

УДК 341.72

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i2.1031>

Є. Є. Фурса

orcid.org/0000-0002-2931-1393

кандидат юридичних наук,

перший секретар відділу аналізу, планування та інформації

Департаменту консульської служби Міністерства закордонних справ України

ПОСВІДЧЕННЯ КОНСУЛОМ ШЛЮБНИХ ДОГОВОРІВ: СПІВВІДНОШЕННЯ НОРМ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО» ТА МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ

Говорячи про співвідношення норм Закону України «Про міжнародне приватне право» [1] (надалі-Закон) та норм міжнародних договорів щодо шлюбних договорів розпочнемо аналіз зі ст. 3 Закону, де йдеться про: *«Якщо міжнародним договором України передбачено інші правила, ніж встановлені цим Законом, застосовуються правила цього міжнародного договору»*. Тобто, міжнародні договори мають перевагу над правилами, встановленими у Законі, але це положення Закону варто розглядати в дії.

Найпершою потребує аналізу Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах[2] (надалі- Конвенція), яку ратифіковано із застереженнями Законом України N 240/94-ВР від 10.11.94 р. Щодо Російської Федерації її застосовувати не можна внаслідок розпочатої нею війни проти України. Але щодо інших країн, які ратифікували цю Конвенцію вона є діючою. Ця Конвенція не містить окремих положень про шлюбні договори, але в ст. 27 мають місце правила щодо визначення застосовуваного законодавства до врегулювання правовідносин між подружжям, виходячи з таких обставин:

1) якщо подружжя має спільне місце проживання в одній із країн, до їх правовідносин застосовується законодавство цієї країни. *Отже, на нашу думку, до цих правовідносин консули не мають будь-якого відношення і посвідчення шлюбного договору має здійснюватися нотаріусом цієї країни¹;*

2) якщо один з подружжя проживає на території однієї Договірної Сторони, а другий – на території іншої Договірної Сторони і при цьому обидва з подружжя мають те саме громадянство, їхні особисті і майнові правовідносини визначаються за законодавством тієї Договірної Сторони, громадянами якої вони є. *В такому випадку, на нашу думку, наголос має ставитися на громадянстві обох з подружжя і відповідно, коли йдеться про громадян України, то консул України має бути наділений повноваження з посвідчення шлюбного договору;*

3) якщо один з подружжя є громадянином однієї Договірної Сторони, а Другий – іншої Договірної Сторони й один з них проживає на території однієї, а другий – на території іншої Договірної Сторони, то їх особисті і майнові правовідносини визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої вони мали своє останнє спільне місце проживання. *На нашу думку, це питання вирішити складно, оскільки, навіть, при встановленні факту спільного перебування подружжя в одній з країн, питання його спільного місця проживання можна встановити, як правило, лише із їх слів, а не документально. Навряд чи українські громадяни зберігають договори оренди житла або завжди здійснюють реєстрацію іншого з подружжя – іноземного громадянина в своєму житлі тощо. Тому такий критерій як колишнє спільне місце проживання можна брати за основу для встановлення законодавства, яке має застосовуватися до врегулювання відносин подружжя. Більше того, у цьому критерії йдеться про минулий час, отже він може використовуватися в судах, а не при посвідченні шлюбного договору, який буде діяти в майбутньому.*

4) Якщо особи, зазначені в пункті 3 цієї статті, не мали спільного проживання на територіях Договірних Сторін, застосовується законодавство Договірної Сторони, установа якої розглядає справу. *Не дивлячись на те, що у цьому пункті йдеться про розгляд справи, на нашу думку, він має пряме відношення до консулів і має сприйматися як вибір права явочним шляхом. Тобто, у разі звернення наречених або подружжя за посвідченням шлюбного договору до консула України, останній має посвідчити шлюбний договір, однак лише за законодавством України. Вважаємо також, що цей пункт має бути загальним і поглинути попередній, оскільки не потрібно, на нашу думку, позбавляти наречених та подружжя права вибору законодавства, яке має застосовуватися до врегулювання їх відносин;*

5) Правовідносини подружжя, що стосується їх нерухомого майна, визначаються за законодавством Договірної Сторони, на території якої знаходиться це майно.

6) По справах про особисті і майнові правовідносини подружжя компетентні установи Договір-

¹ ПРИМІТКА: Тут і надалі курсивом наведено авторське тлумачення норм Конвенції.

ної Сторони, законодавство якої підлягає застосуванню відповідно до пунктів 1-3, 5 цієї статті.

