніх відносин мають історичні і релігійні коріння, звичаї і традиції, що лягли в основу нормативно правових актів та відображають специфіку менталітету народу та держави. На думку М. Богуславського ця особливість дещо перешкоджає уніфікації колізійних норм, розбіжності регулювання подружніх відносин є практично у всіх державах, але сам набір інститутів сімейного права багато в чому схожий [32].

Основними колізійними проблемами подружніх та шлюбних відносин ускладнених іноземним елементом, відповідно до Н. Крилової, є:

- Заборона шлюбів з іноземцями;
- Неможливість заключення шлюбу без дозволу батьків\опікунів, або дипломатичного дозволу;

- Обмеження з расових або релігійних причин;
- Жорсткі закони патріархальних общин;
- Укладення шлюбів за дорученням;
- Неможливість одностатевих шлюбів;
- Понесення відповідальності за відмову вступити у шлюб; неможливість відмови;
- Полігамія та моногамія [33].

Для того щоб укласти офіційних шлюб, в законодавстві практично кожної держави є певні умови обов'язкові до виконання для осіб які хочуть вступити у шлюб, та щодо оформлення [34]. В Україні не вважається укладеним шлюб, який не зареєстрований в РАЦС. З точки зору законодавства шлюб укладений в церковних установах — вінчання, не вважається дійсним до його реєстрації в РАЦС. Умовами дійсності шлюбу є в Україні:

- шлюб може бути укладений лише між чоловіком та жінкою;
- волевиявлення обох осіб на шлюб;
- відсутність перешкод для укладення шлюбу (не можуть перебувати у шлюбі родичі прямої лінії, особа що вже перебуває у шлюбі);
- досягнення шлюбного віку особами;
- дієздатність осіб [35, с. 72].

Досить цікавим є питання на рахунок диспенсації шлюбів. У більшості країн мінімальний шлюбний вік встановлений у 18 років, але є також можливість зниження нижньої межі віку [2]. За заявою особи, яка досягла 16 років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб – диспенсація, за умови волевиявлення особи. Також, згідно ст. 34 Цивільного кодексу України, особа яка вступила в шлюб до набуття повноліття набуває повної фізичної дієздатності у момент реєстрації шлюбу [36].

Принцип моногамії – є основою укладення шлюбів всіх без винятку європейських держав, що регламентується законодавством та релігією. Іслам, єдина світова релігія, яка допускає багатоженство.

При укладенні шлюбів коли дружиною мусульманина, який вже має дружину чи дружин, стає громадянка європейської держави - виникає колізія, адже по праву її держави такі шлюби не можуть бути укладені. Тоді виникають так звані «кульгаючі відносини» - шлюби, котрі визнаються в одній державі та не признані в іншій. Таку колізійну проблему важко вирішити, адже у змісті таких шлюбів відсутня однаковість матеріальних норм, але держави продовжують спроби уніфікувати окремі інститути сімейного права. Першою та відомою такою уніфікацією стали країни Латинської Америки, що завершилось прийняттям Кодексу Бустаманте 1928 р. (уніфікації колізійного права) [37].

Умовою укладення шлюбу є відсутність споріднення між особами, що вступають в шлюб. Перешкода шлюбів між родичами прямої лінії споріднення є у всіх сучасних державах. Передують цьому навіть не моральні норми, а великий відсоток можливості виникнення спадкових захворювань у дітей [38]. Виняток ставить тільки шлюб між рідною дитиною усиновлювача та усиновленою ним дитиною, а також між дітьми, які були усиновлені ним, але тільки за рішенням суду.

Ще однією із умов шлюбу є приналежність осіб до різної статі. У разі коли у особи виявлена фізична аномалія, тоді таке питання вирішується компетентними органами, судом чи прокуратурою. Щодо одностатевих шлюбів, то вони дозволені лише в деяких європейських країнах та у ряді штатів США. В Україні такі шлюби не дозволені. Так виникає досить проблемне питання – як одностатевим партнерам скористатись правом на вступ до шлюбу у країнах з інститутом одностатевої сім'ї? На практиці єдиним виходом є набуття двома особами громадянства країн де визнаються такі шлюби, або мати постійне проживання на території країн де можливі одностатеві шлюби

Гарним практичним варіантом є партнерський договір. У листопаді 2020 року за ініціативою юриста Артема Афяна та Олесі Соломіної був укладений перший такий договір між ЛГБТ-парою, однією із учасників якої є сама Олеся. Сам договір Артем Афян Артем намагався імплементувати ще 10 років тому, але тоді ще не було пар, які б погодились це зробити відкрито, адже в нашій країні лише малий відсоток є лояльним до таких відносин. Автор каже: «у документі є все, що нині змогли "вижати" з Конституції та іншого законодавства України з застосуванням до людей, які живуть разом як пари, незалежно від статі» [39].

Партнерський договір відповідає чинному законодавству України. Підписання такого договору дає людям можливість захистити себе та свої стосунки на рівні держави, отримуючи більшість прав, що і при укладенні шлюбу. Договір узаконює партнерство людей, що засноване на довірі та взаємних домовленостях [40].

А. Афян та О. Соломіна планують і далі боротись за можливість легалізувати одностатеві шлюби в Україні, що дає надію на побудову нової, прогресивної та лояльної України. Я вважаю молодь повинна підтримувати такі ініціативи.

Питання щодо розірвання шлюбу з іноземним елементом вирішується по різному в різних державах. Є три основні шляхи розірвання міжнародного шлюбу:

- 1) застосування національного закону державою громадянства;
- 2) застосування закону місця проживання подружжя;
- 3) застосування закону країни суду.

Також не рідко держави поєднують ці прив'язки для розірвання шлюбу.

До речі, проблема з кульгаючими шлюбами, які я згадувала раніше, діє і на розлучення. Існують держави які не визнають іноземних рішень щодо розірвання шлюбу.

Здійснення батьківських прав при розірванні шлюбів ускладнених іноземним елементом є також актуальним та проблемним питанням. Дуже багато випадків коли діти незаконно вивозились з України одним із батьків та насильно утримувались там, особливо часто таке буває при рішенні суду залишити дитину з іншим з батьків. Така складність виникає переважно через неможливість міжнародною спільнотою захистити українських дітей, адже Україна не бере участі у Гаазькій конвенції 1980 р. про цивільно-правові аспекти викрадення дітей в міжнародному масштабі. Метою цієї конвенції є сприяння негайному поверненню незаконно переміщених або викрадених дітей [41].

1.2. Регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента в міжнародному праві

Однією з важливих проблем законодавчого регулювання подружніх та шлюбних відносин з іноземним елементом є узгодженість двох і більше держав для врегулювання відносин у цій сфері, але цілковитої єдності джерел в міжнародному приватному праві та міжнародному сімейному праві немає.

С. Шимон виділяє чотири види джерел міжнародного приватного права:

- внутрішнє, тобто національне законодавство держави;
- судову та арбітражну практику;
- міжнародні договори;
- міжнародні та торговельні звичаї [42, с. 10].

На противагу, його колега-науковець, М. Антокольська говорить тільки про три види, об'єднуючи внутрішнє законодавство і судову та арбітражну практику єдиним терміном – внутрішньодержавне законодавство [43, с. 157].

Колізійні норми не регулюють шлюбні та подружні відносини ускладнені іноземним елементом. Основною задачею колізійних норм є врегулювання зв'язку, що виникає завдяки шлюбним правовідношенням з

іноземним елементом, з правопорядками відповідних держав, на територіях яких виникає це правовідношення через наявність іноземного елемента.

Повертаючись до визначення шлюбу, то можна сказати як і в Україні, так і в інших державах, однозначного підходу немає. Тоді як законодавство однієї країни таке визначення містить, то законодавство іншої – містить лише умови укладення шлюбу. Щодо законодавства країн Європейського Союзу, то визначення шлюбів часто відсутнє. Наприклад, ЦК Франції такого визначення не містить, але акцентує увагу на тому, що шлюб може бути укладений лише між двома особами різної статі [44, ст. 143].

Необхідною умовою здійснення шлюбу, в тому числі і з іноземним елементом, є дотримання законодавчих вимог незалежно від держави укладення. А оскільки у кожній країні є власні правові норми регулювання подружніх відносин, виникають чисельні правові колізії.

Право на шлюб закріплено в основоположних нормативно-правових актах переважної більшості країн, адже це відповідає принципу верховенства права та гарантує дотримання основних прав та свобод людини. Історичні витоки волевиявлення укладення шлюбу закріпленні у Загальній декларації прав людини ООН. Відповідно до статті 16 Декларації [45]:

- «особи, що досягли повноліття мають право без будь-яких расових, релігійних або національних обмежень на укладання шлюбу та заснування сім'ї;
- особи, що вступають до шлюбу користуються однаковими правами під час його укладення та розірвання;
- шлюб може бути укладеним тільки за умови вільної і повної згоди сторін, що мають намір одружитись;
- сім'я є природним та основним осередком суспільства та має право на захист зі сторони держави».

У Конституціях більшості країн світу закріплено право на шлюб.

Важливим є розуміння таких понять як «реалізація суб'єктивного права» та «механізм реалізації суб'єктивних прав». Безпосередньою діяльністю особи

в межах правових норм є реалізація суб'єктивного права, завдяки якому за особою закріплюється відповідні права та обов'язки, а механізм реалізації відповідно – сукупність засобів здійснення правових можливостей особи та способів захисту в разі порушення цих прав.

На думку О. Мельничука сама особа не реалізує норму права, що вміщує загальні правила поведінки, а втілює у своїй правомірній поведінці сам зміст суб'єктивного права. Поняття «реалізація норм права» є дещо умовним, оскільки термін «реалізація» призиває до певних дій, а сама норма права – є статичною, а в рух її приводять юридичні факти [46].

У кожній країні існують власні способи встановлення праце- та дієздатності суб'єктів шлюбних та подружніх відносин. При укладенні шлюбу в Україні застосовуються вимоги Сімейного кодексу щодо підстав недійсності шлюбу. З метою встановлення дієздатності та працездатності осіб ч. 1 ст. 55 Закону України «Про міжнародне приватне право» містить колізійну норму, щодо особистого права особи, яка має намір реалізувати своє право на шлюб [5].

Для вирішення питання де та за яких умов буде укладений шлюб, ускладнений іноземним елементом, існує низка спеціальних колізійних прив'язок:

- 1) особистий закон - розуміється в основному як закон громадянства особи, наприклад, в таких країнах як Казахстан, Італія, ФРН, Іспанія, Греція, Австрія, Бельгія, Єгипет, Швеція, тощо;
- 2) закон місця проживання – відповідно розуміється як місце фактичного проживання особи. Є в Австралії, Новій Зеландії, Великобританії, тощо;
- 3) змішана форма прив'язок, коли об'єднуються закон громадянства та закон місця проживання. Така форма застосовується у Болгарії та Франції, тощо;

4) закон місця укладення шлюбу. Застосовується переважно країнами Латинської Америки та США і є частиною загальних прив'язок як закон місця вчинення дії, тощо [46, с. 23].

Правове регулювання подружніх відносин є дуже важливим для держави, адже саме сім'я є основним суспільним осередком та основою для культурного та економічного розвитку країн; а також утвердженням певних понять про права та обов'язки молодого покоління.

Таким чином, основною підставою створення сім'ї в Україні є реєстрація шлюбу, який несе в собі права та обов'язки подружжя, встановлені Сімейним кодексом України, іншими нпа, міжнародними договорами та шлюбним договором. На думку Л. Липець шлюбом є «добровільний сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану або консулами України. Проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя» [47, с. 8–9].

Розглядаючи можливість укладення шлюбу з іноземним елементом на території України, як зазначає науковець Б. Левківський [48, с. 20], важливо врахувати мінімальний шлюбний вік у якому можливий вступ до шлюбу та прийняти до уваги те, що навіть якщо за особистим законом особи шлюбний вік визначається за критеріями іншої країни, або якщо встановлено інший віковий ценз, особі, яка має намір укласти шлюб в Україні, потрібно буде звернутися до суду відповідно до ч. 2 ст. 22 Сімейного кодексу України [2].

В статті 2 Конвенції про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік і реєстрацію шлюбу визначено, що «держави-учасниці мають обов'язково встановити мінімальний шлюбний вік: особи не досягнувши відповідного віку не мають право на вступ до шлюбу, крім випадків коли компетентний орган влади робить виняток з правил та дозволяє зниження мінімального шлюбного віку» [49].

З практичної точки зору ми можемо знайти певну кількість випадків, коли є необхідність надання права на шлюб особам до досягнення

мінімального шлюбного віку у зв'язку із вагітністю. Наприклад, у за заявою особи А в справі № 2-о/0301/26/11 Володимир-Волинським міським судом від 15.04.2011 було винесено рішення про надання права на шлюб з особою Б. У заяві було зазначено, що особа А, як досягла лише 14 років, є вагітною і укладення шлюбу відповідає її інтересам. Вмотивований заявою, суд заслухав пояснення особи А, перевірів матеріали справи, свідоцтво про народження та довідку про вагітність, та визнав позов таким, що підлягає задоволенню. Особа Б також підвередила свій намір до укладення шлюбу. Таким чином, надання особі, яка не досягнула мінімального шлюбного віку, права на шлюб відповідало її інтересам [50].

Відповідно до статті 234 Цивільного Процесуального Кодексу України «заяви щодо надання особі права на шлюб повинно розглядатись окремим провадженням у суді» [51]. На цю тему Німак Н. просить звернути увагу, що право на шлюб належить кожній особі відповідно до закону, саме тому є неможливим спір на рахунок наявності чи відсутності його у осіб. Судом має встановлюватись наявність чи відсутність необхідних умов для одруження та на цій підставі винести рішення про надання особі можливості на реалізацію права на шлюб [52, с. 130].

М. Менджул вважає, що Законом України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо підвищення шлюбного віку» від 15 березня 2012 р. у ст. 23 було необґрунтовано змінено вік з «чотирнадцяти» до «шістнадцяти», давши дозвіл тим самим подавати заяви до суду лише особами, яким виповнилось 16 років. На її думку, необхідно поновити попередню редакцію статті знову на: «За заявою особи, яка досягла чотирнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам» [53, с. 149].

Отже, вступити у шлюбні відносини особа може або з моменту досягнення нею шлюбного віку, або з моменту набрання законної сили рішенням суду про надання особі права на шлюб. Також важливо пам'ятати,

що справи щодо надання права на шлюб не можуть бути розглянуті третейським судом та не можуть бути закриті при укладенні мирових угод.

Відповідно до статті 1 Конвенції про згоду на взяття шлюбу, «шлюб не може бути укладеним без повної вільної згоди двох сторін, що має бути висловлена ними особисто у присутності свідків та представника влади, який має право на офіційне оформлення шлюбу» [49]. Винятком є випадки, коли за певних обставин одна із сторін не може бути присутня при заключенні шлюбу, вона повинна запевнити представника влади у волевиявленні своєї згоди та що не візьме її назад. Тоді, у порядку визначеним законом, особа може діяти через свого представника. Але така можливість представлена не усіма державами. Добровільність шлюбу є однією із умов укладення шлюбу та одною з основних його засад. Примушення жінки чи чоловіка до шлюбу є порушенням прав людини та за рішенням суду визнається недійсним. Також неможливим є укладення шлюбу коли одна із осіб не дієздатною або за якихось причин не може усвідомлювати правильність своєї дій.

Між тим, як зазначає С. Клименко, відомі випадки регламентації згоди батьків на укладення шлюбу неповнолітніми особами в зарубіжних країнах. Наприклад у Цивільному кодексі Франції прямо прописана можливість відступу від вікових обмежень за згодою батьків при вагомих підставах и надається прокурором Республіки [54, с. 31].

Аналізуючи чинне законодавство України, відповідно до Конституції «шлюб ґрунтується на вільній згоді чоловіка та жінки, а в Сімейному кодексі визначено, що шлюбом - є сімейний союз чоловіка та жінки, що зареєстрований у державному органі реєстрації актив цивільного стану» [55]; ми можемо зробити висновок, що реєстрація шлюбів в Україні є можливим тільки між особами різної статі.

Але, відповідно до статті 26 Сімейного кодексу в переліку осіб, що можуть вступити до шлюбу не зазначено неможливість цього особами однієї статі. Однак вже в статті 27 Кодексу вказано що «одностатеві шлюби не

можуть бути зареєстровані у органі державної реєстрації актів цивільного стану» [2].

За статтею 58 Закону України «Про міжнародне приватне право» «шлюб між громадянином України та іноземним елементом укладений за межами України, відповідно до прав іншої держави, визнається дійсним за додержанням громадянином України всіх вимог Сімейного кодексу» [5]. Тобто, ми можемо припустити, що громадянин/-ка України та громадянин/-ка іншої держави можуть укласти шлюб за межами України і він буде визнаний чинним українським законодавством за умов зазначених у статті.

Статистичні дані інших країн:

- В Ізраїлі неможливо укладення шлюбу між одностатевою парою, але визнаються такі шлюби укладені за кордоном та за законодавством іншої країни;

- 28 країн світу мають чинне законодавство щодо укладення звичайного шлюбу, яке розповсюджується і на одностатеві шлюби;

- 14 країн світу не дозволяють укладати звичайні шлюби між одностатевими парами, але мають альтернативу – реєстрацію подружніх відносин (має різні назви відповідно до різних країн, наприклад зареєстроване партнерство, цивільний шлюб, тощо). До цих країн відтепер належить и Україна, де, як я вже зазначала, відтепер з'явився партнерський договір;

- 13 країн Європи дозволяють укладати одностатеві шлюби та мають дозвіл на реєстрацію партнерства;

- У 12 країнах Європи дозволені одностатеві партнерства, але заборонені одностатеві шлюби;

- Данія, Норвегія, Швеція та Ісландія свого часу запровадили одностатеві партнерства, а потім дозволили одностатевим парам укладати звичайний шлюб чим автоматично конвертували

укладені партнерства в шлюби, але припинили реєструвати нові партнерства, а вже зареєстровані залишили в тому ж статусі [56].

Враховуючи норми законодавства України, описані вище передумови реалізації суб'єктивного права на шлюб є основними та можуть вплинути на виникнення нових шлюбних відносин з іноземним елементом не тільки серед традиційних пар.

РОЗДІЛ 2 РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНИХ ВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ ЗА ДОПОМОГОЮ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ

2.1. Загальна характеристика інституту шлюбного договору, проблеми правової кваліфікації

Поняття шлюбного договору в Україні з'явилося в Україні в зв'язку із внесенням доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю 1992 року [57], а пізніше було закріплено у Сімейному кодексі 2004 року [2]. І хоча інститут шлюбного договору існує в українському законодавстві досить давно, на практиці є досить багато проблем щодо його застосування, не кажучи про наявність іноземного елемента.

Інститут шлюбного договору належить до тієї категорії правових інститутів, що не мають відношення до процесів глобалізації, проте врегульовується нормами законодавства багатьох країн з різних правових сімей. Це свідчить про те, що вказаний інститут зберігає свою самобутність на національному рівні, оскільки національні норми є досить різноманітними за змістом, умовами та порядком укладення шлюбних договорів [58, с. 65].

Так як норми та положення національного законодавства в різних країнах є досить різними, як наслідок серед джерел міжнародного права відсутні договори, які могли б прямо регулювати договірні шлюбні відносини з іноземцями. Але навіть при таких розбіжностях це можливо за допомогою інституту колізійно-правового врегулювання, який діє як на національному, так і на міжнародному рівнях. Щодо українського законодавства, норми щодо багатосторонніх та двосторонніх міжнародних договорів, а також щодо шлюбного договору з наявним іноземним елементом, включені до Закону України «Про міжнародне приватне право» [5]. Проблематика закладається тільки в тому, що Закон не визначає зміст багатьох понять, що значно відрізняються в правових системах різних країн, і виникає необхідність

гармонізувати положення українського законодавства і норми міжнародного приватного права.

Теоретичним дослідженням інституту шлюбного договору займалось досить велика кількість як вітчизняних, так і зарубіжних науковців. Серед них можу виділити М. Антокольську, І. В. Жилінкову, Л. В. Липець, О. В. Розгон, З. В. Ромовську, О. О. Ульяненко, В. А. Ватрас, В. П. Звекова, А. А. Нукушеву, тощо.

Шлюбний договір можуть заключити лише особи, що мають право на реалізацію шлюбу. Тобто, з боку іноземців, або громадян України, що постійно проживають на території країн де можливе закріплення одностатевих відносин на законодавчому рівні, наприклад зареєструвати шлюб, це не можливо за українським законодавством.

Сторонами, що хочуть заключити шлюбний договір, можуть бути лише подружжя або особи, що подали заяву про реєстрацію шлюбу. Неповнолітні також можуть заключити шлюбний договір, але завірений нотаріально та лише у письмовій формі, тільки зі згоди батьків чи піклувальників [5].

Найважливішою частиною майнових відносин є стосунки сімейної власності, що включає і власність інших членів сім'ї, не тільки чоловіка та дружини [59, с. 85].

Ось тут ми і можемо поговорити вже про наявну проблему. На практиці доволі часто шлюб укладається між різними за соціальним статусом (становищем) особами та, не дивлячись на почуття та довіру закоханих, є доволі розумним і нормальним задаватись переліком питань. Наприклад «Чи потрібно нам заключати шлюбний договір?», «Чи не є фіктивним цей шлюб?», «Чи не залишусь я ні з чим при розлученні?», «Чи потрібно мені якимось захистити себе та своє майно?».

При цьому всьому потрібно звернути особливу увагу на менталітет та рівень життя у нашій країні. Так як інститут шлюбного договору є досить молодим на теренах України, деякий відсоток населення не сприймає

шлюбний договір як спосіб уникнути проблем у майбутньому. Це є однією з проблем інституту шлюбного договору в Україні [60].

Отже, з причинами, та, відношенням до цього громадянами, ми розібрались. Можливо така сторона шлюбного договору і є образливою, але важливою особливістю шлюбного договору ж те, що відповідного до нього усі майнові та немайнові обов'язки мають інакший сенс, ніж зазначений загальними правилами сімейного законодавства, а головним вважаються умови поділу майна при розірванні шлюбу, а також погашення спільних боргів кожним із подружжя [2].

Ми також можемо резюмувати те, що находячись у шлюбі, майно як належить одному із подружжя, чи було\буде одержано ним в шлюбі в дар чи спадок, стане їхньою спільною сумісною власністю. При такому розкладі, шлюбним договором можливо визначити розмір часток кожного із подружжя у праві власності на майно у шлюбі [61].

Щодо особистих прав кожного із подружжя, то це заборонено врегульовувати шлюбним договором. Доцільною є думка І. В. Жилінкової на рахунок цієї теми: «Заборона законодавством України вносити до шлюбного договору умови, що стосуються особистих прав кожного з подружжя можливо визначити такими особливостями: 1) особисті права та обов'язки, що встановлені законом, не можливо відокремити від особи яка є їх об'єктом; 2) як цивільно-правовий правочин, шлюбний договір має можливість бути приведеним в дію примусово, якщо у цьому буде потреба» [62, с. 98].

Тобто, ми маємо розуміти, що не є доцільним включати до шлюбного договору немайнові обов'язки, наприклад щодо прибирання, які держава буде не в змозі змусити виконати когось із подружжя. Але, спираючись на практичний досвід інших країн, подружжю дають змогу прописати у договорі свої очікування від союзу, тобто визначити характер та перевагу на рахунок тих чи інших взаємовідносин між собою та іншими особами, тощо. Таким чином, за допомогою такого підpunkту у шлюбному договорі, подружжя може

спонукати до певної поведінки один іншого, а не для виконання примусових дій [63].

Коли пара заключає шлюбний договір до офіційного шлюбу, він починає діяти тільки з моменту реєстрації шлюбу державними органами, а коли договір укладений після шлюбу – строк його дії починається з його нотаріального посвідчення.

Строк дії шлюбного договору подружжя прописують безпосередньо у самому договорі, але якщо цього немає, діє загальнообов'язковий строк який визначений у ст.631 ЦК України – це «час протягом якого сторони можуть виконувати свої права та обов'язки по відношенню один до одного та договору» [36].

Актуальним на сьогодні є питання на рахунок того, коли саме починає розповсюджуватись дія договору на майно, якщо це не було прямо прописано у договорі? Існує два рішення: перше це з моменту нотаріального посвідчення, тобто якщо у одного з подружжя є нажите майно до укладення шлюбного договору – його дія на нього не розповсюджується; друге – з моменту укладення шлюбу, тоді дія договору розповсюджується на усе майно спільно нажите у шлюбі. Але краще всього, за рекомендацією нотаріусів та науковців, чітко визначати всі питання на рахунок майна у своєму шлюбному договорі [64].

Отже, у висновку можу сказати що шлюбний договір є досить вагомою цивільно-правовою угодою, що допомагає уникнути спірних питань на рахунок майнових та немайнових відносин, які можуть виникнути у разі розлучення. З іншої сторони, зважаючи на менталітет у нашій країні, не всі досі можуть прийняти такий договір як нормальну річ з моральних переконань та розглядають його дещо з матеріальної сторони відносин по типу трудового договору.

Така думка суспільства та непопулярність шлюбного договору існує через деяку непоінформованість населення в Україні. Але все ж таки тим парам, які хочуть заключити такий договір, закон надає можливість самим

вибрати весь перелік питань які будуть включені до нього та додати будь-які власні умови щодо спільного правового режиму майна, або такі які не суперечать моральним цінностям суспільства, тощо.

Якщо проаналізувати історію виникнення шлюбних договірних відносин з іноземним елементом, то можна зробити висновок, що інститут шлюбного договору існує досить давно, майже в кожній країні були давні традиції на рахунок міжнародних шлюбів та їх укладення. Найбільш широко такі договори були розповсюджені на теперішній території США та Європи і сучасне його трактування має витяги з джерел цих країн. В країнах з романо-германською правовою системою укладення шлюбного договору має свої особливості і є надзвичайно важливою [65].

Як ми вже знаємо, шлюбний договір регулюється індивідуально під порядки кожної країни, адже існують великі відмінності матеріальних та процесуальних умов його укладення. Це пояснюється специфікою внутрішнього сімейного права та неможливості уніфікації норм матеріального характеру. Так виникає колізія права, що обумовлена наявністю іноземного елемента у шлюбних подружніх відносинах та відмінним змістом законів країн подружжя [66, с. 189].

Зазвичай, регулювання шлюбного договору колізійними нормами на державному рівні міститься у різноманітних нормативно правових актах країни, наприклад щодо договірних шлюбних відносин з іноземним елементом, то цьому присвячені в основному цивільно-правові нормативні акти. В країнах де діє загальне право, за відсутності кодифікованих нормативно-правових актів, частіше всього зустрічаються судові прецеденти, що регулюють шлюбний договір ускладнений іноземним елементом.

2.2. Регулювання шлюбного договору з іноземним елементом на національному та міжнародному рівні

Проаналізувавши іноземні джерела міжнародного приватного права, можна зробити висновок, що регулюванню підлягають лише особисті майнові та немайнові відносини які є предметом шлюбного договору, але щодо самого договору – спеціальні норми регулювання відсутні.

Важливим елементом у міжнародному приватному праві є колізійна прив'язка – це найбільш узагальнені правила, які дозволяють визначити, право якої держави слід застосовувати для певного виду правовідносин. В тому числі це підходить і під регулювання шлюбних відносин та шлюбного договору [67, с. 172]. Поширеними колізійними прив'язками при регулюванні 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 Україні шлюбні договірні відносини з іноземним елементом регулюються Законом України «Про міжнародне приватне право» [5]. Відповідно до ст. 59 цього Закону, може бути використана така колізійна прив'язка як *lex voluntatis*, де сторони можуть обрати право, що підлягає застосуванню до шлюбного договору.