Виникає загальне питання, а чи можна ці положення Конвенції сприймати як правила, які стосуються посвідчення шлюбних договорів, зокрема, й консулом? Вважаємо, що можна, оскільки частина шлюбних договорів посвідчується в період шлюбу, тому й має застосовуватися відповідне законодавство.

Щодо наречених, то можна наполягати на тому, що при посвідченні шлюбного договору вони вправі здійснювати вибір права як згідно принципу свободи договору, так і за ч. 1 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, деякі науковці зазначають: «...навіть сьогодні для сімейного права певних держав характерним є верховенство чоловіка; у багатьох країнах донині зберігається нерівноправне положення чоловіка й дружини в сім'ї. Цивільні кодекси таких держав передбачають шлюбний договір, який укладається до шлюбу й закріплює, насамперед, права чоловіка на майно дружини, тобто йдеться про збереження, хоч і у звуженому вигляді, значних переваг в управлінні майном і вирішенні матеріальних питань шлюбу за чоловіком. Як зазначено в літературі, ці переваги продовжують зберігатися й донині в Аргентині, Бразилії, Іспанії, де чоловік вирішує основні питання управління майном»[3, с. 38-41]. Але ж такі самі умови шлюбного договору можуть з'явитися й в українській практиці не в силу посилання на законодавство певних країн, а внаслідок бажання сторін договору і не обов'язково, щоб певні переваги були надані чоловіку. Як на такі умови має реагувати консул? Доволі часто в окремих українських сім'ях вже домінує тенденція, що чоловік заробляє гроші, а жінка їх зберігає і витрачає на потреби сім'ї, виховує дітей та займається веденням домашнього господарства. Отже, фактично, управляє спільним майном подружжя.

В інших країнах, які приєдналися до проаналізованої Конвенції, права жінок традиційно обмежені, але такі традиції народів світу наречені мають враховувати та визначатися зі своїми планами на майбутнє щодо спільного життя в певній країні. Тому їм при вирішенні цього питання доцільно виходити з таких двох критеріїв: місця розташування нерухомого майна та правового режиму і традицій країни, в якій вони мають намір спільно проживати. При цьому, законодавство країни може бути найпрогресивнішим, але традиції патріархальними, тому варто брати до уваги ці обставини. Зокрема, цю Конвенцію ратифікували такі країни: Республіка Білорусь, Республіка Молдова, Республіка Вірменія, Російська Федерація, Республіка Казахстан, Республіка Таджикистан, Киргизька Республіка, Туркменистан, Україна, Республіка

Узбекистан, але ми не будемо надавати коментарі даній інформації.

Характерно, що подібно до положень ст. 27 цієї Конвенції регламентовані й відносини подружжя у чотирьох пунктах ст. 26 Договору між Україною і Литовською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах[4], у ст. 26 Договору між Україною та Республікою Грузія про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах[5], у ст. 26 Договору між Україною та Естонською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах[6], ст. 25 Договору між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних, трудових та кримінальних справах[7].

Тобто, наведені у ст. 27 даної Конвенції умови об'єктивно розцінюються як обгрунтовані, однак в деяких міжнародних договорах ці питання взагалі не регламентуються і це не зважаючи на добрі стосунки між нашими країнами. Для прикладу, у Договорі між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах[8], в Угоді між Україною та Грецькою Республікою про правову допомогу в цивільних справах[9], відсутні умови щодо врегулювання правовідносин між подружжям. І це не зважаючи на те, значна частина громадян України активно мігрує, а також непоодинокими є випадки прибуття в Україну імігрантів з Китаю та громадян інших держав.

Зараз українська зовнішня політика є активною, чим варто скористатися й доповнити двосторонні договори про правову допомогу положеннями про врегулювання сімейних відносин, щоб консули здатні були орієнтуватися, яке право наречені або подружжя обирає, які умови шлюбного договору є допустимими.

Якщо між країною перебування консула і Україною не укладено договорів про правову допомогу в цивільних і сімейних справах, то консул має діяти відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право», коли у правовідносинах є іноземний елемент, зокрема, хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем або особою без громадянства.

При цьому, визнаючи громадянина України, який проживає за межами України, без уточнення строків такого проживання, його статусу ми маємо сприймати його як іноземний елемент – суб'єкт, що має тлумачитися відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право». Однак, таке правило при його застосуванні за статтями 59 та 61 цього ж Закону має інший ефект, оскільки подружжя може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право:

- особистого закону одного з подружжя;
- право держави, у якій один з них має звичайне місце перебування;
- стосовно до нерухомого майна, право держави, у якій знаходиться це майно.