У ст. 5 Закону «Про міжнародне приватне право» за принципом автономії волі, «сторони можуть самостійно вибирати права, що підлягають застосуванню до змісту правовідносин, тобто з необмеженого кола правопорядків, якщо інше не суперечить законам України» [5]. У ч. 1 ст. 61 Закону, міститься це «необмежене» обмежене коло правопорядків. Згідно статті подружжя може обрати для регулювання шлюбного договору:

- 1) право особистого закону особи;

2) право держави, у якій один з подружжя має зареєстроване місце перебування;

3) право держави за місцем знаходження майна (що стосується регулювання нерухомого майна) [5].

Так як у статті 59 Закону не зазначено які саме правовідносини підлягають регулюванню договором (майнові та\чи немайнові), науковці вважають що предметом договору є саме майнові відносини, оскільки більшість наслідків шлюбу – майнові, якщо відсилатись до статті 61 Закону України «Про міжнародне приватне право» [5]. Але, як зазначає А. Довгерт, слід мати на увазі що це відноситься лише до кола правопорядків регулювання шлюбного договору, з який подружжя мало право зробити вибір та зміст якого напряду буде залежати від обраного правопорядку [1, с. 352].

Так, можемо зробити висновок, що Законом України «Про міжнародне приватне право» «шлюбний договір з іноземним елементом регулюється принципом автономії волі за допомогою таких колізійних прив'язок як: закон громадянства особи (*lex patriae*), закон місцезнаходження речі (*lex rei sitae*) та закон місця проживання особи (*lex domicilii*)» [5]. У разі зміни особистого закону або закону місця проживання того з подружжя, до якого було прив'язане обране право з зазначених правопорядків, що вибрало подружжя, то воно припиняє своє застосування або змінюється за згодою кожного з подружжя. Далі, знову обране право застосовується до правовідносин з моменту укладення шлюбу, якщо інше письмово не встановлено подружжям. У випадку відсутності вибору права подружжям майнові наслідки шлюбу визначаються загальним правом, що застосовується до правових наслідків шлюбу [68, с. 159].

Підтримуючи переважну більшість науковців, я схильна до думки, що така велика різноманітність колізійних прив'язок дає можливість для більш повного захисту прав та інтересів подружжя, та кожного з них окремо [69]. Але, наприклад, О. Ульяненко вважає що велика кількість колізійних

прив'язок може похитнути уявлення подружжя щодо регулювання їхніх майнових та немайнових прав, обраним правопорядком [70, с. 87].

Говорячи про регулювання інституту шлюбного договору ускладненого іноземним елементом законодавством різних країн, деякі норми є доволі специфічними для таких шлюбів і в деяких випадках неможливість регулювання, що обумовлює використання норм загальної дії. В таких випадках застосовується процес уніфікації норм, які вказують для кожного випадку право якої держави підлягає застосуванню у відносинах з наявним іноземним елементом [71, с. 141].

Загалом міжнародні конвенції будуються на тих же принципах, що і внутрішнє право країн учасниць: значення шлюбного договору подружжя; законодавцем надається можливість вибору та зміни правового режиму майна подружжя; закріплення обмежень щодо зміни та вибору права регулювання майнових відносин подружжя; визначення права країни, яке підлягає застосуванню внаслідок укладення шлюбу та виділення майнових відносин з єдиного комплексу відносин подружжя, тощо.

Такі міжнародні договори та уніфіковані акти мають дуже велике практичне значення на міжнародно-правовому рівні. Особливо для країн де інститут шлюбного договору, як Україна, ще розвивається, оскільки такі міжнародні акти відображають практику держав та законодавств, де вже закріпився шлюбний договір, та зазначають основоположні принципи для договірних шлюбних відносин з іноземним елементом [73].

Для України впровадження міжнародних Конвенцій, що стосуються шлюбних договірних відносин є особливо важливим та практичним, адже в зв'язку з процесом інтеграції нашої держави у світову спільноту, збільшуються кількість шлюбних відносин ускладнених іноземним елементом. Такі шлюби потребують права вибору законодавства країни, що буде регулювати їхні подружні відносини під час укладення, перебування у шлюбі чи розлучення. Зробити це можна шляхом укладення шлюбного договору де пара може включити відповідне їм положення.

Ми маємо розуміти те, що законами різних держав обумовлено свої особливості щодо предмету шлюбного договору, порядку укладення та суб'єктного складу договірних відносин. Країни регулюють шлюбні договірні відносини у індивідуальному порядку, відповідно до відмінностей у матеріальних та процесуальних умовах держави укладення, що обумовлюється необхідністю вибору подружжям права, яке підлягає застосуванню у разі ускладнення відносин іноземним елементом. У своїй роботі я розглядаю тільки українське законодавство щодо регулювання шлюбного договору у порівнянні з іншими державами.

Але загальним у всіх державах є мета шлюбного договору, яка полягає у можливості врегулювання потреб подружжя щодо майнових відносин.

Отже, за допомогою шлюбного договору можливо визначити розмір часток кожного із подружжя у праві власності на майно у шлюбі, але щодо особистих прав кожного із подружжя та немайнових відносин, то це заборонено врегульовувати шлюбними договірними відносинами. Але, подружжю дають змогу прописати у договорі свої очікування від союзу, тобто визначити характер та перевагу на рахунок тих чи інших взаємовідносин між собою та іншими особами.

У разі припинення шлюбного договору при наявності іноземного елемента, потрібно звертатись до загальних положень договірного права країни укладення.

Українська правова система, у порівнянні з іншими державами, має спрощений порядок розірвання шлюбу, та дає іноземним особам достатнє поле можливостей для реалізації особистого права на розірвання шлюбу. Єдиним проблемним питанням є необізнаність іноземного елемента, або інші особисті уявлення про процедуру на шляху до законного припинення шлюбних відносин. Однак умови розлучення іноземними особами в Україні вже ж має свою специфіку, тому в кожному випадку потрібно індивідуально підходити до вирішення наявних проблем та звертатись за фаховою допомогою до відповідних органів, що можуть надати юридичну консультацію.

Визначення територіальної підсудності справи про розлучення, тобто вибір компетентного суду для подання позову, як правило, здійснюється на підставі загальних процесуальних вимог заявників, на підставі яких позов подається до суду за місцем реєстрації відповідача. Цивільно-процесуальне законодавство України визначає можливість також застосування іншої територіальної підсудності у цій категорії. Це означає, що в деяких випадках, визначених законом, іноземний позивач має право обрати інший суд (ніж за місцем проживання обвинуваченого) із позовом про розлучення.

2.3. Укладення, виконання та припинення шлюбного договору з іноземним елементом

Укладення та виконання будь-якого шлюбного договору, в тому числі з іноземним елементом, мають свій порядок та умови та відповідають загальним вимогам до його укладення:

- особи, що укладають шлюбний договір, мають володіти певним обсягом цивільної дієздатності;
- договір має відповідати законам та бути укладеним у відповідній формі;
- договір має бути укладений добровільно з обох сторін.

Також, у шлюбного договору є і специфічні умови, що відповідають його сімейно-правовій природі [62, с. 172].

У переважній більшості країн шлюбний договір, в тому числі і ускладнений іноземним елементом, може бути укладено як у шлюбі, так і до нього. Умовно ми можемо поділити їх на «дошлюбні» та «післяшлюбні» договори. Умовно, тому що в Україні досі не існує такого поділу шлюбних договорів, на відміну від практики ряду зарубіжних країн, де ці поняття розрізняються на законодавчому рівні та наділені власним змістом.

Щодо визначення початку дії шлюбного договору, то час його укладення має важливе значення. Так для договорів укладених до реєстрації шлюбу на законодавчому рівні, дія договору починається з самого моменту реєстрації. Щодо договорів укладених у шлюбі, то він набирає чинності з моменту нотаріального посвідчення чи реєстрації [73, с. 58].

Зміст «дошлюбних» та «післяшлюбних» договорів також може відрізнятися. Договір укладений до шлюбу зазвичай має більш загальний характер та містить положення в основному щодо майнових питань. Післяшлюбні договори зазвичай мають цільовий характер та можуть визначати певну поведінку осіб у шлюбі.

Стаття 6 Загальної декларації прав людини зазначає, що «кожна людина, не залежачи від місця свого перебування, має право на визнання її правосуб'єктності. З виникненням права осіб на укладення шлюбу, виникає і право на укладення шлюбного договору». Тобто, коли особа має право на шлюб – це пов'язано з її правосуб'єктністю, як фізичної особи, тобто набуттям цивільної дієздатності [45].

Через неоднакове визначення правосуб'єктності фізичної особи та набуттям нею повної дієздатності різними країнами, виникає колізія з питань дієздатності особи.

Відповідно до ст. 26 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, подружніх та кримінальних справах від 2002 року, «дієздатність фізичної особи визначається за законодавством Договірної Сторони, громадянином якої є ця особа. Щодо дієздатності осіб без громадянства, то вона визначається за правом країни його постійного місця проживання» [8].

Це питання також може бути вирішене за допомогою внутрішнього права країни проживання. Наприклад за законом Австрії правоздатність та дієздатність особи визначається відповідного його особистого закону [73]. В Україні відповідно до ст. 16 Закону України «Про міжнародне приватне право» особистим законом фізичної особи вважається «право держави її

громадянства. У випадку якщо у особи є декілька громадянств, особистим законом особи є держава, де вона проживає чи займається основною діяльністю» [5].

На мою думку, важливим є питання, з якого саме моменту неповнолітні особи мають право на укладення шлюбного договору? Адже виникнення дієздатності фізичних осіб може не співпадати з досягненням шлюбного віку.

Шлюбний договір має специфічний суб'єктивний склад, до нього відносяться лише подружжя, чи фізичні особи які мають намір укласти шлюб. Тобто особливістю укладення шлюбного договору є зв'язок особи з укладенням шлюбу. Таким чином, можемо вважати, що з моменту виникнення у осіб права на шлюб, вони мають право на укладення шлюбного договору, що стосується також випадків заниження шлюбного віку судом. У тому випадку, коли сторонами шлюбного договору є неповнолітні, законодавство різних країн має містити особливі норми. Відповідно до законів України, «для укладення шлюбного договору неповнолітньою особою, їй потрібна письмова згода її батьків засвідчена нотаріусом» [2].

При укладенні шлюбного договору ускладненого іноземним елементом, часто виникає проблема неможливості присутності такої особи при його укладанні. З цього випливає питання чи можливе укладення договору через представника? Це доволі важке але актуальне для міжнародних шлюбів питання, оскільки постійне місце проживання однієї з сторін може бути у іншій країні, а не всі держави містять норми прямо передбачаючи надання можливості укладення договору через представника. Наприклад у Німеччині шлюбний договір може бути укладений лише за одночасної присутності обох сторін та обов'язково посвідчуватись нотаріусом [74].

При виникненні питання щодо права якої буде застосовуватись для укладення шлюбного договору за можливістю представництва за довіреністю, я вважаю, що релевантніше буде застосувати право країни, яка визначає правосуб'єктність сторін договору, особистий закон особи, тому що представництво сторін шлюбних договірних відносин має прямий зв'язок з

особами що його укладають. Щодо форми та строку дії довіреності, вона визначається правом країни де її видали.

Укладеним шлюбний договір може вважатись лише за дотримання всіх умов його оформлення та згоди усіх сторін договору. Як я вже зазначала раніше, у шлюбному договорі може міститись будь-яка кількість пунктів, угод з приводу різноманітного переліку питань подружжя. У зв'язку з цим, виникають і певні умови щодо його строків, порядку, предмету, тощо. Незважаючи на обсяг договору, він не буде вважатись укладеним поки подружжя не вирішить всі спірні питання по кожному його пункту [61].

Великою помилкою є забувати про істотні умови для певних договірних відносин, наприклад якщо подружжя хоче закріпити у шлюбному договорі умову згідно якої одна сторона повинна забезпечити сім'ю житлом на певний відрізок часу, то істотними умовами цього є вид та розмір житлової площі, її зміна у разі народження дитини, умови щодо проживання інших сторін та час надання можливості проживання, тощо [61, с. 76].

Найбільшою відмінністю у законодавстві різних країн є питання регулювання змісту шлюбного договору, особливо ускладненого іноземним елементом, хоча закон і дозволяє подружжю регулювати виключно майнові відносини, а закони деяких країн дозволяють скасування чи зміну режиму майнових відносин. В Україні статтею 59 Закону «Про міжнародне приватне право» сторони через шлюбний договір можуть обрати право, що застосовується до їхніх майнових відносин [5].

Щодо інших випадків, більшістю яких є шлюбні відносини з іноземним елементом, то закон використовує колізійне регулювання особистих майнових та немайнових відносин. Наприклад, це стосується питання щодо майнових шлюбних відносин у системі права де можливе регулювання майнових прав та обов'язків подружжя, тоді законодавцю необхідно застосувати колізійні норми щодо особистих немайнових відносин у разі можливості шлюбним договором визначати особисті немайнові права та обов'язки.

Цікавим фактом є те, що Республіка Білорусь є єдиною державою СНД, що надає можливість договірному регулюванню особистих немайнових відносин подружжя [75].

Щодо відповідальності у разі порушення шлюбного договору одним із подружжя, або кожного з подружжя, а саме невиконання чи неналежне виконання умов договору, то в Україні, нажаль, відсутній інститут забезпечення виконання договірних зобов'язань. У судовому порядку особа може лише вимагати виконання самого зобов'язання, але притягнути до відповідальності – ні.

Доречним на цю тему буде висловлювання А. Корецького «внаслідок широкого поля для суб'єктивного розсуду суду невідомо, яким буде ефект» [76].

Але у разі виникнення сімейно-правової відповідальності, згідно з ч. 4 ст. 15 СК України – «невиконання або ухилення від виконання сімейного обов'язку встановленого Кодексом або за домовленістю сторін, є підставою для застосування відповідних наслідків. Суд може застосовувати встановлені законом, або за домовленістю сторін, способи захисту відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України» [2]. Такими загальними способами захисту є відшкодування матеріальної шкоди особі та відшкодування моральної шкоди.

Але проблемою є те, що в вітчизняному законодавстві досі немає чіткого поняття «моральна шкода». Відповідно до ст. 23 ЦК України моральною шкодою визнається [14]:

- 1) «фізичний біль та страждання, яких зазнала фізична особа у зв'язку з каліцтвом чи іншим ушкодженням здоров'я;
- 2) душевні страждання, яких зазнала фізична особа у зв'язку з протиправною поведінкою по відношенню до неї, членів її сім'ї чи близьких родичів;
- 3) душевні стражданням, яких зазнала фізична особа через знищення чи пошкодження її майна;

4) приниження честі та гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи» [35].

Зважаючи на кількість абьюзивних відношень на сьогодні, я згідна з думкою О. Отраднної. Науковець пропонує визначати моральну шкоду як негативні наслідки для внутрішнього та психічного здоров'я людини; її самопочуття, відчуттів та ментального здоров'я, що можуть порушитись у зв'язку з абьюзивним мордуванням та відсутності емоційного благополуччя. Ці наслідки можуть призвести до психічного розладу обох учасників шлюбу [77].

До відповідальності у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням договору можливо притягнути особу через регулювання договірних прав цивільно-правових договорів, до яких також відноситься шлюбний договір.

В. Липець пропонує закріпити на законодавчому рівні перелік санкцій, які подружжя може встановити за неналежне виконання чи невиконання умов шлюбного договору:

- «розірвання шлюбного договору та задіяння двосторонньої реституції, щодо майна, враховуючи тривалість шлюбу, наявність дітей, тощо;
- розірвання шлюбного договору без поновлення кожного з подружжя в попередньому майновому становищі;
- змінення умов договірних шлюбних відносин;
- обов'язок особи, яка порушила шлюбні зобов'язання за договором, відшкодувати іншому матеріально та моральну шкоду через невиконання чи неналежне виконання умов шлюбного договору;
- з урахуванням тривалості шлюбу, наявності дитини, тощо, є обов'язок сплатити потерпілій особі у шлюбі неустойку, якщо така встановлена умовами шлюбного договору» [46, с. 187].

Відповідальність при порушенні шлюбного договору особливо ускладнюється за наявності іноземного елемента, тому дуже важливо включати в шлюбний договір пункту щодо відповідальності сторін, визначення форм, підстав та розміру відповідальності при порушенні [78].

Специфічною умовою договірних шлюбних відносин ускладнених іноземним елементом є умова про вибір права, що відповідає міжнародному характеру укладення шлюбного договору.

Як я вже зазначала раніше, держава надає можливість подружжю обрати право, що буде застосоване до їх майнового режиму, але воно обмежено переліком прав з який можна зробити вибір. Такий перелік передбачено у статті 3. Конвенції про право, що застосовується до режимів власності подружжя 1978 року, згідно якої «подружжя може визначати тільки обране з переліку прав для регулювання режиму всієї їх власності:

- 1) право країни громадянства одного із подружжя;
- 2) право країни проживання одного з подружжя;
- 3) право першої країни, в якій один з подружжя

набуває нового звичайного місця проживання після шлюбу» [13].

Відповідно до статті 59, 61 Закону України «Про міжнародне приватне право» подружжя укладаючи шлюбний договір «може обрати право особистого закону особи чи право держави громадянства одного з них». Щодо майна, то це право держави де воно знаходиться [5].

Хоча і вибір права регулювання договору допомагає подружжю бути впевненими у застосуванні цього права судами більшості країн, при обраному праві іноземної держави, один із подружжя має ризик необізнаності в обраному праві. Зазвичай при шлюбних відносинах з іноземним елементом, одна сторона виступає з твердженням про те що їй не були зрозумілі всі тонкощі умов шлюбного договору через незнання мови, термінології чи особливостей законів країни.

В таких випадках, щоб вберегти себе, американські юристи радять прибігти до допомоги відеозапису самого укладення договору з

проголошенням на камеру його істотних умов, добровільної згоди на укладення, підтвердження розуміння та прийняття всіх умов договору, відповіді на всі питання один одного щодо наслідків у випадку розірвання договору, тощо. Також дієвою порадою є запросити на укладення адвоката з рідної країни чи з розумінням обох мов [79].

Форма шлюбного договору є важливим елементом та визначає його дієвість щодо застосування матеріального права або права місця укладення договору. Така вимога ж колізійним регулюванням та міститься переважно у міжнародних приватних джерелах країн [80].

В країнах загального права вимоги до форми шлюбного договору, відповідно до ст.12 Гаагської Конвенції 1978 року, відповідають вимогам до форми внутрішнього права, що застосовується до режиму власності подружжя, або внутрішнього права місця укладення шлюбного договору. Договір укладається виключно у письмовій формі та датується і підписується кожним із подружжя [12].

В країнах континентального права шлюбний договір укладається також у письмовій формі та має бути нотаріально завіреним [82].

Зміна громадянства, місця проживання, народження дитини, погіршення чи покращення матеріального стану, тощо, все це сприяє виникненню певних об'єктивних та суб'єктивних факторів, що впливають на подружжя, та передують виникненню нових чи зміни уже існуючих обставин. Велике значення такі обставини мають при застосуванні до шлюбних договірних відносинах з іноземним елементом, адже наслідки укладення можуть сильно відрізнятись від раніше запланованих до укладення договору.

Адаптуючись під реалії подружнього життя, законодавством переважної більшості країн передбачена можливість «зміни зобов'язань відповідно до змінених умов щодо місця, предмета, інших умов, тощо; чи розірвання шлюбного договору - припинення дії зобов'язання сторін» [35].

В Додатку 1 містяться практичні рекомендації щодо укладення шлюбного договору громадянами України.

В Україні також передбачена зміна чи розірвання таких договорів. Ст. 100 СК України визначено, що «до шлюбного договору подружжя можуть бути внесені зміни та умови зміни» [2]. Як і сам договір, зміни у нього також повинні нотаріально посвідчуватись. Договір може бути змінено як за згодою сторін, так і за вимогою однієї із сторін у судовому порядку відповідно до інтересів сторін та істотних умов.

Зі сторони цивільного регулювання укладення, розірвання чи зміни шлюбного договору Верховний суд України рішенням від 28 січня 2015 року № 6–230цс14 постановив: «Оскільки договір, у тому числі шлюбний договір, передусім є категорією цивільного права, то відповідно до ст. 8 СК України у випадках договірного регулювання подружніх 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» [82].

Щодо шлюбних договорів з іноземним елементом, головним питанням при його зміні та розірванні є право якої країни буде при цьому застосоване. Так само як і при укладенні шлюбного договору, його зміна можлива при умові вибору застосованого права подружжям. Також, саме застосоване право також можливо змінити за згоди кожного з подружжя, проте з деякими особливостями, що полягають у застосуванні зворотної сили такої зміни.

Законодавство України також надає можливість сторонам шлюбних відносин змінити застосоване право, за умови дотримання певних положень. Вибір та зміна раніше обраного права може бути здійснена у будь-який час, має зворотню дію але не може бути:

- 1) 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 [5].

Щодо розірвання шлюбного договору, то його дія може бути припинена як добровільно, так і в судовому порядку в залежності від підстав та

волевиявлення сторін. В випадку добровільного розірвання, то воно можливе тільки тоді коли подружжя спільно домовиться про його розірвання, в іншому випадку від продовжить свою дію. Щодо розірвання у судовому порядку, то через неможливість виконання договірних зобов'язань, спір подружжя буде розглянуте у суді [61].

Також шлюбний договір припиняє свою дію у разі смерті одного із подружжя.

В Україні припинення дії шлюбного договору можливе не лише за умови його розірвання, а і у формі відмови від такого договору. Відповідно до ст. 101 СК України «подружжя має право відмовитися від шлюбного договору і всі права та обов'язки, встановлені договором, припиняють свою дію» [2]. Щодо майнових відносин подружжя, врегульованих таким договором, то з моменту спільної відмови від нього, починає діяти законний режим, чи інший договірний режим подружжя. Одностороння відмова від договору – неможлива.

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) судом була встановлена обов'язкова письмова форма відмови від шлюбного договору [83].

РОЗДІЛ 3 ПРОБЛЕМАТИКА РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНИХ ВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

3.1. Актуальні проблеми регулювання шлюбних і подружніх відносин при наявності іноземного елемента

Відповідно до того, що Україна взяла на себе зобов'язання реформувати законодавство відповідно до стандартів Європейського Союзу, це зобов'язує державу до адаптації сімейного законодавства до нових стандартів.

При урахуванні глобальних інтеграційних процесів, наявність колізійних проблем у інституті сімейного права, вимагає від країни утворення найбільш прийнятних умов укладення шлюбу, тобто необхідно наблизити внутрішнє регулювання до механізму захисту прав та інтересів суб'єктів сімейних відносин за допомогою позитивної міжнародної практики. Це сприятиме утворенню подружніх союзів, в тому числі при наявності іноземного елемента, оскільки такі шлюбні та подружні відносини сприяють побудові соціально розвиненої та демократичної країни.

Актуальними проблемами шлюбних та подружніх відносин ускладнених іноземним елементом є в основному загальні колізійні питання щодо укладення, зміни та розірвання шлюбів з іноземцями та подальшому регулюванню таких відносин; питання особливостей колізійних прив'язок у сфері шлюбних відносин. Також є ряд специфічних питань, котрі теж потребують уваги, наприклад щодо «кульгаючих шлюбів» та тих, що стосуються правового статусу дитини в «міжнародних» шлюбах.

Правові підстави щодо створення сім'ї фактично можуть ділитись на:

- 1) правові підстави формального характеру – шлюбні відносини, зареєстроване партнерство, одностатевий шлюб, усиновлення, прийняття дітей позбавлених батьківського піклування прийомною сім'єю або через дитячий будинок сімейного типу;

- 2) правові підстави фактичного характеру – споріднення членів сім'ї, проживання в союзі жінкою та чоловіком при незареєстрованому шлюбі органами реєстрації цивільного стану [84, с. 68].

До основних проблем правових колізій щодо обмеження укладення шлюбів відносять:

- 1) Обмеження на фоні расових та релігійних заборон;
- 2) заборона шлюбів з іноземними громадянами;
- 3) необхідність отримання дозволу батьків, опікунів, тощо, для вступу у шлюбні відносини;
- 4) Заборона одностатевих шлюбів;
- 5) укладення шлюбів через представників (тобто можливість укладення шлюбу не по своїй волі);
- 6) полігамність та моногамність шлюбів;
- 7) відповідальність перед законом за відмову вступити у шлюбні відносини;
- 8) «кульгаючі відносини» [32, с. 59].

Для того щоб уникнути суттєвих проблем пов'язаних з вступом до шлюбу, законодавством багатьох країн було поставлено певні умови для осіб, що хочуть заключити шлюб та щодо самої процедури укладення шлюбу. Ці умови, що потрібні для укладення офіційно визначеного законом «традиційного» шлюбу, називають ще критеріями реалізації шлюбу. До таких умов можна віднести:

- взаємо згода осіб, що вступають у шлюбні відносини;
- досягнення особами, що мають намір вступити у шлюб, шлюбного віку;
- присутність обох осіб на реєстрації шлюбного союзу;

- відсутність інших перешкод визначених законами країн громадянства [33, с. 90].

Майже у всіх країнах світу найпершою умовою для вступу у шлюб є досягнення особами шлюбного віку. При цьому існує диспенсація, тобто зниження мінімального шлюбного віку, що створює значну проблему в міжнародному приватному праві. У більшості державах шлюбний вік складає 18 років, але в деяких країнах є інші вікові межі, що в основному стосуються жіночого полу; в інших країнах – взагалі немає мінімальної шлюбної вікової межі. Яскравим прикладом на контрасті з Україною є Ємен. За його законами важливим є сексуальна сформованість осіб, що вступають до шлюбу, а не їх вік [34, с. 72].

Щодо уніфікації колізійного права різних країн, про що я вже писала вище, то у Кодексі Бустаманте 1928 року є спеціальні підрозділи присвячені врегулюванню проблем, що виникають при вступі до шлюбу, відповідно до законів держави укладення шлюбу. По факту у кодексі зазначено, що «при дотриманні тієї форми укладення шлюбу, що вимагає законодавство країни укладення, шлюб буде розцінюватись як реальний. Але, якщо умовою країни укладення є церковні ритуали, то ця країна може визнати шлюб, укладений її громадянами за кордоном, реальним без дотримання цієї умови» [36].

Однієї із основоположних умов шлюбного союзу є відсутність споріднення між особами, що мають намір одружитись. Заборона такого союзу між родичами прямої лінії спорідненості на сьогодні є у всіх країнах світу, оскільки такий шлюб з великою вірогідністю може призвести до важких генетичних захворювань у дітей таких зав'язків. Цікавим фактом є те, що у мусульманських країнах до кровного родства прирівнюється годування дитини однією «молочною» матір'ю [31].

Найгострішим питанням у сучасному сімейному праві на світовому рівні є фізіологічна ознака шлюбу. Сімейним законодавством багатьох держав закріплені позиції можливості укладення шлюбів виключно партнерами різної статі. Звичайно, існують країни у яких вже внесено відповідні зміни до

законодавства та вони надають змогу укласти шлюби особам однієї статі, але таких держав на жаль замало для реалізації усіма особами свого права на шлюб. Як зазначає І. Ревуцька «фізіологічна ознака шлюбу є сьогодні головною і принциповою відмінністю у законодавчому визначенні шлюбу, що міститься в законодавстві України та країн-членів ЄС» [84, с. 84].

Наступною умовою вступу до шлюбу є приналежність осіб до різної статі. При наявності патологічних проблем, за якими особою не може сказати до якої статі вона належить, це визначається кваліфікованими органами за інформативної підтримки медичних представників. Наприклад, такими органами в різних країнах є: трибунал у Великій Британії, в Італії – прокуратура.