Виходить, що громадянин України, який проживає за кордоном, може обрати право за трьома варіантами, якщо місце розташування його нерухомого майна – третя країна. Але ж у такому випадку ми говоримо про шлюбний договір, а не про право власності на нерухоме майно. При такому підході до врегулювання шлюбних відносин варто уточнювати назву такого договору, на зразок, як: «шлюбний договір щодо нерухомого майна» тощо.

Звідси випливатиме й інша неузгодженість, що зумовлена ч. 2 ст. 61 цього ж Закону, що вибране право припиняє застосовуватися у разі зміни особистого закону (слід розуміти громадянства) або звичайного місця перебування того з подружжя, до особистого закону або звичайного місця перебування якого було прив'язане обране право. Однак, зв'язок між статтями 59 та 61 Закону втрачається, оскільки в такому разі має припинити свою дію й шлюбний договір, де зафіксоване право, що застосовуватиметься до шлюбних відносин. Вважаємо, що у шлюбний договір можна вносити зміни і навіть змінювати правовий режим майна подружжя, але шлюбний договір не повинен припинити свою дію у зв'язку з переїздом подружжя в іншу країну.

По суті, укладений шлюбний договір – це особистий закон для подружжя, тому його правове значення не може залежати від тієї країни, де мешкає подружжя, а його дія або його припинення зумовлена їх спільним волевиявленням. Тому й у ч. 2 ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право» автори мали на увазі, скоріш за все, що нове право застосовується з моменту посвідчення шлюбного договору, а не шлюбу. Це можна пояснити тим, що вся ця норма присвячена майновим відносинам подружжя, а новий етап в таких відносинах – це посвідчення шлюбного договору подружжям.

Очевидно, що консул має роз'яснити ті правові наслідки, які виникнуть у подружжя, коли вони посвідчать шлюбний договір. При цьому, варто брати до уваги, що частина громадян живе без реєстрації шлюбу і будь-яких письмових зобов'язань, частина реєструє релігійні шлюби, але не реєструє шлюбу в органах ДРАЦСу, якщо останнього не вимагає церква, частина реєструє шлюби в органах ДРАЦСу, у консула, але ні хто не забороняє громадянам укладати договори про спільне життя без реєстрації шлюбу, *наприклад*, на кшталт бразильського Договору про побачення або італійського Договору про спільне проживання. Зокрема, італійський договір повністю регулю-

ється з точки зору форми, змісту та наслідків так званім «законом Чірінна» (№ 76 від 20.05.2016) і може містити:

- узгоджене регулювання методів сприяння потребам

спільного життя, вивірене відповідно до посадової і професійної чи побутової працездатності кожного;

- вибір режиму юридичної спільності майна, для якого закон

посилається на правила, продиктовані у справі шлюбу. Важливість цього варіанту, який у будь-якому випадку завжди можна змінити за допомогою акта, що має таку саму форму, як і первісний договір, розуміється, враховуючи, що на відміну від того, що відбувається для суб'єктів, які перебувають у шлюбі чи цивільному шлюбі (для яких, у мовчання сторін, застосовним майновим режимом *за замовчуванням* є юридична спільність активів), співмешканці не набувають іншого *статусу*, тому купівля та подальше управління ними активами регулюються нормами загального права. Щоб відступити від цих правил, потрібна спеціальна угода [10].

Однак, останні договори не можуть отримувати назву шлюбних, тому цілком можливим може бути перехід від договірних відносин спільного життя до шлюбного договору, що так само буде вимагати фіксації права, яке застосовуватиметься до врегулювання подружніх відносин. Передумовою шлюбного договору може стати й договір про заручини з елементами попереднього договору щодо наступного шлюбного договору. Звісно, що припинення дії подібних не шлюбних договорів так само варто певним чином фіксувати, а саме: договором про припинення побачень або спільного проживання.

Але знов таки підкреслимо, що шлюбний договір – це основний закон для подружжя, що може бути підтверджено й ч. 3 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» (надалі – Закон), де встановлена можливість здійснити вибір права щодо правочину в цілому або його окремої частини. В такому варіанті матиме місце синтез двох правових систем, що так само зумовлено принципом свободи договору та волею сторін договору. І хоча в ч. 4 ст. 5 Закону зроблено наголос на тому, що вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим, нам здається така вимога закону суперечить принципу свободи договору, оскільки в основі договору лежать права та обов'язки подружжя, а не правові системи.