У деяких країнах Європи та декількох штатах Сполучених Штатів Америки є дозвіл на укладення шлюбу особами однієї статі. У зв'язку з цим виникає питання хто саме може скористатись цими законами у випадку місцезнаходження громадянина іншої держави, на території цих країн. На практиці короткочасне перебування осіб з метою навчання чи роботи, туризму не дає їм можливості на вступ до одностатевого шлюбу. Для цього особи повинні бути громадянами країн де легалізували такі шлюби чи мати право на постійне місце проживання на території цих країн.

Відповідно до статистичних даних наданих центром «Наш світ» досить суттєвий відсоток населення України складають ЛГТБ особи, що мають право на врегулювання своїх сімейних стосунків, як одностатевих шлюбних партнерів, але не можуть реалізувати це. Такими особами є гомосексуали, бісексуали та трансгендери [85].

Не зважаючи на міжнародні тенденції та прецедентне право Європейського суду з прав людини, що вказують на необхідність врегулювання сімейного статусу однополіх партнерів на законодавчому рівні, законами України не передбачено жодної форми правового визнання цих стосунків, за виключенням партнерського договору.

В Україні присутня дискримінація одностатевих відносин навіть у порівнянні з різностатевими відносинами неодружених партнерів. Більшість українського народу негативно відноситься до ЛГТБ осіб та реалізацію права на шлюб, зокрема, на особисте сімейне життя. Відповідно до того, що демократична держава повинна в обов'язковому порядку враховувати можливості та інтереси всіх соціальних груп та протидіяти нетерпимості проти вразливих груп, а конкретно гомофобії. Про це йдеться також у багатьох міжнародних документах стосовно України.

Українською владою визнано цей обов'язок, про що свідчить План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року. Він передбачає "розроблення та подання на розгляд Кабінету Міністрів України законопроекту про легалізацію в Україні зареєстрованого цивільного партнерства для різностатевих і одностатевих пар з урахуванням майнових і немайнових прав, зокрема володіння та наслідування майна, утримання одного партнера іншим в разі непрацездатності, конституційного права несвідчення проти свого партнера" [87].

Відповідно до міжнародного досвіду, визнання однополіх відносин на законодавчому рівні не викликає помітних соціальних змін та проблем у масштабі цілого суспільства, а навпаки сприяє вирішенню наявних проблем певного осередку. За даними від засновників партнерського договору, велика кількість одностатевих пар прагне офіційно зареєструвати свої відносини. «Реєстроване партнерство, як альтернативна форма визнання подружніх відносин, є затребуваним також серед гетеросексуальних сімейних пар, які за тієї чи іншої причини не хочуть укласти звичайний шлюб» зазначають А. Афян та О. Соломіна [38].

А. Кравчуком зазначає, що « основні відмінності між звичайним шлюбом і реєстрованим партнерством полягають у спрощеній процедурі укладення та розірвання останнього, а також у питаннях щодо всиновлення дітей. Реєстрованим партнерам часто не дозволяється спільне всиновлення

дітей третіх осіб, але дозволяється всиновлення дітей своїх партнерів, яких вони спільно виховують» [88].

Відсутність однакової норми щодо моногамності чи полігамності у законах породжує так звані «кульгаючі шлюби», які є визнаними офіційними в одній країні, та нікчемними – в іншій. Питання кульгаючих шлюбів є серйозною колізійною проблемою, рішення якої досі неоднозначне. Країни, що зіткнулись з такою проблемою намагаються стандартизувати окремі інститути і прикладом є серія Гаазьких конвенцій 1902-1905 років (про особисті і матеріально взаємовідносини, про сімейний союз, розлучення і судові розлучення подружжя, про опіку над дітьми, тощо).

Кульгаючі шлюби – це відносини, які отримали різну оцінку в законодавстві різних держав, тобто в одній державі визнаються юридично дійсними, а в іншій - вважаються нікчемними і не спричиняють жодних правових наслідків. Найчастіше явище кульгавих стосунків можна спостерігати в подружніх та шлюбних правовідносинах наприклад під час аналізу законодавств різних країн на рахунок шлюбного віку. Іншим прикладом може бути дозвіл у одних країнах укладати одностатеві шлюби та заборона і не визнання таких шлюбів – у інших.

Деякі країни юридично визнають шлюби, укладені в іншій країні відповідно до Гаазької конвенції про шлюби (1978). Щоб це застосовувалося, як країна шлюбу, так і країна, де вимагається визнання, повинні бути членами цієї конвенції [12].

«Якщо країна шлюбу не є членом Гаазької конвенції про шлюби (1978 р.), тоді документи про шлюб повинні бути засвідчені відповідно до Конвенції про апостиль. Це посвідчення зазвичай проводиться в країні шлюбу посольством тієї країни яка видає апостиль» [12].

У кожній країні існують свої способи щодо визначення праце- да дієздатності осіб, що мають намір скласти шлюб. Відповідно до аналітичних даних науковців, у національному законодавстві містяться матеріальні норми права, але проблема заключається у виборі закону, що визначає юридичні

умови укладення шлюбу і за яких цей шлюб буде визнаний у країнах обох осіб. Щоб вирішити дане питання існують колізійні прив'язки, як: особистий закон осіб, що вступають до шлюбу; змішані прив'язки – об'єднання закону громадянства та закону доміцилія; закон місця укладення шлюбу [88, с. 165].

Законодавці більшості країн світу при вирішенні проблеми укладення шлюбних відносин з іноземним елементом застосовують закон місця укладення шлюбу, щодо його форми, а щодо матеріальних умов шлюбу – за особистим законом кожної з осіб. Прив'язка до закону громадянства при розлученні є принципом колізійного права і властивий переважно кранам континентальної системи права. У країнах англосаксонської системи права в основному діють колізійні формули прив'язки до закону суду та закону місця проживання подружжя [30, с. 93].

Щодо формальних шлюбних умов, то якщо громадянин України укладе шлюб за дотриманням форми країни укладення, то такий шлюб буде визнаний дійсним, навіть якщо в Україні такі форми шлюбу законодавчо не закріплені. Але це стосується тільки традиційних шлюбів [89].

Також присутні проблеми з визнанням церковних шлюбів. В деяких країнах такі шлюби визнаються на законодавчому рівні, але в Україні вони катуються. Церковні обряди шлюбу в нашій державі не є підставою виникнення у чоловіка та жінки прав та обов'язків на сімейному рівні, крім тих випадків коли такий обряд стався до утворення органу реєстрації актів цивільного стану. В інших країнах ЄС, як приклад в Словаччині, шлюб зареєстрований у церкві офіційно визнається.

Л. Липець пропонує допустити реєстрацію шлюбів через релігійний обряд на рівні з реєстрацією шлюбу через органи реєстрації актів цивільного стану. Науковець наводить в приклад норми Цивільного Кодексу Латвії, де також можливо зареєструвати шлюб у церкві: «Укладання шлюбу відбувається завідувачем відділу записів цивільного стану чи духовними особами конфесій за умови виконання правил укладання шлюбу. Про кожен укладений шлюб духовні особи повинні в чотирнадцятиденний строк

направити необхідні для реєстру укладання шлюбу відомості в той відділ записів цивільного стану, на території якого відбулось укладення шлюбу. За невиконання цього обов'язку духовна особа може понести адміністративну відповідальність» [46, с. 9].

На мою думку, немає ніяких перешкод для дозволу реєстрації шлюбу в церквах України за умови сповіщення священнослужителями відповідних державних органів.

Як я вже зазначала раніше, шлюбний договір можуть заключити лише особи, що мають право на реалізацію шлюбу. Тобто, з боку іноземців, або громадян України, що постійно проживають на території країн де можливе закріплення одностатевих відносин на законодавчому рівні, наприклад зареєструвати шлюб, це не можливо за українським законодавством, що також є проблемою. Разом з соціальним розвитком населення та країни, посилюються також євроінтеграційні процеси, що засновані на відмінних від шлюбу підставах, що є гостро актуальним на сьогодні. К. Боле-Волкі зазначає три основні напрямки, що потребують виключної уваги зі сторони гармонізації законодавства. Першочерговим є створення європейської моделі подружніх відносин не на підставі шлюбу, наступні два питання стосуються порядку розірвання шлюбу та батьківських обов'язків [90, с. 163].

Існування інституту зареєстрованого партнерства як правового інституту є дуже поширеним у країнах Європейського Союзу. Історично він був заснований наприкінці минулого століття на законодавчому рівні в деяких державах. Він виник коли в суспільстві почали поширюватись відносини між особами одної статі, які не могли законодавчо закріпити свої відносини. Як зауважує РЕВУЦЬКА: «інститут зареєстрованого партнерства надав змогу державам забезпечити компроміс між неготовністю суспільства до сприйняття одностатевих шлюбів та необхідністю забезпечити права осіб однієї статі, не пов'язаних спорідненням, які перебували у фактично сімейних відносинах» [84, с. 123].

Питання щодо правовідносин «міжнародного» подружжя та дітей міститься у міжнародних законах України з іншими державами. Міжнародними угодами визначається, що «правовідносини між батьками та дітьми регламентоване законами тієї країни, в якій вся сім'я має спільне місце проживання. В тому разі, коли проживання одного з батьків не збігається з проживанням дитини, правовідносини між батьками та дітьми регулюється законам и громадянства дитини. Якщо мати та батько не є в офіційному шлюбі, правовідносини регулюються договірним законом країни громадянства дитини» [91].

В деяким угодам з державами Східної Європи притаманний принцип, за яким для громадянства дитини використовується закон країни проживання, де існують найбільш сприятливі умови для проживання та захисту прав дітей.

Викликає досить великі проблеми таке актуальне питання, щодо відсутність достатньої кількості міжнародних договорів, що допомогли б регулювати батьківські права при розлученні. Занадто багато випадків щодо протизаконно викрадення дітей одним із батьків, особливо коли цьому передують судові рішення про зобов'язання дитини проживати з іншим із батьків. В Україні таким труднощам передують те, що наша держава не бере участі у Гаазькій конвенції з цивільно-правових питань, пов'язаних з викраденням дитини в міжнародному праві 1980 р., яка допомагає вирішувати проблеми щодо незаконного перевезення дітей та сприяє негайному поверненню їх додому всіма можливими способами [92].

Не менш актуальним сьогодні є інститут усиновлення. При здійсненні процедури усиновлення, правовідносини між батьками та усиновленою дитиною, що не є кровно спорідненими, стають аналогічними звичайним сім'ям. При усиновленні також можлива втрата батьківських чи опікунських повноважень одними особами, та набуття цих повноважень іншими [28].

На міжнародному рівні питання усиновлення регламентовані Європейською конвенцією про усиновлення дитини 1967 року [93].

В Україні найбільш популярним є інститут усиновлення дітей, з громадянством України, іноземними громадянами. Разом з цим з'являються вагомі колізійні проблеми у зв'язку з законами різних країн щодо матеріальних та процесуальних норм. Наприклад це проблеми усиновлення дорослих осіб, проблема згоди усиновлюваної особи та згода її кровних родичей, можливість підтримки зв'язку усиновленої особи з родичами, тощо.

У більшості країн, при усиновленні дитини, діє особистий закон опікуна, але інколи застосовується і особистий закон всиновлюваної дитини, в інших випадках використовуються два варіанта.

Отже, відповідно до інститутів сім'ї у різних державах, на механізм регулювання яких мають вплив історично фактори, національні риси, традиції та звичаї, неможливо врегулювати шлюбні та подружні відносини ускладнені іноземним елементом за одним законодавством.

У Декларації ООН про соціальні та правові принципи охорони прав дитини 1986 року визнана «пріоритетність інтересів дітей при передачі останніх в іншу сім'ю або при усиновленні» [91]. Проте виникає колізія за відсутності в декларації визнання ключових законних концепцій різноманітних соціальних установ, які також повинні братись до уваги.

Конвенція ООН про права дитини 1989 року говорить, що «за умови виникнення спірних відносин у міжнародних сім'ях між батьками та дітьми, при розгляді таких справ обов'язково враховується походження дитини, приналежність до конкретної релігії та культури» [25] .

Отже, можемо визначити перелік питань, що потребують особливого розгляду при регулювання шлюбних відносин з іноземним елементом у міжнародній спільноті:

- відсутність в деяких країнах обов'язкової умови щодо вільної згоди осіб при вступі до шлюбних відносин;
- можливість появи «кульгаючих шлюбів» - дозвіл на багатоженство та відсутність можливості реалізації права на шлюб особами однієї статі;

- проблематика розірвання подружніх відносин з іноземним елементом;
- проблемні питання щодо реалізації батьківських прав при розлученні у «міжнародних» сім'ях.

Але при цьому всьому у колі європейських країн є спільні цілі та міжнародні еталони, що не перебувають у спів-залежності від громадянства, релігійних та расових ознак, які торкаються всіх без виключення сфер життя суспільства, в тому числі і сімейного.

Як приклад, в Загальній декларації прав людини 1948 року [44] визначені основні цілі щодо формування шлюбних та подружніх відносин. У ньому йдеться про «неприпустимість дискримінації вступу в шлюбний союз з причини расових відмінностей, національності чи віри, заборону втручання в особисту і сімейну сферу життєдіяльності людей, гендерна рівність у питаннях сім'ї та шлюбу, а також при розірванні шлюбного союзу можливість безперешкодного переміщення і вибору місця проживання в межах будь-якої держави, можливість залишати територію держави громадянської належності і повернутися в державу, тощо».

В Конвенції про громадянство жінки, яка перебуває в законному шлюбі 1957 року містяться норми щодо заборони примусової встати громадянства та можливість примусової зміни громадянства. В Конвенції закріплено, що «відповідно до норм якої регламентується можливість заміжньої жінки зберегти первісне громадянство, навіть якщо вона виїжджає в іншу країну у зв'язку з тим, що виходить заміж за громадянина іншої країни» [24].

3.2. Умови за яких подружжя з наявним іноземним елементом може розлучитись

Багато життєвих ситуацій вимагають легального та формального вирішення. Так, дуже неприємною, особливо психологічно, є процедура розірвання шлюбних та подружніх відносин. Нерідко люди довгий час перебувають у шлюбі тільки формально, але при цьому не підтримують ніяких подружніх відносин. У цьому випадку відсутність нормативного закріплення факту розлучення в майбутньому може мати істотні ризики, особливо майнового характеру, для одного з подружжя.

Не дивлячись на позитивну статистику зменшення співвідношення між розірваними шлюбами та зареєстрованими, Україна продовжує займати місце в топ-5 країн за кількістю розлучень серед європейських країн. Приблизно на одну тисячу громадян припадає 5,3 розлучень [94].

Проблеми можуть виникати як безпосередньо в самому шлюбі, при спільному житті і веденні бити, так і до укладення шлюбу. Такі об'єктивно існуючі фактори ризику несуть в собі проблеми для шлюбу та можуть стати причиною його розторгнення. До основних факторів ризику можна віднести:

- велику різницю у віці між подружжям;
- залежність від наркотиків, алкоголю, тощо;
- легковажне ставлення до шлюбу та обов'язків;
- можливість швидкого народження дитини або навпаки;
- різке неприйняття батьками та родичами одного з подружжя;
- шлюб без обопільної згоди і з примусу.

Ці фактори мають вирішальне значення, хоч і не всі відображаються в законодавчих актах.

Аналіз законів різних країн показують велику кількість колізій у цій сфері. У декількох державах досі існує заборона на розлучення (Парагвай, Аргентина). Деякі дозволяють розлучення між подружжям, якщо є обмежений і чітко визначений перелік підстав для розлучення, але без взаємної згоди на розлучення (Італія, Великобританія). Суд у Сполученому Королівстві має

визначити можливість збереження або не збереження сім'ї; якщо буде встановлено, що на будь-якій стадії перегляду суд бачить можливість поєднання сім'ї, то він має право на припинення процесу, вважаючи, що сторонам необхідний додатковий час для досягнення згоди. Шлюб в Ірландії та Квебеку може розпадатись тільки за рішенням парламенту.

Деякі країни дозволяють судам легалізувати роздільне проживання подружжя, коли шлюб триває, але в більшості випадків шлюбні відносини припиняються. У разі прийняття такого рішення суд регулює майнові права осіб, приймає рішення про опікунство, а також вирішує інші питання, пов'язані з шлюбними обов'язками, в тому числі матеріальне забезпечення неповнолітніх дітей та, за потреби, одного з подружжя. Рішення про встановлення окремого режиму проживання приймається на строк до трьох років або без обмежень. Кожен чоловік і кожна жінка можуть вимагати розлучення, якщо сторони не домовилися за цей час або роздільний спосіб життя був припинений.

В цілому, в більшості випадків особа не може розлучитися з іноземцем не приймаючи до уваги правову систему одночасно двох країн. Законодавство деяких країн передбачає можливість позасудового розірвання шлюбу за взаємною згодою сторін. Якщо позасудова процедура розірвання шлюбу не передбачена в іноземній державі, то, звичайно, зробити це в РАГСі України буде також неможливо. Колізії в законодавстві різних країн можуть привести до конфліктів колізій, так як розлучення визнається в одній державі і не визнається в іншому. Ця ситуація призводить до подружніх відносин, які часто називають кульгавими.

Деякими країнами був визначений перелік підстав для розлучення, до яких належить взаємна згода на розлучення (Німеччина, Бельгія, Данія і т.д.). Невелика кількість країн допускають розлучення без особливих правових підстав.

В Україні, порівняно з іншими країнами, дуже легко розлучитися - досить буде показати таку причину для розлучення, як розбіжність характерів.

У Сімейному кодексі України включений перелік процесуально-правових підстав для розлучення, до яких належать:

- «заява одного з подружжя;
- спільна заява чоловіка та дружини;
- позов одного з подружжя» [2].

Оскільки шлюб базується на вільній згоді жінки та чоловіка, розлучення може ґрунтуватися на їх спільній заяві або за заявою одного з подружжя.

Бездітні подружжя, чоловік або дружина, мають право подати заяву про розлучення до державного органу реєстрації актів цивільного стану.

Розлучення відповідно до Кодексу про шлюб та сім'ю містить умову щодо суперечок щодо майна та аліментів на користь непрацездатного чоловіка або дружини у випадку, якщо розлучення проводиться через державні органи реєстрації актів цивільного стану. Новий сімейний закон не передбачає такої умови розлучення за допомоги органу реєстрації актів цивільного стану, як відсутність майнових суперечок між особами, що перебувають у шлюбі. Що стосується майнових спорів та аліментів, то вони розглядаються судом окремо.

Якщо один з подружжя або обоє є іноземцями, то у таких випадках необхідно враховувати наявність іноземного елемента, адже будуть застосовуватись норми міжнародного приватного права. Відповідно до цього фактору регулювання подружніх відносин не обмежується Сімейним кодексом України, а враховуються законодавчі акти інших держав, міжнародні угоди та договори, конвенції про правову допомогу у подружніх справах і також Закон України «Про міжнародне приватне право» [5].

По-перше, важливо зазначити де, в якій країні, зареєстровано шлюб. Це необхідно для того, щоб вибрати закон держави, який можна застосувати.

Часто трапляються випадки, коли подружжя хоче розлучитися та доволі довгий час не живуть разом, а один із подружжя взагалі проживає за кордоном, не в Україні, та взагалі невідомо де саме він живе, а зв'язок з ним зник. Виникає питання: як розірвати такий шлюб? У цьому випадку розлучення відбуватиметься виключно через суд. Отже, в ролі позивача одна сторона

звертається до іншої із позовом про розірвання шлюбу, який направлений до суду відповідно до правил підсудності справи за вибором позивача.

Слід зазначити, що стаття 63 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає «юридичні наслідки розірвання шлюбу за чинним законодавством щодо правових наслідків шлюбу» [5].

Правові наслідки шлюбу визначаються:

- «загальний особистий закон подружжя (відповідно до міжнародного права особистим законом особи є закон громадянства. Якщо обидна з подружжя українці, відповідно буде застосовуватись українське законодавство);

- закон країни останнього постійного місця проживання подружжя за умови знаходження у цій державі одного із подружжя на даний час (якщо загальний особистий закон подружжя відсутній, застосовується закон країни останнього постійного спільного місця. Цікаво, що таке подружжя може проживати на іншій (третій) державній території країни не свого громадянства, цілком законно та з дозволом на проживання);

- закон вибору права з яким подружжя має найтісніші стосунки (використовується у разі відсутності загального закону спільного проживання подружжя)» [5].

Слід пам'ятати також про те, що законами деяких держав можуть бути встановлені інші правила. Також, важливим є те, що в Україні Міжнародний договір має перевагу над Законом України «Про міжнародне приватне право» [95].

Судова практика показує, що вирішення проблеми розлучення є важливим для всіх людей, що законно перебувають на території України. Перш за все слід зазначити, що Україна є соціально-демократичною державою, тому вона дозволяє кожному реалізувати свої права в порядку, встановленому законом. Відповідно до Основного закону нашої держави, іноземці та особи без громадянства користуються в Україні тими ж правами і свободами та виконують ті самі обов'язки, що й громадяни України, крім

винятків встановлених Конституцією, законами чи міжнародними договорами).

У разі розлучення ускладненого іноземним елементом, слід розуміти, що в Україні така процедура може мати місце виключно в суді - за спільною заявою чоловіка та жінки до суду, або за позовом особи до суду загальної юрисдикції.

Згідно з українським законодавством головною zásadoю шлюбних відносин є «вільні згода жінки та чоловіка. Примушувати жінку або чоловіка до шлюбу не дозволяється». Отже, якщо чоловік та дружина (включаючи іноземців) подають до українського суду заяву про розлучення за спільною заявою, суд (якщо немає підстав залишити заяву без розгляду) «приймає рішення про розлучення через 1 місяць після дати подання заяви, відповідно до заяви чоловіка та дружини, якщо вона визнається дійсною та відповідає волі кожного з подружжя, що їхні особисті та майнові права, а також права їхніх дітей не будуть порушені після розлучення» [5].

Навпаки, в інших частинах світу, навіть у Західній Європі (Франція, Німеччина, Великобританія), процедура розлучення є більш складною і тривалою. Крім того, ще однією перевагою розгляду таких справ в українському суді є відносно низька вартість судових зборів.

Судячи зі спірних правовідносин при розлученні з іноземним елементом, суди перш за все вивчають, чи існує між Україною та державою, яка є громадянином іншої сторони, двосторонній договір про правову допомогу в подружніх та цивільних справах. Якщо є договір, застосовуються його положення (у такому випадку це вище національного законодавства України).

Якщо говорити про двосторонні договори з Україною, то наразі існує близько 15 таких договорів, кожен з яких має свої особливості. Прикладами є:

- Договір про правову допомогу та правові відносини між Україною та Литовською Республікою у цивільних, подружніх та кримінальних справах (ратифікована 17 грудня 1993 р.) «передбачає альтернативні правила

юрисдикції. Відповідно до договору, під час розгляду справ про розлучення будуть застосовуватись закони і компетентні установи Договірної Сторони. У той же час, якщо чоловік і дружина (громадяни Литви) мають місце проживання на території України, український суд також визнається спроможним вести справу» [96];

- Договір про правову допомогу та правові відносини між Україною та Республікою Польща з цивільних та кримінальних справ (ратифікований 4 лютого 1994 р.) «не передбачає можливості розгляду справи про розлучення між польськими громадянами українськими судами, навіть якщо подружжя постійно проживають в Україні. Розлучення згідно зі статтею 26 компетентним органом, що справу є орган Договірної сторони, громадянами якої є особи на момент розлучення» [97];

- Відповідно до Договору про правову допомогу та правові відносини між Соціалістичною Республікою В'єтнам та Україною з цивільних та кримінальних справ (ратифікований 2 листопада 2000 р.) в а ч. 1 ст. 26 говориться, що «у разі розлучення застосовується законодавство Договірної сторони» [98];

- Договір про правову допомогу та співробітництво між Україною та Турецькою Республікою у цивільних справах (ратифікований 5 липня 2001 р.) У ч. 1 ст. 23 договору говориться, що «український суд здатний розглядати справи про розлучення з громадянами Туреччини, проживаючими на українській території» [99].

Отже, кожен з цих двосторонніх договорів має свої особливості, які повинні враховуватися особами-позивачами перед зверненням до суду. Невиконання таких умов договору зробить неможливим розгляд справи, а позивач втратить час і гроші.

Що повинен робити позивач, якщо між Україною та країною його громадянства, немає двосторонньої угоди? У цьому випадку юрисдикція українського суду чи її відсутність визначається Законом України «Про міжнародне приватне право» [5]. Традиційно українські суди можуть

приймати та розглядати будь-які справи, що стосуються іноземного елемента, якщо він постійно проживає на території України, або тут знаходиться його майно.

Визначення територіальної підсудності справи про розлучення, тобто вибір компетентного суду для подання позову, як правило, здійснюється на підставі загальних процесуальних вимог заявників, на підставі яких позов подається до суду за місцем реєстрації відповідача. Цивільно-процесуальне законодавство України визначає можливість також застосування іншої територіальної підсудності у цій категорії. Це означає, що в деяких випадках, визначених законом, іноземний позивач має право обрати інший суд (ніж за місцем проживання обвинуваченого) із позовом про розлучення.

Складнішою є ситуація, коли подружжя є громадянами інших, різних, країн, бо в такому випадку вони не мають спільного особистого закону. Українським судом тоді приймається рішення про розлучення за правом України, але лише за умови коли останнім спільним місцем проживання подружжя була Україна та коли один із них все ще проживають в Україні.

Рішення суду про припинення шлюбних відносин може мати юридичну силу в інших юрисдикціях за умови визнання його у законному порядку. Визнання рішень українських судів може відбуватись:

- По-перше, якщо між державами існують договірні відносини - автоматично. Наприклад у Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, подружніх та кримінальних справах, ратифікована Україною 22.12.1993 р. (Учасники Конвенції - країни СНД), передбачено судові рішення кожної із Договірних сторін визнається на території інших Договірних сторін без спеціального процесу провадження. Ці положення Конвенції також застосовуються до судових рішень про розірвання шлюбу на території України (серед громадян договірних держав).

- По-друге, визнання рішення українського суду, через процедуру визнання цього рішення компетентними органами

суду іншої держави. Як правило, за відсутності двосторонніх угод, рішення українських судів про розлучення визнаються за кордоном у порядку, передбаченому певними законами визначених країн, за принципом взаємності [100].

Хочу ще раз зазначити, що сучасні процеси міграції та соціального розвитку суспільства призводять до збільшення «міжнародних» сімей, що є фактом.

Особам необхідно враховувати всі фактори, котрі можуть виникнути при процесі розлучення, адже від правильно обраного суду залежить подальший розгляд справи, чи неприйняття позову.

ВИСНОВКИ

Відповідно до того, що Україна взяла на себе зобов'язання реформувати законодавство відповідно до стандартів Європейського Союзу, це зобов'язує державу до адаптації сімейного законодавства до нових стандартів.

При урахуванні глобальних інтеграційних процесів, наявність колізійних проблем у інституті сімейного права, вимагає від країни утворення найбільш прийнятних умов укладення шлюбу, тобто необхідно наблизити внутрішнє регулювання до механізму захисту прав та інтересів суб'єктів сімейних відносин за допомогою позитивної міжнародної практики. Це сприятиме утворенню подружніх союзів, в тому числі при наявності іноземного елемента, оскільки такі шлюбні та подружні відносини сприяють побудові соціально розвиненої та демократичної країни.

У кваліфікаційній роботі здійснено теоретичне узагальнення вже існуючих наукових робіт, проведено аналіз чинного законодавства України та європейських країн, а також запропоновано декілька рішень існуючих проблем у регулюванні шлюбних та подружніх відносин з іноземним елементом та відповідно рекомендацій для правозастосування норм у цій сфері.