При цьому, не можна визнавати свободу договору абсолютною, оскільки в такому разі можуть порушуватися права та інтереси інших осіб. Але які проблеми можуть виникнути, коли частина договору буде складена згідно умов законодавства України, а частина згідно норм німецького або мексиканського права. Головне, щоб ці умови не

суперечили одна одній, а права та обов'язки сторін були конкретними і здійсненими. Ці критерії й має, на нашу думку, відстежувати консул.

Інша річ, що доволі часто в договорах має конкретизацію лише частина правовідносин, а щодо іншої частини робиться відсилка про те, що всі неузгоджені сторонами умови договору будуть регулюватися законодавством. Ось в такому разі й має бути конкретизоване, до норм якого законодавства відсилають сторони договору, коли вони знаходяться під юрисдикцією різних держав.

В контексті наведеного, важко погодитися з позицією тих фахівців, які вважають, що шлюбний договір – це, перш за все, угода *про вирішення спірних питань* життя сім'ї, укладена між особами які вступають у шлюб, або подружжям [11], тобто в даному варіанті пропонується шлюбний договір сприймати як результат вирішення спору. На наш думку, шлюбний договір – це взаємні зобов'язання подружжя на предмет їх спільного життя в майбутньому, природньо, що з цього приводу можуть бути спори і вироблений компромісний варіант договору. Однак, загальне спрямування шлюбного договору – застерегти наперед спори, конфлікти і визначити способи спільного життя подружжя та інші умови. Саме так консули мають характеризувати шлюбний договір, щоб його бажали посвідчити сторони договору.

Якщо ж слідувати за думкою даного автора, що «шлюбним договором регулюються лише майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки, а також майнові права та обов'язки подружжя як батьків» [11], то достатньо змінити назву договору і можна буде регламентувати в договорі і інші питання, які сторони договору вважають істотними для свого майбутнього життя.

Проаналізована автором множина сайтів іноземних нотаріусів дає підстави зробити висновок про те, що на відміну від української правової системи, іноземні фахівці не поширюють напрацьовані ними проекти договорів, не висвітлюють публічно власні схеми роботи з клієнтами, а лише встановлюють ті вимоги до документів, які клієнтам необхідно мати при собі, коли вони звертаються до нотаріуса. Отже, кожний договір створюється індивідуально, а не за шаблоном. При цьому, в мережі Інтернет неможливо було знайти договорів з іноземним елементом, щоб оцінити складність роботи з підготовки та посвідчення таких договорів як нотаріусами, так і консулами.

Література

1. Про міжнародне приватне право Закон України: станом на 17.07.2022р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (дата звернення: 17.07.2022).
2. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних спра-

вах від 10.11.94р. N240/94-ВР URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009#o136 (дата звернення: 17.07.2022).

3. Радченко Л. Шлюбний договір в іноземних правових порядках: окремі засади правового регулювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 38-41.

4. Договір між Україною і Литовською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 17.12.93 N 3737-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440_002#o168 (дата звернення: 17.07.2022).

5. Договір між Україною та Республікою Грузія про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах від 22.11.95. N 451/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/268_542#o100 (дата звернення: 17.07.2022).

6. Договір між Україною та Естонською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах від 22.11.95 р. N 450/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/233_659#Text (дата звернення: 17.07.2022).

7. Договір між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних, трудових та кримінальних справах від 22.11.95 р. N 452/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/428_627#o127 (дата звернення: 17.07.2022).

8. Договір між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах від 05.02.93 р. N 2996-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156_014#o122 (дата звернення: 17.07.2022).

9. Угода між Україною та Грецькою Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 22.11.2002 р. N 244-IV URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/300_013#Text (дата звернення: 17.07.2022).

10. Contratti di convivenza. Consiglio nazionale del notariato. URL: <https://www.notariato.it/it/famiglia/contratti-di-convivenza/> (дата звернення: 17.07.2022).

11. Маломуж О.В. Шлюбний договір. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_4500 (дата звернення: 17.07.2022).

Анотація

Фурса Є. Є. Посвідчення консулом шлюбних договорів: співвідношення норм Закону України «Про міжнародне приватне право» та міжнародних договорів. – Стаття.

У статті проаналізовано діяльність консула із вчинення такої нотаріальної дії як посвідчення шлюбу як нареченими, так і подружжям. У зв'язку з тим, що український консул здійснює свою діяльність на території іноземної держави, то суб'єктами звернення до нього за вчиненням нотаріальної дії можуть бути як громадяни України, іноземні суб'єкти та особи без громадянства. Тому досить важливим при посвідченні консулом шлюбного договору вибір права, яке підлягає застосуванню. Тому з цієї метою автором проаналізовані норми Закону України «Про міжнародне приватне право» та норми міжнародних актів щодо шлюбних договорів. Автором проаналізована ст. 3 даного Закону, де йдеться про: «Якщо міжнародним договором України передбачено інші правила, ніж встановлені цим Законом, застосовуються правила цього міжнародного

договору». Зроблений висновок про те що, міжнародні договори мають перевагу над правилами, встановленими у Законі, але це положення Закону варто розглядати в дії. Наданий науковий коментар Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах у контексті можливості застосування її норм консулом при посвідченні шлюбного договору. У контексті авторського аналізу ст. 27 цієї Конвенції також акцент зроблено на регламентації відносини подружжя у Договорах між Україною і про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах і Литовською Республікою, Республікою Грузія Естонською і Латвійською Республікою. Надамо аналіз шлюбних і подібних до них договорів в Бразилії, Італії. Зроблено висновок про те, що шлюбний договір – це основний закон для подружжя, що може бути підтверджено й ч. 3 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», де встановлена можливість здійснити вибір права щодо правочину в цілому або його окремої частини. В такому варіанті матиме місце синтез двох правових систем, що так само зумовлено принципом свободи договору та волею сторін договору. І хоча в ч. 4 ст. 5 Закону зроблено наголос на тому, що вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим, Але автор вважає, така вимога Закону суперечить принципу свободи договору, оскільки в основі договору лежать права та обов'язки подружжя, а не правові системи.

Не має проблем, коли частина договору буде складена згідно умов законодавства України, а частина згідно норм німецького або мексиканського права. Головне, щоб ці умови не суперечили одна одній, а права та обов'язки сторін були конкретними і здійсненними. Ці критерії й має, на нашу думку, відстежувати консул та враховувати при посвідченні шлюбних договорів, надаючи вичерпну консультацію заявникам.

Ключові слова: консул, шлюбний договір, наречені, подружжя, міжнародні договори.

Summary

Fursa Ye. Ye. Certification of marriage contracts by the consul: correlation of norms of the Law of Ukraine "On International Private Law" and international contracts. – Article.

The article analyzes the activity of the consul in performing such a notarial act as a marriage certificate for both brides and spouses. In connection with the fact that the Ukrainian consul carries out his activities on the territory of a foreign state, the subjects of appeals to him for the execution of a notarial act can be citizens

of Ukraine, foreign subjects and stateless persons. Therefore, it is quite important to choose the applicable law when certifying a marriage contract by a consul. Therefore, for this purpose, the author analyzed the norms of the Law of Ukraine "On International Private Law" and the norms of international acts regarding marriage contracts. The author analyzed Art. 3 of this Law, which states: "If an international treaty of Ukraine provides for other rules than those established by this Law, the rules of this international treaty shall be applied." It was concluded that international agreements have priority over the rules established in the Law, but this provision of the Law should be considered in practice. A scientific commentary on the Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters is provided in the context of the possibility of applying its norms by the consul when certifying a marriage contract. In the context of the author's analysis of Art. 27 of this Convention, emphasis is also placed on the regulation of spousal relations in the Treaties between Ukraine and on legal assistance and legal relations in civil, family and criminal matters and the Republic of Lithuania, the Republic of Georgia, the Republic of Estonia and the Republic of Latvia. An analysis of marriage and similar contracts in Brazil, Italy is provided. It was concluded that the marriage contract is the main law for the spouses, which can be confirmed by Part 3 of Art. 5 of the Law of Ukraine "On Private International Law", which establishes the possibility to choose the law regarding the transaction as a whole or its separate part. In this option, the synthesis of two legal systems will take place, which is also determined by the principle of freedom of contract and the will of the parties to the contract.

And although in part 4 of Art. 5 of the Law emphasizes that the choice of law regarding individual parts of the deed must be clearly expressed. However, the author believes that such a requirement of the Law contradicts the principle of freedom of contract, since the contract is based on the rights and obligations of spouses, not legal systems. There are no problems when part of the contract will be drawn up according to the terms of Ukrainian legislation, and part according to the norms of German or Mexican law. The main thing is that these conditions do not contradict each other, and the rights and obligations of the parties are specific and feasible. In our opinion, the consul should monitor these criteria and must take all these aspects into account when certifying marriage contracts, providing comprehensive advice to applicants.

Key words: consul, marriage contract, fiancés, spouses, international agreements.