В результаті проведеного мною дослідження можна виділити кілька проблем пов'язаних з умовами укладення шлюбу з іноземним елементом:

- відсутність чітко визначених понять «сім'ї» та «шлюбу» у законодавчих актах України;
- недотримання вимог особами при вступі до шлюбу, особливо в разі наявності іноземного елемента;
- відмінність порядку та форми укладення шлюбу у різних державах;
- виникнення «кульгаючих шлюбів» у результаті колізії права різних держав (укладення полігамних шлюбів);
- наявність колізійних проблем;

- проблема розлучення «міжнародних» шлюбів;
- необізнаність населення щодо шлюбного договору та відсутність партнерських договорів;
- неможливість законодавчого закріплення одностатевих відносин;
- проблема уніфікації законодавчих актів, тощо.

Але неможливо не замітити, що відбуваються також процеси згладжування національних відмінностей у правовому регулюванні шлюбних та подружніх відносин через постійні спроби уніфікації сімейного права. Історично обумовлені традиціями та релігією правові норми почали поступатись місцем нормам, що відповідають потребам населення.

Шлюб, відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право», це «союз фізичних осіб, який виникає внаслідок факту добровільної публічної реєстрації їх вступу у шлюбні відносини».

Однозначного підходу визначення шлюбу, як і в Україні, так і в інших державах, немає. Тоді як законодавство однієї країни таке визначення містить, то законодавство іншої – містить лише умови укладення шлюбу. Щодо законодавства країн Європейського Союзу, то визначення шлюбів часто відсутнє.

Іноземний елемент шлюбних відносин виступаю особливою ознакою, що надає міжнародного характеру сімейним відносинам, тобто вказує на те, що приватно-правові шлюбні відносини мають зв'язки з правопорядками декількох країн.

Отже, можемо резюмувати, що шлюбні та подружні відносини з іноземним елементом, це відносини суб'єктами яких можуть бути:

- громадяни України та іноземці;
- громадяни України, що постійно проживають за межами України;
- іноземні особи та особи без громадянства, що постійно проживають на території України;

- іноземці, які є опікунами дитини, що є громадянином України, але проживає за кордоном;
- громадяни України, що уклали шлюб за її межами.

Шлюбні та подружні відносини виникають між двома особами різної статі, що перебувають у зареєстрованому органами реєстрації актів цивільного стану та проживають спільно, тобто перебувають у традиційному шлюбі.

Відповідно до українського законодавства, особа іноземець, яка хоче вступити до шлюбних відносин в Україні, за українським законодавством, має обов'язково пройти перевірку Міграційною службою України документів на легальність його перебування на території України, відповідно до особистого закону місця знаходження особи.

Щодо одностатевих шлюбів, то вони дозволені лише в деяких європейських країнах та у ряді штатів США. В Україні такі шлюби не дозволені та не визнаються навіть якщо громадяни України мають постійне місце проживання у таких державах, де це дозволено. Партнерський договір поки що ж виключним варіантом закріпити свої відносини для осіб однієї статі. Таких договір знаходиться в процесі розробки та відповідно до слів його засновника буде і надалі виступати за ініціативу законодавчого закріплення одностатевих відносин інститутом сімейного права України.

«Кульгаючі шлюби» - це шлюби які визнаються в одній державі, та не визнаються в іншій. В основному цей термін застосовується до «полігамних» шлюбів. Єдиною релігією, що дозволяє багатоженство є Іслам, тому у разі укладення шлюбу з громадянином мусульманських країн, громадянки, в нашому випадку України, повинні розуміти можливість невизнання в їхній країні цього шлюбу, у разі наявності у чоловіка декількох дружин. Така сама проблема діє і при розлученні.

Необхідною умовою здійснення шлюбу, в тому числі і з іноземним елементом, є дотримання законодавчих вимог незалежно від держави

укладення. А оскільки у кожної країни є власні правові норми регулювання подружніх відносин, виникають чисельні правові колізії.

Для вирішення питання де та за яких умов буде укладений шлюб, ускладнений іноземним елементом, існує низка спеціальних колізійних прив'язок:

- 1) особистий закон - розуміється в основному як закон громадянства особи;
- 2) закон місця проживання – відповідно розуміється як місце фактичного проживання особи;
- 3) змішана форма прив'язок, коли об'єднуються закон громадянства та закон місця проживання;
- 4) закон місця укладення шлюбу. Застосовується переважно країнами Латинської Америки та США і є частиною загальних прив'язок як закон місця вчинення дії, тощо.

Право на шлюб закріплено в основоположних нормативно-правових актах переважної більшості країн, адже це відповідає принципу верховенства права та гарантує дотримання основних прав та свобод людини. Це право встановлено Сімейним кодексом України, Цивільним кодексом України, Законом України «Про міжнародне приватне право», іншими нпа, міжнародними договорами та шлюбним договором. Також було прийнято участь у декількох Гаазьких Конвенціях з міжнародного приватного права у сфері сімейного права, Конвенціях Європейського Союзу, ряді документів прийнятих ООН.

Говорячи про можливість укладення шлюбу з іноземним елементом важливо врахувати мінімальний шлюбний вік у якому можливий вступ до шлюбу, адже він визначається особистим законом особи за критеріями країни громадянства. Отже, вступити у шлюбні відносини особа може або з моменту досягнення нею шлюбного віку, або з моменту набрання законної сили рішенням суду про надання особі права на шлюб при позові про зменшення шлюбного віку. Також важливо пам'ятати, що справи щодо надання права на

шлюб не можуть бути розглянуті третейським судом та не можуть бути закриті при укладенні мирових угод.

Добровільність шлюбу є ще однією із умов укладення шлюбу у всіх європейських країнах. Примушення жінки чи чоловіка до шлюбу є порушенням прав людини та за рішенням суду визнається недійсним. В Україні є неможливим заключення шлюбу через представника, навіть у випадку коли іноземний елемент не може фактично бути присутнім при цьому за певних причин. Також неможливим є укладення шлюбу коли одна із осіб не дієздатною або за якихось причин не може усвідомлювати правильність свої дій.

Для України впровадження міжнародних Конвенцій, що стосуються шлюбних договірних відносин є особливо важливим та практичним, адже в зв'язку з процесом інтеграції нашої держави у світову спільноту, збільшуються кількість шлюбних відносин ускладнених іноземним елементом. Такі шлюби потребують права вибору законодавства країни, що буде регулювати їхні подружні відносини під час укладення, перебування у шлюбі чи розлучення. Зробити це можна шляхом укладення шлюбного договору де пара може включити відповідне їм положення.

Щодо можливості укладення шлюбних та подружніх відносин з іноземним елементом через шлюбний договір, то його можуть заключити лише подружжя або особи, що подали заяву про реєстрацію шлюбу. Неповнолітні також можуть заключити шлюбний договір, але завірений нотаріально та лише у письмовій формі, тільки зі згоди батьків чи піклувальників.

Ми маємо розуміти те, що законами різних держав обумовлено свої особливості щодо предмету шлюбного договору, порядку укладення та суб'єктного складу договірних відносин. Країни регулюють шлюбні договірні відносини у індивідуальному порядку, відповідно до відмінностей у матеріальних та процесуальних умовах держави укладення, що обумовлюється необхідністю вибору подружжям права, яке підлягає

застосуванню у разі ускладнення відносин іноземним елементом. У своїй роботі я розглядаю тільки українське законодавство щодо регулювання шлюбного договору у порівнянні з іншими державами.

Але загальним у всіх державах є мета шлюбного договору, яка полягає у можливості врегулювання потреб подружжя щодо майнових відносин.

За допомогою шлюбного договору можливо визначити розмір часток кожного із подружжя у праві власності на майно у шлюбі, але щодо особистих прав кожного із подружжя та немайнових відносин, то це заборонено врегульовувати шлюбними договірними відносинами. Але, подружжю дають змогу прописати у договорі свої очікування від союзу, тобто визначити характер та перевагу на рахунок тих чи інших взаємовідносин між собою та іншими особами.

Строк дії шлюбного договору подружжя прописують безпосередньо у самому договорі, але якщо цього немає, діє загальнообов'язковий строк який визначений Цивільним кодексом України – це час протягом якого сторони можуть виконувати свої права та обов'язки по відношенню один до одного та договору. Сам шлюбний договір починає діяти з моменту реєстрації шлюбу державними органами, а коли договір укладений після шлюбу – строк його дії починається з його нотаріального посвідчення.

Зміст «дошлюбних» та «післяшлюбних» договорів також може відрізнитись. Договір укладений до шлюбу зазвичай має більш загальний характер та містить положення в основному щодо майнових питань. Післяшлюбні договори зазвичай мають цільовий характер та можуть визначати певну поведінку осіб у шлюбі.

Кожна людина, не залежачи від місця свого перебування, має право на визнання її правосуб'єктності. З виникненням права осіб на укладення шлюбу, виникає і право на укладення шлюбного договору». Тобто, коли особа має право на шлюб – це пов'язано з її правосуб'єктністю, як фізичної особи, тобто набуттям цивільної дієздатності.

Через неоднакове визначення правосуб'єктності фізичної особи та набуттям нею повної дієздатності різними країнами, виникає колізія з питань дієздатності особи.

Також можна стверджувати, що дієздатність фізичної особи визначається за законодавством Договірної Сторони, громадянином якої є ця особа. Щодо дієздатності осіб без громадянства, то вона визначається за правом країни його постійного місця проживання. Це питання також може бути вирішене за допомогою внутрішнього права країни проживання.

Сімейний кодекс України дозволяє 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», адже це цілком буде відповідати інтересам осіб та дозволить уникнути розбіжностей при укладенні договору. Щодо застосованого права подружжя, воно має бути обов'язково включено до шлюбного договору.

У разі припинення шлюбного договору при наявності іноземного елемента, потрібно звертатись до загальних положень договірних права країни укладення.

Українська правова система, у порівнянні з іншими державами, має спрощений порядок розірвання шлюбу, та дає іноземним особам достатнє поле можливостей для реалізації особистого права на розірвання шлюбу. Єдиним проблемним питанням є необізнаність іноземного елемента, або інші особисті уявлення про процедуру на шляху до законного припинення шлюбних відносин. Однак умови розлучення іноземними особами в Україні вже ж має свою специфіку, тому в кожному випадку потрібно індивідуально підходити до вирішення наявних проблем та звертатись за фаховою допомогою до відповідних органів, що можуть надати юридичну консультацію.

Визначення територіальної підсудності справи про розлучення, тобто вибір компетентного суду для подання позову, як правило, здійснюється на підставі загальних процесуальних вимог заявників, на підставі яких позов

подається до суду за місцем реєстрації відповідача. Цивільно-процесуальне законодавство України визначає можливість також застосування іншої територіальної підсудності у цій категорії. Це означає, що в деяких випадках, визначених законом, іноземний позивач має право обрати інший суд (ніж за місцем проживання обвинуваченого) із позовом про розлучення.

Складнішою є ситуація, коли подружжя є громадянами інших, різних, країн, бо в такому випадку вони не мають спільного особистого закону. Українським судом тоді приймається рішення про розлучення за правом України, але лише за умови коли останнім спільним місцем проживання подружжя була Україна та коли один із них все ще проживають в Україні.

Збереження батьківських прав при розлученні з іноземним елементом також є досить актуальною темою у світовій спільноті. Відомо досить багато випадків, коли діти незаконно викладались одним із подружжя та насильно утримувались в іншій країні, особливо при розірванні шлюбів з громадянами мусульманських країн, що ускладнюються у випадках рішення суду про обов'язок залишити дитину з іншим з батьків. Складність процесу запобігання таким випадкам обумовлена тим, що Україна не бере участі у Гаазькій конвенції 1980 р. «Про цивільно-правові аспекти викрадення дітей в міжнародному масштабі». Метою цієї конвенції є сприяння негайному поверненню незаконно переміщених та викрадених дітей.

В кінці хочу ще раз зазначити, що сучасні процеси міграції та соціального розвитку суспільства призводять до збільшення «міжнародних» сімей, що є фактом. Процес регулювання шлюбних відносин тісно пов'язаний з традиційним та релігійним впливом на внутрішнє законодавство певних територій, що можуть не збігатись з законами інших країн. Саме тому питання регулювання сімейного права є актуальним завжди.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. А. С. Довгерт Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / Довгерт А. С. – К.: Алерта, 2012. – 376 с.
2. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III // Відомості Верховної Ради України, 2002. – 135 с.
3. І. Е. Ревуцька Інші підстави створення сім'ї / Ревуцька І.Е. - Науковий вісник Херсонського держ. ун-ту, 2016. - с. 118-120.
4. Л. Ю. Драгневич Сутність і ретроспектива становлення та розвитку шлюбно-сімейних відносин в Україні / Драгневич Л.Ю. - Підприємництво, господарство і право, 2002. - с. 40-42.
5. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005 – 422 с.
6. З. В. Ромовська Сімейний кодекс України : науково-практ. Коментар / Ромовська З. В. – К.: Ін Юре, 2003. – 532 с.
7. Закон України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. : режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>. – назва з екрану
8. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, подружніх та кримінальних справах 07.10.2002 : режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997_619 - назва з екрану
9. Конвенція про визнання та виконання рішень у справах щодо аліментарних зобов'язань стосовно дітей від 14.09.2006 : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_001#Text – назва з екрану
10. Конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом. : режим доступу від 14.01.2009 : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_568#Text – назва з екрану

11. Конвенція про визнання розлучень та рішень про роздільне проживання подружжя 01.06.1970 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_925#Text – назва з екрану
12. Конвенція про укладення шлюбу та визнання дійсності шлюбів 1978 р. : режим доступу : – назва з екрану
13. Конвенція про право, застосовуване до режимів власності подружжя 14.03.1978 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_923#Text – назва з екрану
14. Конвенція про компетенцію і застосовуване право щодо захисту неповнолітніх від 14.02.2006 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_002#Text – назва з екрану
15. Конвенція про право, застосовуване до аліментних зобов'язань. : режим доступу 02.10.1973 р. : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_426#Text – назва з екрану
16. Конвенція про захист дітей та співробітництво стосовно іноземного усиновлення 29.05.1993 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_365#Text – назва з екрану
17. Конвенція про юрисдикцію, застосовуване право, визнання, застосування та співпрацю стосовно батьківських обов'язків та заходів захисту дітей 14.02.2006 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_002#Text – назва з екрану
18. Конвенція про міжнародне стягнення аліментів для дітей та інших видів сімейного утримання 11.1.2013 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_112#Text – назва з екрану
19. Європейська конвенція про усиновлення дітей 15.02.2011 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a17#Text – назва з екрану
20. Європейська конвенція про репатріацію неповнолітніх від 28.05.1970 р. : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_805#Text – назва з екрану

21. Конвенція про стягнення за кордоном аліментів від 20.07.2006 :
режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_425#Text –
назва з екрану
- 22.2 Resolution on the nationality of spouses of different nationalities,
Committee of Ministers, 1977. – Access Mode :
[https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166)
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/166.htm>
23. Конвенція про рівність подружжя у цивільному праві 1978 р. : режим
доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_158#Text – назва з
екрану
24. Конвенція про громадянство одруженої жінки від 20.10.1960 р. :
режим доступу : – назва з екрану
25. Конвенція про права дитини 1989 // Юридична енциклопедія / ред.
кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.] — К. : Українська
енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2001. — 792 с.
26. Декларація ООН про соціальні та правові принципи від 03.12.1986 :
режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_131#Text –
назва з екрану
27. Ватрас В. А. Проблеми та перспективи кодифікації міжнародного
сімейного права України/ В. А. Ватрас : режим доступу :
http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Prip_2014_13_57.pdf - назва з екрану
28. В. П. Звеків Концепція розвитку російського законодавства ,
регулюючого отношения в сфері міжнародного частного права
/ В. П. Звеків. – М. : Городец, 2004. – 848 с.
29. В. Балдинюк Питання обходу закону в кодифікаційних актах з
міжнародного приватного права / В. Балдинюк. - Підприємство,
господарство і право, 2007. - с. 28–29.
30. Г. К. Дмитриєва Международное частное право : учебник /
Дмитриєва Г. К. – М. : Проспект, 2000. – 462 с.

31. М. М. Богуславский Международное частное право / Богуславский М. М. - М.: Юристъ, 2005. — 604 с.
32. Н. Л. Крылова «Смешанные браки». Опыт межцивилизационного общения. / Крылова Н. Л. - М.: Институт Африки РАН, 2002. – с. 59.
33. Е. А. Абросимова Международное частное право: учебник: в 2 т. / Абросимова Е. А., А. В. - М.: Статут, 2015
34. В. П. Звеков Международное частное право. Учебник. / Звеков В. П. - М., 2004. – с. 72.
35. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-. IV// Відомості Верховної Ради України , 2003 – Ст.356
36. Кодекс міжнародного приватного права (Кодекс Бустаманте) від 20.02.1928. : режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_419 - назва з екрану
37. Ю. С. Шемшученко Шлюб / Шемшученко Ю. С. — К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2004. — 768 с.
38. Я. Міланова Вперше в Україні ЛГБТ-пара уклала партнерський договір. Що це означає / Міланова Я. : режим доступу : <https://life.liga.net/poyasnennya/interview/vpervye-v-ukraine-lgbt-para-podpisala-partnerskiy-dogovor-hto-eto-znachit> - назва з екрану
39. LOVE UNIT : режим доступу : <http://loveunit.partners/#rec250643782> – назва з екрану
40. Конвенція про цивільно-правові аспекти викрадення дітей в міжнародному масштабі від 29.04.2011 : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_188#Text – назва з екрану
41. С. І. Шимон Цвільне та торгове право зарубіжних країн : навч. Посіб / Шимон С. І. – К.: КНЕУ, 2004. – 220 с.
42. М. В. Антокольская Семейное право : учебник / Антокольская М. В. – М.: Юристъ, 2003. – 333 с.
43. Code civil des Français [Version consolidée au 27 juillet 2017]. URL:

44. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000027431993&idSectionTA=LEGISCTA000006136117&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170727> – Title from the screen.
45. Всеобщая декларация прав человека от 10.12.1948 : режим доступа : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015 - назва з екрану
46. О. Ф. Мельничук Реалізація права людини на освіту: сутність та механізм / Мельничук О.Ф. - 2012. – с. 23–29
47. Липець Л.В. Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л.В. Липець. – К., 2009. – 192 с.
48. Б. К. Левківський Особисті немайнові права та обов'язки членів сім'ї : автореф. дис. канд. юрид. наук: / Б.К. Левківський Б. К., 2010 – 20 с.
49. Конвенції про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік і реєстрацію шлюбу від 10.12.1962 : режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_242#Text – назва з екрану
50. Рішення Володимир-Волинського міського суду Волинської області по справі № 2-о/0301/26/11 від 15 квітня 2011 р. : режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14933973> - назва з екрану
51. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України, 2004. – 492 с.
52. М. Німак Процесуально-правова природа справ, що виникають із шлюбних правовідносин / Німак М. - Вісник Львівського університету, 2009. - с. 130–137
53. М. В. Менджул Надання права на шлюб особам, що не досягли шлюбного віку: окремі проблеми / Менджул М. В. - Вісник Вищої ради юстиції, 2013 – с. 149-157
54. С.В. Клименко Особливості регламентації та визначення умов укладення шлюбу / Клименко С.В «Юриспруденція», 2013. - с. 31-34.
55. Конституція України. Закон України "Про внесення змін до Конституції України" № 2222-IV від 8.12.2004 р. : прийнята на п'ятій

сесії Верхов. Ради України 28 черв. 1996 р. – Київ : Велес, 2005. – 48 с. – (Серія видань "Офіційний документ").

56. Аналітична записка щодо запровадження в Україні реєстрованого партнерства для одностатевих подружніх пар : режим доступу : <https://gay.org.ua/documents/zapartnerstvo/policy-brief-registeredpartnership-Ukraine-2019.pdf>. – назва з екрану
57. Кодекс про шлюб та сім'ю України від 10.01.2002 : режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2006-07#Text> – назва з екрану
58. Казарян К. А. Шлюбний договір у міжнародному приватному праві / Казарян К. А. - Харків, 2016 - 200 с.
59. Ульяненко О.О. Порядок і умови укладення шлюбного договору (контракту) / О.О. Ульяненко. - Підприємництво, господарство і право, 2003. - с. 85-88.
60. Аляб'єва Н. Міжнародне приватне право: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. С. Кузьменка. К.: Центр учбової літератури, 2010. - 315 с.
61. Ромовська З.В. Закон і подружні відносини / З.В. Ромовська : режим доступу : <http://www.yur-gazeta.com/> - назва з екрану
62. Жилинкова И.В. Брачный контракт (договор) / И.В. Жилинкова. – Харків: Ксилон, 2001. – 128 с
63. Н. Зозуля Шлюбний контракт : практика застосування в Україні / Зозуля Н : режим доступу : https://ukrainepravo.com/scientific-thought/legal_analyst/shlyubnyy-kontrakt-praktyka-zastosuvannya-v-ukrayini/ - назва з екрану
64. В. Малиновська Шлюбний договір через призму судової практики: що можна в ньому прописувати / Малиновська В. : режим доступу : <https://yur-gazeta.com/publications/practice/simeyne-pravo/shlyubniy-dogovir-cherez-prizmu-sudovoyi-praktiki-shcho-mozhna-v-nomu-propisuvati.html> – назва з екрану

- 65.64. Family Agreements: Seeking Certainty to Reduce Disputes [Computer- assisted resource]. - Access mode: http://www.resolution.org.uk/site_content_files/files/family_agreements.pdf - – Title from the screen.
66. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. д-ра юрид. наук, проф. А. Довгєрта. – Х.: ТОВ «Одїссей», 2008. – 352 с.
67. Міжнародне приватне право: Навч. посїбник / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана – К.: Юрїн ком Інтер, 2007. — 368 с. стр 172
68. Науковий вісник Міжнародного гуманїтарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2019 № 37 Солончук І. В., ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ОСОБИСТОГО ЗАКОНУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ стр 159
69. Фединак Г. С. Міжнародне приватне право: навч. посїб.– 3 вид., доп. / Г. С. Фединак, Л. С. Фединак. – К. : Атіка, 2003. – 544 с.
70. 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
71. Швыдак Н. Г. Международная унификация коллизионных норм семейного права / Н. Г. Швыдак. - Право и экономика, 1995. - с. 141–146
72. С. Онуфрієнко Укладання шлюбного договору при міжнаціональних шлюбах / Онуфрієнко С. : режим доступу до ресурсу : <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.67> - назва з екрану
73. Розгон О. В Особливості укладення шлюбного договору / О. В. Розгон // МЕН. – №1 (43). – 2009. – С. 58–63.
74. Про міжнародне приватне право: Федеральний Закон Австрії від 15.06.1978.

75. German Civil Code of August 18, 1896 [Computer-assisted resource]. – Access mode: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4989
76. Гісторыя графія праблемы сям’і бела-русаў у кантэксце еўрапейскіх культурных традыцый у др. пал. XX – пач. XXI стст. // Пытанні мастацтвазнаўства, этналогіі і фалькларыстыкі / Інстытут мастацтвазнаўства, этналогіі і фальклору імя К. Крапівы НАН Беларусі; навук. рэд. А. І. Лакотка. – Мінск, 2008. – Вып. 4. Корецкі А. Д. Теоретыко-правовыя асновы учыня о догворе / А. Д. Корецкі. – СПб. : Юрыдычны цэнтр Прэс, 2001. – 211 с.
77. Отраднова О. О. Компенсація моральнай шкоды, заподіянай парушэнням цывільна-прававога догвору / О. О. Отраднова : режим доступу: file:///E:/1705/Vnapu_2015_2_5.pdf - назва з экрану
78. Г. О. Лозова Універсітэцкія запіскі / Лозова Г. О. - 2009. – с.94-98
79. Reuters Thomson. Choice of law clause / Thomson Reuters // No Claim to original U. S. Government Works. – 2016. – P. 1–2.
80. 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 – Title from the screen.
81. Конвенция о заключении и признании действительности браков от 14.03.1978 : режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_916 - назва з экрану
82. Постанова Верховного суду Украіны від 28 січня 2015 року № 6–230цс14 : режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/7416f47ea7ade281c2257ddd00492f0c/> - назва з экрану
83. The Matter of Greulich of November 3, 2010 [Computer-assisted resource]. – Access mode:

<https://www.courtlistener.com/opinion/2378635/in-the-matter-of-greulich/> – Title from the screen.

84. Ревуцька І. Е. Правові підстави створення сім'ї за законодавством України та країн-членів ЄС: порівняльно-правова характеристика / І. Е. Ревуцька. - Івано-Франківськ, 2018. - с.207
85. Право на пошуки щастя / Центр "Наш світ". – К.: Центр "Наш світ", 2017. – 95 с. : режим доступу: <https://gay.org.ua/publications/The-Right-to-the-Pursuit-of-Happiness.pdf> - назва з екрану
86. План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року
87. Старі проблеми, нові перспективи. Становище ЛГБТ в Україні у 2019 році / Центр "Наш світ". – К.: Центр "Наш світ", 2020. – 56 с.
88. Орлова Н. В. Брак и семья в международном частном праве / Н. В. Орлова. – Москва: «Международные Отношения», 1966. – 252 с.
89. Габдулліна Ю. Тонкощі легалізації іноземного шлюбу: як легалізувати шлюб, укладений за кордоном, як розлучитися з іноземним громадянином / Ю. Габдулліна : режим доступу : advokat-ua.com.ua. – назва з екрану
90. Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects / Boele-Woelki K - *Utrecht Law Review*, 2005. – s. 160-168.
91. Декларация о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях принята Генеральной Ассамблеей ООН от 3 дек. 1986 г. Резолюция No 41/85 : режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/childpri.shtml. – назва з екрану.
92. Конвенції з цивільно-правових питань, пов'язаних з викраденням дитини в міжнародному праві від 11.01.2006 : режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_188#Text – назва з екрану

93. Європейська конвенція про усиновлення дитини від 15.02.2011 :
режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a17#Text –
назва з екрану
94. Україна лідирує в Європі за кількістю розлучень / Кредо.
Католицький часопис, 2011 : режим доступу: <http://www.credo-ua.org/2011/05/44557> - назва з екрану
95. РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ З ІНОЗЕМЦЕМ В УКРАЇНІ / Бачинський і
партнери. 2019 : режим доступу:
<https://legaid.ua/ua/article/rozirvannya-shlyubu-z-inozemtsem-v-ukrayini/>. – назва з екрану
96. Договір про правову допомогу та правові відносини між Україною та
Литовською Республікою (від 17 грудня 1993 р.): режим доступу :
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440_002#Text – назва з екрану
97. Договір про правову допомогу та правові відносини між Україною та
Республікою Польща з цивільних та кримінальних справ
(ратифікований 4 лютого 1994 р.) : режим доступу:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_174#Text – назва з екрану
98. Договір про правову допомогу та правові відносини між
Соціалістичною Республікою В'єтнам та Україною з цивільних та
кримінальних справ (ратифікований 2 листопада 2000 р.) : режим
доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/704_050#Text – назва з
екрану
99. Договір про правову допомогу та співробітництво між Україною та
Турецькою Республікою у цивільних справах (ратифікований 5 липня
2001 р.) : режим доступу:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/792_600#Text. – назва з екрану
100. Некляев Ю. Умови, за яких подружжя іноземців
може розлучитися в Україні: практичний аспект / Ю. Некляев;
Юридична газета "Онлайн", 2019 : режим доступу: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/simeyne-pravo/umovi-za-yakih->

podruzhzhya-inozemciv-mozhe-rozluchitisya-v-ukrayini-praktichniy-
aspekt.html.- назва з екрану